PODER JUDICIAL
PROVINCIA del CHUBUT

Número 6
Noviembre 2020

Dossier doctrinario

Dr. Julián Emil Jalil

Compilado por la TSB Jorgelina Puchatt
Una producción de la **Biblioteca de Tribunales Puerto Madryn**
Editado por la Dirección de Bibliotecas - Superior Tribunal de Justicia
Provincia del CHUBUT

Dossier doctrinario. Autores de Chubut

Este nuevo servicio de la Red de Bibliotecas del Poder Judicial del Chubut, busca recopilar, en un solo sitio, toda la doctrina publicada por autores locales con trayectoria en el derecho y la función jurídica.

El presente dossier reúne todos los trabajos doctrinarios realizados a la fecha por el Dr. Julián Emil Jalil.

Dirección de Bibliotecas
Superior Tribunal de Justicia del Chubut

© **Dirección de Bibliotecas** – Superior Tribunal de Justicia del Chubut
Roberto Jones y Rivadavia – Rawson – Chubut
biblio@juschubut.gov.ar
Teléfonos: (0280) 4482331 - 4482332

Biblioteca Tribunales Puerto Madryn
Edificio de Tribunales – Av. General Mosconi 92 – Planta Baja – Pto. Madryn – Chubut
bibliopm@juschubut.gov.ar
Teléfono: (0280) 4475433 int. 157

Horario de atención: de Lunes a Viernes de 7.00 a 13.00 hs

Contenido

Sobre el autor 7

¿Responsabilidad o irresponsabilidad de los establecimientos educativos? 12

La obligación de seguridad en el derecho de daños 19

Responsabilidad del fabricante y del concesionario en la compra-venta de automotores desde la óptica de la ley de defensa del consumidor 26

Compra venta de automotores y ley de defensa del consumidor 35

La energía eléctrica como cosa riesgosa 40

La buena fe como causa eficiente de deberes implícitos en las relaciones contractuales 46

La prohibición nupcial del artículo 13 de la Ley 12.331 y su consecuencia jurídica. 53

La culpa de la víctima en los accidentes de tránsito 65

Principios jurisprudenciales del aumento o disminución de la cuota alimentaria. 69

El riesgo de la cosa y la funcionalidad del art. 1113 2da. Parte del Código Civil 75

Cirugía plástica: consideraciones en torno a la naturaleza jurídica de la relación contractual y el carácter de la obligación asumida 80

El "divorcio electrónico": ¿el medio más idóneo para una sociedad muda? 88

Daños derivados del divorcio y presupuestos para la procedencia de la responsabilidad civil 89

La legitimación activa del concubino para el resarcimiento del daño moral a la luz del art. 1078 del Código Civil 112

Viabilidad de la pretensión resarcitoria del daño moral deviniente de un divorcio causal 118

Responsabilidad del estado por su actividad licita en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 125

El juicio por jurados en la provincia del Chubu: el cumplimiento de una manda constitucional no puede devenirse incostitucional 130

El riesgo de la cosa y las cosas riesgosas 137

El decreto 1089/2012 que reglamenta la Ley 26.529 sobre derechos del paciente y sus premisas en torno al consentimiento informado 144

Consentimiento informado y cirugía plástica en la jurisprudencia cordobesa 166

El consentimiento informado: una de las aristas rectoras del buen ejercicio 174

Cirugía plástica ¿obligación de medios o de resultado? 180

Los vicios del consentimiento en la formación del acto jurídico matrimonial 187

Atenuación de la responsabilidad civil por la incidencia de la culpa de la víctima en los daños acaecidos en accidentes de tránsito 198

El concubinato y sus efectos frente al daño moral deviniente de un hecho ilícito que produce la muerte 203

Los orígenes de la eugenesia como ciencia y su inmiscuición normativa en el Derecho de Familia 215

La acción de amparo contra las obras sociales para cubrir tratamientos de fertilización "in vitro" 226

La culpa penal y su injerencia en la apreciación de la culpa civil 234

El consentimiento informado y la responsabilidad civil deviniente de su falta de otorgamiento .. 241

Daños causados por cosas inertes y su virtualidad a la luz del art. 1113 de Código Civil 250

La encíclica Casti Connubii: un rayo de luz para las penumbras normativas (abordaje de la eugenesia desde sus cimientos hasta la actualidad en la ley de profilaxis) 258

Certificados médicos prenupciales y responsabilidad civil emergente del incumplimiento de su presentación 269

Acerca del sustento epistemológico de las enfermedades comprendidas en los impedimentos matrimoniales eugenésicos 279

Omisión culposa y abusividad de las cláusulas Claims Made en el contrato de seguro médico ... 288

La obligación de seguridad en los espectáculos públicos 297

Responsabilidad del médico por error de identidad homónima en la historia clínica 306

Deber de indemnidad del organizador de un espectáculo frente al daño a un espectador 310

El "dogma" de la buena fe y su escisión del "concepto" de la buena fe(*) 322

La pretensión resarcitoria de los hijos hacia sus padres por el padecimiento de daños congénitos sufridos por un obrar doloso o culposo de sus progenitores 328

El consentimiento para actos médicos y las directivas anticipadas en el proyecto de reforma al Código Civil y la nueva Ley 26.742. A propósito del reciente fallo "Albarracini" de la CSJN 333

Daños y perjuicios devinientes de la omisión del progenitor de reconocer a su descendencia tempestivamente 363

Fuentes normativas y características esenciales de la obligación de seguridad 376

La histoia clínica en el Decreto 1089/2012 reglamentario de la Ley 26.529 388

Responsabilidad civil de los integrantes de los grupos que ocasionan daños, en el Proyecto de Reformas al Código Civil 403

Certificados médicos prenupciales y SIDA: rozando los umbrales de la discriminación 417

La falta de servicio o el servicio deficiente como factor objetivo de responsabilidad del estado ... 427

Responsabilidad por enfermedades intrahospitalarias 435

Responsabilidad por el anormal funcionamiento de la justicia 445

Cláusulas abusivas 465

Responsabilidad de los establecimientos educativos y deber de vigilancia en los viajes estudiantiles 472

Ni crisis del contrato, ni crisis de la voluntad: la crisis de la confianza 475

La asunción de riesgos y sus diferentes ámbitos de aplicación 484

Viabilidad de la pretensión resarcitoria del daño moral deviniente de un divorcio casual 491

La historia clínica en el decreto 1089/12 reglamentario de la Ley 26.529 497

El decreto 1089/2012 que reglamenta la Ley 26.529 sobre derechos del paciente y sus premisas en torno al consentimiento informado 511

Responsabilidad del estado en la esfera jurisdiccional ante la pérdida de instrumentos consignados en un expediente judicial **534**

Consideraciones en torno al daño moral **544**

La prevención del daño ambiental mediante la aplicabilidad de medidas cautelares precautorias **555**

Protocolo de procedimientos para la atención integral de los casos de aborto no punibles. La legitimaión procesal activa en las acciones de amparo ante su falta de implementación **562**

Los productos elaborados y la responsabilidad por daños en el estatuto del consumo. Incidencias del nuevo Código Civil y Comercial en el campo resarcitorio **566**

El robo dentro de un transporte público como hecho de un tercero. Fractura de la relación casual **576**

Responsabilidad por acusación calumniosa. El quid de los delitos civiles de calumnias e injurias (las reformas llevadas a cabo en materia penal) **588**

El contrato y la tutela jurídica de los consumidores en el Código Civil y Comercial **599**

El robo dentro de un transporte público como hecho de un tercero. Fractura de la relación casual **603**

La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del art. 7 del Código Civil y Comercial **615**

La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil **621**

La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial **627**

El daño moral derivado de la disolución del matrimonio de las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial **633**

Daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial. A propósito de las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, 2015 ..... **646**

Los vicios ocultos en el Código Civil y Comercial. Análisis exegético de las normas que rigen la materia **659**

Reparación del daño extramatrimonial o patrimonial causado al hijo ante la falta de reconocimiento del progenitor en el Código Civil y Comercial **665**

Daños derivados de la omisión de reconocimiento del padre en el Código Civil y Comercial **681**

Función preventiva de la responsabilidad civil: los recaudos de la pretensión preventiva **697**

Recitales, pogos y desmanes. Daños a las personas y a la propiedad **703**

El deber moral de la fidelidad y el sistema de responsabilidad civil. Dos caras de distinta moneda **714**

Daños causados por niñas, niños o adolescentes y responsabilidad indirecta de sus progenitores **720**

Indemnizaciones derivadas del fallecimiento de la víctima **740**

Determinación del grado de restricción de la capacidad. Innecesariedad de recurrir a los tres médicos psiquiatras o legistas en la comisión evaluadora interdisciplinaria **748**

El daño en el CCCN: requisitos de procedencia. Reparación plena y diferencias entre el daño que tiene como causa fuente un contrato y aquel que deriva del incumplimiento del deber de no dañar **751**

Las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales de la lesión a la integridad de la persona y de los bienes 757

La aceptación tácita de riesgos (consentimiento tácito). La asunción de riesgos 770

El daño en la integridad psicofísica de la persona 779

Determinación del grado de restricción de la capacidad. Innecesariedad de recurrir a los tres médicos psiquiatras o legistas en la comisión evaluadora interdisciplinaria 786

La función punitiva de la responsabilidad civil 789

Restricciones a la libertad del consumidor que configuran prácticas abusivas 795

Responsabilidad civil deviniente del contagio de VIH entre parejas, convivientes o conyuges 805

El encuadre pragmático y factual en donde se desenvuelve la infidelidad como causa fuente del deber de resarcir bajo la doctrina del daño injusto 815

La responsabilidad precontractual en el Código Civil y Comercial 819

Responsabilidad de los padres por la transmisión de enfermedades a sus hijos 840

Alcances de la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores de edad 845

Responsabilidad deviniente del contrato de obra 850

Medidas jurisdiccionales de protección del ambiente 869

La recepción en el Código Civil y Comercial de la doctrina del daño injusto del Derecho Italiano. Del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido 880

Daños y perjuicios derivados de omisión del estado ante casos de violencia de género 914

Responsabilidad civil por contagio negligente de Coronavirus (COVID-19) en tiempos de pandemia 921

Sobre el autor

JULIAN EMIL JALIL

Estudios cursados

Doctor en Derecho. Su Tesis fue aprobada con la más alta calificación. Especialista en Derecho Civil cursado en la Universidad de Salamanca - España.

Especialista en Derecho de Daños (UBA). Posgraduado en Derecho Continental (U. de Paris II, P. Assas - Francia)

Posgraduado en Derechos Humanos y Justicia Constitucional, (U. de Bologna - Italia). Posgraduado en Derecho de los Contratos (UBA), Posgraduado en Derecho de la Salud (UBA). Carrera Docente Completa (UBA).

Desempeño laboral y profesional

Abogado.

Juez de la Excelentísima Cámara de de Apelaciones de Puerto Madryn.

Ex Juez Civil y Comercial de Comodoro Rivadavia.

Ex Juez de Refuerzo.

Ex Secretario de Cámara.

Autor de 14 obras jurídicas, y de más de 130 artículos de doctrina publicados en revistas de especialidad.

Coautor de diferentes obras jurídicas. Disertante en más de 100 Jornadas y Congresos nacionales y extranjeros.

Ganador del premio: *"Justicia Patagónica de cara al siglo XXI"* obtenido en el certamen académico del año del Bicentenario desarrollado por el Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia de la Patagónica (2013).

Premio a la Mejor Ponencia en el Congreso de Familia, Adolescencia y Niñez, desarrollado en Mendoza (noviembre 2015).

Primera mención en el *"Premio a la Innovación en el Servicio de Justicia",* otorgado por el Superior Tribunal de Justicia del Chubut. (2016).

Ejercicio de la docencia universitaria

Profesor a cargo de la Cátedra de Derecho Civil II en la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Sede Trelew.

Prof. Asoc. Derecho de las Obligaciones en la Universidad Abierta Interamericana.

Ex Profesor regular por concurso de la UNL Plata (Adj. Regular).

Ex Profesor de la UBA (Por concurso).

Ex Profesor de la Universidad de Morón.

Ex Profesor de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Dictado de clases de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Nacional de La Plata, en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, en la Universidad Abierta Interamericana.

Profesor Invitado en carácter de disertante en la Universidad de la Coruña (España), en la Universidad Pontificia del Perú (Perú), en la Universidad de Granada. (España), en la Corte de Guayas, (Ecuador), en el

Doctorado en Derecho de la Universidad de Perugia (Italia), en el Congreso Mundial de Derecho Deportivo (La Manga, España), en la Universidad de Cartagena (España), en la Universidad de Lima (Perú), en el Congreso Iberoamericano de Derecho Privado en Medellín (Colombia), en CCJS – Campus de Sousa, (Brasil), en el panel "Direito Civil, Codificacao e constitucao" do IV Congreso do Instituto Brasileiro de Direito Civil-IBDCivil", en Fortaleza, (Brasil), en la Universidad de la República (Uruguay), en la "Conferencia internacional de Direito Privado- Dialogos entre o direito civil argentino e Brasileiro",, en el Congreso de Derecho Privado organizado por la AIDP y la Asociación de Jueces del Paraguay, (Asunción, Paraguay).

Investigador de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, de la Universidad Abierta Interamericana, y de la Universidad de Morón.

Miembro de la Comisión Directiva de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, con sede en Medellín (Colombia).

Ex Presidente Honorario del Instituto de Derecho Privado del Colegio de Abogados de Comodoro Rivadavia.

Ex Presidente de la Comisión de Jóvenes Juristas de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, designado por decisión unánime de la Asamblea General, en la ciudad de Lima, Perú.

Ex Coordinador del Posgrado de Contratos de la Facultad de Derecho de la UBA.

Ex sub-Director del Curso de Daños y Contratos del Colegio de Abogados de la Capital Federal. Director de la Clínica Jurídica de la FCJ, Sede Trelew de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

Miembro del Comité de Bioética de la UNPSJB.

Obras publicadas

- Jalil, Julian Emil. *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: Tahiel, 2012.

- Jalil, Julian Emil. Responsabilidad Civil del Médico. Buenos Aires: Tahiel, 2012.

- Jalil, Julian Emil. *Supuestos Especiales de Responsabilidad Civil Contractual*. Tomo I y II. Buenos Aires: Tahiel, 2012. - **Disponible en: Biblioteca de Tribunales de Trelew**

- Jalil, Julian Emil. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Tomo I y II. Buenos Aires: El Zahir, 2012
  Disponible en: Biblioteca de Tribunales de Comodoro Rivadavia y Trelew.

- Jalil, Julian Emil. *Impedimentos Eugenésicos, Sida y Responsabilidad Civil*. Tomo I y II. Buenos Aires: Tahiel, 2012.

- Jalil, Julian Emil. *Responsabilidad Civil derivada de hechos ilícitos*. Buenos Aires: Tahiel, 2012.

- Jalil, Julian Emil. *Derecho de Daños Aplicado*. . Bogotá Colombia: Grupo Ibáñez, 2013.

- Jalil, Julian Emil. Ritto, Graciela. *El Daño Moral en la Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: UCES, 2014

- Jalil, Julian Emil. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Ibañez, 2020.

- Jalil, Julian Emil. *Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios*. Tomo I y II. Buenos Aires: Hammurabi, 2020.

- Jalil, Julian Emil. *Cuantificación del daño: región Patagonia, valor vida, incapacidad psicofísica, derechos personalísimos*. Buenos Aires: La Ley, 2017 - **Disponible en: Biblioteca de Tribunales de Rawson.**

- Jalil, Julian Emil. *Incidencias del Covid19 en el incumplimiento de las obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 2020.

- Jalil, Julian Emil. *Incidencias del Covid19 en la práctica profesional del abogado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2020 (Este libro cuenta con el prologo del Dr. Mario VIVAS y del Dr. Eduardo AWAD (Presidente del Colegio de Abogados de la Capital Federal)

- Jalil, Julian Emil (dir.). *Incidencias del Covid 19 en el incumplimiento de las obligaciones*. Colección Covid19 – 6. Buenos Aires: Hammurabi, 2020.

- Jalil, Julian Emil. (dir.) *Incidencias del Covid 19 en la práctica profesional del abogado.* Colección Covid19 – 7. Buenos Aires: Hammurabi, 2020.

En co-autoría, colaboración y/o en obras colectivas

- Piccaso Sebastian; Vazquez Ferreyra. *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada*. Tomo III. Buenos Aires: La Ley, 2011.

- Ghersi, Carlos; Weingarten, Celia. *Tratado de los Contratos. Civiles, Comerciales, laborales, administrativos y de consumo*. Tomo III. Buenos Aires: La Ley, 2010.
Disponible en: Biblioteca de Tribunales de Esquel.

- Ragazzoni, Carlos J. Garrido Cordobera. *Salud y conciencia pública*. Buenos Aires: Fundación Sanatorio Guemes, 2011.

- *Anuario de la facultad de Derecho y Ciencias jurídicas de la Universidad Abierta Interamericana.* Buenos Aires: La Cátedra, 2007.

- *Anuario de la facultad de Derecho y Ciencias jurídicas de la Universidad Abierta Interamericana.* Buenos Aires: La Cátedra, 2008.

- *Anuario de la facultad de Derecho y Ciencias jurídicas de la Universidad Abierta Interamericana.* Buenos Aires: La Cátedra, 2009.

- *Anuario de la facultad de Derecho y Ciencias jurídicas de la Universidad Abierta Interamericana*. Buenos Aires: La Cátedra, 2010/11.

- *Justicia e Historia de la Patagonia de cara al siglo XXI*. Chubut: Biblioteca Popular Agustín Alvarez. Trelew, 2011.

- Diaz Solimine, Omar. *La Prueba en el Proceso Civil.* Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2013.

- Lopez Mesa, Marcelo. Responsabilidad por accidentes de tránsito. Buenos Aires: La Ley, 2014.
- *Berinzonce, Roberto Omar y Pasutti, José Luis. Tutela Judicial del Ambiente*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2015. - **Disponible en: Biblioteca de Tribunales Rawson.**

- *Borda, Alejandro; Garrido Cordobera, Lidia; Alferillo Pascual. Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires: Astrea, 2015.

- *Caramelo; Piccaso; Herrera. Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires: INFOJUS del Ministerio de Justicia de la Nación, 2015.-

- Chamatropulos, Alejo; Santerelli, Fulvio. *Comentarios al Anteproyecto de LDC*. Buenos Aires: La Ley, 2019.

- *Picasso, Sebastian; Saenz, Luis. Tratado de Derecho de Daños. Buenos Aires: La Ley, 2020*

- Magri, Euardo y Jalil, Julian Emil. *Tratado de las Obligaciones. Análisis exegético del sistema obligacional en el Código Civil y Comercial.* Buenos Aires: 20XII, 2020.

¿Responsabilidad o irresponsabilidad de los establecimientos educativos?

Por Marcelo Hersalis
Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LLBA 2006, 1298 • DJ 06/12/2006, 1001
Cita Online: AR/DOC/3644/2006
[Consultado el: 25/06/2020]

Sumario.

I. Antecedentes. — II. Evolución de la responsabilidad. — III. El sistema en el derecho argentino. — IV. Hecho producido en el horario de clase. — V. Colofón.

"¿Qué decir de la remuneración a los docentes? Ahí estriba una de las causas más importantes del abismal descrédito que aflige a quienes deben ser vistos y tratados como los instrumentos de nuestro futuro. Pues a esos instrumentos los hemos mellado, oxidado y escupido..."(1).

I. Antecedentes.

El 22 de agosto de 2006 la prestigiosa sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento de San Isidro en las causas N° 100.508 y 100.493 ha dictado una sentencia en la cual se pone de resalto nuevamente a la responsabilidad de los establecimientos educativos, la de los padres de los menores y también la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, el fallo tiene matices muy interesantes y que resaltaremos ,a nuestro entender, en aquellas partes que sean de utilidad al lector.

La hija de los actores fue asesinada en el domicilio de los padres del demandado y quien fuera condenado por ello a una pena de 24 años de prisión, es de destacar que ambos concurrían al 3° año, turno noche de la Escuela de Educación Media N° 9 de Tigre y que el homicidio ocurrió en el horario en que los menores tenían clase en el Colegio.

La demandada (Establecimiento educativo) demostró haber cumplido con las normas que regulaban las autorizaciones de los menores para retirarse del Colegio antes del horario y por consiguiente la sentencia concluye en que no es responsable por la muerte ocurrida fuera del establecimiento, además la hija de los accionantes que —el día del ilícito— tenía casi 18 años y el demandado 20, concurrían a un establecimiento destinado a la educación mayoritariamente adulta.

Es evidente, por tanto, que las normas de permanencia y retiros del colegio antes del horario, debían ser razonablemente flexibles y muy distintas a las que rigen en los establecimientos diurnos a los que concurren alumnos de menor edad.

Pero es de remarcar de los obrados, que de las recomendaciones notificadas a todos los alumnos del turno noche y de las declaraciones de quienes, el día del ilícito, eran vice-directora y jefa de preceptores, surge que los alumnos pueden retirarse sin autorización de los padres bastando que lo pidan ellos mismos firmando su salida autorizada por el preceptor o directivo, en este marco la hija de los actores se retiró del establecimiento aduciendo tener un familiar enfermo.

II. Evolución de la responsabilidad.

Debemos destacar que, aun con todos los defectos y carencias, el docente argentino promedio emprende cada uno de sus días de trabajo una lucha despareja contra los obstáculos más increíbles que la realidad le pone delante en su tarea de enseñar niños, que muchas veces van a la escuela a comer que a estudiar, o que no tienen siquiera un par de zapatillas o ropa completa y que reiteradas veces deben trabajar o mendigar después de clases, pero a pesar de todo debemos remarcar que la escuela pública argentina formó tres premios Nóbel y además a Favaloro, Borges, Cortazar , Bioy, Sábato entre otros (2).

"Dos casos permitieron a los diarios conmover a la opinión. Fue primeramente el caso Leblanc. Lesionado por uno de sus camaradas, un alumno del maestro ("instituteur") Leblanc sucumbió. Aunque constando la ausencia de culpa de parte del maestro, el tribunal correccional de Sena ("S",1899.2138."D".2490) condenó a este último como civilmente responsable. Es verdad que, con motivo de la apelación del ministerio Público, la Corte de París reformó la sentencia; pero la modificación no pudo producir efecto respecto del maestro, pues este último que había perdido la razón como consecuencia del fallo no había podido interponer la apelación en término. Un segundo caso en el cual el tribunal de Guéret y la Corte de Limoges se mostraron muy duros con un maestro rehusando admitir la ausencia de culpa, reavivaron la emoción causada por el caso Leblanc"(3).

Como ya expresáramos la reforma de la ley francesa fue posterior al mencionado fallo Leblanc y fue la presión de la opinión pública la que dio a luz a la ley del 20 de julio de 1899 que modificó el art. 1384 del Code sustituyendo la responsabilidad de los maestros de los establecimientos educativos que se hallaban en la órbita pública por la del Estado, permaneciendo inalterable el régimen para los docentes de establecimientos públicos (4).

Fue la reforma del 5 de abril de 1937, la que suprimió de manera absoluta la presunción del art. 1384 y a juicio de Le Tourneau-Cadiet "... los educadores públicos no son más verdaderamente responsables por el hecho de otro (los daños causados por los niños, que están a su cargo), porque a la víctima se le ha retirado el derecho de accionar contra ellos... el Estado los ha sustituido: éste es el verdadero responsable por el hecho de otro..."(5).

En España en 1991 se modificó el 7 de enero de 1991 la redacción del art. 1903 del Cód.Civil, y es opinión de Moreno Martínez que si bien el sujeto sobre el que recae la legitimación pasiva ha cambiado, sustituyendo las personas o entidades que sean titulares de un centro de enseñanza no superior, en cambio, el factor de atribución continúa siendo subjetivo pues la ley indica "... la responsabilidad de que se trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño..."(6).

Por tanto la principal innovación consiste en que la responsabilidad civil por los daños causados por los alumnos menores de edad se traslada de los docentes a los titulares de los centros educativos, en unión a una mayor concreción de las circunstancias en que pueden producirse los daños y en la incorporación del derecho de regreso de los titulares de centros educativos respecto de los profesores, en el caso de dolo o culpa grave (7).

III. El sistema en el derecho argentino.

El Código Civil argentino, en su redacción originaria siguió de cerca el modelo del Código de Francia (art. 1384) y especialmente el Esboco de Freitas (art. 843), y en la alusión inicial que Vélez realizó a los directores, antes de hacer referencia a los maestros y artesanos, obedecía a que en aquella época eran los directores los que impartían la enseñanza a los alumnos de modo personal y directo, concretando con ellos la experiencia áulica (8).

Por tanto estamos en presencia de una responsabilidad "refleja" que afecta a los "directores del colegio" por los daños que causen los alumnos que han cumplido 10 años, es decir se suscita una doble responsabilidad: "directa" del agente que ya es responsable de sus actos dañosos por haberse comportado con discernimiento (arg. arts. 897, 921); e "indirecta o refleja" del respectivo director de colegio, bajo cuya autoridad se encontraba el autor del daño al tiempo de cometerlo (9).

Están comprendidos en la norma los "directores de colegio" es decir a aquellos que tienen a su cargo la "función directiva" de establecimientos de enseñanza cualquiera sea su denominación: rectores, directores de escuela, regentes o prefectos a cargo de la dirección, etc.

No se hace distinción entre enseñanza pública o privada y tampoco en cuanto a la "índole" de la enseñanza impartida, primaria, secundaria, comercial, etc y como expresa Llambías lo que importa es la función directiva sobre un alumnado "juvenil" y "gregario", que supone la dirección de la conducta del grupo para mantenerlo dentro de un mínimo de disciplina (10).

De acuerdo a lo expresado, las notas del viejo art. 1117 son las siguientes:

a. La legitimación pasiva recaía sobre los directores, maestros y artesanos por el incumplimiento del deber de vigilancia (culpabilidad presumida iurus tantum) (11).
b. Restricción a los establecimientos estatales y privados.
c. Que los directores ejercieran la autoridad sobre los alumnos.
d. Que el daño se hubiera producido en el tiempo que el alumno se encuentre bajo la vigilancia del director.
e. El ilícito debe ser en sentido subjetivo (culpa o dolo del autor material).
f. Exención de la responsabilidad: 1) imposibilidad de impedir el hecho dañoso; 2) Que dicha imposibilidad existió; 3) Que existieron todos los cuidados que correspondían a sus deberes.

Pero el proceso de enseñanza cambió de pasar de una educación personalizada a una educación masiva, con lo cual las notas de la reforma son las siguientes:

a. Legitimado pasivo. Existe un desplazamiento hacia los propietarios ya sea público o privado. Dando un efecto extraño, la maximización de las posibilidades de cobro de las víctimas de los infortunios (12).
b. En la norma quedan comprendidos los daños causados y sufridos por alumnos menores cuando se hallen bajo la autoridad educativa en cuanto a su control, pero es de destacar la aclaración de la Profesora Kemelmajer de Carlucci al expresar que "... cuando el dañado es un alumno, es menester aclarar, que conforme el texto aprobado, el dañado "puede"(no debe) ser un alumno..."(13).
c. La responsabilidad del titular del establecimiento educativo se produce por los daños acaecidos dentro del ámbito de actividades en él desarrolladas, con fundamento en un factor objetivo de atribución.
d. Implementa un régimen de seguro obligatorio.
e. Quedan excluidos los establecimientos de nivel terciario y universitario.

IV. Hecho producido en el horario de clase.

Del fallo se desprende que los alumnos concurrían a un establecimiento destinado a la educación mayoritariamente adulta, y que para retirarse podían hacerlo sin autorización de los padres, bastando que lo pidan ellos mismos firmando su salida autorizada el preceptor o directivo.

Es destacar lo siguiente:

a. Se trata de una escuela de comercio nocturna cuya población escolar está constituida en su mayor parte por adultos y en menor proporción por menores adultos que trabajan y si bien son admitidos los que cumplan quince años es necesario presentar libreta de trabajo (14).

Respecto de los menores que han alcanzado cierta edad, en cambio, la cuestión no se presenta con la misma claridad Desde siempre, la mayoría de los autores sostuvo que "la conducta de los menores debe ser analizada con cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso" (art. 512, Cód. Civ.). La edad del alumno es una referencia sumamente importante para poder conocer cuál debió ser su comportamiento ante el hecho. Un juego armónico de los arts. 512 y 1111 también permite al juzgador evaluar las conductas de todas las partes del proceso de daños"(15). En igual sentido se ha dicho "Aún tratándose de menores, es obvio que ha de tomarse en cuenta su conducta negligente, pero merece la pena detenerse siquiera brevemente en la edad del menor"(16).

"En definitiva... aún respecto de los daños sufridos por los alumnos, debe ser entendida en sentido amplio, comprensiva de todo hecho que se presente como imprevisible e inevitable, caracteres que puede, excepcionalmente, tener la conducta de la propia víctima; para la determinación de tales recaudos hay que atender a las circunstancias del caso, y especialmente, a la edad del menor (17).

También debemos aclarar quien voluntariamente se ha sustraído a la esfera de control y vigilancia del establecimiento y sus dependientes, quedando el supuesto marginado de la aplicación del art. 1117 del Cód. Civil (18).

Dejamos constancia que y a raíz de la imposibilidad de ejercer un cabal contralor educativo sobre adolescentes, resulta desmesurado extender la responsabilidad a daños causados o sufridos por personas que son prácticamente adultos, como los mayores de dieciocho años, quienes poco pueden ser cuidados para que no dañen, no sean dañen así mismo (por ejemplo mediante el consumo de droga). Es contrario al sentido común que, cualquiera sea el nivel educativo, se responda por educandos que son adultos jóvenes desde una perspectiva psicológica social (19).

Pero también del fallo surge que la conducta del autor del daño era portador de una conducta desordenada, agresiva y violenta, es decir que todo concurre a postular la crisis de los deberes de vigilancia y educación del padre tradicional, y es así, si vigilancia y educación aparecen hoy "muy disminuidos" o bien, cuando existen, carentes deja "eficacia" que pudo atribuírseles antaño, ¿que se puede decir sobre la responsabilidad de los padres?

La educación, la corrección, los buenos ejemplos, con ser importantes en la formación del joven, no son suficientes para contrarrestar o superar las insuficiencias del medio ambiente, en una familia abierta, permeable, desencarnada y desacralizada (20).

Por eso, en los casos de los "menores difíciles" los padres responden a pesar de haber acreditado una total vigilancia. Esto significa que subyace una obligación de garantía por los defectos de carácter del hijo (21).

De lo cual surge que frente al primer gran escollo que deberá sortear el astuto intérprete, quedando al paso (según nuestro entender), una enormidad de supuestos que nuestra jurisprudencia agrupa —frecuentemente— bajo la égida de la obligación contractual de seguridad (sea en su faceta de medios o de resultado). Sólo una vez traspasado el susodicho filtro, podrán cotejarse el resto de los parámetros de medición o valoración necesarios para arribar a la convicción que estamos ante la necesidad (incuestionable) de reconocer una garantía como tal (22).

V. Colofón.

El fallo muestra palmariamente una triste realidad, violencia, destrucción y pérdida de valores, los que han sido recogidos por la sentencia, pero hubo un tiempo, no lejano, en el cual el hombre argentino medio tenía especial respeto por tres personajes, el médico de la familia, el sacerdote y el maestro. Por distintos motivos todo ello se fue devaluando, en el caso de los maestros, ello se comprueba con el escaso valor que el Estado asigna a la educación, y se refleja en los magros emolumentos que perciben, y lo que es mas grave ausencia de una política educativa seria, coherente y planificada hacia el futuro. Los maestros han sido relegados a segundo plano. La brecha entre los países desarrollados y subdesarrollados se agiganta, para los primeros la educación es una inversión para los segundos es un gasto. Es claro, con buenos niveles de educación, como los que alguna vez soñaron y concretaron nuestros próceres, difícilmente podrían gobernarnos quienes edifican su poder en derredor de la pobreza extrema y la falta de educación. URGE VOLVER A SARMIENTO (23).

Bibliografía

(1) AGUINIS, Marcos, "El atroz encanto de ser argentinos", p. 171.

(2) TRIGO REPRESAS, Félix; LOPEZ MESA, Marcelo, "Tratado de Responsabilidad Civil", Ed. La Ley, t. III, Año 2004, Bs. As., p. 233. Debemos destacar que nuestra educación pública y sobretodo las Universidades Nacionales se encontraban en lugares de privilegio así las Universidades Nacionales de Buenos Aires y La Plata se ubicaban entre las 5 primeras del mundo en la década de los años 40 y sin descuidar la de Córdoba.

(3) MAZEAUD y TUNC, "Tratado de Responsabilidad Civil", 5° ed., t. I, núm.788, p. 896. El profesor SAGARNA, Fernando Alfredo en "Responsabilidad de los Docentes y de los Institutos de Enseñanza" Ed. Depalma, Reimpresión, Bs. As, Año 1996, hace un análisis respecto de la evolución de la responsabilidad de los docentes, así parte del Esbozo de Freitas eran responsables los maestros y los directores de colegio u oficinas, los primeros sobre todo cuando se encontraban bajo la vigilancia directa del maestro del colegio. El código de Napoleón en el art. 1384, párrafo 4° prescribía "los maestros y los artesanos, (son responsables) del daño causado por sus alumnos y aprendices durante el tiempo que ellos estén bajo su vigilancia". En el derecho italiano regulaba esta responsabilidad 1153 reemplazado por el actual artículo 2048 que no cambió en nada la situación contemplada y al decir de SCOGNAMIGLIO, Renato, "Responsabilitá per fatto altrui" en "Novissimo Digesto Italiano", t. XV, Tipográfico-Editrice Torinese, 1957, p. 692, estamos en presencia de una responsabilidad "per fatto altrui". Debemos destacar que el término "instituters" al decir de COLIN & CAPITANT en "Droit Civil Francais", t. II, París, Libraire Dalloz, Año 1920, p. 391 "El término instituters designa a todos aquellos quienes están a cargo de la educación o de la instrucción de menores, al mismo tiempo que de su vigilancia: maestros, directores de pensionados, principales de colegios, etc".

(4) HERSALIS, Marcelo, MAGRI, Eduardo, TALCO, Gabriel, "Establecimiento educativo: Daño acaecido en la puerta del colegio", LLBA, 2005-915.

(5) LE TOURNEAU, Philippe - CADIET, Loic, "Droit de la Responsabilité", Dalloz, París, 1996, Nro.858, p. 3530.

(6) MORENO MARTINEZ, Juan Antonio, Clases del VII Curso de Posgrado en Daños, Universidad de Salamanca, enero del 2001.

(7) GOMEZ CALLE, Esther, "Lecciones de Responsabilidad Civil", Navarra, 2002, p. 284/285, citado por TRIGO REPRESAS- LOPEZ MESA, ob. cit, t. III, p. 240.

(8) PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa", Ed. La Ley, t. III, Parte Especial, Año 2006, Bs. As, p. 400. Por tanto y como expresan TRIGO REPRESAS - LOPEZ MESA "... el art. 1117 equiparaba la responsabilidad de los directores de colegio a la de los maestros artesanos...".

(9) LLAMBIAS, Jorge J., "Responsabilidad civil de los directores de colegios", LA LEY, 1975-B, 1147 y en cuanto a la presunción de la culpa sienta una regla de prueba "... el docente tiene la posibilidad de suministrar todos los informes ya que lo más frecuente es que el hecho haya pasado ante sus ojos", conf. MAZEAUD-

TUNC, "Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Extracontractual", 5° ed., Ejea Bs. As., 1977, t. I, núm.787. BORDA Guillermo, "Tratado de Obligaciones", t. II, núm. 1409, entiende que "la posibilidad de vigilancia del director es muy relativa" de ahí que tal responsabilidad "deviene en excesiva e injusta".

(10) LLAMBIAS, Jorge J, ob. cit, p. 1150.

(11) PIZARRO, Ramón Daniel, ob. cit. p. 401. En el mismos sentido TRIGO REPRESAS - LOPEZ MESA, ob. cit, p. 243, también SALVAT, COLOMBO, CORNEJO, AGUIAR, MAZEAUD-TUNC, BUSTAMANTE ALSINA, COMPAGNUCCI de CASO, KEMELMAJER de CARLUCCI, BOFFI BOGGIERO, también es interesante leer "Da Luz, Darío c Prov. de Buenos Aires", JA, 1996-IV-303".

(12) HERSALIS, Marcelo, MAGRI, Eduardo, TALCO Gabriel, ob. cit. p. 917; PIZARRO, Ramón Daniel, ob. cit, p. 403; SCMendoza, sala I, 20/02/2003, LLGran Cuyo, 2003-371; CNCiv, sala E, 31/8/2005, LA LEY, 25/10/05, p. 6, LOPEZ MESA, Marcelo, "Curso de derecho de las obligaciones", t. III, p. 160 "... Con el texto vigente en la mano puede postularse... que el fundamento de esta responsabilidad...", sólo en la voluntad del legislador... creando ex nihilo un nuevo supuesto de responsabilidad antes difusa...". También debemos resaltar quienes son propietarios del establecimiento educativo así por ejemplo KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997", LA LEY, 1998-B, 1047 y sigtes., ha dicho quien es el que emprende el servicio educativo, y que puede ser titular o no del inmueble en donde se dictan las clases, conforme REYNA Carlos A en "Código Civil Comentado" BUERES Alberto-HIGHTON, Elena, t. 3-B, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2000, "El concepto de titularidad no debe ser asimilado al de titularidad del dueño del inmueble en el que se desenvuelvan las actividades escolares, sino a la de la persona que regentea la empresa educativa, es decir, quien organiza y gestiona el desarrollo de la actividad en su propio interés, aun cuando éste sea el de alcanzar una finalidad calificada de altruista o cumplir con la función impuesta por normas de rango constitucional", en igual sentido SAGARNA, Fernando, "La Ley 24.830. Nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos", JA, 1997-III-939.

(13) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997", LA LEY, 1998-B, 1047 y sigtes." En suma: el nuevo texto incorpora el daño sufrido por el alumno pero sigue regulando el caso previsto por el viejo art. 1117, es decir, el de los daños causados por un alumno a un tercero" Como expresan TRIGO REPRESAS-LOPEZ MESA, ob. cit., p. 262 "La expresión "causados o sufridos por sus alumnos" no es la más feliz; a través de ella se regla conjuntamente la responsabilidad contractual y extracontractual, asignando idéntico régimen a los daños que el alumno causare a un tercero (responsabilidad por el hecho de otro) que al los sufridos por el propio alumno (responsabilidad contractual); SAGARNA Fernando, "La Ley 24.830. Nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos", JA, 1997-III-939, entiende que la falta de técnica legislativa confunde las responsabilidades y oscurece el título que comprende a las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos.

(14) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997", LA LEY, 1998-B, 1047 y sigtes., expresa que "Hasta la reforma de 1997 hubo consenso doctrinal en torno a que los daños sufridos por un alumno en el ámbito de la actividad docente no estaban regidos por el art. 1117. La única excepción era el supuesto en que el daño sufrido por un alumno había sido causado por otro alumno", BUERES, Alberto, voto en "Israel, Carlos R y otra c. Denaro Graciela B y otra", CNCiv. sala D, LA LEY, 1984-B, 70, "la obligación de preservar la integridad física de un menor afianzada objetivamente por el establecimiento educacional, y que se ejecuta por medio de los dependientes consiste en una obligación de medios". "De ahí que la puesta en marcha de la garantía del deudor exige que se demuestre la culpa de los sujetos que concretan fácticamente la prestación".

(15) SAGARNA, Fernando, A., JA, 1996-II-373. "La responsabilidad civil extracontractual por los daños que los alumnos de un establecimiento escolar se causan a si mismos" y SAGARNA, Alfredo, ED, 166-72 "La responsabilidad civil de los establecimientos escolares por los daños sufridos por los alumnos, ausencia de vigilancia adecuada y edad del menor".

(16) DIAZ ALABART, Silvia, "Responsabilidad civil extracontractual: responsabilidad de un colegio público por los daños sufridos por un menor; concurrencia de culpa de la propia víctima "en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 38, abril/agosto, 1995, N° 1026, p. 639.

(17) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, ob. cit., p. 1047 y sigtes. Al respecto cuando comienza y termina el control de autoridad, no existe al respecto un límite, ya que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dijo que "no hay que atenerse a horarios fijos, entendiendo que resulta absolutamente arbitrario considerar que ella existe si el daño se produjo 5 minutos antes de comenzar o terminar el horario escolar y que no 1 minuto después", JA, 1995-II-425.

(18) TRIGO REPRESAS, Félix, LOPEZ MESA, Marcelo, ob. cit., p. 272.

(19) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", t. 4 (Presupuestos y funciones del derecho de daños) N° 142, p. 690/691. Por su parte BUERES Alberto entiende que parecería que podría discutirse al menos si es justo que los establecimientos educativos circunscriban su responsabilidad a los hechos por menores o bien si esta responsabilidad se entendería a los mayores (Antecedentes Parlamentarios de la Ley 24.830, p. 1672).

(20) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La responsabilidad de los padres y la evolución de la familia", LA LEY, 1979-B, 520 y sigtes. Sigue diciendo el distinguido profesor que al padre le es rigurosamente imposible, en la gran mayoría de los casos que se presentan "impedir" el daño; y ello es así porque, la vigilancia activa no existe, ni puede existir, pero es dable destacar que si bien no hay culpa debe haber responsabilidad.

(21) BELLUSCIO, Augusto - ZANNONI, Eduardo, "Código Civil y leyes complementarias", t. V, Ed. Astrea, Bs. As, 1984, p. 594. En el mismo sentido se ha expresado la SCBA (18/10/60, LA LEY, 101-611).

(22) PREVOT, Juan Manuel, "La obligación de seguridad en los establecimientos psiquiátricos", en la "Obligación de seguridad", LA LEY, 2005, pág.49.

(23) PIZARRO, Ramón Daniel, ob. cit, p. 401.

La obligación de seguridad en el derecho de daños

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2010-VI, 249
Cita Online: AR/DOC/3895/2009
[Consultado el: 25/06/2020]

Sinopsis.

Como es sabido, en los cimientos de la codificación civil, el genio de Amboy, omitió incluir en el Código de leyes la llamada buena fe contractual, dicha omisión no resultó caprichosa ni aislada, sino que constituye una muestra más de su idiosincrasia liberal e individualista coherente con la época de sanción de la normativa civil.

El Código Civil argentino en su versión originaria recepta la versión más radical de respeto a la palabra empeñada, por ello, la inclusión legal de la buena fe significó, una atenuación del *pacta sunt servanta* por los deberes implícitos que ella conlleva.

Pero, parecería obvio que cuando se genera un acuerdo contractual las partes deben comportarse con buena fé en el cumplimiento de las obligaciones que tienen a su cargo, ello constituye una consecuencia axiomática; Entonces: *¿qué implicancia tiene admitirla normativamente?*, pues la trascendencia es crucial: a partir de la ley 17.711 no solo se incorpora el concepto sino también una serie de *deberes jurídicos* explícitos y por sobre todo otros *virtuales o tácitos* que se derivan de éstos, en donde la obligación de seguridad constituye uno de sus reflejos más recientes.

Como vernos a continuación esta obligación tácita de seguridad, cuya fuente normativa recae en el artículo 1198 del Código Civil, ha tenido una constante aplicación en diferentes facetas contractuales y día a día se va robusteciendo y consolidando como deber jurídico vacilar cuya matriz deriva de la buena fe contractual.

Casuistica.

Concesionarios viales y la presencia de animales sueltos.

La responsabilidad de los concesionarios viales, en el caso, por accidente derivado de la presencia de un animal suelto, tiene fundamento objetivo y sólo puede eximirse acreditando la ruptura del nexo causal, pues, de conformidad con la obligación de seguridad asumida, el usuario debe llegar sano y salvo al punto de destino y el deber de custodia es lo suficientemente amplio como para abarcar en su contenido prestaciones tales como la vigilancia permanente de las rutas, la remoción de los obstáculos y de elementos peligrosos y el retiro de animales que transitan por ella. (Del voto en disidencia del Dr. Maqueda. La mayoría declaró inadmisible el recurso por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal)

CS, 17/03/2009, Gómez, Mario Félix c. VICOV S.A. y/o responsable, DJ 06/05/2009, 1171 - RCyS 2009-V, 97.

Contagio de infecciones intrahospitalaria dentro de un nosocomio.

El establecimiento asistencial demandado debe reparar los daños y perjuicios causados a un paciente por el contagio de una infección que revistió la condición de intrahospitalaria, ya que aquél ha incumplido con la

obligación tácita de seguridad asumida y no logró acreditar la existencia de un supuesto de caso fortuito o culpa de la víctima.

CNCiv., sala E, 05/03/2009, Andino Flores Leonor c. Hospital Italiano, RCyS 2009-VII, 124 - LA LEY 21/07/2009, 7.

La obligación de seguridad y los establecimientos educativos.

Resulta responsable en los términos del art. 1117 del Código Civil el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por los daños sufridos por un menor cuando se encontraba en una excursión bajo la tutela de las autoridades escolares, pues, en su carácter de titular organizador del sistema de educación pública de la Ciudad asume un deber de seguridad dirigido a preservar la integridad física y psíquica de los niños confiados a su vigilancia, del que sólo puede eximirse por caso fortuito, el cual no fue acreditado y no por el hecho de que el accidente se produjera fuera del establecimiento educativo tal como lo pretende.

CContenciosoadministrativo y Tributario Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 09/03/2009, Méndez de Hornos, Susana Yanet y otros c. Ciudad de Buenos Aires y otros, RCyS 2009-VII, 82.

La obligación de seguridad en las relaciones de consumo.

Toda vez que el vínculo que une a la concesionaria y el usuario de la red vial es una típica relación de consumo regida por la ley 24.240, la concesionaria asume una obligación objetiva de seguridad, frente a la cual es deber del usuario conducirse en correspondencia con el uso normal y previsible que concierne a la naturaleza del servicio, el cual debe prestarse de modo que el tránsito por la vía concesionada se desarrolle sin riesgo para la integridad física y patrimonial del usuario, lo que implica que la prestadora asume una obligación de seguridad por resultado, en consonancia con el deber de custodia que concierne a dicha actividad. (Del voto en disidencia del Dr. Zaffaroni. La mayoría declaró inadmisible el recurso por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal).

CS, 17/03/2009 - Gómez, Mario Félix c. VICOV S.A. y/o responsable - DJ 06/05/2009, 1171 - RCyS 2009-V, 97.

La obligación de seguridad en los espectáculos públicos

El deber de seguridad que pesa sobre el organizador de un recital de rock no constituye una obligación de medios, sino de resultado razón por la cual, el hecho de que el actor se haya lesionado durante el transcurso del mismo basta para acreditar la violación del citado deber.

CNCom., sala A, 19/05/2009, C., D. I. c. Showcenter S.A., LA LEY 2009-D, 347 - RCyS 2009-VIII, 163.

La obligación de seguridad en los establecimientos médicos.

Debe responsabilizarse en forma concurrente al establecimiento medico y al paciente que sufrió una caída de una escalera de la clínica, pues si bien el primero incumplió con la obligación de seguridad que tiene a su cargo permitiendo que un paciente con la visión disminuida deambule libremente por la clínica, la eventual obesidad de la victima, su probada osteoporosis y sus demás limitaciones físicas incidieron causalmente en la producción del daño. (Del voto del Dr. López Mesa).

CApel. Trelew, sala A, 26/03/2009, C. de W., Dora Elsa c. C.O.y M. Trelew y otros - LLPatagonia 2009 (agosto), 1001.

La obligación de seguridad en el trasporte ferroviario.

Resultan responsables en forma concurrente la víctima de un accidente ferroviario y la empresa de trenes -en el caso, se atribuyó un 30% y un 70% respectivamente-, pues, aunque había pocas personas de pie en el pasillo del convoy la víctima se ubicó voluntariamente al lado de la puerta, un lugar antirreglamentario y peligroso, interfiriendo su conducta en el nexo causal que determinó el daño que sufriera al caer de la formación y por su parte la empresa ferroviaria no cumplió con su obligación de controlar que las puertas de acceso al vagón estén cerradas antes de iniciarse la marcha, incumpliendo con el deber de seguridad que le impone el contrato de transporte, en virtud del cual debe transportar a la persona sana y salva al lugar convenido.

CNCiv., sala G, 30/03/2009, Aguilera, Humberto Eleodoro c. Ferrovías S.A.C. s/daños y perjuicios, La Ley Online.

Operatividad de la obligación de seguridad en la responsabilidad civil del estado.

El fundamento de la responsabilidad que le corresponde al Estado por la infección ocular que sufrió un paciente tras ser intervenido quirúrgicamente en un nosocomio público, deviene de la relación contractual habida entre aquel y el paciente y de la obligación de seguridad que la institución o el profesional que de él dependen asumen y que consiste en que el paciente no contraerá durante su estadía infecciones hospitalarias ocasionadas por la falta o deficiencia de asepsia, esterilización, higiene o control en el material instrumental, utensilios o instalaciones (Del voto en disidencia parcial del Dr. Centanaro).

CContenciosoadministrativo y Tributario Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 28/05/2009, Saavedra, Antonio José c. Ciudad de Buenos Aires y otros, La Ley Online.

La obligación de seguridad y los daños producidos en los boliches bailables.

CNCiv., sala M, 12/02/2009.- Quesada Micaela y otros c. Jervo SA. - LA LEY 13/05/2009, 8, con nota de Marcelo Hersalis.

Debe responsabilizarse en forma concurrente a la sociedad explotadora del local bailable en el cual se celebraba una fiesta de egresados y a un concurrente -en el caso, en un 80% y en un 20% respectivamente- por los daños sufridos por éste al caer de una tarima sobre la cual bailaba, pues, si bien dicho lugar no se encontraba habilitado para bailar, la demandada omitió adoptar las medidas necesarias para evitar esa práctica habitual en el negocio que explotaba, incurriendo en un incumplimiento culpable del deber de seguridad que pesaba sobre ella.

Contexto doctrinario

•·**Sagarna, Fernando Alfredo**, Doctrina "Bianchi" de la Corte Suprema de la Nación en la Suprema Corte de Buenos Aires sobre responsabilidad civil de las concesionarias de peaje. Publicado en: RCyS 2009-VIII, 101-LLBA 2009-715.

El jurista analiza el ámbito donde subyace este tipo de responsabilidad, la aplicabilidad de la ley de defensa del consumidor, la previsibilidad de las concesionarias en cuanto a los daños causados por animales sueltos y las medidas de prevención que debe llevar adelante al respecto, como así también los eximentes de responsabilidad aplicables.

• **Ghersi, Carlos - Weingarten**, **Celia**, Responsabilidad del Estado y las concesionarias de rutas viales. Animales sueltos y el nuevo criterio de la C.S.J.N. DJ 2007-1, 454.

Luego de hacer una reseña sobre la evolución jurisprudencial en la materia, analizando fallos significativos como "Colavita c. Provincia de Buenos Aires," "Bertinat c. Provincia de Buenos Aires," "Expreso Hada S.R.L. c. Provincia de San Luis," "Ferreira c. V.I.C.O.V. S.A y "Bianchi c. Provincia de Buenos Aires" intenta demostrar el autor, que si bien la evolución viene siendo favorable al dañado, falta afianzar la aplicación de la normativa de las relaciones de consumo en forma integral y también la responsabilidad del Estado.

• **Avalle, Damián**, Responsabilidad médica por infecciones hospitalarias. DJ 18/02/2009, 335.

Entiende el autor que se alcanza un justo equilibrio aplicando en la especie una obligación de seguridad de medios, aliviando al actor de la carga de probar en casos de infección la culpa médica y la relación causal, aunque sin relevarlo, habida cuenta que en esta posición es el pretensor quien tiene que acreditar la existencia de indicios firmes que avalen una presunción, manteniendo la posibilidad de que el médico o institución dejen a salvo su responsabilidad cuando demuestren que han actuado con la diligencia debida o que el nexo causal se ha interrumpido por una causa extraña.

• **Calvo Costa, Carlos A**. Infecciones intrahospitalarias: ¿Responsabilidad objetiva o responsabilidad subjetiva? RCyS 2008, 461.

Sustenta la posición de considerar subjetivo el factor de atribución aplicable a esta materia, porque en caso contrario implicaría condenar de hecho en casi todos los supuestos que se presenten infecciones intrahospitalarias, dado que la prueba del *casus* (único medio válido e idóneo para poder fracturar el nexo causal) se torna imposible en la práctica. Estima que ello puede dar lugar a sentencias injustas y entiende que el mejor camino para analizar el deber de responder de los entes asistenciales en estos temas es aplicar las normas de la responsabilidad subjetiva, extremando la rigidez de las eximentes a tenor de las disposiciones de los arts. 512, 902 y 909 Cód. Civil.

• **Jalil, E. Julián.** Responsabilidad por enfermedades intrahospitalarias. LA LEY 2008-F, 226.

La obligación de seguridad se transforma en una obligación de resultado atenuada, en donde la culpa de los dependientes del ente asistencial se presume, pero acepta ser desvirtuada por éste demostrando la culpa de un tercero por quien no deba responder, o la propia culpa de la víctima, o que el personal obró conforme los parámetros que se exigen para la correcta asepsia del lugar y de los instrumentos.

•**Prevot, Juan Manuel**. Responsabilidad de los establecimientos educativos. Alumno embestido por un automóvil al salir del recinto escolar. LA LEY 2008-C, 29.

Explica el jurista que el ámbito escolar debe ser aprehendido en sentido amplio, comprendiendo todas las actividades organizadas y controladas por la autoridad educativa y aquellas conexas con la enseñanza. La omisión por parte de los docentes en los cuidados que imponían las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, amén de que el comportamiento del alumno, cuya vigilancia y educación se les encomienda, no puede ser considerado como imprevisible o inevitable, hace irrefutable la aplicación de la responsabilidad civil.

• **López, Estanislao**. Responsabilidad de establecimientos educativos: La inconsciente necesidad de subjetivizar la responsabilidad objetiva. LA LEY 2005-B, 473.

En este trabajo se sostiene que el caso fortuito al que refiere el art. 1117 del Cód. Civil debe ser ampliamente considerado, que incluye al hecho de la víctima (cuando posea discernimiento) o el hecho de un tercero por el que no se deba responder, como si lo reconoce el art. 1113 del Cód. Civil, entendiendo que, para ello la edad del menor es un factor fundamental a la hora de analizar la culpa de la propia víctima, la conducta riesgosa del menor con discernimiento -sea culposa o dolosa- puede ser una eximente válida que debe ser analizada en cada caso.

•**Picasso, Sebastián**. La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema. LA LEY 2008-C, 562

El distinguido profesor estudia la relación entre la Constitución y el derecho de daños, luego analiza la doctrina de la Corte en la materia desde la óptica del sistema general de reparación de los daños al consumidor, efectuando consideraciones acerca del aporte que el pronunciamiento trae en el tópico específico de la culpa de la víctima.

• **Leiva, Claudio Fabricio**. Daños derivados de caídas en hipermercados: La obligación de seguridad en el ámbito de la relación de consumo. LLGran Cuyo 2009 (abril), 237.

Explica el autor que a partir de la consagración de la protección de los consumidores y usuarios en el art. 42 de la Constitución Nacional, y la expresa mención que hace el texto constitucional del derecho a la seguridad, en el amplio marco de la relación de consumo, es posible afirmar que el deber de seguridad que pesa sobre los proveedores puede ser exigido más allá del producto o servicio que adquiere el consumidor, en el íntegro trayecto en el que se desenvuelve la vinculación entre estos dos sujetos: antes, durante y después de la eventual contratación, entendiendo que la expresión "relación de consumo" excede lo meramente contractual, es decir, abarca todas aquellas circunstancias que constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para el destino final de los consumidores y usuarios.

•·**Garrido Cordobera, Lidia M. R. Mosca.** La reparación de los daños con motivo de encuentros futbolísticos. LA LEY 2007-C, 118-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 1309.

La investigadora emplea un esquema teórico-realista para analiza la decisión a la que arriba la Corte Suprema de Justicia en el caso "Mosca" y plantea qué soluciones dá y puede dar el derecho de daños a este tipo de eventos dañosos, sin olvidar las obligaciones de los empresarios y si existe un riesgo de actividad y que rol juega el poder de policía del Estado.

•**Müller, Enrique C.** La obligación de seguridad en los espectáculos públicos. Sup. Esp. Obligación de Seg. 2005 (septiembre), 32-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 1265

El autor sostiene su pensamiento en torno a demostrar que en la actualidad la responsabilidad por daños pretende cumplir una función de garantía resarcitoria sin indagar la actitud subjetiva de quien causó el daño, entendiendo que el daño injusto a una víctima se constituye en el epicentro de un reordenamiento del sistema, siendo el factor objetivo analizado un síntoma de ese cambio.

•**Echevesti, Carlos A.,** Exigencia de la culpa médica para responsabilizar al ente asistencial. LA LEY 2006-B, 1201-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 743

El autor analiza los diferentes ámbitos de aplicación del factor de atribución de la responsabilidad civil tanto del ente asistencial, como del galeno y especialmente como opera la clasificación entre obligaciones de medio y resultado en el ámbito del derecho medical.

• **Gregorini Clusellas, Eduardo L.**, La obligación de seguridad en el contrato de medicina prepaga. LA LEY 1996-C, 232-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 385

A través de este trabajo se demuestra como la aplicación de la obligación de seguridad en el ámbito médico conforma con equidad el moderno sistema de responsabilidad por daños, haciendo eco en el marco de aplicación y la extensión de la misma en dicho campo jurídico.

•**Tanzi, Silvia Y. Humphreys, Ethel Papillú, Juan M.** La obligación tácita de seguridad en el contrato de transporte. LA LEY 26/10/2004, 4-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 287.

Explican los autores como se desenvuelve la responsabilidad de las empresas prestadoras del servicio ferroviario, dando el encuadre jurídico al tema, poniendo de resalto la obligación de seguridad o indemnidad que pesa sobre las empresas para evitar que en la ejecución del contrato se cause daño a las personas o a sus bienes. Destacan también, el carácter de la obligación de resultado asumida por el transportista y la forma de eximición de la responsabilidad que pesa sobre éste.

•**Prevot, Juan Manuel**. El derecho del usuario de un servicio de transporte subterráneo a ser tratado dignamente. LA LEY 2008-C, 572

Analiza cuando comienza y cuando culmina el contrato de transporte y cuales han sido los motivos más relevantes que condujeron a considerar la existencia de una relación de consumo y el afianzamiento de esta doctrina en el Alto Tribunal.

•**Ugolini, Daniela**, La responsabilidad del Estado en la actual jurisprudencia de la Ciudad de Buenos Aires. Sup. Adm. 2008 (octubre), 1-LA LEY 2008-F, 993.

La autora estudia la evolución histórica de este tipo de responsabilidad en el marco de la competencia jurisdiccional de la ciudad de Buenos Aires, como opera la prescripción y el fundamento de la responsabilidad estatal, cuál es el plazo de prescripción aplicable a los juicios de mala praxis médica en la responsabilidad extracontractual y en los casos de responsabilidad contractual, como así también la extensión del resarcimiento.

•**Sexe, Pedro Marcelo**. Naturaleza de la responsabilidad del Estado por mala práctica médica y el daño moral (en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires). LLBA 2007-876.

En este trabajo se exterioriza la naturaleza del incumplimiento de la prestación médica estatal desde la óptica de la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires, la responsabilidad contractual y extracontractual del estado, y específicamente la responsabilidad de éste por incumplimiento en la relación preexistente: establecimiento profesional médico dependiente y requirente del servicio, como así también la extensión del resarcimiento aplicable ante la existencia de un daño moral comprobado.

•**Cornaglia, Ricardo J.** El deber de seguridad en relación a la responsabilidad contractual LLBA 2005-1163.

El autor comenta un fallo de la Corte de la Prov. de Buenos Aires en el cual se juzgan los actos de violencia ocurridos en un local bailable, que culminaron con lesiones graves de uno de los asistentes, quien reclamó de la dueña del local la reparación de los daños, considerando que el daño sufrido es una consecuencia del incumplimiento del deber de seguridad que tenía la accionada, asimismo menciona los eximentes de responsabilidad aplicables a este caso.

•**Correa, José Luis**. Contrato de Viaje de Estudios. Responsabilidad por la seguridad personal del pasajero, imputable al transportista, a la empresa organizadora y de la compañía de seguros. LLGran Cuyo 2007 (junio), 483.

Se analiza un fallo de la Corte de Mendoza en donde uno de los alumnos egresados sufrió lesiones de consideración cuando fue conducido por la empresa organizadora del viaje, a una salida programada en una confitería bailable. El autor examina la previsibilidad del daño, el funcionamiento de la obligación de garantía, el contrato de viaje, su régimen jurídico y la diferencia de éste con el contrato de transporte, como así también la

responsabilidad del organizador por el hecho de sus dependientes, el carácter de la responsabilidad analizada, el deber de seguridad en sí mismo y el alcance de dicho deber.

Biblioteca.

PREVOT, Juan Manuel - CHAIA, Rubén A., "La obligación de seguridad" Ed. Hammurabi. 2005.

GAMARRA, Jorge, "Responsabilidad Civil Médica", Tomo 2, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Daños causados por los dependientes", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

SAGARNA, Fernando, "Ley 24.830: nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos", Ed. Depalma, 1994.

SARMIENTO GARCIA, Jorge, "Concesión de Servicios Públicos", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

LOPEZ DEL CARRIL, Gustavo, "Responsabilidad civil en Rutas, Autopistas y Vías del circulación. El rol de los concesionarios viales", Ed. La Ley, Buenos Aires 1999.

WEINGARTEN-GHERSI, "Contrato de Peaje", Rutas y Autopistas, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000.

PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa", Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2006.

LORENZETTI, Ricardo L., Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2003.

AGOGLIA, MEZA y BORAGINA, "La responsabilidad por incumplimiento contractual", Ed. Hammurabi, Bs. As., 1994.

BREBBIA, Roberto H., "La responsabilidad en los accidentes deportivos", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires

GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "La buena fe como pauta de interpretación de los contractos, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho", Ed. La Ley, 2004.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", T. II, Ed. Rubinzal, Santa Fe, 1980.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, 3ª ed, Buenos Aires, 1980.

BUERES, Alberto, "Responsabilidad civil de los médicos" Ed. Depalma, 2ª ed., Buenos Aires. 1992.

RINESSI, Antonio J., "El deber de seguridad", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.

MAYO, Jorge A., "Estudios de derecho civil" Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2005.

LOPEZ MESA Marcelo y TRIGO REPRESAS Félix en "Responsabilidad Civil de los Profesionales" Ed. Lexis Nexis. Buenos Aires.

ERTEHIKIAN, Eduardo, La responsabilidad pública, Buenos Aires, Abaco, 2001.

MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, t. IV, 5ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.

FARINA., Juan M., "Contratos comerciales modernos", modalidad de contratación empresaria, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999.

AGOGLIA, María M., BORAGINA Juan C., MEZA Jorge A., "Responsabilidad por incumplimiento contractual", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993.

Responsabilidad del fabricante y del concesionario en la compra-venta de automotores desde la óptica de la ley de defensa del consumidor

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LLBA 2010 (octubre), 971
Cita Online: AR/DOC/6865/2010
[Consultado el: 25/06/2020]

Sumario.

1. Antecedentes del caso. 2. A modo de introducción. 3. Responsabilidad del fabricante: consideraciones en torno a la encrucijada contractual y la responsabilidad que surge de la obligación de garantía del art. 11 de la LDC. 4. Carácter de la obligación asumida. 5. Apreciaciones en torno a la responsabilidad contractual y concurrente del concesionario como vendedor frente al consumidor. 6. Procedencia del daño moral ante el incumplimiento de la obligación de garantía por buen funcionamiento. 7. Colofón.

1. Antecedentes del caso.

La sentencia de grado hizo lugar a la acción incoada por el comprador de un vehículo contra la empresa fabricante y la concesionaria vendedora, a fin de obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios producidos a raíz de su mal funcionamiento por desperfectos de fabricación.

La Cámara confirma, en lo sustancial, el fallo recurrido entendiendo que existió un vicio en el rodado vendido y desde esta perspectiva condena tanto al fabricante como a la concesionaria frente al consumidor. Asimismo hace lugar al agravio moral que había sido solicitado por el apelante.

2. A modo de introducción.

Si bien a través del avance tecnológico las maquinarias nos han dado una idea de perfección en cuanto a su funcionalidad, lo cierto es que muchas veces ocurre que ello es solo en apariencias y los defectos en la compra tornan engorroso aquello que externamente se visualiza con brillo encandecedor.

Desde la perspectiva jurídica la cuestión se centra en dirimir que casos ameritan responsabilidad de los vendedores y productores, y en que medida son responsables los demás integrantes de la cadena de comercialización. (1)

3. Responsabilidad del fabricante: consideraciones en torno a la encrucijada contractual y la responsabilidad que surge de la obligación de garantía del art. 11 de la LDC.

3.1. Aspectos Contractuales

Desde la óptica contractual es menester desentrañar la confluencia obligacional que se produce entre fabricante, concesionaria, y adquirente. Entre el fabricante y el concesionario existe justamente un contrato de concesión cuya característica más saliente es la exclusividad a la que se obliga el concedente. Mientras que entre el adquirente y el concesionario-vendedor se genera una compra-venta cuyas obligaciones intrínsecas son ajenas al fabricante porque entre éste y el adquirente no existe un relación contractual propiamente dicha, aunque por aplicación de la LDC, en determinados casos, deberá responder solidaria o concurrentemente ante el daño.

Como bien ha sostenido la CNCom. el concedente no puede ser responsabilizado por los incumplimientos del concesionario pues éste es una persona jurídica independiente, que corre con sus propios riesgos y compromete su propia responsabilidad en las operaciones que celebra, resultando un tercero ajeno a los contratos celebrados por el concesionario. (2)

Entonces el adquirente de un automóvil a través de una concesionaria, no puede demandar al fabricante por el incumplimiento en la entrega del vehículo, alegando la exclusividad de aquélla en la venta de los bienes por éstos fabricados, pues en estas transacciones se deben distinguir dos tipos de relaciones:

a) Por un lado el contrato de concesión que une al concesionario con el fabricante, por el que se estipula la exclusividad por parte del primero en la venta de los productos fabricados por el otro, y que adquiere a título personal a un precio preferente para revenderlos a sus clientes, terceros en esta relación,

b) Y por el otro surge la relación emergente del contrato de compraventa del rodado entre el concesionario y su cliente, en la que el fabricante es un tercero que no puede ser alcanzado por las consecuencias derivadas del incumplimiento de esos dos sujetos. De lo dicho resulta claro que, desde la órbita contractual, el fabricante carece de responsabilidad ante el incumplimiento del concesionario en la compraventa que concertó con el adquiriente particular. (3)

3.2. Responsabilidad deviniente del incumplimiento de la garantía legal.

Ahora bien, el fabricante puede verse subsumido en un deber de resarcir cuando el objeto de la acción del adquirente del automóvil es consecuencia de un defecto de fabricación por haber trasgredido el primero la garantía a la que se ha obligado por el *buen funcionamiento* de la unidad. (Conf. art. 11 de la LDC). En estos casos responderá por todo tipo de vicios, incluso aparentes, como afirma SAGARNA la norma ampara aún al consumidor más distraído toda vez que abarca el defecto o vicio ostensible al tiempo de la adquisición del bien, hallándose protegido aquél que descubre los vicios luego de adquirido el producto. (4)

La responsabilidad que pesa sobre el fabricante del automotor es de carácter objetiva, desde esta perspectiva el consumidor no debe probar la culpa de éste al momento del armado del vehículo sino que solo es necesario cotejar el rodado en cuestión con uno que recoja los parámetros de normalidad en cuanto al funcionamiento, si de dicha comparación surge una disyuntiva, probado que sea el daño y la relación causal procederá la responsabilidad civil, sustentada en el deber de garantía por el buen funcionamiento.

Es decir, acreditada la imputación habrá que determinar la relación causal que une a esta con el daño, la cual es un elemento diferente e independiente del primero, como explica CUEVILLAS MATOZZI el problema de la existencia o no de nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso, lo que los anglosajones llaman *causation in fac,* no debe ser en modo alguno confundido con el problema, radicalmente

distinto, de sí el resultado dañoso, causalmente ligado a la conducta en cuestión, puede o no ser "puesto a cargo" de aquella conducta como "obra" de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducido por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes.

No debe ser en modo alguno confundido, en suma, con el problema de si el resultado dañoso es o no *objetivamente imputable* a la conducta del demandado -lo que se ha llamado, en forma muy imprecisa, "causalidad jurídica" (la causalidad in law, legal causation o remoteness of damage de los anglsajones y lo que la doctrina alemana con mas precisión denomina *objektive zurechnung*). (5)

De acuerdo a lo expuesto, y tratándose de una responsabilidad objetiva, la idea de culpa es extraña a la responsabilidad del fabricante por los vicios de fabricación, ella en todo caso opera negativamente como excluyente de la responsabilidad del este cuando es aplicable a la conducta de la víctima, (6) como bien exponen RIPERT y BOULANGER la victima no puede pretender encontrar una causa de repartición en su propia culpa, si existe de su parte una *falta voluntaria*, la cosa es evidente, si no es culpable mas que de una simple imprudencia o negligencia, igualmente se le debe negar todo recurso, pues no puede hacer recaer sobre otro el daño que proviene de su culpa. (7)

4. Carácter de la obligación asumida.

En cuanto al carácter de la obligación asumida por el fabricante la ley no requiere de una mera conducta diligente por parte de este, sino que impone un resultado necesario como advierte DIEZ PICAZO se requiere una disconformidad entre lo que se considera presupuesto del negocio y el resultado que ofrece la realidad, (8) el presupuesto del negocio en este caso es el deber de garantía que instituye la LDC en su art. 11.

El importador o fabricante que se vale para comercializar su producto de una red de distribución fundada en la concesión asume una obligación de resultado frente al futuro consumidor, consistente en la entrega de un producto para cumplir con una finalidad que constituya la razón comercial que sirve para su promoción y eventual estímulo en el comprador para su adquisición. Y en esta obligación de resultado, la conducta del deudor está implicada como un imperativo ético y práctico, para llegar al resultado esperado por el consumidor, siendo responsable ante este por su incumplimiento deficiente. (9)

Es decir, el productor o fabricante debe garantizar al consumidor el buen funcionamiento y la eficacia de lo que introduce en el mercado, cargando con los riesgos de desarrollo, y respondiendo toda vez que no se interrumpa el nexo causal entre la nocividad del producto y los daños causados, (10) no obstante ello, será necesario determinar la consecuencia causal en relación al hecho del cual deriva en daño porque como ha sostenido el Superior Tribunal de España toda reclamación de daños y perjuicios, aun cuando se funde en un derecho perfecto a reclamarlo, requiere por su naturaleza la prueba de haber sobrevenido aquéllos por consecuencia del acto del que se pretende derivarlos, (11) es decir, como pregona VON IHERING ningún acontecimiento se produce en el mundo físico sin un acontecimiento anterior en el cual encuentra aquél su causa, es decir no hay efecto sin una causa. (12)

En definitiva, el fabricante del automotor tiene a su cargo una obligación de resultado pues debe poner en el comercio los productos que elabora sin defectos ocultos, por lo cual debe, sin excepciones, ser tratado como conocedor de ellos aunque en realidad los ignore (art. 18, ley 24.240). (13) Esa obligación de resultado se ha visto incumplida en el caso de análisis ya que como se aprecia en el fallo a la luz de la prueba ofrecida resulta *"...evidente que el automotor exhibía un vicio grave que afectaba su correcto funcionamiento..."*

5. Apreciaciones en torno a la responsabilidad contractual y concurrente del concesionario como vendedor frente al consumidor.

5.1. Relaciones contractuales.

En referencia a la relación contractual en la que se encuentra vinculado con el fabricante, constituye un criterio arraigado en la jurisprudencia de la Cámara Nacional que el concesionario no actúa como representante del concedente, pues más allá de aceptar ciertas condiciones que le impone la terminal (locales, emblemas, publicidad, cupos, talleres, etc.), a efectos de estandarizar ciertas características de la red de comercialización, actúa en interés y en nombre propio quedando directamente comprometido como vendedor, siendo el fabricante un tercero ajeno al contrato y por lo tanto no resulta alcanzado por sus efectos. (14)

Desde esta arista, ante un incumplimiento del contrato de compra-venta por parte del concesionario-vendedor no existiría antijuridicidad alguna en la cual se sustente la responsabilidad del fabricante, porque su acción no trasgrediría ninguna pauta contractual, siendo los aspectos internos de la convención jurídica mencionada extraños al deber de garantía del fabricante, (15) salvo que exista conexidad contractual, o se trate de casos en donde la ley le impone expresamente el deber de resarcir como en el supuesto del incumplimiento del deber de información o ante la publicidad engañosa siempre que ella emane del fabricante.

5.2. Concurrencia en la responsabilidad originada en el deber de garantía.

Con relación a la responsabilidad extracontractual hemos dicho que el concesionario actúa por su propio nombre, no lo hace en representación del concedente, el que solo se limita a entregar las unidades solicitadas, por ello no se configura un supuesto de dependiente en los términos del artículo 1113 del Cód. Civil. (16)

En este sentido, es loable señalar al respecto que esta particularidad no le resta el carácter de responsable frente al consumidor ante la existencia de un defecto de fábrica en la compra-venta del automotor, habida cuenta que tanto fabricante como concesionario se encuentran enlazados por los arts. 13 y 18 de la LDC. (17) Aún cuando la LDC permita al damnificado dirigir su acción tanto contra uno de ellos o bien contra ambos, no quedaría excluido del deber de responder el vendedor por la circunstancia de que no esté vigente la garantía del fabricante, ya que el consumidor podría dirigir su acción contra el vendedor sustentada en los vicios redhibitorios que pesan sobre el objeto, (18) en los demás casos y siguiendo este orden de ideas, solo se excusará de responder aquel que demuestre la ruptura del nexo causal que opera de manera independiente en cada uno de los eslabones imputados. (19)

El nivel de conocimiento en la materia tiene notable implicancia en la apreciación de la responsabilidad, ya que siendo el concesionario un conocedor del rubro automotriz debe exigírsele mayor precisión en sus operaciones, es decir, como especialista en el ramo de que se trata debe celebrar sus ventas de modo adecuado y responsable pues los consumidores descuentan su profesionalidad, (20) entonces si se advierte que se trata de una firma abocada a intervenir en la compra y venta de automotores se genera un grado mayor de rigor al apreciar su responsabilidad. (21)

6. Procedencia del daño moral ante el incumplimiento de la obligación de garantía por buen funcionamiento.

A diferencia de lo que ocurre en el plano extracontractual en la esfera contractual el daño moral debe ser aplicado de manera restrictiva, (22) ya que en principio es extraño al incumplimiento de las obligaciones contractuales el resarcimiento de ese menoscabo extrapatrimonial.

En esta órbita de responsabilidad el daño moral no se presume, por lo que constituye una carga ineludible de quién lo alega su debida prueba ya que en caso contrario se entenderá que no ha existido.

La presencia de un vicio oculto en el automotor puede traer aparejado una lesión extrapatrimonial, pero el actor debe acreditar fehacientemente la configuración de ese daño, (23) el cual resulta resarcible siempre y cuando adquiera el carácter de significativo, y lesione las justas expectativas del adquirente, en este sentido entendió la CNCom. que resulta procedente el reclamo por daño moral incoado por el comprador de un automóvil en virtud de la resolución del contrato por incumplimiento del vendedor en la entrega del mismo, puesto que es razonable inferir que el primero padeció alguna tribulación anímica con significación jurídica a raíz de la frustración de su legitima expectativa de adquirir el vehículo para laborar, (24) en el fallo comentado ello quedó acreditado habida cuenta que como sustuvo el magistrado GUARDILA *"...es evidente la repercusión disvaliosa espiritual y anímica que debió provocar el incumplimiento de la garantía con una reparación satisfactoria, y los sucesivos ingresos a taller, la cual queda evidenciada con la decisión de enajenar el vehículo al poco tiempo de haberlo adquirido..."*

7. Colofón.

La LDC ofrece un abanico de acciones que se complementan con las que regula el núcleo normativo (Cód. Civil) donde descansa accesoriamente dicho estatuto particular, esas acciones proteccionistas no son excluyentes sino alternativas para el consumidor, pudiendo éste optar por la que más satisfaga sus intereses.

Creemos que tanto fabricante como concesionario responden por la garantía de buen funcionamiento del art. 11 de la LDC, de manera concurrente, (25) así lo ha entendido el magistrado votante quien sostuvo que *"...la doctrina coincide en señalar que la obligación de los sujetos responsables es concurrente, indistinta o in solidum pero no solidaria, pues el deber de responder se impone a cada sujeto por una causa propia y distinta de la que compromete a los demás..."* (26)

El artículo 40 de la LDC es aplicable a aquellos casos en donde el daño padecido por la víctima es consecuencia del vicio que presentaba el vehículo, desde esta perspectiva son responsables tanto el vendedor como el fabricante de manera solidaria, consideración que no aparece visible en el caso comentado.

Con relación al daño moral, aún cuando sea de aplicación restrictiva su operatividad, el mismo integra el resarcimiento cuando ha sido probada su existencia como tal, es por ello que coincidimos con los argumentos del fallo en este sentido porque del análisis de los hechos se desprende un claro padecimiento en los justos sentimientos del adquirente fallido del rodado.

Bibliografía

(1) JALIL, E. Julián, "Compraventa de automotores y ley de defensa del consumidor", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2010-VII, Pág. 233.

(2) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 28/09/2007, Paredes, Margarita c. Trotar S.A. y otra , AR/JUR/9113/2007 En similar sentido la Sala C adujo que es improcedente extender la condena por el incumplimiento del contrato de compraventa de un automóvil, en el caso, no se había entregado la documentación habilitante al fabricante, ya que el negocio fue concluido por el comprador y la concesionaria como vendedora, sin que conste en la factura o en los recibos de pago la intervención de aquél, de modo que el alcance subjetivo del contrato se agotó en las personas del actor y la concesionaria, siendo la compraventa res inter alios acta respecto del fabricante, máxime si en ningún momento se expresó que la ejecución del contrato hubiese quedado sujeta a determinada conducta de éste, ni a que aceptara el contrato o entregara el vehículo comprado. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 21/09/2007, Lanzilloti, Arturo c. Automóviles S.J. de Flores y otros, DJ 05/03/2008, 582 - DJ 2008-I, 582, AR/JUR/7510/2007. En idéntico

orden ver: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Sicania S.A. c. Automóviles Exclusivos S.A.", 2002/06/28, LA LEY 2002-F, 565 - DJ 2002-3,

(3) C. Nac. Com., Sala D, Lalanne, Gastón A. v. Fiore S. A. y otro, 01/04/2008. Gerardo G. Vasallo.- Pablo D. Heredia.- Juan J. Dieuzeide. AR_JA004. En igual sentido ver precedentes de la Sala B de la CNApel.

(4) SAGARNA, Fernando. "Comentario al art. 11 de la LDC". En PICASSO, Sebastián, VAZQUEZ FERREYRA. (Dir) Ley de defensa del Consumidor. Comentada y Anotada. Tomo I. Ed. La Ley. Pág. 174.

(5) CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. Pág. 63/4.

(6) En este orden de ideas se dijo que no siendo controvertido que se aplica al sub lite la ley 24.240, cabe recordar que el fabricante, entre otros, es responsable por el daño provocado al consumidor resultante del vicio de la cosa, y que sólo se liberará total o parcialmente si demuestra que la causa del daño le fue ajena, es decir que se debe a culpa inexcusable de la víctima o al hecho de un tercero por quien no debe responder. De tal norma se desprende claramente que la responsabilidad es objetiva, como consecuencia de lo cual no cabe imponerle al consumidor la carga de probar que el vicio se debe a la culpa del fabricante (conf. CNCom. Sala D, 18/6/2008, "Rusconi, María Teresa E. c/ Peugeot Citröen S.A. y otro s/ sumario" [Fallo en extenso: elDial - AA4A98]

(7) RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Tomo V. Ed. La Ley. Buenos Aires. Pág. 106.

(8) DIEZ PICAZO, Luis. Fundamento de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 1° 5ta ed. Ed Civitas. Madrid. Pág. 181.

(9) CCyC Sala I de San Isidro. Expte. 93092 - "García Manuel c/ Hyundai Motor Arg. SA s/ resolución de contrato" - (Buenos Aires) - SALA I - 02/09/2003 el dial -AA1A64 En igual sentido se dijo que el contrato que realiza el concesionario con terceros es una compraventa y, desde esta perspectiva, el vendedor - concesionario debe garantizar que el vehículo se encuentra en perfecto estado de funcionamiento y que puede dar cumplimiento al fin natural para el cual está destinado, en el caso, se confirmó la resolución que hizo lugar a la indemnización solicitada por el comprador de un vehículo que no funcionó por varios días debido a problemas de fabricación; es decir, se trata de una obligación central en cualquier contrato de compraventa, calificada como obligación de resultado, de modo que, en ningún caso, el vendedor puede eximirse de esta garantía que le impone la ley, aún cuando haya desconocimiento del vicio o defecto de su parte, y aún cuando ese vicio sea de fabricación. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 22/12/2008, Dominio Gallard S.A. c. Motorsport S.A., LLGran Cuyo 2009 (abril), 265, AR/JUR/20714/2008. Con igual criterio véase: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 09/02/2005, "Schoenfeld, Karin S. c. Mitsu Car S.A. y otro", RCyS 2006, 1355.

(10) CCyC, Sala II de Mar del Plata, T.y C. S.R.L. vs. Fiat Auto Argentina S.A. s. Daños y perjuicios 2003-07-08, WebRubinzal privdan263.14.r182. En este sentido como ha sostenido el fallo comentado "...es el fabricante quien introduce en el medio social la cosa viciosa; por tanto debe responder plenamente por todos los daños que ella cause...".

(11) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 12-6-1900, en jurisprudencia Civil, tomo 90, junio-diciembre 1900, ref. 14 y sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de fecha 10-11-1905, en jurisprudencia Civil, tomo 102, julio-diciembre 1905, ref. 102.

(12) VON IHERING, Rodolf. El fin en el derecho. Trad. de Leonardo Rodríguez. Ed. Rodríguez Serra. Madrid. Pág. 8. Como enseña ARISTÓTELES debe existir una "causa eficiente o motora" que se configura como el hecho dotado por el ordenamiento jurídico de energía suficiente para darle origen a la obligación de resarcir.

(13) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 21/11/2000, Artemis Construcciones S.A. c. Diyón LA LEY 2001-B, 839 - DJ 2001-2, 345, AR/JUR/924/2000.-

(14) C. Nac. Com. sala A, 29/6/2004, "Monticelli, Claudia M. v. Renault Argentina S.A"; íd. sala A, 15/6/2006, "Presas Guerra, Jesús v. Ford Argentina S.A"; C. Nac. Com., sala B, 30/4/1981, "Astral S.A v. Sociedad Comercial Deutz Argentina S.A"; íd. sala B, 29/2/1984, "Polielectric S.A v. Herrera Automotores S.A"; íd. sala B, 29/12/1992, "Ruiz Dueñas, Gloria de Lourdes v. Renault Argentina S.A"; íd. sala B, 26/10/1993, "Lamonato, Alberto v. Renault Argentina S.A s/ ordinario; íd. sala B, 13/12/1993, "Serodino, Alejandro v. Autograd S.A"; C. Nac. Com. sala C, 20/4/2007, "Rodríguez, Luis v. Routier Automotores S.A; esta sala,

23/12/1996, "Microomnibus Saavedra S.A v. Pepe Vázquez S.A s/ sumario"; C. Nac. Com. sala E, 24/9/1996, "Carbajo, Blanco A. v. García Hnos. y Cía. S.A ", entre otros). El sentido contrario ha sido esbozado por RIVERA para quién la concesión de venta de automotores es un supuesto de concentración vertical de empresas y la concedente ejerce sobre los concesionarios, por razón de los vínculos contractuales y los reglamentos internos, un control permanente de su contabilidad, balances previsiones financieras, contratos realizados etc. Además fija los precios de los vehículos y las cuotas que deben adquirir- y por ende revender- los concesionarios. De donde no parece imposible fundar una responsabilidad del concedente en el supuesto de incumplimiento del concesionario de las obligaciones asumidas frente a terceros. RIVERA, Julio Cesar. "Contratos de distribución" en Revista de Derecho Privado y Comunitario.", Tomo 3. Pág. 176.(15) Así sostuvo la CNCom que el fabricante es ajeno a la relación contractual entre la concesionaria y el adquiriente. Así no existe norma positiva alguna que imponga a Fiat Auto S.A como fabricante del vehículo vendido la obligación de atender los reclamos del comprador originados en aspectos internos de la compraventa. C. Nac. Com., Lalanne, Gastón A. v. Fiore S. A. y otro, Sala D, 01/04/2008. Gerardo G. Vasallo.- Pablo D. Heredia.- Juan J. Dieuzeide. AR_JA004.

(16) Esa relación contractual ha sido explicada con acierto por la jurisprudencia así se dijo que el concesionario no necesita autorización para celebrar el contrato de compraventa con un cliente - si debe tener un contrato de concesión vigente y tener asegurada la cuota con el fabricante -, es él quien se obliga en la venta a la entrega del rodado, que a su vez le compra a la fabricante concedente para revender y con ello obtener una ganancia, aspectos todos estos que impiden considerar al concesionario un dependiente del concedente en los términos exigidos por el art. 1113 del Código Civil, en el supuesto bajo examen. Expte. N° 118-L-2004 - "LLOP, Omar Mateo c/ Autolatina Argentina S.A. s/ ORDINARIO" - Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial de Córdoba - SALA "A" - 14/11/2005, elDial - AA2FF4.

(17) En este orden de ideas, se adujo que resultan responsables el fabricante y la agencia que vendió a la actora un automotor, por los daños y perjuicios derivados del defecto de la entrada de agua por la parte superior del marco carroceril del parabrisas y el rubro consumo de aceite, por encuadrar los mismos en el art. 11 de la Ley de Defensa del Consumidor. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala I, 06/06/2008, Lambrisca, Beatriz Norma c. Jama S.A. y Ford Argentina S.A., LLNOA 2008 (octubre), 907, AR/JUR/5929/2008

(18) Desde esta perspectiva se sostuvo que corresponde atribuir responsabilidad al concesionario debido a su carácter de vendedor, en tanto es su obligación responder por los vicios redhibitorios de la cosa enajenada sin que excuse tal responsabilidad la garantía del fabricante, si no probó la existencia de una estipulación en tal sentido entre comprador y vendedor. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 26/06/2009, Viera, Sandra Patricia y otro c. Renault Argentina S.A. y otro s/ordinario, RCyS 2010-III, 157, AR/JUR/26520/2009 CNCom., sala D "Ocampo, Antonio c. Fiat Auto Argentina S.A. y otro" 2007/08/23, LA LEY 16/10/2007, 16/10/2007, 6 - LA LEY 2007-F, 56; CNCiv., sala H "Schoenfeld, Karin S. c. Mitsu Car S.A. y otros" 2006/02/09, RCyS 2006, 1361 ; CNCom., sala D "Ocampo, Antonio c. Fiat Auto Argentina S.A. y otro" 2007/08/23, LA LEY 16/10/2007, 16/10/2007, 6 - LA LEY 2007-F, 56 —; CNCiv., sala H "Schoenfeld, Karin S. c. Mitsu Car S.A. y otros" 2006/02/09, RCyS 2006, 1361.

(19) Como expone CUEVILLAS MATOZZI para que la relación causal funcione de forma correcta es necesario que todos los eslabones que integran el proceso causal sean adecuados, la regularidad debe existir en cada etapa del iter causal, no bastará, por lo tanto, que la elección fuese en términos generales idónea parar producir el daño, sino que además será necesario que todas las circunstancias intermedias hayan sucedido también de forma normal, sin la intervención de factores anómalos o extraordinarios. La concurrencia de elementos disgregantes interfieren en el curso ordinario del proceso, obstaculizando, por lo que ocasionan la fractura del nexo causal. CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. La relación... Ob. Cit. Pág. 93.

(20) CNCom, Sala D, Causa 118953/02 - "Soraide Oscar Mauricio c/Volkwagen Argentina SA sobre ordinario" -- 27/06/2005, elDial - AA2C12.- también citado en WebRubinzal privdan54.1.2.r 56.-

(21) Expte. 37342/98 - "Pitrelli, Claudio Gustavo C/ Concesionario Vicente López Sociedad Anónima S/ Ordinario" - Cncom - Sala C - 08/09/2000 El dial - Aa62a.- En igual sentido se dijo que quien transmitió un vehículo a una concesionaria de automotores en virtud de una dación en pago queda liberado de acuerdo al art. 2170 del Código Civil frente al ulterior adquirente respecto de los vicios ocultos que presente -en el caso, en el motor- si al llevarse a cabo la operación, la concesionaria no opuso reparo alguno al respecto, pese a que por su

especialidad con mayor razón debía saber —con el alcance que surge de los arts. 902 y 904 del mismo ordenamiento— que un rodado de esas características podía tener desperfectos vinculados con su antigüedad y uso. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 09/03/2010, Ama, María Elena c. Cabriolet S.A. y otro, LA LEY 27/05/2010, 27/05/2010, 7 - LA LEY 2010-C, 482, AR/JUR/9012/2010.

(22) Es un criterio pacifico en la doctrina el de darle un carácter excepcional a la aplicación del daño moral en la orbita contractual. En este sentido ver CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, F. Derecho de las Obligaciones, T. I, 2ª ed., p. 38. LLAMBÍAS Jorge. J., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, T. I, p. 353; 2; CICHERO, "La reparación del daño moral en la reforma de 1968", Rev. ED Tomo 66. Pág. 157; BORDA, G., Tratado de derecho civil. Obligaciones. T. I, 7ª ed., p. 195, n. 175. Como asimismo en la jurisprudencia nacional, véase en este sentido: C. Nac. Civ., F, LL 1978-B: 521; íd. F, ED 88-628; C. Nac. Civ. C., ED 60-226; C. Nac. Civ. E, 19/9/1994, "Vítolo, D. v. Guardado, Néstor"; C. Nac. Civ. L, 13/6/1991, "Méndez de López Mansilla, Claribel y otra v. Bonfiglio Wasbein y Bonfiglio S.R.L "; C. Nac. Civ. sala A, 13/7/1984, "Collo Collada, A. v. Establecimientos Metalúrgicos Crespo S.AC.I". C. Nac. Com., Lalanne, Gastón A. v. Fiore S. A. y otro, Sala D, 01/04/2008. Gerardo G. Vasallo.- Pablo D. Heredia.- Juan J. Dieuzeide. AR_JA004

(23) La Sala B de la CNCiv. ha dicho que el daño moral no se presume ante el incumplimiento contractual ocasionado por las molestias sufridas por la existencia de vicios ocultos en la cosa comprada. CNCiv, Sala B - Cámara, Susana Ethel vs. Silvain, Irma Alejandra s. Daños y perjuicios - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - 2004-03-01, WebRubinzal privdan669.5.r180. La cuestión es más evidente en los casos de compra-venta de usados donde el concesionario conoce mínimamente el estado de los vehículos que llegan para su venta. Así ha sostenido la CNCom que es procedente considerar acreditada la existencia de un agravio moral en quien adquirió un vehículo usado que presentó vicios ocultos —en el caso, en el motor—, en tanto se aprecia una conducta reticente del concesionario de automotores que lo vendió, rayando con la mala fe consistente en exigir a aquél el despliegue de una actividad inusual que excede las molestias normales por la inejecución oportuna de un contrato, lo cual debe ser resarcido como sanción ejemplar a un proceder reprochable y como una reparación a quien padeció las aflictivas consecuencias de ese padecer. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 09/03/2010, Ama, María Elena c. Cabriolet S.A. y otro, LA LEY 27/05/2010, 27/05/2010, 7, AR/JUR/9012/2010.

(24) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 19/10/2007, Quispe, Nina Tito Wilber c. Automotores San José de Flores S.A. y otro, La Ley Online; AR/JUR/9126/2007.

(25) Las diferencias entre obligaciones concurrentes y solidarias existen marcadas diferencias que han sido correctamente explicadas por CALVO COSTAS quien sostiene que los principales caracteres disímiles entre las obligaciones concurrentes y las obligaciones solidarias además de la unidad o diversidad de causa y de deudor, son los siguientes: 1) La obligación solidaria es única, aunque está compuesta por varios vínculos coligados. Las obligaciones concurrentes, en cambio, siempre son dos o más, sin que exista conexión alguna entre los distintos deudores de ellas, que se conectan por la circunstancia de tener idéntico objeto y existir a favor del mismo acreedor. 2) En las obligaciones solidarias, al haber vinculación entre los deudores entre sí, existen relaciones internas que deben gobernarse por el principio de contribución. Ello no resulta de aplicación en las obligaciones concurrentes, atento a la inexistencia de conexión entre los deudores. 3) En las obligaciones solidarias rigen los efectos de la propagación, lo cual no ocurre en las obligaciones concurrentes. Ello se advierte con claridad en materia de prescripción, ya que mientras los efectos de ellas se propagan a todos los coacreedores y a todos los codeudores, en las obligaciones concurrentes la prescripción actúa independientemente para cada deudor. 4) En las obligaciones solidarias, cuando un codeudor paga la totalidad de la deuda, se subroga en los derechos del acreedor a fin de reclamar lo que ha pagado en exceso a los otros codeudores (art. 771, inc. 3 CC), ya que entre ellos existen relaciones internas de contribución, debido a que ellos en definitiva sólo estaban obligados a su parte y porción (arts. 716, 717 y ccs. CC), por lo cual el solvens sólo puede recuperar luego el desembolso por él efectuado en exceso a su respectiva cuota. Ello no ocurre en las obligaciones concurrentes, en las que quien paga la deuda debe a veces soportarla íntegramente, si fue el verdadero responsable de su constitución, o si no lo fue, puede en otros casos procurar el reintegro total de lo que ha abonado (vgr. si el damnificado hubiera percibido la indemnización de su compañía de seguros ante el incendio de su propiedad intencionalmente provocado por un tercero, aquélla podrá luego intentar perseguir el reintegro total de lo que le ha debido pagar a su asegurado por el hecho ilícito cometido por quien provocó el incendio). 5) Al resultar ser única la prestación debida en las

obligaciones concurrentes, resulta evidente que una vez satisfecha ella por cualquiera de los deudores, el acreedor queda totalmente desinteresado y cesa su derecho para pretender otro tanto de los restantes obligados. Sin embargo, debemos efectuar una aclaración importante. En las obligaciones solidarias, la novación, compensación o remisión de la deuda hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores, extingue la relación jurídica obligatoria (art. 707 CC); ello no ocurre en las obligaciones concurrentes, en las cuales —verbigracia— si el acreedor efectuara una remisión de la deuda a uno de sus obligados conexos, en nada afecta la situación del otro. CALVO COSTAS, Carlos A. "Obligaciones solidarias y obligaciones concurrentes: Similitudes y diferencias", LA LEY 2010-B, Pág. 1111.

(26) Aún cuando en determinado fragmento del fallo se habla erróneamente de una obligación solidaria, es especial cuando se dice: la concesionaria accionada es solidariamente responsable en los términos de la ley 24.240, respecto de los daños y perjuicios sufridos por el comprador de un vehículo a raíz de su mal funcionamiento por un defecto de fábrica, pues como integrante de la cadena de comercialización tiene a su cargo un deber de garantía aún después de la celebración de la compraventa.

Compra venta de automotores y ley de defensa del consumidor

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2010-VII, 233
Cita Online: AR/DOC/4728/2010
[Consultado el: 25/06/2020]

Sinopsis.

Si bien a través del avance tecnológico las maquinarias nos han dado una idea de perfección en cuanto a su funcionalidad, lo cierto es que muchas veces ocurre que ello es solo en apariencias y los defectos en la compra tornan engorroso aquello que externamente se visualiza con brillo encandecedor.

Desde la perspectiva jurídica la cuestión se centra en dirimir que casos ameritan responsabilidad de los vendedores y productores, y en que medida son responsables los demás integrantes de la cadena de comercialización.

Como se verá a continuación tanto la doctrina como la jurisprudencia han acudido a conceptos cuyo manejo es indispensable para denotar la funcionalidad de esta especie de responsabilidad, tales son los vicios redhibitorios, la evicción, la conexidad contractual, el daño directo y los daños punitivos previstos en la ley de defensa del consumidor.

Causistica.

1. Avería de la bomba hidráulica.

La concesionaria codemandada no puede eximirse de responsabilidad por los perjuicios sufridos por los adquirentes de un automóvil en virtud de su falta de funcionamiento por un defecto de fábrica —en el caso, el averío de la bomba hidráulica— alegando la falta de disponibilidad en la fábrica del repuesto necesario para repararlo, en tanto el art. 13 de la ley 24.240 establece la responsabilidad solidaria de todos los sujetos obligados al otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieran existir entre ellos.

JCiv. y Com. Nro. 2 Azul, 24/08/2009 - Dorney, Carlos María y otro c. Volkswagen Argentina S.A. y otro - RCyS 2010-IV, 205 - AR/JUR/59592/2009

2. Defectos de fabricación en el motor.

Habiendo quedado acreditado que el deficiente funcionamiento del vehículo 0 km, adquirido por el actor, se debió a un defecto de fabricación en el motor, el fabricante no debe limitarse a cambiar dicha pieza originaria por otra, sino que aquél debe ser condenado a reemplazar el rodado por otro nuevo de iguales características ya que, en los supuestos de reparación no satisfactoria, el art. 17 de la ley 24.240 autoriza al consumidor a pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra nueva de las mismas características, ello sin perjuicio de las restricciones establecidas en el decreto reglamentario de la citada norma por cuanto, se trata de un supuesto de exceso en el ejercicio de las potestades reglamentarias.

CNCom., sala D, 16/04/2009 - Pereyra, Sergio Daniel c. Fiat Auto Argentina S.A. - DJ 30/09/2009, 2785 - AR/JUR/11892/2009.

3. Sucesivas revisaciones técnicas.

El fabricante y la concesionaria donde el consumidor compró un automóvil defectuoso deben sustituirlo por otro del mismo tipo y modelo, conforme los términos del art. 1° de la Ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125), ya que el vehículo presenta vicios y desperfectos que no pudieron ser solucionados por las sucesivas revisaciones técnicas, lo cual demuestra que los defectos solo deben ser atribuidos a un inadecuado proceso de fabricación.

CCiv. y Com. Lomas de Zamora, sala I, 21/02/2008 - Mercurio, Cosme G. c. Organización Sur Automotores S.A. y otro - LLBA 2008-426 • AR/JUR/338/2008

4. Defectos de pintura.

Debe responsabilizarse al fabricante del vehículo por los defectos de pintura que éste contenía al momento de su adquisición por cuanto no cumple con las cualidades que el comprador esperaba encontrar y que fueron garantizadas de conformidad con lo previsto por el art. 11 de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125).

CNCom., sala D, 23/08/2007 - Ocampo, Antonio c. Fiat Auto Argentina S.A. y otro - LA LEY, 2007-F, 56 - AR/JUR/4540/2007

5. Accidente de tránsito por defectos de fábrica.

El importador de una marca de automóviles y el concesionario son responsables por los daños y perjuicios que sufrió la actora a raíz del accidente de tránsito ocurrido a causa de los supuestos defectos de fábrica del vehículo, pues, el art. 40 de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) quiere responsabilizar a todas aquéllas personas físicas o jurídicas que han participado en la concepción, creación y comercialización del servicio, no sólo quien lo provee en forma directa sino también quien lo concibió, lo instrumentó, y quien puso su marca en él, sin hacer diferencias según que se encuentren o no ligados contractualmente con el consumidor.

CNCiv., sala H, 09/02/2006 - Schoenfeld, Karin S. c. Mitsu Car S.A. y otros, RCyS 2006, 1361 - AR/JUR/2147/2006

6. Exclusión de la calidad de consumidor por la existencia de un acto profesional.

Quien adquiere un rodado para continuar su vida económica en un proceso productivo que habría de culminar con una ulterior comercialización a terceros del servicio de transporte, realiza un acto profesional que resulta incompatible con el acto de consumo, por lo que ante los inconvenientes que se susciten con la unidad -en el caso, fue habilitada por la autoridad administrativa para transportar una cantidad de personas menor a la esperada por el actor- no reviste la calidad de consumidor a los fines de la protección instituida por la ley 24.240 de defensa del consumidor (mod. por ley 24.499) (Adla, LIII-D, 4125; LV-D, 4350).

CNCom., sala A, 03/07/2003 - Aman, Juan C. c. Príncipe Automotores y otro, LA LEY 2003-F, 1048 - AR/JUR/2217/2003

7. Improcedencia de la responsabilidad ante los vicios estéticos.

Si los vicios de los que adolece el automotor adquirido por el accionante son meramente estéticos, puede concluirse que no se configura el supuesto previsto en el art. 11 de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) —

modificado por la ley 24.999 (Adla, LVIII-C, 2929) —, ya que no afectan la identidad entre la cosa ofrecida por el vendedor y la entregada ni su correcto funcionamiento.

C2aCiv. y Com. La Plata, sala III, 26/09/2006 - Sollosqui, Mercedes E. y otro c. Vicente Zingaro e Hijos y otra - LLBA 2007-682 - AR/JUR/9740/2006

Contexto doctrinario.

1. La cadena de producción y comercialización.

Alvarez Larrondo, Federico M, "La relación de consumo y la terminante confirmación de la responsabilidad extendida de la cadena de producción y comercialización. Un avance digno de elogios para nuestra judicatura". Publicado en: DJ on line Exclusivo.

En este comentario a fallo se desarrolla un análisis de la funcionalidad de las cargas probatorias dinámicas en el derecho del consumidor, se analiza la responsabilidad en la cadena de producción, y la responsabilidad directa y contractual del fabricante fundada en la violación de los derechos constitucionales otorgados al consumidor y usuario en la relación de consumo (art. 42 Const. Nacional), como así también el art. 40 y su aplicación en materia de automotores.

2. Inaplicabilidad de la ley de defensa del consumidor por la inexistencia de los sujetos que determinan la relación de consumo.

- **Perriaux, Enrique J.** "Acertada inaplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor por ausencia de relación de consumo". RCyS 2007, 334 - LLBA 2007-977.

El comentarista evalúa la situación que se configura cuando se produce la entrega de un vehículo usado en parte de pago, desde esta arista entiende que los compradores no gozan aquí de la condición de consumidores sino que, eventualmente, pasarían a ser los proveedores de bienes, y por ello tampoco podría el concesionario pretender ocupar el lugar de un consumidor, dado que no reuniría los requisitos del art. 1° de la LDC, al no contratar para su consumo final.

3. El proceso de fabricación de automotores y las concesionarias.

- **Zavala Rodríguez, Carlos Juan**. "Sistemas de comercialización para las terminales de automotores de nuestro país y las tendencias en otros". LA LEY 1998-E, 941.

Reseña el autor que hasta hace tiempo existió entre las terminales la teoría de que las grandes fábricas de automotores debían ocuparse únicamente de fabricar lo mejor posible y en las mejores condiciones de competencia para tener una mayor penetración en el mercado, razón por la cual la comercialización de lo fabricado no estaba dentro de sus funciones y consecuentemente, para ello lo mejor era recurrir a vendedores especializados que se dediquen a esto, desde esta perspectiva analiza el funcionamiento de las concesionarias.

4. El daño directo y los daños punitivos.

Picasso, Sebastián, "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor", Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 123-Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo V, 823.

El jurista estudia los efectos de la reforma en materia de consumidores, analiza los cimientos en los que se sostiene el daño directo del art. 40 bis de la ley de defensa del consumidor, y el valor constitucional de las

facultades que la ley otorga a los órganos administrativos, asimismo denota las pautas de funcionalidad de los daños punitivos del art. 52 bis de la ley mencionada.

5. Los vicios redhibitorios y la ley de defensa del consumidor.

Stiglitz, Gabriel A. "Ley de defensa del consumidor y compraventa comercial de producto defectuoso", DJ 2005-2, 331.

El profesor platense desarrolla el sistema tuitivo y de orden público de la ley 24.240, explica el funcionamiento de los vicios de la cosa, enfatiza que el régimen resarcitorio del art. 40, ley 24.240, es independiente, autónomo (y no subalterno ni complementario) de la normativa sobre vicios redhibitorios, y el consumidor puede exigir una indemnización dineraria, sin estar obligado a la opción por reparación en especie.

Compagnucci de Caso, Rubén H. "El vicio oculto en la acción redhibitoria" Publicado en: LA LEY 24/08/2004, 3-DJ 2004-3, 556-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo IV, 1247.

En este trabajo se exteriorizan los elementos salientes para que se configure un vicio oculto como tal.

6. La garantía de evicción.

AA. VV. "Los efectos poscumplimiento. Garantía de evicción y vicios redhibitorios", Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales - Director: Carlos A. Ghersi - Editorial LA LEY, 2003, 147.

Explica el ensayista que la jurisprudencia marca una tendencia dinámica en cuanto ha sabido adecuar las normas dispuestas en el tema que nos ocupa (vicios redhibitorios y evicción), sostiene que la exigencia de la sentencia previa como requisito para que prospere la garantía de evicción, puede disculparse si frente al caso es indiscutible el derecho del tercero. Entiende que la reparación integral y el daño moral en la evicción deben ser resueltos en forma restrictiva.

7. Aspectos procesales de la evicción.

Chiappini, Julio. "Noticiar una prenda no esfuma la evicción", LLPatagonia 2010 (julio), 227.

El autor pone de resalto la funcionalidad del estelionato como delito civil, asimismo denota los aspectos procesales y civiles de la evicción en la compra-venta de automotores.

8. La conexidad contractual.

De Lorenzo, Miguel Federico; Tobías, José W. "Complejo de negocios unidos por un nexo (El ligamen negocial)", LA LEY 1996-D, 1387-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo I, 87

Sabido es que en cuantiosas circunstancias el negocio de compra - venta de automotores se entremezcla con otros contratos cuya vinculación conexa no puede pasar desapercibida, los distinguidos juristas analizan dicho instituto como así también los conceptos en los cuales reposa, tales como la causa desde su perspectiva teleológica, la autonomía de la voluntad y el ligamen entre los negocios jurídicos.

9. La conexidad contractual y la concesión comercial.

Di Chiazza, Iván G. "Concesión comercial y contratos conexos. Análisis de la responsabilidad del concedente" LA LEY 2009-F, 8.

El autor hace una reseña de precedentes jurisprudenciales sobre la materia, explica la doctrina surgida del caso "Vázquez c. Fiat" en este sentido expone sobre el funcionamiento de la conexidad contractual, la obligación de seguridad, la apariencia y la confianza, por último se inmiscuye en al fundamento de la responsabilidad emergente de la incumplimiento del contrato conexo.

10. El incumplimiento doloso.

Garrido, Roque Fortunato. "Compraventa de automotores, resolución por incumplimiento y responsabilidad de las empresas vendedoras". Publicado en: LA LEY 1984-A, 167-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo V, 229.

En este artículo se analiza la cuestión de la nulidad de la venta de cosas muebles ajenas, los aspectos trascendentes del contrato de compraventa de automotores y su eficacia cuando este se encuentra inscripto a nombre de terceros y deviene un incumplimiento. Asimismo se pronuncia el autor sobre los efectos del incumplimiento doloso.

Biblioteca.

BORDA, Guillermo A: "Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales", Abeledo Perrot. Buenos Aires.

BREBBIA, Roberto H., "Problemática jurídica de los automotores", Astrea, Buenos Aires 1984.

DIAZ SOLIMINE, Omar, "Dominio de los automotores", Ed. Astrea, Buenos Aires 1994.

FARINA, Juan María, "Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94", Ed. Astrea, Buenos Aires. 2005.

GHERSI, Carlos A. "Derecho de Daños y Contratos. Responsabilidades Profesionales", Ed. Club del Libro, Mar del Plata, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis, "Consumidores", Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2003.

MOSSET ITURRASPE Jorge, WAJNTRAUB Javier H. "Ley de defensa del consumidor. Ed. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 2008.

PICASSO, Sebastián - VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Ley de defensa del consumidor". Ed. La ley. Buenos Aires 2009.

PIZARRO, Daniel "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa (Contractual y extracontractual)", Editorial: LA LEY, Buenos Aires 2006.

RINESSI, Antonio J. "Relación de consumo y derechos del consumidor" Ed. Astrea. Buenos Aires. 2006.

SORBELLO, María Gabriela, "Derecho práctico de defensa del consumidor", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2006.

STIGLITZ, Gabriel, "Manual de defensa del consumidor", Ed. Juris, Rosario, 2004.

WAJNTRAUB, Javier H., "Protección jurídica del consumidor. Ley 24.240 y su reglamentación. Comentada y anotada", Ed. Depalma, Buenos Aires 2004.

La energía eléctrica como cosa riesgosa

Por Jalil, Julián Emil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LA LEY 12/04/2010, 10 • LA LEY 2010-B, 627
Cita Online: AR/DOC/1604/2010
[Consultado el: 27/06/2020]

Sumario.

1. El fallo comentado 2. La energía eléctrica como cosa principal y los cables eléctricos como cosas accesorias. 3. Algunas observaciones generales sobre la idea de "cosas riesgosas" apreciaciones de un concepto en constante variable. 4. El concepto de riesgo y la electricidad como cosa riesgosa. 5. Obligación de indemnizar el daño por parte de la empresa distribuidora de electricidad y el dueño del predio: ¿obligación solidaria o concurrente? 6. El carácter objetivo de la atribución de responsabilidad en el caso comentado. 7. El daño consecuencia del hecho de la cosa y la relación causal como el elemento determinante en la atribución de la responsabilidad objetiva. 8. La electricidad como cosa riesgosa en la jurisprudencia argentina y la cuestión de la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad. 9. Conclusiones sobre el fallo comentado: nuestro aporte sobre la legitimación activa no invocada en la demanda.

1. El fallo comentado.

El propietario de unos caballos dedujo acción de daños y perjuicios contra una empresa distribuidora de energía eléctrica y el dueño de un predio, en virtud de la muerte por electrocución de dos de los equinos acaecida a raíz de una descarga eléctrica ocurrida al rozar los animales el alambre perimetral de la mencionada propiedad que se encontraba electrificado por estar en contacto con los cables sueltos de un medidor de luz. El juez de grado desestimó la demanda, declarando de oficio la falta de legitimación activa del reclamante, al considerar no acreditada la propiedad de los animales. Apelado el decisorio, la Cámara lo revocó e hizo lugar al reclamo.

2. La energía eléctrica como cosa principal y los cables eléctricos como cosas accesorias.

Se ha sostenido que aunque la ley no diga que las energías son cosas, al atribuirle la misma condición jurídica, les reconoce la calidad de tales, (1) creemos que ese concepto es incorrecto habida cuenta que la ley es clara cuando prescribe que las "...*disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación*...", es decir, *la energía no es una cosa sino que se le aplican las disposiciones referentes a ellas, la ley le atribuye el mismo efecto que a estas últimas sólo por una cuestión práctica y de utilidad jurídica*.

Prescribe el artículo 2327 del CC, "...*que son cosas principales las que puedan existir para sí mismas y por sí mismas*...", entendemos que el cable se configura como cosa accesoria en las conexiones eléctricas porque aparece como un elemento material indispensable para lograr el traslado de la energía de un lugar hacia el otro, determinando así la finalidad de ambos elementos y constituyendo su naturaleza, de manera tal que su concepto

queda determinado por el art. 2328, el cual reza que "*...son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen, o a la cual están adheridas...*"

3. Algunas observaciones generales sobre la idea de "cosas riesgosas" apreciaciones de un concepto en constante variable.

La idea de la cosa riesgosa como elemento tipificante de la responsabilidad objetiva prevista en la parte pertinente del artículo 1113 tiene su origen en un viejo precedente del derecho francés, (2) que se trasladó con posterioridad a la jurisprudencia nacional para convertirse en derecho vigente a partir de la sanción de la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810), no sin advertir, antes, durante y con posterioridad a la sanción de la mencionada norma, desavenencias interpretativas conceptuales. En este sentido, vale la pena mencionar las palabras de Goldenberg quien advertía que pocas cuestiones han presentado tantas dificultades en el plano teórico como precisar el concepto de *riesgo* noción ésta de vital importancia por constituir el soporte de un régimen jurídico diferenciado de responsabilidad respecto de la concepción tradicional que imperaba en la materia, (3) aun vetusta la aseveración del maestro, nadie duda que la misma advierte vigencia actual, sólo basta con repasar los repertorios jurisprudenciales y doctrinales.

Algunos autores entienden que no existen cosas riesgosas por sí mismas, en este sentido Vázquez Vilar afirma que las cosas no son peligrosas en sí mismas, pero según las circunstancias en que ocasionan daño, puede considerarse en algunos casos que poseen riesgos o peligro de dañar, (4) otros autores entienden que sí existen cosas que por su propia naturaleza son peligrosas, así dice Trigo Represas que son aquellas de cuyo empleo aún normal o conforme con su estado natural, se puede generalmente derivar un peligro para las personas: tal como ocurre por ejemplo con la energía nuclear o la eléctrica, o con los explosivos, que tienen todos una potencialidad dañosa per se, con prescindencia del medio en el cual se utilicen y de las circunstancias que los rodeen, (5); en este orden de ideas se pregunta Bustamante Alsina: ¿qué duda cabe sobre los riesgos que genera un convoy ferroviario que se desplaza por las vías férreas arrastrando a distinta velocidad varias toneladas de peso, con dificultad de frenaje en poca distancia por la complicada maniobra de detener la locomotora y por el empuje de la inercia de los vagones en movimiento? Además el carril de las vías impide toda maniobra para eludir el obstáculo e impedir el choque, (6); en igual sentido entiende Zavala de González, que si bien en *determinadas circunstancias* todas las cosas pueden ser peligrosas (el ejemplo clásico de la pequeña e inofensiva maceta, que se transforma en elemento mortal al ser colocada sobre el borde del balcón en el décimo piso de una casa de departamentos), existen algunas cosas que son peligrosas en *sí mismas*, con arreglo a su propia naturaleza y destino normal (explosivos, inflamables, energía eléctrica, sustancias radioactivas, ciertas maquinarias en funcionamiento, como los automotores, etc.). (7)

4. El concepto de riesgo y la electricidad como cosa riesgosa.

Al riesgo se lo ha caracterizado como la contingencia o probabilidad de provocar el acaecimiento de un daño a terceros. Su fundamento radica, en definitiva, en la incorporación al medio social de un elemento dotado de peligrosidad. (8) En este orden de ideas la electricidad presenta una faceta de riesgocidad claramente evidenciada y en donde la aplicabilidad del párrafo 2°, última parte del artículo 1113 del CC para la empresa distribuidora es inminente ante los daños casados salvo que se demuestre la ruptura causal o la culpa de la víctima; en este sentido la CSJN ha sostenido que a los fines de establecer la responsabilidad de la empresa prestataria del servicio de energía eléctrica por el daño sufrido por una persona a causa de la energía, debe estarse a lo dispuesto en el art. 1113, párr. 2°, última parte, del Cód. Civil, pues la electricidad presenta una condición esencialmente riesgosa que somete a quienes la utilizan como dueños o guardianes a las consecuencias legales previstas en esa norma. (9)

5. Obligación de indemnizar el daño por parte de la empresa distribuidora de electricidad y el dueño del predio: ¿obligación solidaria o concurrente?

El art. 699 establece que "*...la obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores...*" Entonces ¿Puede decirse, que la obligación de indemnizar que tiene el dueño y el guardián es solidaria?, como explica Mazzinghi, la obligación solidaria es una sola con pluralidad de deudores o acreedores, el objeto es único y los acreedores o los deudores están coligados, estrechamente unidos en torno a una misma causa, nada de esto ocurre en el supuesto de la obligación de indemnizar que tienen el dueño y el guardián, y no ocurre por la sencilla razón de que no se trata de una única y solidaria sino de obligaciones distintas, concurrentes pero distintas. (10)

Desde este punto de vista coincidimos con la opinión del profesor Sagarna, quien considera que la energía eléctrica en las etapas de generación transporte y distribución constituye una cosa generadora de riesgo; esta calidad produce que su dueño y guardián respondan concurrentemente por los perjuicios que origine, quienes podrán excusarse total o parcialmente de responsabilidad con la prueba de la causa ajena al evento nocivo (11). Esta posición coincide con la sustentada por el voto de Saux en el fallo comentado, en donde el magistrado advierte en sus fundamentos una *obligación concurrente* y no solidaria.

6. El carácter objetivo de la atribución de responsabilidad en el caso comentado.

El principio que recoge el artículo 1109 del CC determina el epicentro del sistema del derecho de daños, como dice Bustamante Alsina, ese factor subjetivo constituye el eje sobre el cual ha girado históricamente el deber resarcitorio, (12) apareciendo la objetivización del factor de atribución en supuestos especiales previstos taxativamente por la ley, pero hay que recordar que aún en estos casos de responsabilidad objetiva la culpa también adquiere virtualidad manifiesta teniendo su centro de acción una perspectiva defensiva o mejor dicho un carácter eximente de responsabilidad, ya que el dueño o guardián puede hacer uso de ella demostrando la negligencia o imprudencia de la víctima para desvirtuar la cadena causal, como dice López Mesa, hasta quienes denostan la culpa como factor de atribución, si analizan debidamente el sistema legal argentino vigente, deberán reconocer que la culpa no ha sido borrada del todo, ni siquiera en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas, temática en que ella opera como una cuña en un sistema excesivamente objetivizado. (13)

Asimismo, la idea de responder objetivamente no significa la inexistencia de una conducta reprochable, sino todo lo contrario, sólo que se torna irrelevante para el derecho. Es decir, en los factores de atribución objetivos se prescinde de la idea de culpabilidad para argumentar la viabilidad de la atribución de responsabilidad aunque, como dice Pizarro, esto no significa que en el caso concreto no pueda haber mediado alguna culpabilidad en la conducta del responsable, la realidad demuestra que en la mayoría de los supuestos de responsabilidad objetiva es dable formular, aunque más no sea, un mínimo reproche subjetivo del responsable. Ocurre que la ley hace abstracción de la valoración subjetiva de la conducta de aquél, pues toma en cuenta otros elementos, igualmente valiosos, que de por sí justifican aquella solución, (14) además no basta la mera producción del daño para atribuir responsabilidad civil, es necesaria la configuración de otros elementos, como lo destaca Mosset Iturraspe, no se responde por la mera causación del daño; hay de por medio un factor objetivo de atribución: el haber creado el riesgo del cual se sigue el daño. (15)

Vale apuntar con Sagarna que, ante un factor de atribución objetivo, como lo es el "riesgo creado" por la energía eléctrica, el damnificado (directo o indirecto) no debe probar la mecánica del accidente, es a la parte accionada a la que le corresponde deslindar las múltiples circunstancias del infortunio. (16)

7. El daño consecuencia del hecho de la cosa y la relación causal como el elemento determinante en la atribución de la responsabilidad objetiva.

La caracterización del hecho de la cosa tiende a facilitar la situación de la victima, liberándola de la carga de la prueba de la culpa (art. 1109), precisamente cuando esa prueba es difícil, porque la cosa "aparenta" actuar con independencia del hombre, (17) y tratándose como queda dicho de responsabilidad objetiva, bien se puede decir que el damnificado, para encuadrar el caso en el apartado segundo del párrafo segundo del art. 1113 del Cód. Civil, le basta con acreditar el perjuicio sufrido y la intervención de la cosa que lo produjera, o el contacto con la misma, y nada más: es decir, probar la relación de causalidad material entre el vehículo de que se trata y su daño. (18) Estos argumentos quedan evidenciados en fallo de la Cámara, donde se dice que no habiendo probado fehacientemente ninguno de los codemandados algún elemento que causalmente produzca una ruptura del vínculo que lo conecta a la causa como dueños o guardianes de las cosas causantes del daño, cuanto cabe es corresponsabilizar a ambos codemandados por la reparación del perjuicio, dado que no incumbe a la víctima indagar los vínculos preexistentes entre ambos codemandados si ninguno de ellos acredita la culpa exclusiva del otro, el hecho de un tercero por quien no hay responsabilidad vicaria o el caso fortuito no imputable.

8. La electricidad como cosa riesgosa en la jurisprudencia argentina y la cuestión de la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad.

Hecha la salvedad oportuna de considerar a la energía eléctrica como cosa riesgosa, al dueño y al guardián de la misma se los responsabiliza objetivamente; sólo la causa ajena al hecho dañoso podrá liberarlos total o parcialmente de responsabilidad, (19); no obstante esta aseveración, juez de primera instancia rechazó la demanda de daños y perjuicios deducida por los padres de un menor que resultó lesionado en momentos en que, al subirse a un cartel publicitario instalado cerca de unos cables de tensión que se encontraba ubicado en la vera del camino próximo al predio propiedad del coaccionado, recibió una descarga eléctrica. Apelado el pronunciamiento, la Cámara lo modificó haciendo lugar parcialmente al reclamo, condenando en forma solidaria al propietario del predio, a la empresa prestadora del servicio eléctrico y al propietario del cartel, en determinados casos, aun cuando dicha causa se hace manifiesta, ostensible, asequible y evidente a la luz de los hechos de análisis, la jurisprudencia ha condenado a la empresa distribuidora, *tornando la virtualidad del art. 1113 del CC en una responsabilidad omnipotente que prácticamente no admite supuestos de eximición, aun cuando la culpa de la víctima*, (20) o de un tercero ajeno, (21) podría ser advertida inclusive hasta por el profano.

No nos consideramos adversos a la responsabilidad objetiva pero sí a su aplicación anti-normativa, prescindiendo de los supuestos de eximición que emergen de la ley misma, como dice Mazzinghi todo se reduce a una cuestión de equilibrio no se trata de una pulseada entre los partidarios y los detractores de la responsabilidad objetiva, la idea del riesgo como fundamento de la responsabilidad tiene un interés indiscutible, y el desafío consiste en encontrar los criterios más justos para utilizar los resortes legales que favorezcan el amplio resarcimiento de los daños sin afectar el sentido de justicia, (22) pero dicho criterio no puede contradecir los parámetros regulados expresamente por el legislador cuando los mismos han quedado evidenciados en los hechos. Esbozada nuestra posición al respecto, debemos decir que aun cuando en el caso comentado los demandados alegaron culpa externa para eximirse de su responsabilidad, según lo que surge del precedente éstas no fueron probadas y por ello la condena de ambos esgrimida por la Cámara nos parece atinada.

9. Conclusiones sobre el fallo comentado: nuestro aporte sobre la legitimación activa no invocada en la demanda.

El fallo comentado hace una correcta aplicación de los principios en donde reposa la responsabilidad objetiva como consecuencia del daño producido por el riesgo de la cosa; asimismo goza de importantes aportes en torno a la cuestión de la legitimación procesal advirtiéndose una posición elástica, en las propias palabras del

magistrado votante, que admite la procedencia de la acción aun cuando el damnificado no sea el verdadero dueño de la cosa dañada o destruida (en este caso los equinos), y aunque hubiese invocado esa calidad al momento de deducir la pretensión objeto de la acción procesal.

Con relación a este último aspecto, y aun cuando los argumentos esgrimidos en el precedente gocen de solvencia no sólo por la correcta reseña efectuada sino por el sustento académico del magistrado firmante, nos vemos obligados a sostener el criterio opuesto, habida cuenta que no se acreditó la calidad invocada en este caso al momento de formular la demanda, es decir, la de poseedor, cosa que modifica las variables procesales y atenta contra el principio de congruencia.

No somos partícipes de las posiciones extremadamente flexibles, é*stas son eficientes al mediano plazo, porque si bien en ciertas oportunidades resuelven situaciones de evidente injusticia, en otras se ciñen de ilegalidad y atentan contra la igualdad jurídica jalar de la cuerda demasiado nos pone al borde de su ruptura: a veces es mejor dejarla intacta, máxime cuando la ley es clara y denota el camino*.

Bibliografía

(1) RUGNA, Agustín. Daños causados por la energía eléctrica y el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad civil, LLGran Cuyo, 2009 (junio), 455. En igual sentido se cita a Borda para quien en el derecho lo que cuenta son los efectos; si las energías apropiables tienen igual condición que las cosas, son cosas. BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Parte General", 13ª ed., t. II, La Ley, Buenos Aires, 2008. p. 26.

(2) El caso que marca la aceptación de la teoría del riesgo creado fue el que promovió la viuda Jeand´heur contra Galeries Belfortaises, a raíz del accidente que sufrió la menor, hija de la demandante, al ser atropellada por un furgón de la demandada, Después de tres años de tramitación en la Corte de Besançon, de Lyon y Dijon, y después de haber llegado finalmente a las Cámaras reunidas de la Corte de Casación, este Tribunal falló el 13 de febrero de 1930 estableciendo que "la presunción de responsabilidad establecida en el art. 1384 del Código Civil, en contra de quien tiene bajo su guarda la cosa inanimada que ha causado un daño a otro, no puede ser destruida más que por la prueba de un caso fortuito o de fuerza mayor o de una causa extraña que no le sea imputable; que no es suficiente probar que no se ha cometido ninguna culpa o que la causa del daño es desconocida. VÁZQUEZ VILAR, Antonio. "La responsabilidad Objetiva en el Derecho del Trabajo", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie I Anuarios - ANALES, segunda época, Año XXXIX - Número 32, 1994, Buenos Aires, 1995, p. 371.

(3) GOLDENBERG, Isidoro H, "Infortunios del trabajo: la relación causal conceptualización del "riesgo de la cosa", JA, 1995-l-298.

(4) VÁZQUEZ VILAR, Antonio, "La responsabilidad...", ob. cit. p. 373.

(5) TRIGO REPRESAS, Félix A., "El Concepto de Cosa Riesgosa" Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie I Anuarios- ANALES, Segunda Época Año XXXIX - Numero 32, 1994, Buenos Aires, 1995, p. 365.

(6) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Refinación de una jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgo de la cosa", LA LEY, 1990-C, 259.

(7) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde," Los daños causados por el riesgo de la cosa y por una conducta riesgosa", LA LEY, 1983-D, 117.

(8) GOLDENBERG, Isidoro H., "El problema de los riesgos recíprocos. Concurrencia de automotor y animales", JA, 07/12/94, p. 21.

(9) CS, 27/05/2003, S. y B., J. R. c. Provincia de La Rioja y otro, La Ley Online.

(10) MAZZINGHI, Jorge Adolfo (h.), "La Responsabilidad del dueño y del guardián de una cosa riesgosa", ED, 169-289.

(11) SAGARNA, Fernando Alfredo, "Daños causados por la energía eléctrica", LA LEY, 1997-E, 986; Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. III, 1059.

(12) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Los factores objetivos de responsabilidad civil en el derecho argentino", En Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie I Anuarios - ANALES, Segunda época Año XXXIX - Número 32, 1994, Buenos Aires, 1995, p. 369.

(13) LOPEZ MESA, Marcelo. "Elementos de la responsabilidad civil", Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009, p. 613.

(14) En BUERES Alberto (Director), HIGHTON, Elena (Coordinadora). "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", t. 3 A., Hamurabi, p. 497. En este sentido explica Zavala de González que por el propio carácter "inanimado" de las cosas, en el trasfondo de todo daño producido por éstas se encuentra siempre subyacente una conducta humana; pero en cambio pone relieve el diferente significado causal de la intervención del hombre con relación al supuesto anterior. En efecto, en el hecho del hombre la influencia causal de su acción es decisiva; en el hecho de la cosa, la participación humana se encuentra oculta o desdibujada, de modo que la cosa "parece" dañar por sí misma, convertida en una "bestia mecánica", según la describe una expresiva metáfora. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. "Los daños causados por el riesgo de la cosa y por una conducta riesgosa", LA LEY, 1983-D, 114.

(15) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por culpa y por riesgo creado", en "Estudios sobre responsabilidad por daños", t. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1980, p. 27.

(16) SAGARNA, Fernando Alfredo, "Daños...", ob. cit. p. 1059

(17) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, "Los daños...", p. 115.

(18) TRIGO REPRESAS, Félix A., "Concurrencia de "riesgo de la cosa" y de culpa de la victima", LA LEY, 1993-B, 309.

(19) RUGNA, Agustín, "Daños...", ob. cit. p.457.

(20) Así, la Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial, consideró que resulta procedente responsabilizar de modo concurrente y en partes iguales tanto a las empresas distribuidoras de energía eléctrica y prestadora de televisión por cable como a la víctima fallecida, pues si bien las codemandadas infringieron las normas de seguridad que establecen la distancia mínima que debe existir en el tendido de cables de baja tensión y los de la señal de televisión, el occiso actuó negligentemente, ya que no esperó la llegada del personal de las prestatarias de sendos servicios, y sin tener en cuenta las condiciones meteorológicas adversas, se subió al techo que sabía se encontraba electrificado a fin de aislar el cable que se encontraba humeando. Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial, 15/08/2008, Franquini, Diego Andrés y otros c. Cooperativa Eléctrica y otros Servicios de Cdia. Ltda. y otro, La Ley Online.

(21) La sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, entendió que correspondía confirmar la sentencia de grado en cuanto responsabilizó a la empresa concesionaria del servicio de energía eléctrica por los daños y perjuicios causados por una muerte por electrocución, acaecida por el contacto de la víctima con un cable conductor de energía instalado de manera clandestina; pues aquélla tenía la obligación de impedir la sustracción de energía mediante dispositivos irregulares, para lo cual debía verificar en forma persistente el estado del cableado. CNApel. en lo Civil, sala B, 11/09/2008, Salas, Elida Flore c. Edenor S.A. La Ley Online.

(22) MAZZINGHI, Jorge Adolfo (h.), "La Responsabilidad..." ob. cit. p. 290.

La buena fe como causa eficiente de deberes implícitos en las relaciones contractuales

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2010-IX, 241
Cita Online: AR/DOC/5577/2010
[Consultado el: 30/06/2020]

Sinopsis.

Al analizar la morfología y lingüística de las dicciones "contrato" y "buena fe" parecería redundante sostener que el primero debe gestarse teniendo en miras la segunda, porque el análisis de la estructura misma de un acuerdo contractual nos hace concluir que este debe celebrase en miras de la buena fe entre sus interlocutores.

Entonces: ¿cuál es el valor axiológico de contar en nuestra legislación de un precepto como el art. 1198 que dice que los contratos deben celebrarse , interpretarse y ejecutarse de buena fe?, pues bien, la respuesta es clara, a poco que se analicen los fallos y artículos de doctrina que hemos compilado se vislumbrará que ese dogma jurídico importa la existencia de deberes virtuales ineludibles que penetran el plano contractual, independientemente de la materia en la cual este se encuentre inserta.

La buena fe contractual no se configura como un elemento estanco, sino que se aprecia en relación al dinamismo propio de los fenómenos económicos que se trasladan al ámbito jurídico, esta constituye su mayor ventaja, al configurarse como dogma del cuál emanan deberes de conducta implícitos.

Al devenir como principio jurídico, su campo de acción es hacendoso constituyendo un umbral insoslayable para todo tipo de acuerdos contractuales. Así saltea sigilosamente las vallas de las materias en las que se divide el derecho para penetrar en cada una de ellas con importante injerencia en torno a lo previsto por las partes contratantes.

Casuistica:

1. Trasgresión de la buena fe creencia.

1.2.1. Lesión a las justas expectativas del contratante.

Es procedente la acción por incumplimiento contractual derivada en daños y perjuicios que interpuso quien compró un automóvil que nunca pudo inscribir a su nombre, en virtud del pedido de captura que afectaba a dicho rodado por la doble numeración de chasis y de motor, pues, el comprador al momento de celebrar el contrato actuó con buena fe-creencia, con la sana y legítima expectativa de gozar del bien comprado, siendo frustrado su derecho por la conducta ilícita del vendedor.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I - 16/11/2006 - Pavia, Antonio c. Zalazar, Daniel y otra - LLGran Cuyo 2007-132.

1.3. La obligación de explicarse a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

A los fines del supuesto contemplado por la última parte del art. 919 del Cód. Civil, la configuración de la manifestación de voluntad exige que la relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes determine una obligación de explicarse, la cual —apoyada en el principio de la buena fe— constituye un 'deber' para los hombres que viven en sociedad, que es el de no permanecer callados cuando media por las circunstancias el deber de hablar, y tiene especial relevancia en el ámbito de los contratos, ya que estos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión —art. 1198, primera parte, Cód. Civil—, adquiriendo mayor intensidad cuando entre las partes existe una relación contractual continuada, que en su progresivo desarrollo impone como ley contractual la obligación de responder.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 27/12/2007 - Sorrentino, Rodolfo c. Conjunto Habitacional 2 de Octubre Sociedad Civil - La Ley Online.

1.4. La conducta del deudor en trasgresión a la teoría de los actos propios.

No puede el deudor manifestar que sólo le debe al actor una determinada suma de dinero -en el caso, por una obra que le encomendó al accionante, en su calidad de arquitecto-, cuando con anterioridad al inicio del proceso le entregó cheques por una suma superior al doble de lo que dice adeudar, los cuales no pudieron ser cobrados, pues dicha actitud aparece, cuanto menos, reñida con el principio de buena fe que rige en materia contractual, y es susceptible de encuadrar en la denominada teoría de los actos propios.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 18/11/2008 - Arquitecto Giovanakis y Asociados S.R.L. c. Tornillate, Daniel - La Ley Online.

La concesionaria de automóviles debe ser considerada responsable por el incumplimiento del contrato de compraventa celebrado con el actor, toda vez que de la prueba surge que fue ella quien incumplió la obligación contractual asumida, pues pese a haber otorgado una prórroga para pagar el saldo de precio, vendió dicha unidad a un tercero en fecha anterior al cumplimiento del plazo prorrogado, todo lo cual tornó imposible —al menos en forma temporaria— la entrega del rodado en tanto carecía de uno similar en su stock, incumpliendo así con el deber de obrar de buena fe.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 02/10/2008 - Guarnieri, Angel Daniel c. F. Briones S.R.L. - La Ley Online.

1.5. Violación al deber de información y la ley de defensa del consumidor.

La información para el consumidor —en el caso, se condenó al pago de una indemnización de daños y perjuicios a un instituto de enseñanza de idiomas que no informó claramente sobre el alcance de la validez de los títulos expedidos— debe ser de una idoneidad tal que le permita a éste comprender con claridad, completitividad y eficacia los mensajes emanados del productor, pues, el aspecto subjetivo de la buena fe resulta relevante en la relación de consumo.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 07/06/2007 - Bisso, Julia c. Braile, Margarita Angela - La Ley Online-

2. Trasgresión a la buena fe. Lealtad.

2.1. Cese abrupto de la relación contractual en los contratos de ejecución continuada.

En contratos de duración de plazo indeterminado con prestaciones recíprocas, como lo es el contrato de concesión, si bien las partes pueden desvincularse en cualquier tiempo de su relación contractual, dicha facultad no puede ser ejercida por una de ellas en forma intempestiva o abusiva con menoscabo de las legítimas expectativas de la otra, pues ninguna de las partes está autorizada para hacer cesar abruptamente la relación salvo que un casus le impusiere hacerlo o si hubiere acaecido una actividad francamente culpable o dolosa de la parte.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 21/07/2006 - Carplan Plus S.A. c. Fiat Auto Argentina S.A. - LA LEY, 2007-A, 568.

2.2. La doctrina de los actos propios en el ámbito de los contratos administrativos.

El principio según el cual los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión —art. 1198 del Cód. Civil—, es aplicable al ámbito de los contratos administrativos, razón por la cual es dable exigir a los contratantes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, y debe desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que —merced a sus actos anteriores— se ha suscitado en la otra parte.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 31/03/2009 - Instituto de Vivienda del Ejército c. Indeco S.A. y Crivelli S.R.L. y otro - LA LEY, 04/05/2009, 11.

2.3. Incumplimiento por parte de los establecimientos educativos del deber de resguardar la integridad física de los alumnos.

Si el menor sufre un daño durante el desarrollo de actividades realizadas bajo el control de la autoridad educativa —en el caso, el hecho dañoso ocurrió en una pileta que funcionaba bajo el control del colegio codemandado—, nace la obligación del propietario del establecimiento de indemnizar los perjuicios sufridos, pues, aún cuando expresamente no se haya obligado a mantener la incolumidad física del alumno, el deber de resguardar su integridad y sus bienes, durante la ejecución de las obligaciones principales del contrato, surge tácitamente como una concreción del deber de buena fe, lealtad o probidad que consagra el art. 1198 del Cód. Civil.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 09/05/2006 - Benchimol, Gabriela L. y otro c. Colegio Esteban Echeverría SAE y otros - RCyS 2007-II, 110.

2.4. Modificación unilateral de las condiciones pactadas.

Incurrió en una conducta abusiva y contraria a la buena fe, el Banco demandado al ejercitar las facultades que ostentaba en virtud de pautas contractuales y en la inaplicabilidad de la ley 24.143 (Adla, LII-D, 3888), porque en forma unilateral procedió a modificar el plazo de amortización del préstamo con garantía hipotecaria celebrado con el actor.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de Viedma - 29/08/2008 - Mazzei, Roberto, Melin, Alicia Esther, Pereyra, Hector Alberto, Suso, Hugo Angel Antonio y Galan Horacio Daniel c. Banco Hipotecario, La Ley Online.

2.5. Ruptura intempestiva unilateral.

Es procedente el reclamo por daños y perjuicios formulado por el distribuidor, derivados de la ruptura unilateral del contrato de distribución —en el caso, mantenido durante 6 años— con un plazo de preaviso exiguo —30 días—, toda vez que, al no mediar causa justificante, se debe realizar el preaviso con una anticipación acorde al tiempo de relación entre las partes, en función del principio de buena fe consagrado en el art. 1198 del Código Civil.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, - 12/07/2006 - Antonio Herrera S.A. c. Bodegas Norton S.A. - La Ley Online.

2.6. La información requerida por el asegurador en el contrato de seguro.

El requerimiento de informaciones complementarias por parte del asegurador, con base en la buena fe contractual que regula la relación celebrada entre las partes, debe ser ejercido de manera razonable —en el caso, se trataba de un contrato de seguro automotor—, atendiendo a la naturaleza del riesgo, las circunstancias del evento, las condiciones del asegurado así como también su posibilidad real de satisfacerlo.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 30/10/2007 - Muller, Sandra Judith c. AGF Allianz Argentina Compañía de Seguros Generales S.A., La Ley Online.

2.7. Intimación ante el incumplimiento de pago de la prima de seguro.

Debe rechazarse la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por citada en garantía con fundamento en la suspensión de la cobertura por encontrarse una cuota impaga si la aseguradora no advirtió ni reclamó el pago de dicha cuota, pese a que el asegurado cumplía regularmente con las obligaciones a su cargo, en tanto admitir lo contrario resulta contrario al principio de buena fe que debe regir en la celebración y ejecución de los contratos

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 30/10/2007 - Olivera, Eduardo Oscar c. González, Ascensión Celia y otros - RCyS, 2008, 750.

2.8. Inoponibilidad al comerciante del costo de las transacciones llevadas a cabo con tarjeta de crédito.

La buena fe negocial —artículo 1198, Código Civil— impone que cuando se adoptan todos los recaudos exigidos por la ley y el contrato, el comerciante no debe asumir el costo de las transacciones llevadas a cabo con tarjetas de crédito falsas, siendo éste un riesgo que asumen quienes organizan el sistema, pues son los únicos que pueden ejercer el control necesario para evitarlo.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 25/09/2007 - Ricale Viajes S.R.L. c. Diners Club S.A. y otro - La Ley Online.

2.9. Retractación a la renuncia de derechos.

El reclamo por gastos generales e indirectos por la contratista de una de obra pública que ha efectuado una renuncia al cobro de gastos improductivos no resulta coherente con la buena fe contractual, en tanto la retractación a la renuncia de derechos disponibles no es admisible si no existe asentimiento de la otra parte, de conformidad con lo establecido por el art. 875 del Cód. Civil.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala II, 27/03/2007 - IATE S.A. c. Ministerio de Defensa - La Ley Online.

Contexto doctrinario.

1. Conceptualización y efectos de la buena fe contractual.

Mayo, Jorge A**,** La buena fe en la ejecución de los contratos, DJ 2002-3, 1061.

El autor propone el examen de la buena fe en tanto a su función de límite y/o control en la ejecución de los contratos, ya sea en cuanto la ejercicio de las pretensiones como al cumplimiento de los deberes. Explica que el instituto de la buena fe "...se extiende a diversas materias del derecho privado, como en los derechos reales (posesión, dominio, etc.), en el derecho sucesorio (heredero aparente, etc.), en el derecho de familia (nulidad de matrimonio, etc.)..." Expone que "...la buena fe en aquélla esfera que no se refiere a los contratos (y obligaciones) indica un estado subjetivo, intelectual o psicológico, significa, simplemente, ignorancia a lesionar el derecho ajeno, mientras que en el plano contractual expresa, un deber: deber de las partes contratantes de comportarse con corrección y lealtad, que se resume en la designación de buena fe contractual -Concluye considerando que el acreedor y el deudor de una obligación contractual deben respetar la relación jurídica que los une actuando de buena fe uno respecto del otro. Aprecia que la existencia de la situación contractual ha generado deberes particulares que "...al ser violados por una de las partes, la sanción, ante la petición de la contraparte será la de resolver el contrato al igual que si una obligación precisa no hubiera sido cumplida..."

2. La buena fe contractual y su vinculación con el derecho obligacional.

Santarelli, Fulvio Germán. Un supuesto de mora del acreedor, LA LEY, 07/07/2010, 5.

Entiende el jurista que las normas del derecho creditorio relativas a los efectos de las obligaciones, deben ser interpretadas en relación al principio de buena fe, de modo de ahuyentar conductas especulativas ejercidas con torpeza. Desde este índice argumental señala: "...es sabido que los contratos deben ejecutarse de buena fe, conforme a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender (art. 1198 Cód. Civil); y en tanto los contratos generan obligaciones, aquella pauta de comportamiento no se refiere sino al modo de ejecución de ellas; dicho de otra manera la pauta modeladora de la buena fe se predica acerca de los diferentes institutos obligacionales, como la mora, sus modos de constitución, los elementos del pago, por mencionar sólo a los aquí involucrados, que suelen ser vistos por los operadores jurídicos con ciertas frialdad aritmética, alejados —erróneamente— de consideraciones valorativas..."

3. La buena fe y las relaciones de consumo.

Alvarez larrondo, Federico M**.** La buena fe en la ley 24.240, Publicado en: LA LEY, 2009-C, 1271

En este trabajo se analiza la buena fe desde la óptica de las relaciones de consumo, planteando en general el nuevo escenario que ha traído consigo la ley de defensa del consumidor a partir de su sanción hasta la novel 26.361, pasando por ese mojón insustituible que es el artículo 42 de la Constitución Nacional. En este sentido afirma que "...en nuestra ley consumerista, la buena fe se constituye en piedra angular del sistema. La violación de tal manda lleva consigo sin más la sanción de nulidad total o parcial del vínculo celebrado entre las partes. Aquí ya no estamos ante una pauta de interpretación o una directriz, sino ante un requisito capaz de afectar la validez total o parcial del acto..."

4. Las cláusulas contractuales abusivas (art. 37 de la LDC): desprendimiento de la buena fe contractual.

Rezzonico, Juan Carlos, Cláusulas abusivas en condiciones contractuales generales: panorama y soluciones, LA LEY, 1983-B, 998 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales, Tomo II, p. 103.

Reseña el profesor platense las diferentes forma que pueden presentar la cláusulas abusivas contractuales y su vinculación con la buena fe contractual en relación a esta última explica que el principio de buena fe puede exigir, de manera diversa, el cumplimiento

de expectativas alentadas, comportamiento deferente, disposición para la cooperación en miras a alcanzar el fin contractual: fidelidad contractual en sentido amplio. Aquí se trata de que en un contrato cada parte puede esperar que la relación de los derechos bilaterales, deberes, 'chances' y riesgos estén en cierto modo equilibrados. Es que en la contravención al mandato de buena fe, la relación de equivalencia aparece sensiblemente perjudicada, lo que conduce a un peso desigual.

5. La buena fe contractual como principio internacional.

Galgano, Francesco, Libertad contractual y la justicia del contrato, LA LEY, 2008-B, 977 – Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo II, 803.

En este interesante trabajo se explican los aspectos salientes de la compilación orgánica de la lex mercatoria llevada a cabo por la Unidroit que tiene el nombre de principios de los contratos comerciales internacionales, en donde el principio de la buena fe aparece como una piedra angular de las llamadas obligaciones implícitas, no previstas, en el texto contractual. De esta manera vincula la nueva lex mercatoria a la anterior, la que se ha ido diferenciando del derecho romano para apelar a los valores de la buena fe y de la equidad, así las reglas de derecho que integran la lex mercatoria son, en algunos aspectos, el fruto de la generalización de principios vigentes en algunos sistemas estatales, de conformidad con los usos del comercio internacional.

6. Análisis histórico de los elementos del contrato.

Gregorini clusellas, Eduardo L. Proyección del contrato en el Siglo XXI, LA LEY 2004-A, 847-Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo II, 639.

El distinguido jurista analiza las variables temporales que se han producido en el acuerdo contractual, desde el consensualismo tradicional, la fuerza obligatoria del contrato expresada como convención-ley, el efecto relativo del contrato, las nuevas modalidades contractuales, el neo formalismo, y la expansión del orden público. En esta investigación explica la funcionalidad, el alcance y los efectos de la buena fe contractual en la actualidad, en este sentido dice que "...tiene una manifestación subjetiva, como buena fe creencia y otra objetiva como buena fe probidad o confianza. La regla de conducta abarca no sólo la celebración, interpretación y ejecución del contrato, sino también las etapas precontractuales, en que se exige un comportamiento leal y un veraz suministro de información y los tiempos poscontractuales, en que la confidencialidad y el secreto profesional se imponen más allá de la extinción ordinaria del contrato, al igual que la obligación de responder por vicios o ruina de la cosa..."

7. La buena fe y el negocio económico.

Gagliardo, Mariano. La realidad y lo falaz, LA LEY 2009-C, 550.

En este trabajo se aprecian los aspectos que unen el negocio jurídico con el económico cuyas finalidades a veces no son coincidente. Desde esta perspectiva, explica el autor que el desarrollo y evolución de los negocios posibilitan grandes emprendimientos por la seriedad de las transacciones comerciales, marco de la seguridad jurídica y no por último, sino quizás lo primero, la buena fe negocial. Asimismo sostiene que no debe desconocerse que el énfasis en las negociaciones no está exento de disensos o desinteligencias que cuando éstas no son engañosas ni instrumento para timar al cocontratante, y llevan el acto jurídico a una saludable conclusión. De manera que la aparente discordia, verdad tergiversada o mal interpretación de la concertación, ceden ante la sensatez, espíritu de claridad y entendimiento. Esta, dice, es la realidad cotidiana; la que prevalece entre los que saben y respetan el "pacta sunt servanda"; los que proceden acorde lo que "verosímilmente las partes entendieron"; los que actúan en el mundo de la certeza y veracidad que permite el avance de las sociedades civilizadas; el espectro donde la conducta de los hombres serios, diligentes y "de palabra es un espejo.

8. La apariencia jurídica y la buena fe.

Compagnucci de Caso, Rubén H. Pago al tercero y apariencia jurídica, LA LEY 03/11/2004, 4 - LLLitoral 2004 (diciembre), 1147-DJ 2004-3, 1237-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo III, 519.

Expone el profesor Compagnucci que "...la tesis de la apariencia tiene en el derecho un amplio campo de aplicación, y un cercano parentesco con el principio de la buena fe. En definitiva "aparentar" es: manifestar o dar a entender lo que no es, o fingir, o simular, etc. Y en el ámbito del derecho privado significa que se ha montado un "status" donde se muestra a alguien como legitimado de un derecho que en la realidad no tiene. Situación que se mantiene durante un cierto tiempo, y una persona es reconocida conduciéndose de tal manera que se la puede asimilar al verdadero acreedor...".

9. La publicidad engañosa.

Santarelli, Fulvio Germán**,** Acciones contra la publicidad engañosa, LLBA, 2005-928 - DJ 2005-3, 565.

El jurista analiza algunos aspectos en los que reposa la responsabilidad por publicidad engañosa, siendo esta, un desprendimiento de la buena fe contractual que emana del art. 1198 del CC. Desde esta perspectiva el autor analiza los preceptos de la Ley de defensa del consumidor en la materia, que consagran una protección de contra esas prácticas comerciales.

10. La buena fe en el contrato de medicina prepaga.

Gregorini clusellas, Eduardo L.**,** Los servicios de medicina prepaga. La extensión contractual y legal de la cobertura, LA LEY, 2005-A, 1282 - LLP, 2005, 335.

El autor estudia las vicisitudes propias del contrato de medicina prepaga y la importancia del principio de buena fe en dicho acuerdo contractual, en este sentido explica que "...las organizadoras deberán atender a tiempo y formar las prestaciones contractuales y legales a su cargo, incluyendo las virtualmente comprendidas o derivadas de la buena fe, no alterando lo comprometido durante la ejecución en desmedro del beneficiario, ni recargando unilateralmente sus obligaciones..".

Biblioteca.

ALTERINI, A. A. - LOPEZ CABANA, Roberto M., La autonomía de la voluntad en el Contrato Moderno, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.

ALTERINI, Atilio - AMEAL, Oscar J. - LOPEZ CABANA, Roberto M., Curso de Obligaciones, Abeledo-Perrot, 1989.

BUERES, Alberto J., Responsabilidad Civil de los médicos, Ed. Hammurabi, Bs.As. 1992.

CAZEAUX, P. N. - TRIGO REPRESAS, A. F., Derecho de las obligaciones, Ed. Platense, 3ª ed., La Plata, 1991.

CORDOBA, Marcos (Director) - GARRIDO CORDOBERA, Lidia - KLUGER, Viviana (Coordinadoras), Tratado de Buena Fe en el Derecho. 1ª edición, Ed. La Ley, 2004.

ETCHEVERRY, Raúl A., Derecho Comercial y Económico. Obligaciones y Contratos Comerciales. Parte General, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988.

HALPERIN, Isaac - GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., Unificación del Derecho Privado: Contratos y Obligaciones. Resolución de los Contratos, Depalma, Buenos Aires, 2000.

LAFAILLE, Héctor, Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones. 2ª edición actualizada y ampliada por Bueres, Alberto. Mayo, Jorge. Ed. La Ley 2009.

LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., Teoría de los contratos. Parte General, 3ª ed., Buenos Aires.

LORENZETTI, Ricardo Luis, Consumidores, 1ra. ed., Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

MAYO, Jorge, Estudios de Derecho Civil, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005.

La prohibición nupcial del artículo 13 de la Ley 12.331 y su consecuencia jurídica. ¿Régimen de especialidad de las nulidades matrimoniales o aplicabilidad de los principios generales del Código Civil al acto jurídico matrimonial?

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2010 (septiembre), 56
Cita Online: AR/DOC/1389/2010
[Consultada el: 30/06/2020]

Sumario.

1. Introducción: El matrimonio como acto jurídico. 2. Validez o invalidez del acto celebrado en trasgresión al artículo 13 de la ley de profilaxis. 3. Normas prohibitivas y nulidades virtuales. 4. La divergencia jurisprudencial en nuestro país. 5. La Jurisprudencia francesa: la regla "pas de nullites sans texte en fait du mariage". 6. Argumentos a favor de la doctrina de la especialidad. 7. Argumentos a favor de la doctrina de la subsidiariedad. 8. Carácter del impedimento consagrado en el artículo 13 de la ley 12.331. 9. Tipo de nulidad pretendida: ¿Nulidad relativa o absoluta? 10. Colofón.

"Se advierte que las causales de nulidad con respecto al matrimonio deben tener una aplicación restringida, pero principalmente deben estar consagradas específicamente con respecto a las nupcias, la aplicación de los principios generales a dicha institución sería perjudicial, no sólo por los argumentos precedentemente expuestos sino también porque podrían poner en juego uno de los caracteres más relevantes del estado de familia: la estabilidad o permanencia del mismo."
"Pas de nullités sans texte en fait du mariage".
(Corte de Casación francesa)

1. Introducción: El matrimonio como acto jurídico.

Para poder determinar la aplicación de la nulidad y los vicios del consentimiento como instrumento para invalidar las nupcias es necesario establecer la naturaleza del matrimonio, es decir si éste es consecuencia de la ley, o de la voluntad de las partes, los juristas Zannoni y Bossert hacen referencia a ello explicando que ha sido frecuente considerar que, como las relaciones jurídicas familiares escapan generalmente a la autonomía privada o autonomía de la voluntad, la teoría general del acto jurídico es extraña al derecho de familia. Se juzga que las relaciones familiares, y los derechos y deberes que tales relaciones determinan, no tienen por fuente la voluntad de los sujetos en los términos del artículo 944, del Código Civil, sino la ley que, en cada caso, dispone los efectos de tales relaciones. El acto voluntario sería entonces a lo sumo, el simple acto lícito que define el artículo 988 del mismo Código Civil.

Continúan los tratadistas diciendo que se ha destacado, sin embargo que cuando la constitución de las relaciones familiares nace de la voluntad de las personas (la de los contrayentes del matrimonio por ejemplo) se está frente a auténticos actos jurídicos que son fuente de las relaciones familiares. Que éstas en su contenido escapen a la regulación de los interesados, no obsta a que la fuente de la relación obedece a un acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato crear, modificar, conservar o extinguir derechos u obligaciones. (1)

Este último es el criterio prevaleciente en doctrina que admite al acto matrimonial como un acto jurídico, es decir, un hecho voluntario lícito, el de acceder a las nupcias, que tiene un fin inmediato, el cual consiste en crear modificar e incluso transferir derechos, deberes y obligaciones familiares, pero evidentemente éste acto, no es un acto jurídico cualquiera sino uno que goza de características particularísimas.

2. Validez o invalidez del acto celebrado en trasgresión al artículo 13 de la ley de profilaxis.

2.1. La nulidad como sanción jurídica

Para poder comprender el concepto de nulidad hay que tener presente la definición de sanción jurídica, esta según Kelsen constituye un acto coercitivo, consistente en la privación de algún bien, ejercida por un individuo autorizado al efecto y como consecuencia de una conducta. (2)

Al decir de Borda por nulidad debe entenderse la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originada, es decir, existente en el momento de la celebración, (3) como sostiene Ghersi hay una ineficacia estructural y el ordenamiento jurídico procede a establecer una sanción que precisamente se denomina nulidad. (4)

Al considerar los caracteres y la naturaleza que se desprenden de esta definición, Llambías pone de relieve una cuestión de gran trascendencia para el objeto de este trabajo, explica que la nulidad es una sanción legal, es decir encuentra su fuente en la fuerza imperativa de la ley. El origen legal de la sanción de nulidad, dice el autor, plantea la llamada cuestión de las nulidades implícitas, se trata de saber si dicha sanción debe estar consignada explícitamente en la ley, o si puede estar contenida de un modo tácito en ella. (5)

2.2. Nulidades virtuales o implícitas

Según el artículo 1037 del Código Civil "*...los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen...*". La cuestión consiste en desentrañar si la declaración de nulidad a la que se refiere el artículo es solo aquella que aparece expresamente mencionada, o si por el contrario, nuestra legislación admite las llamadas nulidades implícitas o virtuales.

Sobre el particular la doctrina se encuentra dividida, ya que según la opinión de autores como Borda, Llambías, Salvat, Etcheverri Boneo, Segovia, Llerena, la sanción de nulidad puede resultar tanto de una norma expresa (art. 953), o en forma implícita, sin el empleo de términos sacramentales o expresos, como sería el supuesto de una prohibición legal (vgr. Celebración del contrato de compra venta entre esposos 1358). (6)

La doctrina que admite este último criterio encuentra sustento legal en el artículo 18 del Código Civil que prescribe "...los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención...". (7)

Compartiendo esta postura, dice Borda que no es necesario que la palabra nulidad esté expresada en la ley, basta que de sus disposiciones no puede resultar otra consecuencia que la invalidez. Lo que el legislador ha querido evitar con el artículo 1037, es que los jueces puedan fundarse en cualquier omisión o trasgresión legal, para dictar una medida tan grave como es la anulación de un acto; es decir, que esta sanción surja claramente de la norma, sea expresa o implícitamente, así puede el juez decretarla. (8) Llambías se adhiere a la opinión que acepta las nulidades virtuales con los siguientes argumentos, la comparación del artículo 1037 con su fuente, el art. 786 del Esboço de Freitas, muestra la desaparición del adverbio expresamente en nuestro texto. Esta eliminación es fuertemente sugestiva, por lo que no cabe mantener la misma inteligencia para ambas disposiciones. De esta manera, termina sosteniendo el autor, que el sentido del precepto solo indica que esa

sanción siempre deriva de la ley y no de la voluntad de los jueces, que no podrán arbitrar para invalidar un acto, causas que no están efectivamente incorporadas, siquiera de una manera tácita al ordenamiento legal. (9)

2.3. Imposibilidad de crear nulidades pretorianamente

Sin embargo es dable aclarar que la admisión de las nulidades implícitas no importa reconocer la posibilidad de crear judicialmente supuestos de nulidad, sino aceptar la existencia de nulidades que derivando de la ley, no estén consagradas por ella de manera expresa o literal, sino que puedan imponerse mediante un razonado sobreentendimiento de su letra y de su espíritu (10) es decir, como ha dicho correctamente alguna doctrina, la nulidad genéricamente establecida en el artículo 18 no implica contradicción alguna ni otorga a los jueces la potestad de crear nulidades virtuales. Esta nulidad decretada en general se considera parte integrante de todas las normas de carácter prohibitivo, evitando la necesidad de establecer en cada una de ellas la sanción correspondiente. (11)

Esta es la posición, entre otros, de Yungano, quien afirma que el artículo 1037 excluye la posibilidad de que los jueces se funden exclusivamente sobre su voluntad para decretar la nulidad de un acto jurídico, resultando así necesario que la causa de aquella ostente una apoyatura legal aunque sea tácita. (12)

3. Normas prohibitivas y nulidades virtuales.

La aplicación fáctica de este supuesto legal adquiere especial consistencia cuando nos encontramos con normas prohibitivas que no establecen la consecuencia ante su trasgresión; como dicen Santos Cifuentes y Sagarna son normas prohibitivas aquellas que prohíben algo, sin pronunciar una norma jurídica positiva que haya de regir en lugar de lo prohibido. (13) Vemos que en este concepto estaría incluido el artículo 13 de la ley 12.331 (Adla, 1920-1940, 703) cuando prescribe que "*no podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedad venérea en período de contagio*", evidentemente crea una norma prohibitiva, pero no establece la consecuencia, ante este supuesto y, conforme la doctrina que venimos exponiendo, parece inevitable el destino de la invalidez del acto por aplicación del artículo 18 del Código Civil.

Como veremos a continuación, no nos convence esa posición por dos motivos, en primer lugar porque entendemos que la aplicación indiscriminada de artículo pude traer aparejados resultados odiosos e indeseables que no se condicen con el carácter restringido que debe primar al examinar la invalidez de los actos, en este sentido coincidimos con Lloveras, quien sostiene que la sanción de nulidad debe encontrarse en la misma ley, debe emanar de la ley en términos indubitables, inequívocos, porque al ser una sanción la nulidad, solamente puede estar impuesta de antemano por la ley, (14) y por otro lado, en el tema que analizamos, cualquier intento de aplicación del artículo 18 se toparía con la valla de la *especialidad de las nulidades* ya que en nuestro derecho positivo, como dice Hernández, la naturaleza del matrimonio y las consecuencias de la nulidad en cuanto afectan no sólo a las partes, sino a los hijos y a la sociedad de una manera irreparable justificaron siempre un régimen especial. (15)

4. La divergencia jurisprudencial en nuestro país.

La jurisprudencia de nuestro país ha vacilado incesantemente sobre el régimen aplicable a las nulidades matrimoniales en cuanto a su carácter autónomo y específico dando lugar al apoyo del régimen de la especialidad de las nulidades en materia matrimonial, (16) e inversamente otros precedentes han sostenido la tesitura opuesta, es decir, la de la subsidiariedad de la aplicación de los principios generales al régimen de nulidades previsto para el acto jurídico matrimonial. (17)

5. La Jurisprudencia francesa: la regla "pas de nullités sans texte en fait du mariage".

La Corte de Casación Francesa ha establecido la máxima: "*pas de nullités sans texte en fait du mariage*", es decir no hay nulidad de matrimonio sin precepto que lo establezca expresamente, este principio ha sido resistido por una parte importante de la doctrina francesa, especialmente Planiol y Rouast. Sus principales argumentos recaen en que los trabajos preparatorios del Código Civil francés tenían inclinación a admitir la aplicación del derecho común, y principalmente porque sostienen que la regla del Código recae en las personas que pueden pedir la nulidad y no en la nulidad misma.

Las argumentaciones de los destacados tratadistas son rebatidas con ímpetu por Josserand, quien predica que los trabajos preparatorios son tanto menos concluyentes en cuanto que la determinación de los casos de nulidad y la de las personas admitidas a invocarlos son de hecho inseparables, como parece por la lectura de los artículos 180 y siguientes que resuelven con frecuencia las dos cuestiones cuya conexión es manifiesta, en cuanto a las derogaciones que ha habido necesidad de sufrir al principio, nada prueban contra él; de las reglas de derecho, ni aun las más imperativas, son muy pocas las verdaderamente absolutas, casi todas establecen excepciones que, según la fórmula consagrada, vienen a confirmarlas; en este caso, se trata solamente de una directiva general que cede a veces ante necesidades más fuertes que ella. (18)

Otros autores si bien no repudian al principio, entienden que el mismo no es universal y que admite excepciones en la propia legislación francesa, por lo cual debe ser apreciado en cada caso concreto, así Ripert y Boulanger, dicen que a diferencia de lo que sucede en otros casos, la fórmula prohibitiva, empleada por la ley, con respecto al matrimonio, no es necesariamente invalidante, es decir no siempre basta para hacer admitir la nulidad.

Es necesario averiguar en cada caso si procede aplicar esta sanción rigurosa. Si es cierto en un modo general que las leyes deben ser obedecidas y que los actos contrarios a sus disposiciones deben ser nulos, cabe aplicar con reservas esa regla al matrimonio, en muchos casos vale más mantener una unión ilegal que anularla. (19) No compartimos el criterio, entendemos que este caso puntual escapa a los matices, los cuales gestan una mayor inestabilidad jurídica cuyos resultados atentan contra la igualdad ante la ley.

Por otro lado los hermanos Mazeaud vierten otra crítica al principio, entienden que el sistema de la jurisprudencia de la Corte de Casación choca con una objeción decisiva. Y explican que existen tres impedimentos que los redactores del Código Civil no sancionaron con la nulidad sin embargo, se preguntan, ¿como admitir la validez de un matrimonio celebrado pese a la identidad de sexo de los esposos, o en la ausencia de consentimiento de los esposos, o de un matrimonio que no ha sido celebrado por un encargado del Registro Civil? La lógica conduciría no obstante, si se tuviera por exacta la tesis jurisprudencial, a rechazar en esos tres casos la nulidad. (20)

También disentimos con esta aseveración, los supuestos que se mencionan como impedimentos sin sanción de nulidad no son tales, tanto el consentimiento, como la diversidad de sexo, como la presencia de la autoridad del Registro *son condiciones de existencia del matrimonio y no requisitos de validez del mismo.* La diferencia es clara, mientras que en el primer caso la ausencia de uno de los elementos señalados trae aparejada la *inexistencia* del matrimonio, en el segundo supuesto el efecto ante su trasgresión es *la nulidad u otra sanción.*

Por último es loable resaltar el valor social que presenta la máxima analizada, el cual se traduce en la preservación de la institución matrimonial como principio rector, así Josserand explica que esta regla se justifica por la importancia del matrimonio y por el peligro que existiría en caso de admitir con excesiva amplitud, con excesiva arbitrariedad, su ineficacia, como lo dice la *Chambre des requetes* el matrimonio afecta muy esencialmente el orden social para que pueda ser sometido imprudentemente a toda clases de ataques de las malas pasiones. (21)

6. Argumentos a favor de la doctrina de la especialidad.

Para aquéllos que adhieren a este régimen el matrimonio celebrado en contraposición con el impedimento que consagra la norma será válido, sin perjuicio de eventuales sanciones administrativas foráneas a los contrayentes.

En cuanto a los autores que sustentan la doctrina de la especialidad del régimen de nulidades podemos citar a Prayones quien con respecto a este tema manifiesta que no es aplicable al matrimonio la teoría general de las nulidades que rigen en el derecho civil. Lo demuestra la circunstancia de existir en el Código un capítulo especial consagrado a las nulidades del matrimonio. Es este un acto jurídico de naturaleza especial, al cual no pueden aplicarse los mismos principios que rigen las nulidades de los actos jurídicos en general. (22) De esta manera, siguiendo los fundamentos de este autor el artículo 13 de la ley 12.331, no tiene sanción de nulidad, o dicho de otra forma, el matrimonio celebrado en contraposición al impedimento que ese artículo establece es plenamente válido.

Por otro lado Mazzinghi sostiene: la celebración del matrimonio sin la presentación del certificado no afecta su validez, pero está penada por el artículo 16 de la ley 12.331, que prevé la aplicación de multas al oficial del Registro Civil que omitiera la exigencia mencionada. Su reincidencia lo hace pasible del doble de la multa y la exoneración de su empleo. En este sentido manifiesta el autor que parece preferible el sistema del derecho francés, conforme al cual las personas que aspiran a contraer matrimonio deben ser revisadas obligatoriamente por médicos privados, quienes certifican que han practicado dicho examen en vistas al matrimonio. (23)

El Profesor Belluscio encuentra el mayor sustento de esta postura haciendo hincapié en los antecedentes históricos y en el derecho comparado, dice el autor: a favor de la doctrina de la especialidad se cuenta pues, con los antecedentes históricos, y con la voluntad expresa del legislador. Es también la solución recogida por los Códigos Civiles más modernos, tales como el uruguayo de 1868 (artículo 175), el alemán de 1900 (artículos 1323, 1329, 1330 y 1341), reiterado por la ley de matrimonio civil hasta la reforma de 1998 (artículos 16, 23, 28 y 29) y el portugués de 1966 (artículos 1627 y 1632). (24) Esta posición tiene sus cimientos en las ideas de Fassi quien entiende que después de la reforma 1888/89, subsiste un régimen especial que se basta a sí mismo, que nace del carácter particularísimo del acto jurídico llamado matrimonio. La especialidad surge de los antecedentes y debate parlamentario, de las enseñanzas del derecho comparado, porque es la solución triunfante en los códigos antiguos y modernos. (25)

Otros sostenedores de la doctrina de la especialidad son Bossert y Zannoni, quienes propician sus fundamentos de esta manera: además de los argumentos tradicionalmente esgrimidos en su favor, actúa un principio trascendental que implícito en nuestra tradición jurídica, debe considerarse. Es el principio del "*favor matrimonii*", clásico en el derecho canónico y, para nosotros, de interpretación retórica en una adecuada hermenéutica. De esta manera entienden que contando nuestro derecho positivo, con los antecedentes expresos que nos muestra la supresión de una norma que reenviaba al régimen general de nulidades (artículo 228 del Cód. Civil), el intérprete debe propugnar la interpretación restrictiva de los supuestos de nulidad matrimonial. Es decir, no admitir las nulidades virtuales o implícitas (art. 18, del Código Civil), ni encuadrar en ella supuestos que escapen a los expresamente previstos en la ley, es decir, los artículos 219 y 220 del Código Civil. (26)

Estas ideas ya se encontraban arraigadas en el derecho español a través del notable profesor Puig Peña quien señala que es posible deducir en nuestro derecho el fundamental principio del *favor matrimonii*, cuyo principal efecto para el autor consistía en que la enumeración de las causas de nulidad debe entenderse *numerus clausus*, o lo que es lo mismo, que la intención del legislador es la de presentar un cuadro de posibles situaciones de nulidad no susceptibles de interpretación amplia. (27)

Lagomarsino defiende la tesis de la autosuficiencia a través de los siguientes argumentos: a) En ocasión de tramitarse legislativamente la sanción de la ley 2393 (Adla, 1881-1888, 497), por iniciativa del senador Derqui

se suprimió de su texto un artículo que había incluido el proyecto que el poder Ejecutivo había remitido al congreso, según el cual las disposiciones sobre nulidad de los actos jurídicos, se hacían extensivas a la nulidad de los matrimonios. b) La terminología utilizada para los distintos grados de invalidez en la ley de matrimonio civil difiere sustancialmente de la utilizada respecto de los actos jurídicos en general. c) La ley de matrimonio civil tiene claramente establecido los supuestos de invalidez, las personas legitimadas para intentar la acción en cada caso, los casos de caducidad de la acción y los efectos de la nulidad, todo lo cual exterioriza que se ha querido organizar un régimen específico sobre esta materia. La teoría de la especialidad hace cobrar vigencia para nuestro país a la máxima francesa "*pas de nullites sans texte en fait du mariage*" vigente en la época en que se sancionó la ley de matrimonio civil y según la cual se proscribían las nulidades virtuales. d) La circunstancia de que el régimen de lo que podría denominarse vías de subsanación de la invalidez nupcial son específicas del matrimonio y difieren de los modos de saneamiento que el Código Civil establece para los actos jurídicos en general. e) Los matrimonios inválidos aun cuando sean de nulidad absoluta producen importantes efectos a diferencia de los actos jurídicos en general y además todos pueden ser convalidados. (28)

7. Argumentos a favor de la doctrina de la subsidiariedad.

Los partidarios de esta concepción entienden que siendo la normativa nacional un todo coherente, las normas generales pueden ser aplicadas a los supuestos particulares que se regulen, aun cuando ellos contemplen instituciones especiales como las referentes al derecho de familia. Así el artículo 18 que establece las llamadas nulidades "*implícitas o virtuales*" podría invalidar un matrimonio celebrado en contraposición a la ley de profilaxis, ya de antaño, Díaz de Guijarro adhería a la postura de la subsidiariedad, los fundamentos de su posición con respecto a este tema eran: como esta ley (la 12.331) no contiene norma alguna para el caso de que la unión se celebrase a pesar de su terminante prohibición, entra en juego el principio general del artículo 18 del Código Civil: los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención. Continúa el autor sosteniendo que el simple cotejo de ambos preceptos (el trascripto y el artículo 13 de la ley 12.331) comprueba como armonizan y la obligada conclusión que se impone al intérprete: los actos prohibidos —tal el casamiento del afectado de enfermedad venérea en período de contagio: no podrán contraer matrimonio son de ningún valor— esto es absolutamente nulo si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención —efecto silenciado por la escueta disposición final del artículo 13 de la ley 12.331—. (29) En igual sentido, sostiene Spota, que el título de nulidad de los actos jurídicos, que integra la parte general de nuestro Código Civil, debe ser aplicado a todo acto jurídico si no media una norma en contrario que establezca una suerte de derecho singular. (30)

Esta postura no se vio afectada por las modificaciones que sufrió en Código Civil en materia de matrimonio, sino que por el contrario, robusteció la posición de sus sostenedores, así, no hace mucho tiempo Borda escribía que el nuevo régimen del matrimonio no es ya independiente del Código, sino que la nueva ley 23.515 (Adla, XLVIII-B, 1535) ha incorporado expresamente sus disposiciones al Código Civil de tal modo que forma un solo cuerpo legal con este. Más aun: lo que la ley 2393 denomina matrimonios nulos y anulables, hoy se llaman nulidades absolutas y relativas, respectivamente. Se ha uniformado así la denominación de las unidades del Código Civil con las matrimoniales. No puede caber duda entonces de que los principios generales son aplicables a las nulidades matrimoniales, en tanto no exista una norma expresa que disponga lo contrario. Concluimos entonces que los matrimonios contraídos con enfermedad venérea en periodo de contagio son anulables. (31)

En contraposición a esta lectura Hernández entiende que la distinción entre actos nulos y anulables no hace más que poner de manifiesto, precisamente la especialidad del régimen de nulidades. (32) Otros autores sustentan la aplicación del artículo 18 del Código Civil en el campo matrimonial recurriendo a la razonabilidad, así Sambrizzi dice que el artículo en cuestión constituye una norma genérica de nulidad que resulta aplicable a la totalidad de los actos jurídicos, incluido el matrimonio, no pareciendo por otra parte razonable que la violación de una prohibición legal para contraer matrimonio no traiga aparejada sanción alguna para los contrayentes; ello,

sin perjuicio de señalar que la nulidad no es absoluta sino relativa, y que la misma solo puede ser demandada por los cónyuges si no hubiera cesado el periodo de contagio al tiempo de iniciarse el juicio. (33)

8. Carácter del impedimento consagrado en el artículo 13 de la ley 12.331.

El profesor Mazinghi se pronuncia por el carácter impediente del impedimento, porque entiende que eugenesia y nulidad pertenecen a órdenes distintos y por eso considerar la violación del impedimento como causa y la nulidad como consecuencia constituye, a su criterio, una relación incongruente, (34) en igual sentido ha opinado Mosquera, para quien el carácter impediente del impedimento tiene su razón en que el mismo debe cumplir una finalidad preventiva, la de evitar el contagio del cónyuge sano o la transmisión a los descendientes de la enfermedad. Pues si el sistema preventivo falla, la nulidad del matrimonio no es el medio adecuado para castigar a los contrayentes ya que el riesgo que tiende a evitar el impedimento se ha producido. (35)

Nosotros creemos que quienes admiten la tesis de la subsidiariedad, implícitamente toman partido por la doctrina que considera dirimente el impedimento, porque como dice Lagomarsino quienes adherimos a la tesis de la autosuficiencia en materia de invalidez nupcial, consideramos que aquellos impedimentos que en la ley no se prevé una sanción específica para el caso de su violación, no dan lugar a la invalidez de las nupcias, a la que solamente se podría llegar por aplicación del artículo 18 del Código Civil, en el que según hemos expresado, consideramos inaplicable al matrimonio. Ese es el caso actualmente de los impedimentos de enfermedad venérea en periodo de contagio establecido por la ley 12.331. (36)

Ahora bien, la eventual consecuencia del carácter dirimente del impedimento es la sanción de nulidad de las nupcias, es decir de esta manera se sanciona al enfermo por justamente padecer de un mal, solución que nos parece descabellada, entendemos con Monti y Minyersky que es tarea del legislador el dictado de normas apropiadas de salud pública que supongan una lucha contra el virus y no contra el enfermo o portador asintomático del virus. (37)

9. Tipo de nulidad pretendida: ¿Nulidad relativa o absoluta?

En la opinión de Borda el incumplimiento de la prohibición legal (art. 13 de la ley 12.331) trae aparejada la invalidez del acto, por aplicación del artículo 18 del Código Civil. Pero debe preguntarse si la nulidad es absoluta o relativa. La opinión predominante se inclina en el primer sentido. Se aduce para ello que, fundándose la ley en razones eugenésicas, hay de por medio un interés social, que es lo que precisamente caracteriza la nulidad absoluta: además no hay ningún texto legal que permita la confirmación, como en el caso de la locura. No obstante la indiscutible fuerza de estos argumentos, el autor citado se inclina por la solución contraria: en materia de matrimonios no es posible atenerse rígidamente a los principios generales de la nulidad, porque sostiene que si bien, no cabe duda de que aquí media un interés social, también es evidente que en numerosos casos la anulación de estos matrimonios por pedido del Ministerio Público resulta repugnante a nuestra sensibilidad moral y es, por tanto, inadmisible. (38)

No compartimos esa posición porque como han sostenido Alonso y Rizicman los actos prohibidos por la ley son de nulidad absoluta, pues los mismos adolecen de falta de licitud por haber sido realizados contra una ley imperativa, (39) es por ello que coincidimos con Mazzinghi en el sentido de que si correspondiere la sanción de nulidad, ella debería ser absoluta, aunque entendemos con el destacado tratadista que esa sanción no tiene congruencia con el hecho sancionado.

Consideramos loable seguir la propuesta argumental de Mazzinghi, quien construye un falso silogismo jurídico, que luego el mismo se encarga de destruir, su percepción analítica es la siguiente:

a) El artículo 18 del Código Civil dice que todo acto prohibido, al cual la ley no asigna un efecto determinado, queda sancionado con su invalidez.

b) La ley establece la prohibición de casarse mediando enfermedad, sin establecer otra sanción.

c) El matrimonio celebrado a despecho de la prohibición es nulo.

Pero, como sostiene el autor, el punto de vista puramente lógico es una de las perspectivas más engañosas que se le ofrecen al jurista. Y creemos que este ejemplo confirma esa apreciación. Por lo tanto desecha la posibilidad de admitir la nulidad ante el supuesto fáctico, entendiendo que la impecable lógica del silogismo inicial lleva a una conclusión eternamente desconectada del fin perseguido por el impedimento, (40) de todos modos, como enfatiza Belluscio el argumento lógico, según el cual las disposiciones generales son aplicables al matrimonio por ser acto jurídico y no haber norma que excluya su aplicación, pierde consistencia frente a la circunstancia de que el legislador decidió inequívocamente excluirlas. (41)

10. Colofón.

La invalidez de un acto jurídico constituye un aspecto más que trascendental en el derecho, ya que implica privarlo de los efectos a los que estaba destinado a producir. En ciertos ámbitos del derecho, principalmente en el campo de los negocios jurídicos, la cuestión toma otros matices por los aspectos que se encuentran en juego, principalmente son cuestiones patrimoniales destinadas a modificar estados económicos de las personas.

Pero el tema referente al matrimonio es otro, esta institución históricamente ha recibido un trato preferencial y especial conforme a la importancia que posee como fuente de enseñanza y cuidado de la descendencia. Esta también fue la intención deliberada del legislador de organizar, a través del matrimonio, el ámbito apropiado para lograr el bien de los cónyuges, la procreación, y educación de los hijos, que constituyen los fines implícitos, en nuestro derecho, de la institución matrimonial.

De esta manera, se advierte que, con respecto al matrimonio, las disposiciones que a él se refieren, deben tener una particular cautela, y ser acordes o armónicos a dicha institución, porque de lo contrario, los resultados pueden ser inocuos moral o jurídicamente. Además como mencionamos, en el campo de los negocios jurídicos, se encuentra en juego las vicisitudes del estado patrimonial de los sujetos de derecho, en cambio, en el ámbito del derecho de familia entra en consideración un tema mucho más trascendental en la vida del individuo: *la adquisición, pérdida, extinción, o modificación del estado de familia.*

Conforme a este marco, se advierte que las causales de nulidad con respecto al matrimonio deben tener una aplicación restringida, pero principalmente deben estar consagradas específicamente con respecto a las nupcias, la aplicación de los principios generales a dicha institución sería perjudicial, no sólo por los argumentos precedentemente expuestos sino también porque podrían poner en juego uno de los caracteres más relevantes del estado de familia: *la estabilidad o permanencia del mismo.*

Vélez Sársfield, estructuró una parte general aplicable a todas las instituciones del Código Civil, siempre que no existieran normas específicas para ellas. Pero este notable jurista no pudo admitir o no admitir la posible aplicación de los principios generales ya que, como expresa Belluscio, al mantener el matrimonio exclusivamente religioso y limitar la aplicación de las reglas generales a las uniones no católicas y con exclusión de las causales de nulidad, no pudo estar en su mente la aplicabilidad al matrimonio civil obligatorio de las disposiciones que redactó para un régimen diferente. (42)

Esto es así, porque mal podría inducirse la concepción de VELEZ con respecto a la aplicación de las normas generales sobre nulidad al matrimonio civil, si el codificador, en su redacción primaria rechazó el matrimonio civil obligatorio, y legisló conforme al religioso.

Por lo tanto la cuestión de si son aplicables los principios generales sobre nulidad al matrimonio, continúa vigente en la actualidad, las modificaciones posteriores a la ley 2.393 no pusieron fin a la controversia doctrinaria. La ley 23.515 de 1987 constituía un ámbito inmejorable para subsanar este conflicto, pero solamente se limitó a incluir en la última parte del artículo 239 la imposibilidad de declarar de oficio la nulidad del matrimonio, contribuyendo con un argumento más a favor de la tesis de la especialidad del marco de nulidades matrimoniales, aunque esto no resuelva la cuestión.

Este tema es de crucial importancia para la posible nulidad de matrimonio contraído con la prohibición nupcial del artículo 13 de la ley 12.331, es decir, si pese a dicha prohibición el oficial del Registro Civil, celebra el matrimonio, aun cuando alguno de los cónyuges se encuentre afectado de enfermedad venérea en periodo de contagio. Para quienes aceptan la hipótesis de la subsidiariedad de la aplicación de los principios generales del Código al matrimonio, el mismo sería nulo por el artículo 18 del Código Civil y, conforme a un razonamiento lógico-jurídico se puede afirmar que tanto los jueces, como los autores de derecho que aceptan la tesis de la especialidad, no pueden, con criterio jurídico, aceptar la nulidad de las nupcias contraídas en violación al último párrafo del artículo 13 de la ley 12.331, siendo por lo tanto plenamente válidas pese a la prohibición que pesa sobre ellas.

Por los fundamentos que anteceden en favor a la doctrina de la especialidad, y por los expuestos por nuestra parte en el mismo, nos adherimos a esta última corriente, dejando desde ya asentada nuestra opinión de que una norma que *constituye una mera descripción lírica, no tiene razón de ser en el sistema jurídico argentino.*

Bibliografía

(1) Y continúan aseverando los destacados maestros que en nuestra doctrina ha predominado este criterio, que permite aludir al acto jurídico familiar, como una especie dentro del género acto jurídico. De este modo, la teoría general del acto jurídico (sus supuestos y condiciones de validez, vicios, etc.) es aplicable al acto jurídico familiar como fuente de relaciones de derecho de familia, aunque como señalamos, el contenido de esas relaciones esté predeterminado por la ley. BOSSERT Gustavo A. - ZANNONI Eduardo A., Manual de derecho de familia. Ob. cit. p. 74.

(2) NINO, Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, 2ª edición, Astrea, S.R.L., Buenos Aires, p. 82.

(3) BORDA, Guillermo A., Derecho Civil. Parte General, 20 edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 536.

(4) GHERSI, Carlos Alberto, Derecho Civil. Parte General. 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 591.

(5) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Parte General, 19ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 499.

(6) YUNGANO, Arturo R., Derecho Civil. Parte General, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1990, p. 585.

(7) El artículo impone en general la sanción de nulidad para todas las transgresiones a las normas positivas referentes a los actos jurídicos, dejando a salvo casos de excepción, en que la ley establezca una sanción específica distinta. Tanto al Anteproyecto de Bibiloni como el proyecto de 1936 mantienen ese artículo sin variantes. BELLUSCIO, Augusto C., ZANNONI, Eduardo A., Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, t. 1. Autores: GARBINO, E. Guillermo, LAVALLE COBO, Jorge E., PARDO, Alberto J. RIVERA, Julio, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 98.

(8) BORDA, Guillermo A. Derecho..., ob. cit., p. 544.

(9) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Tratado..., ob. cit., p. 501.

(10) ALONSO, Juan Ignacio, RIZICMAN, Leandro. En RIVERA, Julio César (Director). "Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Títulos Preliminares Personas", Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. 2004, p. 86.

(11) BELLUSCIO, Augusto C., ZANNONI, Eduardo A. Código..., ob. cit., p. 98. En igual sentido Cámara Nacional Civil y Comercial, sala C, sentencia del 22/6/70, ED, 33-643 y ss.

(12) YUNGANO, Arturo R. Derecho...l, ob. cit., p. 585.

(13) SANTOS CIFUENTES (Director), SAGARNA, Fernando Alfredo (Coordinador), Código Civil. Comentado y Anotado, t. I, La Ley, Buenos Aires, p. 20.

(14) Esta autora admite la forma más radical de repudio a las nulidades implícitas o virtuales al sostener que no tiene cabida dentro de nuestro ordenamiento jurídico. LLOVERAS, María Emilia, en BUERES, Alberto J (Director). HIGHTON, Elena I. (Coordinadota). Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Tomo de Obligaciones 1 A., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 59.

(15) HERNANDEZ, Lidia Beatriz. "Acerca del debate sobre la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales en la ley 23.515", LA LEY, 1992-D, 817.

(16) La Cámara Civil 1° de la Capital con el voto de CASARES, al que adhirieron por razones análoga los DOCTORES BARRAQUERO, MANTILLA, DOBRANICH Y GARRIAGA, dijo: El régimen de la nulidad del matrimonio es independiente del común sobre la nulidad de los actos jurídicos, pero si la legislación matrimonial consagra la prescriptibilidad de la acción de nulidad en ciertos casos, como los de dolo y error, y no establece plazo para ella ha de estarse al de la prescripción de los actos jurídicos, LA LEY, 32-645.En similar postura la Cámara 1ª Civil y Comercial de La Plata resolvió "...la ley de matrimonio civil contiene disposiciones específicas sobre nulidad, por lo que no puede recurrirse a las normas generales del C.C., sino cuando faltase una disposición concreta y estas normas no estuviesen en pugna con el espíritu de la institución..." (voto de Rivarola), JA, 1945-III-563. Por otro lado la Sala B de la Cámara Nacional Civil entendió que "...el régimen de nulidades del matrimonio es específico y distinto del establecido para los actos jurídicos en general..." (Doctores Rodolfo Valenzuela, Tomás Casares, Felipe Pérez, Atilio Passagno, Luis Longhi), JA, 1978-I-243. Se puede citar el voto de Belluscio en la sala C de la Cámara Nacional Civil, el destacado magistrado sostuvo "...las nulidades matrimoniales tienen un régimen especial y propio, pero ello no significa que para la explicación de los vicios del consentimiento matrimonial no sea necesario acudir a las reglas del Código Civil sobre tales vicios..." (CIFUENTES y ALTERINI por razones análogas adhirieron al voto que antecede), LA LEY, 90-295.

(17) La sala C de la Cámara Nacional Civil, resolvió que "...las normas que rigen la anulación de los actos jurídicos en general se aplican a los casos de anulación del matrimonio, siempre que las leyes que se refieren a este último no contengan normas singulares contradictorias..." (Doctores Roberto Chuete, Luis Boggero, Luis Gondra), LA LEY, 90-295. Por su parte la Sala G sostuvo que en materia de nulidades matrimoniales las reglas del Código Civil relativas a la nulidad de los actos jurídicos en general resultan plenamente aplicables, en tanto no afecten la particular naturaleza de la institución matrimonial. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 26/02/1986, S. M. de M., M. c. M., G. H., LA LEY, 1987-A, 232.El Máximo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires expresó, en su oportunidad, a través del voto de Antonio Quijano que "...las disposiciones sobre nulidad de los actos jurídicos en general son aplicables a la nulidad matrimonial en tanto no hayan normas especiales que las modifiquen y sean compatible con la naturaleza del acto..." (a este voto se adhirieron Féliz Trigo R. y Rodolfo Napoli, JA, 1962-I-407. Años más tarde ese mismo órgano dijo que el régimen de las nulidades matrimoniales en la ley 2393 (Adla, 1881-1888, 497), es independiente del que rige para las nulidades de los actos jurídicos en general, por lo cual el sistema establecido en el Código Civil para la invalidez de tales actos (en el caso, sus arts. 1038 y 1047), no resulta aplicable, en principio, a la esfera matrimonial, no pudiendo los jueces declarar de oficio la nulidad de un matrimonio, como tampoco puede hacerlo ninguna autoridad administrativa; ella sólo puede declararse por sentencia de juez civil competente dictada en un proceso ordinario incoado por alguna de las personas expresa o taxativamente legitimadas para entablar la acción de nulidad de matrimonio, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 25/08/87, B., N. A. c. Provincia de Buenos Aires - B. 49.896, LA LEY, 1988-A, 155; DJ, 1988-1-930, en esa misma tesitura resolvió más adelante que la existencia de un régimen especial de nulidades matrimoniales, impide que los jueces se pronuncien de oficio al respecto, prohibición que alcanza a cualquier autoridad administrativa y, por consecuencia, hasta tanto un matrimonio, en el caso celebrado en el extranjero y con impedimento de ligamen, no sea privado de eficacia mediante sentencia pronunciada en un proceso específico mantiene su validez y el título de estado respectivo habilita para ejercer los derechos previsionales que de él derivan. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 16/09/1997, J. de B., M. E. c. Caja de Prev. Social para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, LLBA, 1997-1250. La Corte

federal ha sostenido que conforme al sistema de nulidades matrimoniales de la ley argentina, que la Corte Suprema ha reconocido como específico y con reglamentación propia dentro de la ley 2393, la partida de matrimonio es el título del estado matrimonial, que produce sus efectos jurídicos propios erga omnes, mientras no sea privada de eficacia por sentencia que declare la inexistencia del matrimonio que ella comprueba, o anule ese matrimonio y ese título de estado habilita para ejercer todos los derechos que de él derivan sin más obligación que la de exhibirlo, y no resulta descalificable, con base en la doctrina de la arbitrariedad, la interpretación del a quo que conduce a otorgar efectos previsionales para la cónyuge con fundamento en el matrimonio celebrado por el causante en el extranjero, y hasta tanto no sea privado de ellos mediante la sentencia dictada por tribunal competente, a pedido de parte legitimada, que lo anule y declare la mala fe de la peticionaria Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/11/1985, P., D. N., LA LEY, 1986-C, 26.Considerando fundamentalmente la importancia que la institución matrimonial tiene en el orden individual y social, el juez se encuentra obligado a ser cauto en la apreciación de las razones de invalidez, para no provocar con un criterio amplio el deterioro de la estabilidad del vínculo que la ley y los principios de orden público que de ella emanan procuran firmemente preservar..." (Los Doctores Armando Fernández del Casal y Ricardo Burnichon votaron en igual sentido y por razones análogas). ED, 109-425.

(18) JOSSERAND, Louis, Derecho Civil. La familia. Revisado y completado por André BRUN, t. I. Volumen II. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterota, Ediciones Jurídicas Europa - América. Bosch y Cía., Buenos Aires, 1950, p. 67.

(19) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol, t. II, Vol. I. De las Personas (1ª Parte), La Ley, p. 287.

(20) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, León - MAZEAUD, Jean, Lecciones de derecho Civil. Parte Primera. Volumen III. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 205.

(21) JOSSERAND, Louis. Derecho..., ob. cit., p. 66.

(22) Dice PRAYONES que la primera regla en materia de nulidad de matrimonio es la siguiente: no hay nulidad sino en virtud de una disposición expresa de la ley que la consagre. De manera que en lo relativo al matrimonio la prescripción del artículo 18 del Código Civil, que establece que los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención, no tiene aplicación inmediata. Si se realiza un matrimonio violando la sanción legal no se aplica el artículo 18, y solo será nulo o anulable en caso de que encuadre dentro de alguna de las prescripciones de los artículos 84 y 85 de la ley de matrimonio civil. PRAYONES, Eduardo, Nociones de Derecho Civil. Derecho de Familia, Valeri Abeledo, 1ª edición, Buenos Aires, 1949, p. 523.

(23) MAZZINGHI Adolfo, Derecho... ob. cit., p. 191.

(24) Dice BELLUSCIO: La opinión de Vélez Sarsfield no puede ser considerada decisiva, ya que al mantener el matrimonio exclusivamente religioso y limitar la aplicación de las reglas generales a las uniones no católicas y con exclusión de las causales de nulidad, no pudo estar en su mente la aplicabilidad al matrimonio civil obligatorio de las disposiciones que redactó para un régimen diferente. No se trata aquí, como se ha pretendido, de comparar las actitudes jurídicas del codificador con las del senador Manuel Derqui, sino de que no puede fundarse la interpretación de la ley de matrimonio civil en los argumentos de Vélez Sárfield, quien no sólo no intervino en su redacción sino que rechazó la posibilidad de instituir el matrimonio civil obligatorio. BELLUSCIO, Cesar Augusto, Manual de Derecho de Familia, Astrea, 7ª edición. Buenos Aires. 2002, p. 21. En sentido contrario sostiene BORDA que estos fundamentos carecen hoy de sustento. La ley 2393 ha sido derogada y, por lo tanto, los antecedentes de su trámite legislativo, carecen de toda significación. Pero además, el nuevo régimen del matrimonio no es ya independiente del Código, sino que la nueva ley 23.515 (Adla, XLVIII-B, 1535) ha incorporado expresamente sus disposiciones al Código Civil de tal modo que forma un solo cuerpo legal con este. Más aun: lo que la ley 2.393 denomina matrimonios nulos y anulables, hoy se llaman nulidades absolutas y relativas, respectivamente. Se ha uniformado así la denominación de las unidades del Código Civil con las matrimoniales. No puede caber duda entonces de que los principios generales son aplicables a las nulidades matrimoniales, en tanto no exista una norma expresa que disponga lo contrario. Concluimos entonces que los matrimonios contraídos con enfermedad venérea en período de contagio son anulables. BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. 9ª edición, Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 144.

(25) FASSI, Santiago C. "Nulidad de matrimonio", LA LEY, 26-99.

(26) El "favor matrimonii" significa la actitud o predisposición del legislador a conceder un trato especial de protección del matrimonio en orden a la conservación de su esencia y el mantenimiento de sus finalidades. Debe entenderse, pues, que el legislador, al establecer los supuestos de nulidad del matrimonio, su alegación, sus efectos etc., lo hace en consideración especial con la naturaleza de la unión matrimonial y, sobre todo, teniendo en cuenta que la nulidad puede acarrear la disolución de la familia, la colocación de los esposos en calidad de concubinos y la filiación extramatrimonial de los hijos nacidos de la unión. BOSSERT Gustavo A. - ZANNONI Eduardo A., Manual de derecho de familia. Ob. cit., p. 161.

(27) PUIG PEÑA, Federico, Tratado... Ob. cit., p. 540.

(28) LAGOMARSINO, Carlos R., Juicio de nulidad matrimonial, Hamurabi. Buenos Aires, p. 18.

(29) DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, Matrimonio... Ob. cit., p. 154.

(30) SPOTA, Alberto, G. "Nulidad manifiesta del matrimonio celebrado en el extranjero con impedimento de ligamen derivado de un matrimonio celebrado en la República", LA LEY, 85-575.

(31) BORDA, Guillermo. ¿Son aplicables a las nulidades matrimoniales los principios generales del Código Civil? ED, 127-895.

(32) HERNANDEZ, Lidia Beatriz. "Acerca... Ob. cit., p. 821.

(33) SAMBRIZZI, Eduardo A. Derecho y Eugenesia. Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 55.

(34) MAZZINGHI Adolfo. Derecho..., Ob. cit., p. 196.

(35) MOSQUERA, Gerardo Raúl. "El SIDA como... Ob. cit., p. 1257.

(36) LAGOMARSINO, Carlos R. Juicio... Ob. Cit. Pág. 22. Esta es la postura de la que participa el Profesor SAMBRIZZI quien considera que el matrimonio contraído bajo estos términos es nulo justamente por aplicación del artículo 18 del Código civil. SAMBRIZZI. Derecho... Ob. cit., p. 63.

(37) MONTI, Eduardo J. - MINYERSKY, Nelly, El SIDA... Ob. cit., p. 846.

(38) Ejemplifica su postura a través de los siguientes supuestos de hecho: supóngase que una persona sana contrae matrimonio con un enfermo de sífilis. Por amor, guarda silencio, emprende una vida de peligros y abnegación. Quizás contrae ella la misma enfermedad, y luego de una larga convivencia tiene hijos sanos o enfermos; ¿Puede el juez en contra de la voluntad de ambos, declarar la nulidad?; ¿Puede hacerlo por pedido de parientes interesados quizás en excluir al abnegado cónyuge de una futura sucesión? Esta intromisión en un hogar ya formado, con taras o sin ellas, pero de todos modos respetable, es intolerable.Otro caso. Uno de los cónyuges está enfermo en periodo de contagio en el momento de contraer matrimonio. Si se acepta que la nulidad es absoluta, habrá que admitir también que, no obstante haber pasado el período de contagio, la invalidez puede ser pedida por el Ministerio Público o por cualquiera de los cónyuges, aun el enfermo, si este, como es perfectamente posible, ignora su dolencia. Esta solución no consultaría ningún interés social ni particular. Por ello en la posición del autor una vez consumado el matrimonio no obstante las previsiones legales para impedirlo, solo puede pedir la nulidad el cónyuge sano, si se mantuviera el contagio a la época de la iniciación de la demanda. La nulidad es, pues, simplemente relativa. BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. 10ª Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. Pág. 111. Postura compartida, entre otros, por SAMBRIZZI e IRIBARNE. IRIBARNE, Ramón. El matrimonio civil comparado con el Canónico. Buenos Aires. 1965. Pág. 143. SAMBRIZZI. Derecho... Ob. Cit. Pág. 63.

(39) ALONSO, Juan Ignacio - RIZICMAN, Leandro. RIVERA, Julio César (Director). Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Títulos Preliminares Personas, Rubinzal Culzoni, p. 87. En igual sentido la CNCiv., sala D, 9-10-95, LA LEY, 1997-B, 166.

(40) Entiende este Profesor que la aplicación indiscriminada del artículo 18 a los casos de violación del impedimento eugenésico, no se integra armoniosamente con el régimen argentino de nulidades matrimoniales. MAZZINGHI Adolfo. Derecho de familia. Ob. cit., p. 194.

(41) Y asevera el autor no puede tener otro sentido la derogación, fundada y razonada, de la norma del Código Civil que disponía lo contrario. BELLUSCIO, Cesar Augusto. Manual... Ob. cit., p. 21. Y asevera el autor que no puede tener otro sentido la derogación, fundada y razonada, de la norma del Código Civil que disponía lo contrario.

(42) BELLUSCIO, Cesar Augusto. Manual... Ob. cit., p. 298.

La culpa de la víctima en los accidentes de tránsito

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LLPatagonia. 2010 (octubre), 523
Cita Online: AR/DOC/6953/2010
[Consultado el: 30/06/2020]

Casuistica.

1. Consideraciones previas: La culpa de la víctima.

1. 1. La culpa de la víctima ante la colisión de dos cosas riesgosas.

Es responsable en forma exclusiva el actor por los daños derivados del accidente de tránsito en el que estuvo involucrado cuando conducía una camioneta de propiedad de su empleador, en tanto violó elementales normas de la Ley de Tránsito al cruzar una ruta de intensa circulación vehicular sin tener prioridad de paso ni disminuir su velocidad, lo cual le impidió advertir la presencia de otro rodado que, por lo imprevisto de su maniobra, no tuvo otra alternativa que embestirlo.

CCivil, Com. y Minería General Roca - 04/05/2010 - Fierro, Garrido Eduardo y otra c. Ferroni, Miguel Angel y otros - La Ley Online; AR/JUR/26074/2010.

1. 2. Culpa de la víctima y dominio efectivo del vehículo.

Existe culpa exclusiva de la víctima en la producción de un accidente de tránsito si, ésta embistió a un caballo que se encontraba en la ruta por la cual circulaba a pesar de que lo había divisado con suficiente tiempo como para evadirlo desde que, ello permite afirmar que no obró con la prudencia que las circunstancias le exigían, incumpliendo con el deber de conservar en todo momento el dominio efectivo del vehículo.

CCivil Neuquén, sala II, 30/09/2008 - Alberelli, Sergio R. c. Caminos del Comahue S.A. - LLPatagonia 2009 (febrero), 645, con nota de José Pusterla; Pablo A. Gutiérrez Colantuono - AR/JUR/20193/2008

1.3. La culpa de la víctima y prejudicialidad en la apreciación de la conducta.

Siempre que el Juez penal no haya tratado de modo expreso la cuestión atinente a la culpa de la víctima, la norma del artículo 1102 del Código Civil no le veda al juez civil ingresar en el campo de la consideración de la posible concurrencia de la conducta de la víctima en la provocación del daño o su agravamiento —en el caso, un accidente de tránsito en el que la víctima circulaba a exceso de velocidad—, al solo efecto de determinar si la responsabilidad civil será menguada en algún porcentual, encontrando como límite el de la principal responsabilidad en la producción del hecho dañoso y su resultado por aquel que fue declarado como autor en sede penal.

CCivil, Com. y Minería Cipolletti, 02/09/2008 - Vivas, Eduardo Alfredo c. Sede, Gustavo Abraham y otros - LLPatagonia 2008 (diciembre), 609 - AR/JUR/10485/2008.

2. Supuestos de culpa del peatón en un accidente de tránsito.

2.1. El peatón alcoholizado.

Es improcedente responsabilizar al conductor de una motocicleta por el accidente en el cual embistió a un peatón causándole la muerte, pues se acreditó que circulaba por su mano a una velocidad menor que la permitida y con las luces reglamentarias encendidas, mientras que la víctima fatal caminaba alcoholizada sobre la calzada de la ruta, por la mano derecha, dando la espalda al sentido de la circulación de eses carril, vestido con ropas oscuras y sin ningún elemento que revelara su presencia sobre la cinta asfáltica. (Del voto del Dr. Laborde Loza).

CCivil, Com. y Minería Viedma, 30/06/2009 - Llancafil, Ermelinda Amelia c. Muñoz, Ernesto Javier y otra - La Ley Online; - AR/JUR/27143/2009.

Corresponde revocar la sentencia que responsabilizó en forma exclusiva al conductor de un automóvil por la muerte del peatón embestido, siendo procedente condenar a ambas partes en forma concurrente, pues la protección desmesurada del peatón no puede ser llevada al extremo de responsabilizar siempre al automovilista únicamente porque no ha logrado mantener el dominio de su rodado, si éste se encontraba circulando a una velocidad reglamentaria por una ruta oscura, de noche, y la víctima se apareció repentinamente en estado de ebriedad, interponiéndose en la línea de marcha por un lugar no habilitado para el cruce.

CNCiv., sala G, 20/10/2008 - Cárdenas, Marta María c. Negro, Alberto Carlos y otros - LA LEY, 2008-F, 554, con nota de José Pablo Descalzi; LA LEY 2009-A, 147, con nota de Graciela B. Ritto - AR/JUR/9816/2008.

2.2. Cruce a oscuras, sin mirar y por un lugar inhabilitado.

En el marco de una acción de daños y perjuicios incoada por una peatón contra el conductor que lo embistió, corresponde atribuir un sesenta por ciento de la responsabilidad a la víctima, en tanto medió culpa de su parte toda vez que, el hecho de haber realizado el cruce de una ruta a oscuras, sin mirar detenidamente si dicha conducta era posible, y por un lugar no habilitado al cruce de peatones implica la adopción de una conducta negligente grave.

CApel. Comodoro Rivadavia, sala B, 26/10/2007 - B., C. E. c. K., R. M. - La Ley Online - AR/JUR/10135/2007.

2.3. Conducta temeraria.

Existe culpa exclusiva del peatón atropellado por un ómnibus cuando intentaba cruzar una avenida, si con motivo de su conducta temeraria, al no reparar en la circulación de vehículos por una arteria de significativo movimiento vehicular, intentó su cruce sin advertir la presencia del vehículo de gran porte que, pese al esfuerzo de su chofer, no pudo evitar el encontronazo con las lamentables consecuencias ocasionadas en su físico (del voto en disidencia del Dr. Camperi).

CCivil, Com. y Minería Bariloche, 24/10/2007 - Buchaillot, Mauricio c. Carrasco, Luis y/u otro - La Ley Online - AR/JUR/8259/2007.

2.4. Presencia del peatón en la calzada como conducta antirreglamentaria.

Si bien la presencia del peatón en la calzada configura una conducta antirreglamentaria, dicha circunstancia no exime de responsabilidad al conductor del vehículo embistente cuando éste pudo ver a la víctima y adoptar una conducta prudente para no embestirla (del voto de la doctora González).

CApel. Noroeste Chubut, 08/06/2006 - Quejele, Safira c. Aguero, Hugo y otra - LLPatagonia, 2006, 724 - AR/JUR/1839/2006

Contexto doctrinario.

Ubiría, Fernando A., La culpa de la víctima en los daños "por" las cosas. El peatón distraído, LA LEY, 2010-A, 742.

- En este trabajo se pone el acento en los siniestros que reconocen como causa generadora graves impericias de las llamadas "víctimas", en manifiesta despreocupación por las eventuales consecuencias de sus actos, injustificados descuidos de los peatones que olvidan su frágil condición humana.

Ghersi, Carlos A. Automotores vs. Peatones. La nueva distribución de riesgos, LA LEY, 2007-D, 902- Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo III, 1379.

- El autor analiza los pormenores de los accidentes de tránsito, en este sentido se pregunta: hasta que no se inicie una campaña formal y eficiente de educación vial y se obtengan resultados masivamente cuantificables (al estilo de la realizada en Inglaterra) ¿a quién se le va a adjudicar esta falencia del Estado? Pareciera ser que de ninguna manera sólo al peatón, sino que al menos a ambos, aun cuando esto en sí mismo sea injusto, pues frente a este reparto de consecuencias, el conductor, tiene a su favor el uso y/o propiedad del automotor y el enfrentarse al accidente con la máquina, en contrario el peatón sólo cuenta para la circulación y el accidente con su humanidad.

Galdós, Jorge Mario, Otra vez sobre la prioridad de paso (y los peatones) en la Suprema Corte de Buenos Aires, LLBA 2004-1.

- Expone el jurista azulino que la protección del peatón-víctima que sustenta nítidamente la jurisprudencia no debería ser tan enfática en lo que concierne al cruce irregular de la calzada en las zonas urbanas, a fin de desalentar comportamientos antinormativos y que contribuyen en buena medida al desorden en el tránsito de automotores y personas. Correlativamente reafirma su convicción acerca de la conveniencia de propiciar una aplicación rigurosa de la regla de preferencia de paso del automotor que accede desde la derecha, a fin de interpretar la norma de consuno con su sentido exegético y con su alcance finalístico de conferir certeza y previsibilidad a la conducta de los automovilistas que se encuentran en un cruce de calles: la expectativa razonable que quién transita por la izquierda habrá de reducir su velocidad, frenando si es necesario, para facilitar el avance del automovilista de paso preferente.

Jalil, Julián, La energía eléctrica como cosa riesgosa, LA LEY, 2010-B, 627.

- En este trabajo se exponen los aspectos salientes en donde reposa la responsabilidad objetiva y las características en las que se debe sustentar la ruptura del nexo causal, entre ellas: la culpa de la víctima.

Ribera, Carlos E. - de Vedia, Soledad, Accidentes ferroviarios. Doctrina jurisprudencial, RCyS, 2010-IV, 32

- Explica el autor que el dueño o guardián de la cosa riesgosa para liberarse de responsabilidad que en forma objetiva le viene impuesta por la ley, debe demostrar que la causa del hecho dañoso es por la conducta de la víctima y/o de un tercero ajeno por quien no deba responder, o el caso fortuito ajeno al riesgo de la cosa, en ese sentido exterioriza precisiones al respecto.

Biblioteca.

Hechos y Actos Jurídicos en la doctrina de la ley: Aguiar, Henoch D., Ed. Tipográfica Argentina, Buenos Aires - 1951.

Tratado sobre responsabilidad por accidentes de tránsito: Conde, Héctor N. - Suárez, Roberto, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

Accidentes de tránsito: 1° parte: Rodríguez Saiach, Luis A., Ed. Alcotán, Buenos Aires, 1994.

Cálculo, Accidentes de tránsito; Reclamos, Calificación, Cuantificación del daño: Marconi, Horacio, Ed. Gowa, Buenos Aires, 2005.

Daños y perjuicios. Manuales de Jurisprudencia. Parte General y Parte Especial: Prevot, Juan Manuel, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2008.

Curso de derecho de las obligaciones: López Mesa, Marcelo - Ed. Depalma, Buenos Aires, 2002.

Responsabilidad civil por accidentes de automotores: Compagnucci de Caso, Rubén H. - Trigo Represas, Félix A., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

Reparación de daños por accidentes de tránsito: Sentis, María, Ed. Juris, 1995.

Responsabilidad civil: Kemelmajer de Carlucci, Aída - Mosset Iturraspe, Jorge, Ed. Hammurabi - Buenos Aires, 1997.

La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y perspectivas: Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

Teoría general de la responsabilidad civil: López Herrera, Edgardo, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

Instituciones de derecho civil: Brebbia, Roberto H., Ed. Juris 1997.

Culpa aquiliana (cuasidelitos): Colombo, Leonardo A., Ed. LA LEY, Buenos Aires, 1944.

Culpa y dolo en el derecho civil y comercial: Vázquez Ferreyra, Roberto A. - Fiscella, María, Ed. Juris, 1999.

Derecho de las Obligaciones: Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., Ed. Platense, La Plata, 1994.

Responsabilidad por riesgo: Zavala de González, Matilde, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997.

Accidentes de tránsito: Saux, Edgardo I., Ed. Jurídica Panamericana, Santa Fe, 2007.

Responsabilidad civil: Kemelmajer de Carlucci, Aída, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.

Derecho de Obligaciones. Civiles y Comerciales: Alterini, Atilio Aníbal - Ameal, Oscar José - López Cabana, Roberto M., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

Tratado de Derecho Civil, Obligaciones: Borda, Guillermo, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2008.

Modernos conceptos de responsabilidad civil: Ghersi, Carlos, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1995.

Principios jurisprudenciales del aumento o disminución de la cuota alimentaria.

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2010 (noviembre), 3
Cita Online: AR/DOC/6862/2010
[Consultado el: 30/06/2020]

Sumario.

1. A Modo de introducción. 2. El convenio de alimentos: su carácter provisorio. 3. Correlato y adecuación de la situación del alimentante y del alimentado: la cuota fijada en primera instancia. 4. El aumento del caudal económico del alimentante y su correspondencia con el porcentaje fijado. 5. Las circunstancias devinientes y su relación con el monto de la cuota. 6. La prueba de los extremos de hecho como recaudo indispensable para la modificación de la cuota alimentaria. 7. La acreditación de los presupuestos de hechos que tornen viable el aumento o la disminución de la cuota alimentaria. 8. Colofón.

"La obligación alimentaria tiene en miras el status de vida y el sustento de las necesidades del alimentado, por ello la apreciación que realicen los magistrados sobre su cuantía, siempre que se adecue a la prueba aportada y denote una percepción prudente y objetiva de las circunstancias en las que se encuentra el alimentado, no debe ser materia de nueva revisión jurisdiccional."

"...Así como la verdad se produce por la medida, la medida se produce por la verdad..." (San Agustín)

1. A Modo de introducción.

El presente trabajo intenta delimitar los aspectos salientes que ha tenido en cuenta la jurisprudencia para determinar la procedencia del aumento o la disminución de una cuota alimentaria ya pactada o impuesta por el judicante.

Existe un aspecto en común alrededor del cual se circunscribe al tema consistente en la prueba de las circunstancias fácticas que ameritan la modificación de la situación jurídica, éstas constituyen el alma de la cuestión y en ellas reposa la viabilidad de la pretensión del alimentante o en su caso del alimentado.

Como se verá a continuación, la jurisprudencia es vacilante en algunas consideraciones al respecto, pero podemos decir que en la mayoría de los casos existen dogmas comunes que no ameritan discusión, la finalidad —quizás un poca ambiciosa— de esta presentación consiste en denotar los apotegmas axiológicos en los que reposa la procedencia o improcedencia del aumento o la disminución de la cuota alimentaria en la jurisprudencia de nuestro país.

2. El convenio de alimentos: su carácter provisorio.

El convenio de alimentos y las prestaciones que emanan del mismo revisten un carácter de estricto contenido provisional o precario, como apunta MAZZINGHI *"...la extensión de dicha prestación depende de las circunstancias personales del marido..."* (1) no obstante lo expuesto, la realidad fáctica financiera alegada debe ser estimada o apreciada en torno a la documental aportada por quién entiende que la misma ha sufrido una

alteración o transformación disvaliosa que amerite una mutación de lo previsto en el respectivo acuerdo, porque como bien ha reseñado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil *"...si bien los convenios de alimentos poseen una naturaleza esencialmente provisional, para modificar la cuota pactada es necesario que se aporten elementos que demuestren que han variado los presupuestos de hecho que se tuvieron en cuenta para establecerla..."* (2)

La obligación alimentaria que emerge de un convenio, deviene de un gen consensual que reposa en la yuxtaposición de voluntades de las partes, ello vigoriza su firmeza y estabilidad, porque el deber jurídico impuesto deriva del acto volitivo de quien lo asume y porque genera la presunción de su debido cumplimiento, así explica SOLARI que *"...cuando el monto de la cuota alimentaria ha sido fijada por las partes, de común acuerdo, la pretensión posterior de modificación unilateral de la misma ha de interpretarse en forma más rigurosa, en virtud de que si el alimentante voluntariamente ha aceptado un monto determinado es porque está en condiciones de hacer frente a la misma..."* (3)

De esta manera, y siendo la libertad el estigma en donde reposa la causa eficiente de la prestación, debe existir una prueba cabal y contundente que amerite la solicitud de disminución porque admitir el razonamiento contrario sería re*peler los aspectos dogmáticos en los que se sustenta la teoría de los actos propios, así enseña ARAZI que "...convenida libremente por las partes la cuota alimentaria, para que proceda la reducción es necesario acreditar fehacientemente una sensible disminución de los ingresos del obligado, en relación al tiempo de la convención anterior..."*, (4) este es el criterio que ha seguido la jurisprudencia en forma sistemática, así se ha dicho que *"...a los fines de que proceda la reducción de la cuota alimentaria que fuera convenida libremente por las partes resulta necesario que el alimentante acredite fehacientemente la disminución de sus ingresos, la merma en las necesidades del alimentado o la equivalencia de los ingresos de ambos..."* (5)

3. Correlato y adecuación de la situación del alimentante y del alimentado: la cuota fijada en primera instancia.

La obligación alimentaria tiene en miras el *status* de vida y el sustento de las necesidades del alimentado, por ello la apreciación que realicen los magistrados sobre su cuantía, siempre que se adecue a la prueba aportada y denote una percepción prudente y objetiva de las circunstancias en las que se encuentra el alimentado, no debe ser materia de nueva revisión jurisdiccional. En este sentido se ha advertido que *"... la índole peculiar de la obligación alimentaria originada en la satisfacción de necesidades vitales, le comunica al instituto una fisonomía propia de la que se desprende el carácter de orden público que reviste, regulación que abarca en general al derecho de familia. Por ello, se estará a la cuota alimentaria fijada por la jueza de grado, dado que responde a una apreciación prudente y objetiva de la situación por la que transitan los alimentados, de modo que los agravios formulados no han de prosperar confirmándose.."* (6)

Desde esta perspectiva, si el juez ha realizado una consideración acertada y precisa de las constancias del expediente, y sobre la cual estableció el porcentual discutido nada debe ser analizado por la instancia superior. Admitir el criterio contrario, permitiría cuestionar cualquier adjudicación alimentaria por el solo fundamento de no ser asequible a los intereses individuales del alimentado.

4. El aumento del caudal económico del alimentante y su correspondencia con el porcentaje fijado.

El aumento de los ingresos del alimentante meritúa el acrecimiento de la cuota alimentaria porque la misma se encuentra en correcta relación con el caudal económico del alimentante y las necesidades del alimentado. Como ha sostenido la jurisprudencia *"... frente a una superlativa mejora en los ingresos del alimentante, resulta saludable que la cuota alimentaria se incremente en una proporción que permita mejorar la situación de los menores alimentados más allá de lo estrictamente necesario, como forma de participar de la holgura que permite la coyuntura económica que vive el padre..."* es decir, se debe producir un incremento de la misma que se adecue a las percepciones dinerarias del alimentante en sus diferentes empleos, adquiriendo dicho porcentual una genuina correlación entre la capacidad económica del alimentante y el aporte alimentario.

Para determinar la proporción de incremento el juez debe sustentarse en la prueba aportada por las partes, siendo discrecional de éste, admitir los argumentos de una o rechazarlos, obviamente con una crítica argumental valedera y razonada. No varía tal situación el hecho de que una de las partes cuente con dictamen favorable de la Asesoría de Familia, ya que el mismo no es vinculante para el Juez, sino que constituye una pauta orientadora.

5. Las circunstancias devinientes y su relación con el monto de la cuota.

5.1. El nacimiento de un nuevo hijo.

Si existe un convenio de alimentos, en principio, la nueva familia del alimentante *"...no puede justificar la disminución de la cuota alimentaria que se comprometió por convenio a aportar a su anterior descendencia, pues tal circunstancia no puede alterar ni perjudicar las obligaciones legales que a ésta le asisten..."*, (7) porque se debe tener presente que ello forma parte del marco de previsibilidad en el que debió apoyarse el alimentante al momento de suscribir el convenio.

No obstante ello pueden existir circunstancias que lo permitan pero las mismas deben ser apreciadas con cierta rigidez.

En el caso de que los alimentos sean fijados por el juez la cuestión debe apreciarse con menor rigurosidad, porque no caben dudas que la existencia de un nuevo hijo modifica los cimientos en las que se postuló la base alimentaria y esa situación no puede ser desconocida como tal, en ese sentido ha dicho la Cámara Nacional que *"... la existencia de otro hijo a cargo del alimentante, es un elemento de juicio a tomar en cuenta para determinar el monto de la cuota alimentaria..."* (8) así, si la condiciones económicas se han modificado y la situación patrimonial ha disminuido de tal manera que el afrontamiento de esa cuota se torna imposible, será necesario el amoldamiento de ésta a las circunstancias fácticas, porque *"...la cuota alimentaria no puede apartarse de la realidad económica del alimentante..."* (9)

5.2. La mayor edad del menor.

Resulta un hecho notorio, que no requiere de evidencias que lo acrediten, la circunstancia de que el aumento de edad del menor genera un mayor gasto de vida, así la Sala C de la Cámara Nacional Civil sostuvo que *"...la mayor edad del menor hace presumir aun en ausencia de prueba aumento de gastos referidos a la alimentación, el vestido y las erogaciones tendientes a satisfacer su vida de relación..."*, (10) a nuestro modo de ver, esto es más que una presunción, *es una certeza*, lo cierto es que el interesado deberá probar,— y ello no es evidente,— el *quantum* del aumento de las erogaciones, así la Sala K de la Cámara Nacional ha señalado que *"...corresponde tener en cuenta en un proceso por reducción de cuota alimentaria que la mayor edad de los alimentados ocasiona un incremento de los gastos debido a sus necesidades sin que se deba producir prueba concreta al respecto..."* (11)

6. La prueba de los extremos de hecho como recaudo indispensable para la modificación de la cuota alimentaria.

Los eventos que se apuntan para la disminución o el aumento de la cuota alimentaria deben ser debidamente probados a la luz de las constancias aportadas al expediente, entonces, es menester probar que se ha producido un hecho determinante que ha variado considerablemente la situación patrimonial que motivó la causa eficiente obligacional, así se ha sostenido que *"...el aumento, disminución y cesación de la cuota alimentaria requiere una modificación en los presupuestos de hecho sobre cuya base se estableció la pensión y su monto, quedando a cargo de quien la pretende la prueba fehaciente de aquellos extremos..."* (12)

En este orden de ideas, no basta a tal fin la mención de actos tales como el cierre de un establecimiento comercial, la pérdida de clientela, el cambio de rubro, el cambio del lugar de trabajo (etc), porque ello no denota certeramente dichas circunstancias, es decir, como ha sostenido la jurisprudencia nacional *"...no resulta procedente la reducción de la cuota alimentaria si el recurrente no demostró las concretas circunstancias desfavorables que comportaron una apreciable reducción de sus ingresos o en su actividad económica..."* (13)

Entonces, es necesario constatar *la modificación real del estado patrimonial* como así mismo los sucesos, eventos o acontecimientos patrimoniales que llevaron por ejemplo al cierre del giro comercial indicado, máxime cuando la situación dominial del alimentante permita disponer o dirigir el destino de los establecimientos mercantiles, en este sentido se ha dicho que *"...es inadmisible la pretensión de que se reduzca la cuota alimentaria convenida a favor de los hijos menores del alimentante con fundamento en la disminución de sus ingresos, pues el alimentante no acreditó una alteración sustancial de las circunstancias de carácter patrimonial que fueron tenidas en miras al tiempo de la celebración del acuerdo originario..."*

El hecho de que exista una imposibilidad material de demostrar el ingreso exacto del recurrente tampoco modifica la posición que venimos pregonando, de esta manera se ha sostenido que *"...la imposibilidad de justificar fehacientemente los ingresos del obligado al pago de alimentos no obsta la determinación de la cuota alimentaria, desde que a tal fin se admite uniformemente el empleo de la prueba de presunciones, la que debe ser apreciada con criterio amplio, favorable a la prestación que se persigue..."*, (14) y menos aun cuando la obligación alimentaría tiene una fuente convencional porque recae una presunción de inalterabilidad de la situación patrimonial.

La libre voluntad al momento de gestación del acuerdo homologado y su consecuente obligación prestacional genera una presunción entorno a la convicción que llevó al alimentante a suscribirla, por ello, los elementos que permitan inferir una modificación de lo pactado en el convenio deben ser *convincentes, categóricos y precisos*, es decir, que den cabal cuenta de un estado patrimonial desfavorable.

7. La acreditación de los presupuestos de hechos que tornen viable el aumento o la disminución de la cuota alimentaria.

7.1. El cierre de un establecimiento comercial.

Como dijimos, no basta la acreditación en torno a la extracción del activo personal de uno o más negocios comerciales, es imperioso describir y probar la variación de la circunstancias fácticas, en este orden de ideas explica Bossert que *"...solo procederá el pedido de modificación, aumento o reducción o cese de la cuota fijada en sentencia o convenio, si ha habido, posteriormente, una variación de los presupuestos de hecho que se tuvieron en cuenta para establecerla..."*, (15) en igual sentido se dijo que para que proceda la disminución de la cuota alimentaria *"...debe probarse que se ha modificado la situación de hecho que se tuvo en cuenta a la época de dictarse sentencia o cuando se suscribió el convenio de alimentos..."*, (16) además es necesaria la correcta relación de los elementos objetivos aportados al expediente con las circunstancias que se intentan probar, es decir, constituye carga del alimentante acreditar la variación patrimonial que ha sufrido independientemente del hecho objetivo del cierre de los establecimientos mercantiles, de esta manera, la jurisprudencia ha manifestado que *"...es improcedente el pedido de reducción de la cuota alimentaria fijada por sentencia, si no fue acreditado por el alimentante —como era su carga— la variación patrimonial como consecuencia de haber cesado la actividad que desarrollaba..."*, (17) entonces como advierte Solari, *"....debe exigirse una prueba contundente en tal sentido, pues en caso de duda tendrá que prevalecer el monto que se viene devengando...."* (18)

7.2. La disminución en los haberes.

Para poder sostener la disminución o el no aumento la cuota alimentaria por disminución de los haberes es menester que ello sea especialmente acreditado, así la Corte de Mendoza dijo que *"...es procedente el incidente de*

aumento de cuota alimentaria, toda vez que el demandado no ha invocado la imposibilidad material de hacer frente al aumento acordado ya que no se encuentra acreditada una disminución en sus ingresos..." (19)

La existencia de un ingreso no significativo en el haber conforme la actividad laboral desarrollada, tampoco puede ser considerado una prueba cabal de la disminución patrimonial porque ella debe ser analizada en su contexto global y de conformidad con la las potencialidades fácticas del alimentante, como explican Ventura y Stilerman *"...el concepto de posibilidad comprende no sólo los ingresos del obligado, sino también su aptitud potencial para lograrlos y su situación patrimonial..."*, (20) y aun cuando exista una disminución real de los ingresos, ello tampoco se constituye *per se* una causa determinante que amerite la reducción de la cuota alimentaria, porque la alteración de esa situación jurídica solo podrá sustentarse acreditando la imposibilidad de mantener la prestación establecida, así sostiene Bedrossian que *"...pueden existir casos en que los ingresos del alimentante sufran una disminución pero que de todas maneras esto no implique la imposibilidad de afrontar el pago de la cuota fijada por acuerdo o por sentencia, por lo tanto cuando se presentan esta clase de situaciones, antes de reducir la cuota se debe acudir al límite de la posibilidad y si éste es trasvasado, recién allí conceder el pedido. El corolario de lo recientemente apuntado es que el obligado deberá acreditar en juicio la disminución de sus ingresos pero también la derivación en imposibilidad fáctica de mantener la prestación establecida..."* (21)

8. Colofón.

A modo de conclusión, consideramos atinadas las siguientes reflexiones en torno a los principios que rodean la modificación de la cuota alimentaria:

1. La o*bligación alimentaria que emerge de un convenio*, deviene de un gen consensual que reposa en la yuxtaposición de voluntades de las partes, ello vigoriza su firmeza y estabilidad, porque el deber jurídico impuesto deriva del acto volitivo de quien lo asume, entonces su modificación debe ser analizada con criterio restrictivo.

2. La *cuantía establecida por el juez de primera instancia* goza de permanencia, siempre que se correlacione con la realidad familiar circundante, la cuál se exterioriza a través de las constancias aportadas al expediente. Para su modificación es menester demostrar una variación de las circunstancias en las que se fundamentó su implementación.

3. El *aumento de los ingresos del alimentante* genera el acrecimiento del monto de la cuota alimentaria, la prueba de éste constituye un requisito ineludible para su viabilidad. Existiendo en nuestro país una gran cantidad de empleo en negro, rige en este sentido un criterio amplio probatorio.

4. La existencia de *un nuevo hijo o de una nueva familia*, en principio no es causa suficiente para que proceda la disminución de la cuota alimentaria, porque en un mundo adulto y maduro nadie puede alegar que desconocía las consecuencias de sus actos, por lo tanto ellos no pueden servir de excusa para morigerar una situación jurídica preexistente máxime cuando lo que está en juego es ni más ni menos que un derecho alimentario que requiere de una máxima diligencia. (Art. 902 del Cód. Civ.).

5. La *mayor edad del menor* y el consecuente incremento de los gastos de éste constituyen un hecho que no requiere demostración, solo debe acreditarse la cuantía que representa esas nuevas erogaciones.

6. En cuanto a la *modificación de la cuota pactada en un convenio de alimentos*: es menester acreditar que se ha producido un hecho determinante que ha variado considerablemente la situación patrimonial que motivó la causa eficiente obligacional, en definitiva hay que acreditar la modificación real del estado patrimonial del alimentante.

7. Circunstancias tales como *el cierre de un establecimiento comercial, o la disminución de haberes* no son por sí mismos determinantes para admitir la disminución de la cuota alimentaria, se deben acreditar las circunstancias

que llevaron a tal situación para no incurrir en el error de dar por cierto situaciones que no se condicen con la realidad, en definitiva el Juez debe descubrir el velo para poder percibir posibles situaciones fictas o ilusorias.

Bibliografía

(1) MAZZINGHI, Jorge Adolfo. "Derecho de Familia", t. 2, Abaco, 1999, Buenos Aires, pp. 121/2.

(2) CNCiv., sala E, 15/12/2004, E., A. c. W., S. V., La Ley Online; AR/JUR/7929/2004.

(3) SOLARI, Néstor E., "Reducción de la cuota alimentaria a los hijos menores de edad", LA LEY, 2010-B, 174.

(4) ARAZI, Roland, "El juicio de alimentos en la ley y la jurisprudencia", LA LEY, 1991-A, 681.

(5) Es el criterio prístino seguido por la jurisprudencia nacional hasta la actualidad casi de manara conteste. CNCiv., sala K, 12/04/2002, en autos: Z., D. E. c. R., M. A. Publicado en: DJ, 2002-2-696 - LA LEY, 2002-D, 659, AR/JUR/4353/2002, en igual sentido: Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, sala B, 21/05/2004, S., O. C. c. P., D. L., LLPatagonia, 2005 (abril), 905, AR/JUR/5210/2004).

(6) CATrelw, sala B. Reg. SIC 011. "R. E. N. c. R. S. C. s /incidente de aumento de cuota alimentaria.

(7) CNCiv., sala D, 15/01/2008, R., H. R. c. P., L. M., LA LEY, 2008-B, 53, AR/JUR/1315/2008.

(8) CNCiv., sala C, 22/05/2008, D. F., S. B. c. L., L. D., La Ley Online; AR/JUR/3268/2008). Con igual criterio ver C. N. A. C, sala F, "S. J., V. G. c. P., F. E", 13/10/2005, LA LEY, 2006-F, 815. Aunque el mero argumento de la existencia de un nuevo hijo no amerita la modificación de la cuota alimentaria, así se dijo que "... la existencia de menores trae aparejada una mayor dosis de sacrificio y de renunciamiento por parte de quienes tiene el deber legal y moral de mantener su subsistencia, por tanto, la insuficiencia de recursos o el aumento de los gastos provocado por el nacimiento de un hijo habido de un nuevo matrimonio son argumentos insuficientes para que prospere la pretensión de disminución de la cuota alimentaria..." CNCiv., sala B, 16/02/1996, Y., C. A. c. R., V., AR/JUR/711/1996.

(9) CNCiv., sala E, 16/09/2009, S., J. E. c. C., M. S., LA LEY, 2010-A, 308, AR/JUR/37774/2009.

(10) CNCiv., sala K, 12/04/2002, Z., D. E. c. R., M. A., DJ 2002-2, 696 - LA LEY 2002-D, 659, AR/JUR/4353/2002.

(11) CNCiv., sala K, 30/05/2000, V., D. A. c. D. S., M. T., LA LEY, 2000-D, 603 - DJ, 2000-3-53, AR/JUR/3895/2000

(12) CNCiv., sala G, 03/12/1985, P., E. F. c. C. de P., A. M., LA LEY, 1986-B, 68 - DJ, 1986-2-556.

(13) CNCiv., sala G, 18/03/2009, C., C. A. c. B., A., DJ 23/09/2009, 2702.

(14) CNCiv., sala F, 28/02/2006, G., G. del R. y otros c. A., V. H., La Ley Online; AR/JUR/1337/2006.

(15) BOSSERT, Gustavo A. "Régimen jurídico del juicio de alimentos", 2 ed. Astrea, p. 620. La CNCiv. dijo que la disminución de la cuota alimentaria a que el alimentante se comprometió importa un compromiso probatorio mayor que lo común, ya que deben acreditarse debidamente los cambios en su situación patrimonial que hagan viable el objetivo perseguido, llevando al juzgador la convicción acerca de la veracidad de la situación precaria alegada. CNCiv., sala K, 30/05/2000, V., D. A. c. D. S., M. T., LA LEY, 2000-D, 603 - DJ, 2000-3-53, AR/JUR/3895/2000.

(16) CNCiv., sala I, 13/10/2005, K., S. A. c. C., G. F., DJ, 2006-1-452), éste es el criterio seguido por la magistratura argentina de manera conteste (Ver Fallos: CNCiv, sala A, 31/7/86, R. 22.006; íd., sala C, 19/11/81, LA LEY, 1982-C, 246, íd., 22/9/87, ED, 128-344; íd., sala E, 25/4/90, ED, 140-417; íd., sala F, 29/3/88, R. 33.748; íd., sala G, 23/8/82, R. 281.084; íd., íd., 3/9/85, rep ED, 20-A-215, n° 372; íd., íd., 4/11/87, R. 32.952.

(17) CNCiv., sala A, 19/12/2002, R., H. R. c. P., L. M., LA LEY, 2003-B, 53, AR/JUR/1315/2002.

(18) SOLARI, Néstor E., "Reducción de la cuota alimentaria a los hijos menores de edad". LA LEY, 2010-B, 176.

(19) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 02/05/2007, Escudero, Raúl A., DJ, 2007-3-869, AR/JUR/2110/2007.

(20) VENTURA, Adrián R. y STILERMAN, Marta, "Alimentos", El Foro, Buenos Aires, 1989, p. 146.

(21) BEDOROSSIAN, Gabriel, "Algunas consideraciones acerca de la procedencia del incidente de reducción de la cuota alimentaria cuando los beneficiarios son menores", LLC, 1999-337

El riesgo de la cosa y la funcionalidad del art. 1113 2da. Parte del Código Civil

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LLPatagonia. 2010 (diciembre), 639
Cita Online: AR/DOC/7927/2010
[Consultado el: 30/06/2020]

Sumario.

I. Sinopsis.- II. Casuística.- II.1. Relación causal entre el riesgo y el daño.- II.2. La necesidad de acreditar un supuesto de exclusión legal para la liberación de la responsabilidad objetiva.- II. 3. Interrupción de la relación causal por culpa de la víctima. II.4. La necesidad de acreditar el riesgo de la cosa. II.5. Innecesidad de probar la culpa de la demandada. II.6. Carga de la prueba.- III. Contexto doctrinario. 4. Biblioteca.

I. Sinopsis.

Resulta trascendente trazar los aspectos especiales en donde se sustenta la responsabilidad deviniente del riesgo de la cosa. El art. 1113 pese a los 42 años de vigencia que el mismo detenta en su redacción actual se encuentra en plena construcción jurisprudencial y doctrinaria. En este sentido, día a día se incorporan ajustes a los alcances del precepto, como asimismo se delimita su campo de acción, ello a través de la consecuente labor jurisprudencial y doctrinaria.

Si bien el art. 1113 se sustenta en la existencia de una cosa riesgosa, no todo el precepto hace referencia a una responsabilidad objetiva. Si el daño es causado con la cosa existirá una culpa presumida pero el factor de atribución será subjetivo (1), por el contrario si el daño es producido por la cosa el factor de atribución será objetivo (2).

Con relación a este último caso, el análisis de este dispositivo se encuentra adherido a conceptos tales como hecho ilícito, responsabilidad objetiva, relación causal, cosa, riesgo, culpa, daño. Es decir, la operatividad de la norma requiere la existencia preliminar de los presupuestos necesarios para la procedencia de la responsabilidad civil. En este sentido, el factor de atribución aplicable es objetivo y la interrupción de la relación causal se logra mediante la prueba de la culpa de la víctima, de un tercero por quien no deba responder, el caso fortuito o la fuerza mayor.

II. Casuística.

II.1. Relación causal entre el riesgo y el daño.

Corresponde hacer lugar a la acción fundada en el derecho común incoada por el trabajador que se encontraba realizando el mantenimiento de máquinas —en el caso, peladoras de manzanas— del empleador, pues existe un grado de incidencia causal entre el esfuerzo continuo provocado por el riesgo de la cosa durante la prestación de sus tareas y el intenso dolor que sufre en la columna lumbar, siendo el principal —en virtud del artículo 1113, Código Civil— responsable objetivamente de las dolencias incapacitantes acreditadas.

(CCiv., Com. y Minería Cipolletti, 17/10/2007, San Martín, Jorge Luis c. Gregorio Numo y Noel Werthein S.A., La Ley Online AR/JUR/8262/2007).

II.2. La necesidad de acreditar un supuesto de exclusión legal para la liberación de la responsabilidad objetiva.

Resulta procedente condenar al demandado a pagar los daños y perjuicios derivados de la muerte del concubino y padre de los actores que se hallaba realizando el cambio de la rueda del rodado de aquél, momento en el que se desprendió el aro deteriorado de la cubierta, salió disparado e impactó en su cabeza, toda vez que el primero atento a su doble condición de propietario y guardián de la cosa riesgosa, no ha logrado acreditar alguna de las eximentes consagradas en el artículo 1113 del Código Civil, a fin de excluir la responsabilidad objetiva por el daño que cause la cosa viciosa o peligrosa.

(CCiv., Com. y Minería General Roca, 01/10/2007, Carranza, Marisol y otra c. Rodríguez, Alejandro y otro, LLPatagonia 2008 (febrero), 97, AR/JUR/8254/2007).

Encontrándonos frente a un hecho ilícito, cuasidelito, donde la fuente de la responsabilidad deviene del "hecho de las cosas inanimadas", contemplada expresamente en el artículo 1113, segunda parte, Cód. Civil (Adla, XXVIII- B, 1799), la exoneración de responsabilidad únicamente es factible probando la culpa de la propia víctima o de un tercero por quien no debió responder el dueño o guardián.

(CCiv., Com., Laboral y Minería Santa Rosa, 22/04/1980, Luna de Piris, Alicia y otros c. Brademan y Cía. y otros, AR/JUR/7498/1980).

Corresponde responsabilizar al empleador en los términos del art. 1113 del Código Civil en su calidad de dueño o guardián de la escalera causante del accidente sufrido por el trabajador —en el caso, se cayó cuando intentaba efectuar una medición—, pues se trata de una cosa riesgosa no sólo por su altura sino también por el uso que se hace de ella y no se ha probado la existencia de culpa del trabajador en la producción del infortunio.

(ST Río Negro, 28/11/2007, M., E. G. c. Edersa S.A., LLPatagonia 2009 (abril), 745, con nota de María Belén Delucchi; Richar F. Gallego; AR/JUR/13439/2007).

II.3. Interrupción de la relación causal por culpa de la víctima.

Es improcedente la acción de daños y perjuicios interpuesta contra una cooperativa de energía eléctrica por los daños que sufrió un menor al recibir una descarga eléctrica cuando entró en contacto con un transformador pues el fluido eléctrico existente en el transformador fue condición pero no causa del perjuicio y fue la víctima quien puso la causa adecuada del resultado dañoso utilizando una escalera para hurgar en las inmediaciones de un transformador, valiéndose de una escoba de cabo metálico, a través del cual recibió la descarga (del voto del doctor Velázquez).

(CApel. Chubut, 23/03/2006, Cañete, Delfín c. Cooperativa Eléctrica Consumo y Vivienda Ltda. de Trelew, LLPatagonia 2006, 600, AR/JUR/631/2006).

II.4. La necesidad de acreditar el riesgo de la cosa.

Corresponde a quien pretende ser resarcido con sustento en el art. 1113 parte 2ª del Código Civil acreditar el riesgo de la cosa —en el caso, pelota de softbol que impactó en la cara de menor—, o que la misma adolece de vicio, o que de algún modo tuvo una conducta anormal que resultó determinante del daño.

CCiv. Neuquén, sala II, 27/09/2005, A., F. c. Asociación Coop. Cef 1 y otro, LLPatagonia 2006, 96, AR/JUR/5257/2005).

II.5. Innecesidad de probar la culpa de la demandada.

Debe atribuirse responsabilidad por daño ambiental a la empresa petrolera por un derrame de petróleo en un curso de agua y la consiguiente degradación del agua de riego y las tierras atendidas por ella, en su calidad de dueño o guardián de una cosa riesgosa de la que se sirve con fines lucrativos -actividad de extracción, transporte y explotación de petróleo-, sin que sea necesario probar la culpa de aquélla, por aplicación del art. 1113, párr. 2°, parte 2ª del Cód. Civil y sin que resulte aplicable la ley de residuos peligrosos 24.051 (Adla, LII-A, 52), en tanto el petróleo no puede ser calificado como residuo sino como producto.

(CCiv., Com. y Minería General Roca, 16/09/2003, Sánchez Carrillo, Jorge c. Y.P.F. S.A., LLPatagonia 2004 (febrero), 14, con nota de Néstor A. Cafferatta; AR/JUR/2280/2003).

II.6. Carga de la prueba.

Es evidente que frente al daño provocado por un automotor a un peatón, haciendo aplicación de la norma del art. 1113, del Cód. Civil (Adla, XXVIII-B, 1799), será el dueño o propietario quien deberá probar la culpa grave y exclusiva de la víctima, toda vez que su responsabilidad es ajena a la noción de culpa ; culpa ésta que debe convertir al hecho dañoso prácticamente en inevitable y al margen de su propio riesgo o peligro potencial.

(ST Chubut, 27/04/1983, Yáñez, Juan J. y otra c. Compañía Gaseosa del Sur, S. R. L., AR/JUR/2371/1983.

III. Contexto doctrinario.

CASTRILLO, Carlos V. Un fallo justo con fundamento jurídico objetable, LLPatagonia 2005 (octubre), 1245.

Es una realidad insoslayable, dice el comentarista, que si se aplica el art. 1113 del CC sin límite alguno, no existe medida de seguridad que pueda evitarle al empleador ser responsable por hechos dañosos en situaciones de riesgo aún cuando sean imprevisibles o inevitables. Y si no existe resguardo contra tal norma, ¿para qué gastar dinero en medidas de seguridad? Todo será definitivamente una cuestión actuarial, en que la vida humana dependerá del costo final de la prevención de su daño vs. el costo de pagar por su indemnización.

CAFFERATTA, Néstor A., Jurisprudencia en materia de hidrocarburos derramados, LLPatagonia 2004 (febrero), 13

Expone Cafferatta que la doctrina jurisprudencial se va formando a través de los fallos de los tribunales. La legislación ambiental a su vez, ciñe la resolución del caso. Está claro, sin embargo que, la mayor parte de los casos por daño ambiental son atrapados por el art. 1113 parte 2°, párr. 2° (doctrina del riesgo creado). No escapa este hecho, a las pautas objetivas, impuestas por nuestro Código Civil. La discusión si resulta alcanzado o no además por la ley 24.051 (o por la normativa de la ley 25.612), se torna estéril, si consideramos que el resultado no va a variar por ello. Si no se prueba la interrupción del nexo de causalidad (por culpa de la víctima o de un tercero por quién no se debe responder), la condena es justa.

RODRÍGUEZ SALTO, Pablo Daniel, Apuntes sobre la eximente "hecho de la víctima" y "previsibilidad" en materia de tránsito, LLPatagonia 2009 (diciembre), 1183

Entiende el autor que esta distribución de la carga probatoria, que viene dada por la ley sustantiva (art. 1113 Código Civil), no depende de manera alguna de que exista o no exista reconvención. Cuando el demandado a su vez reconviene, la presunción de causalidad del art. 1113 del Código Civil opera tanto respecto de él como del actor. Pero solamente implica una presunción de que cada dueño o guardián es responsable de los daños sufridos por el otro vehículo. En cambio, de ningún modo implica una presunción sobre la configuración del hecho de la víctima como eximente de responsabilidad. Las eximentes no se presumen nunca y su demostración debe ser cabal, haya o no haya reconvención.

BERTERO, Sergio M., Responsabilidad del Estado por el desempeño de las fuerzas de seguridad, LLPatagonia 2006, 540.

A través de este trabajo se pone de relieve que el Estado debe asegurar el máximo celo y prudencia en el ejercicio de su función, que reviste carácter riesgoso ante la portación de armas por parte de los efectivos de seguridad, para su utilización en caso de ser necesario. Ello habilita la procedencia de la responsabilidad por riesgo contenida en el artículo 1113 del Código Civil.

ALVAREZ, Carlos Emiliano, Análisis e interpretación del art. 1113 C.C. y su aplicación a los incendios en los campos de la Provincia de La Pampa, LLPatagonia 2006 (febrero), 7.

Refiriéndose al art. 1113 expone el autor que la doctrina mayoritaria distingue la convivencia en el artículo de dos realidades totalmente diferentes. Por un lado se encontrarían los daños causados "con" la cosa y que tiene sustento en la interpretación del 2° párr. primera parte y por otro lado los daños causado "por el riesgo o vicio de la cosa", basado en el 2° párr. in fine.

Asimismo menciona que la jurisprudencia también ha realizado la diferenciación y dijo que "Cuando el daño es causado por el hecho activo de una cosa que normalmente no ofrece peligro, sea por su propia naturaleza o por el uso que se le dé, es de aplicación la primera parte del agregado al art. 1113 del Cód. Civil. En cambio, el daño se considera causado por el riesgo o vicio de la cosa si fue producido mediante el empleo de una cosa que por su naturaleza, estado o modo de utilización engendra riesgos a terceros, por la cual quedan incluidos dentro del último párrafo del artículo citado los daños causado por ciertas actividades peligrosas que se realizan mediante el empleo de cosas riesgosas"

GALLEGO, Richar F., Prioridad de paso por la derecha, LLPatagonia 2010 (agosto), 336.

Explica el comentarista que la Corte sienta el criterio, hasta hoy mantenido, que la sola circunstancia de la existencia de un riesgo recíproco no excluye la aplicación de lo dispuesto en el art. 1113, párrafo 2do. del Código Civil; pero, en lo que respecta al tema objeto ahora de comentario, sigue manteniendo la posición en el sentido que la prioridad de paso en materia de tránsito no tiene carácter absoluto y sólo juega cuando ambos vehículos se presentan en forma simultánea o casi simultánea.

IV. Biblioteca.

BREBBIA, Roberto H. Instituciones de derecho civil. Editorial: Juris. Municipalidad de Rosario del Talar. 1997.

COLOMBO, Leonardo A. Culpa aquiliana (cuasidelitos). Editorial: LA LEY. Buenos Aires. 1944.

LÓPEZ MESA, Marcelo - TRIGO REPRESAS, Félix A., Tratado de la Responsabilidad Civil. Editorial: LA LEY, Buenos Aires. 2004

LORENZETTI, Ricardo L. Digesto práctico La Ley: Daños y perjuicios. Editorial LA LEY. Buenos Aires - 1999.

MOSSET ITURRASPE, Jorge- WAJNTRAUB, Javier H. Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24.240 (modif. por leyes 24.568, 24.787 y 24.999 y 26.361). Editorial: Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2008.

MOSSET ITURRASPE, Jorge Responsabilidad por daños. Editorial: Rubinzal Culzoni. Santa Fe - 1999.

PIZARRO, Daniel. Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa (Contractual y extracontractual). Editorial: LA LEY. Buenos Aires. 2006.

PIZARRO, Daniel. Responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas. Editorial: Universidad. Buenos Aires. 1983.

RAMÍREZ, Jorge Orlando. Indemnización de daños y perjuicios, Actos ilícitos e incumplimiento contractual. Editorial: Hammurabi. Buenos Aires. 1984.

RINESSI, Juan. El deber de seguridad. Editorial: Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2007.

SALAS, Acdeel E. La responsabilidad por daños causados por las cosas. Editorial: Editorial Valerio Abeledo. Buenos Aires. 1945.

SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil. Editorial Buenos Aires. 1946

TINTI, Guillermo. Derecho del consumidor. Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor. Defensa de la competencia. Arbitraje de consumo. Lealtad comercial. Editorial: Alveroni. Municipalidad de la Ciudad de Córdoba. 2001.

VIRAMONTE, Carlos Ignacio. La cuantificación del daño moral en la jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba. Editorial: Alveroni Municipalidad de la Ciudad de Córdoba - 2006.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Valoraciones sobre Responsabilidad. A propósito de Proyecto de Código Civil. Editorial: Mediterránea. Municipalidad de la Ciudad de Córdoba. 2000.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Responsabilidad por riesgo. Editorial: Hammurabi. Buenos Aires - 1997

(1) En este sentido dispone el art. 1113 que "...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..." Aunque vale decir, que escasamente se evidencian casos jurisdiccionales resueltos por la idea de daños con la cosa en la jurisprudencia de nuestro país.

(2) A este supuesto se refiere la norma cuando reza "... 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..."

Cirugía plástica: consideraciones en torno a la naturaleza jurídica de la relación contractual y el carácter de la obligación asumida

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LA LEY 20/12/2010, 5 • LA LEY 2011-A, 1
Cita Online: AR/DOC/7977/2010
[Consultado el: 30/06/2020]

Sumario.

1. El caso comentado. 2. A modo de introducción 3. El desentrañamiento de la relación contractual entre el médico cirujano y el paciente como elemento determinante para dilucidar el carácter de la obligación asumida. 4. Obligaciones de medio y de resultado: diferencia, alcance, efectos y aplicación al caso de análisis. 5. La aleatoriedad en la reacción del cuerpo humano como elemento determinante para interrumpir la relación de causalidad. 6. Nuestra posición en torno a la funcionalidad de la responsabilidad del cirujano estético. 7. Colofón.

"...El arte médico es la expresión del deleite del hombre en la obra de Dios, no en la propia..." John Ruskin (1)

1. El caso comentado.

En el caso de análisis, la CNCiv. Dispuso no hacer lugar a la acción de daños y perjuicios promovida contra un cirujano plástico por un paciente disconforme con los resultados obtenidos con la lipoaspiración de su abdomen. En este sentido tuvo en cuenta que de la pericia médica oficial surgía que el accionar del demandado no se apartó de las reglas de la buena práctica médica y que las lesiones que presentaba el actor eran propias de los riesgos genéricos de todo procedimiento quirúrgico. Entendió que aquél no actuó con culpa ni en la operación ni en el período de revisión y consulta posterior.

2. A modo de introducción.

En tiempos de individualismo y hedonismo, en épocas donde la impronta externa supera el desarrollo interno, los rasgos personales se constituyen como símbolos tangibles necesarios para la aceptación social e incluso laboral. Es que nuestra sociedad actual —consciente o inconscientemente— construye el patrón somático requerido para la aceptación e inclusión del individuo en la misma comunidad a la que pertenece.

Hoy dicho patrón ha generado una novel necesidad del hombre y de la mujer de adaptarse a él en miras de quedar incluido dentro de estos parámetros construidos a través de la costumbre. La medicina responde a ello con la mano especializada de galenos cuyo *arte de curar* se ha transformado en el *arte de embellecer*, de adaptar una parte del cuerpo al *patrón standard* cimentado a tales efectos.

En estos casos, el concepto de *éxito en la intervención quirúrgica practicada* por el médico varía considerablemente, porque ya no basta poner el conocimiento al servicio de la salud mediante un obrar adecuado a la *lex artis*, sino que ahora se le exige un umbral mayor. Entonces, a la diligencia propia de todo accionar médico se le impone un resultado, un producido final que debe ser satisfactorio, porque si no —y pese a haber empleado las reglas exigidas para el caso— su obrar será imputable. En esta tesitura, el resultado adquiere un papel determinante, pero este criterio no es unánime y la jurisprudencia —como veremos— no es conteste a tales

efectos, por el contrario muchos precedentes se inclinan por otorgarle valor al accionar del galeno independientemente del resultado arribado, el cual puede ser consecuencia de diferentes variables, incluso externas a la conducta del médico.

Esta es la dicotomía en donde vacila la doctrina y jurisprudencia actual, posiciones antagónicas que confluyen en un mismo interrogante: *¿en la cirugía plástica pesa sobre el médico una obligación de medios o de resultados?* La respuesta a este entresijo puede reposar en distintas fundamentaciones, pero adoptar una u otra tesitura es gravitante para sellar la suerte del cirujano imputado de una mala praxis.

Como dice Descartes la mejor manera de resolver un problema es desfragmentarlo en tantos segmentos como sea posible, (2) por ello, hemos preferido abordar la cuestión desde dos aristas bien diferenciadas, por un lado desde la óptica de la *relación contractual asumida entre cirujano y paciente*, y por otro desde la *diferencia entre obligaciones de medio y resultado*. Ambos aspectos convergen bajo el común denominador de servir de guía para determinar el carácter de la obligación asumida por el cirujano plástico y sus consecuencias.

3. El desentrañamiento de la relación contractual entre el médico cirujano y el paciente como elemento determinante para dilucidar el carácter de la obligación asumida

3.1. El contrato de locación de obra inmaterial o intelectual

El tratadista español Puig Peña define el contrato de locación de obra como aquel por cuya virtud una de las partes (*locutor, contratista, empresario*, etc.) se obliga respecto de otra (co*nductor*, capitalista, propietario y más modernamente *comitente*) a la producción eficaz de un determinado resultado de trabajo (*obra*) a cambio de un precio cierto, que se calcula por la importancia del mismo. Como principio general decimos, siguiendo al Catedrático de la Universidad de Granada, Gullon Ballesteros, que este contrato tiene por objeto conseguir una actividad ajena. Pero lo que las partes buscan no es la actividad en sí, sino el resultado de esa actividad, la obra que de ella se deriva. (3)

En el derecho nacional el contrato de locación de obra puede subdividirse con relación a su objeto en la producción de una *obra material* o en la realización de una *obra intelectual o inmaterial*. (4)

Nos preguntamos *si el contrato de cirugía plástica no se encuentra comprendido dentro del ámbito del contrato de locación de obra intelectual-material*. Para arribar a una conclusión más efectiva es menester hacer algunas disquisiciones entre el contrato descripto y el contrato de locación de servicios, que nos permitan considerar cuál de ellos se adecua mejor la relación contractual cirujano-paciente.

3.2. La cirugía plástica: ¿un contrato de locación de obra o de servicio?

Ambos contratos presentan la similitud de que implican una actividad personal dirigida a una finalidad. En el caso de la locación de servicios consiste *en cumplir con una determinada presteza a favor del comitente*, mientras que en la locación de obra esa actividad *está adherida a la producción de la obra encomendada*.

En torno al caso analizado resulta capital distinguir ambas figuras considerando que en el caso de la locación de obra la obligación asumida por el locador (quien ejecuta la obra o sea el cirujano) es claramente de resultado, mientras que en la locación de servicio quien presta el servicio asume una obligación palmariamente de medios, habida cuenta que éste no asegura la obtención del resultado sino la efectiva diligencia y prudencia tendiente a la concreción del mismo.

En este sentido resulta relevante hacer referencia al criterio seguido por la jurisprudencia francesa para distinguir la locación de servicios de la locación de obra desde el punto de vista de la fijación del precio tomando

en el primer supuesto como pauta la duración del trabajo y en el segundo la importancia de la obra. Otros fallos determinaron que el criterio de distinción encontraría una mejor ubicación en lo que respecta a la subordinación o bien a la independencia (económica o intelectual) a que estaría sujeto el "hacer" del locador en uno y otro caso.

En la locación de obra, el locador efectúa un trabajo libremente, sin dependencia y subordinación. (5)

En resumen, como explica Compagnucci de Caso la locación de obra se distingue, y fundamentalmente se diferencia de otra figura como la locación de servicios o contrato de trabajo por caracteres propios tales como la ausencia de subordinación, la autonomía del empresario, el contenido de la prestación y la asunción del riesgo técnico o económico de la obra. (6)

Conforme lo reseñado, creemos que la relación contractual cirujano-paciente se desenvuelve dentro de las características del contrato de *locación de obra* porque:

* No es tan trascendente la duración del trabajo, pero sí la importancia de la obra;
* El locador efectúa un trabajo libremente, sin dependencia y subordinación;
* El médico se desenvuelve con autonomía en trono al modo y la técnica empleada para efectuar la cirugía;
* Y asume el riesgo técnico de su intervención.

Además ésta es la postura seguida por el Tribunal Supremo de España, el cual, en una sentencia de fines de 2001, entendió en la medicina llamada voluntaria que la relación contractual médico-paciente deriva del contrato de obra, por el que una parte —el paciente— se obliga a pagar unos honorarios a la otra —médico— por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso. (7)

4. Obligaciones de medio y de resultado: diferencia, alcance, efectos y aplicación al caso de análisis.

Desde antaño la doctrina diferencia las llamadas *obligaciones de medio* de las *de resultado*: en las primeras el deudor persigue una finalidad pero sin asegurar la obtención efectiva de la misma; mientras que en las segundas el deudor garantiza un determinado *producto final o resultado*. Esta clase de obligaciones pueden devenir de lo especialmente pactado por las partes o bien de la naturaleza misma del contrato. (8) Se ha sostenido como parámetro de separación entre una y otra clase a *la aleatoriedad del resultado*; (9) como enseña Cabanillas Sánchez, en las *obligaciones de medio* el deudor está obligado a desarrollar, a favor del acreedor, una determinada conducta, encaminada a satisfacer el resultado esperado por el acreedor. Sin embargo, debido al carácter aleatorio o incierto de dicho resultado, el deudor no garantiza su obtención; y cumple, si actuó con la diligencia debida, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. (10)

El cirujano plástico asume la obligación de moldear una parte del cuerpo del paciente adecuándolo a los intereses de este último. Entonces, la cuestión surge en determinar qué carácter tiene esa obligación: si se trata de una obligación de diligencia de prudencia o de medios; o si se trata de una obligación determinada o de resultado. (11) Se puede decir que si la obligación es determinada y el resultado no ha sido obtenido, se debe probar que la inejecución proviene de una causa que le es extraña. (12) Como exponen Trigo Represas y López Mesa, en estas obligaciones, con prescindencia de la fuente que la origine, al acreedor le basta con demostrar la existencia de la obligación o el acontecimiento dañoso, para que se presuma la culpa del deudor. (13)

Si la obligación que pesa sobre el deudor es la de conducirse con prudencia o diligencia, hay que demostrar que el deudor no se ha comportado con la diligencia y prudencia a las cuales está obligado, pesando, la carga de la prueba, sobre el acreedor.

Como dicen los maestros franceses Mazeaud y Chabas, el interés práctico de la distinción es capital en el campo de la prueba. (14) Si bien éste es el criterio prevaleciente durante siglos en el derecho comparado, en especial en la doctrina francesa, cada vez con más fuerza se proyecta una postulación diferente en torno a la cuestión. Algunos autores consideran que la distinción se infiere exclusivamente del factor de atribución, subjetivo en las obligaciones de medio y objetivo en las obligaciones de resultado; en este sentido sostiene el Profesor Picasso que la formulación del distingo entre obligaciones de medios y de resultados desempeñada por Demogue nació precisamente para responder a la carga de la prueba, y así fue trabajada durante mucho tiempo por la doctrina comparada. Pese a esta afirmación, el jurista considera que la utilidad del distingo en lo que hace a la distribución de la carga de la prueba resulta ser actualmente escasa; y que su función principal radica en constituir una verdadera divisoria de aguas en lo que hace al factor de atribución de la responsabilidad aplicable. (15)

Con relación a la cirugía plástica, explica Sagarna, que pareciera ser que la cirugía estética embellecedora asegura al paciente su resultado. Pero lo que esta cirugía asegura no es que el paciente no va a sufrir riesgo alguno durante la intervención, ya que el álea existe siempre; las posibilidades del fracaso no son ajenas a este tipo de acto quirúrgico, por más que se trate de narcisismos. A lo sumo, lo que el cirujano plástico aseguraría es que el paciente quedará de tal o cual forma, pero no puede asegurar el resultado en sí de la intervención. (16)

Por su parte López Mesa considera que quien se somete a este tipo de intervenciones no es un enfermo ni un paciente en sentido propio, sino que es un cliente que concurre a un profesional en busca de un resultado determinado. De allí que en las prácticas de medicina curativa, satisfactiva o perfectiva, la regla sea que las del médico son obligaciones de resultado, justamente porque el resultado es lo que lleva al cliente a buscar el auxilio del profesional y por tanto éste integra el negocio jurídico de manera indisoluble. (17)

Por nuestra parte compartimos esta tesitura, de la que se desprende que el médico que practica una cirugía plástica, no presta sus servicios sustentado en un obrar meramente diligente, es decir, no compromete, como en cualquier intervención quirúrgica, sólo la diligencia y la prudencia, sino que además persigue, frente a su cliente, un resultado al cual se ha obligado. La obligación asumida reviste el carácter de obligación de resultado siendo su consecuencia la inversión de la carga de la prueba y la objetivación del factor de atribución. Como corolario de lo expuesto pesará sobre el galeno la carga de probar la interrupción de la relación causal.

5. La aleatoriedad en la reacción del cuerpo humano como elemento determinante para interrumpir la relación de causalidad.

En la ciencia médica no existe la precisión constante que responda a la fórmula: *dado A y B, debe ser C;* aun cuando sistemáticamente los cuerpos humanos repitan un comportamiento ante un estimulo "x", no puede deducirse de allí una máxima general irrefutable. Entonces los postulados clínicos que pretenden constituirse como generalidades absolutas generan una racionalidad disfuncional o un falso inductivismo al que hace referencia Popper cuando se pregunta*; si el hecho de que todos los cisnes que haya observado sean color rosa permite afirmar que todos los cisnes son rosas*. (18) Como dice Einstein: un enunciado científico debe admitir que cualquier descuerdo con él lo torna insostenible. (19)

Entonces, el hecho de que la mayoría de los pacientes no presenten inflamaciones ni reacciones ante determinada técnica de intervención no puede dar la pauta de que ninguno lo haga. Desde esta arista, creemos que en el plano médico ningún número de enunciados singulares de observación nos permite derivar lógicamente al enunciado general, porque, estando comprendido el cuerpo humano, existe indefectiblemente un grado de imprevisibilidad.

Desde esta perspectiva, el tenor científico en el plano médico se sustenta en técnicas cuantitativas de prueba, las cuales demuestran que ante determinados estímulos *en la mayoría de los casos* se producen singulares resultados análogos.

Entonces, aun cuando de un muestreo practicado se deriven conclusiones válidas aplicables a la mayoría de los supuestos, existirán casos cuyas consecuencias serán inciertas, porque justamente constituyen excepciones que confirman la regla, que no es universal.

En este sentido, como bien reseña el fallo comentado, la ciencia médica no proporciona un conocimiento exhaustivo de las leyes naturales que regulan el organismo, y si su constante avance permite esclarecer día a día múltiples problemas, al hacerlo suscita otros nuevos que evidencian la relatividad de ese avance y la magnitud de lo desconocido. No brinda, pues, un saber completo de tales leyes. Y aunque en muchos campos ofrece conocimientos seguros, respaldados por el estudio y la experimentación, en otros se encuentra aún en períodos de investigación; y aquéllos son provisionales y opinables, en mayor o menor medida. (20)

Teniendo en cuenta estas consideraciones el magistrado Li Rosi expuso que estando presente dicho álea, no puede exigirse al profesional que asegure un resultado. En este sentido dijo que si bien quien se somete a una cirugía estética embellecedora lo hace en la seguridad de que va a quedar mejor su nariz, su cutis, su busto, etc., no lo es menos que quien se presta a estas intervenciones sabe que asume algunos riesgos.

Nosotros disentimos con esta aseveración: por el contrario el médico ha asumido una obligación de resultado. Lo reseñado precedentemente no sirve de argumento para considerar que la obligación es de medios.

En la cirugía plástica el resultado obtenido debe ser cotejado con el que se espera obtener en la mayoría de los casos teniendo presentes las consecuencias normales de cualquier intervención quirúrgica. Si el resultado se ajusta a estos parámetros, no es aplicable el régimen de responsabilidad. En caso contrario sí, salvo que el exista algún factor que interrumpa el nexo causal.

En este orden, consideramos que las *reacciones excepcionales* del cuerpo interrumpen la relación causal por constituirse como un hecho imprevisto o que siendo previsto no pudo ser evitado (arts. 513 y 514 del CC). Entonces el galeno se exime de responsabilidad no por acreditar un obrar diligente en su accionar, sino por haber demostrado el caso fortuito, es decir, una circunstancia excepcional que no podía haber sido prevista por éste.

6. Nuestra posición en torno a la funcionalidad de la responsabilidad del cirujano estético.

Antes de dirimir nuestra posición sobre lo resuelto por la Cámara, y a modo de reseña de lo expuesto en los párrafos precedentes, queremos dejar plasmada el encuadre jurídico del tema desde la óptica del método deductivo.

Consideramos que:

* El cirujano estético celebra con el paciente un contrato de locación de obra. A través de éste, compromete todo sus conocimientos y arte con miras a la obtención de un resultado al cual se ha obligado.
* El contrato de locación de obra genera para el locador una obligación de resultado. Dicha obligación tiene el efecto de invertir la carga probatoria y de trasformar el factor de atribución que pesa sobre el obrar médico, el cual se objetiviza.
* Para determinar si el resultado se ha cumplido, es menester cotejar el obtenido con el que normalmente suele obtenerse, teniendo en cuenta un margen de vacilación propio de una intervención invasiva.
* Para eximirse de responsabilidad ante un déficit en el resultado obtenido, al médico no le basta demostrar su debida diligencia y prudencia, sino que será necesario acreditar una causa ajena o extraña.

* La ciencia médica sostiene sus postulados en métodos cuantitativos, por ello debe acreditarse la excepcionalidad de la consecuencia originada en el paciente, la cual, para servir de eximente, debe detentar la característica de ser *imprevisible o que siendo prevista no pudo ser evitada*.

* Entonces pesa sobre el galeno la carga de acreditar el caso fortuito para destruir la relación causal; si ello no ocurre, éste será responsable de las consecuencias dañosas producidas.

7. Colofón.

Con relación al fallo analizado y teniendo en cuenta estos postulados, resulta ilógico pretender que el médico deba cargar con la responsabilidad que emerge de un resultado que no ha sido óptimo desde la percepción del paciente, cuando el mismo responde a las consecuencias normales del acto quirúrgico, ya que, como expresa la pericia médica: "*...las lesiones que presentaban el actor eran propias de los riesgos genéricos de todo procedimiento quirúrgico...*"

Por ello, en este caso, tanto de la tesitura que reposa en la idea de la obligación de medios asumida (vg. la esbozada en el fallo), como la nuestra que considera que la obligación es de resultado, se deriva la misma conclusión: *es improcedente atribuir responsabilidad al galeno*. En el primer caso se fundamenta en que el galeno se ha conducido con diligencia y prudencia en su accionar y, desde nuestra óptica, diremos que el resultado obtenido se condice con los parámetros de normalidad, por lo que no se advierten razones para condenar al cirujano.

Bibliografía

(1) El presente trabajo está dedicado al Profesor Daniel GRILLI, distinguido cirujano plástico que ha sabido hacer de la medicina un arte de la perfección.

(2) DESCARTES, René, "Discurso del método", Losada. Buenos Aires. 1974, p. 194.

(3) GULLÓN BALLESTEROS, "Curso de derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual", Tecnos. Madrid, p. 261.

(4) En la producción de una obra material podemos citar como ejemplos la realización de una vivienda, inmuebles en general, construcción de edificios, un traje exclusivo, una escultura, etc. En cuanto a los casos de obra inmaterial o intelectual, el más patente es el supuesto de la gestación de un libro, pero podríamos mencionar ciertos actos realizados por los profesionales liberales. Si bien hemos hecho referencia a la distinción entre estos dos casos de locación de obra, decimos que en muchos supuestos ambos se yuxtaponen e interrelacionan, así, siguiendo el ejemplo de ACQUARONE, en la construcción de un edificio conviven la locación de obra material e inmaterial, ya que si bien en la una época era posible que una sola persona pudiera realizar el proyecto, la dirección y construcción de una obra, en la actualidad esas funciones tratan de separarse entre las del proyectista y director, por un lado, y la del empresario que lleva a cabo la ejecución de la obra, por otro. ACQUARONE, María T. "Los emprendimientos inmobiliarios. Marco jurídico y normativo". Ad-hoc. Buenos Aires, p. 94. Ello significa que en la cirugía plástica el médico podría estar inmerso en un supuesto de locación de obra combinada.

(5) GHERSI, Carlos Alberto. "Contratos Civiles y Comerciales. Parte general y especial. Figuras contractuales modernas", t. I, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 532.

(6) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, H., "Características del contrato de obra (locación de obra) LA LEY, 1992-B, 304.

(7) Tribunal Supremo de España, Sala Primera, de lo Civil, 11/12/01, ponente: Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz, sentencia N° 1193/2001, publicada en "Actualidad Civil", La Ley (Esp.), Madrid, 2002, N° 9, p. 653 y ss. LÓPEZ MESA, Marcelo J., "El médico y la naturaleza de sus obligaciones. (Medicina curativa y medicina voluntaria: obligaciones del médico en cada una". LA LEY, 2008-C, 882.

(8) MAZEAUD. Henri - MAZEAUD, Jean -MAZEAUD León - CHABAS, François, Derecho Civil. Obligaciones", t. I. Traducción de Luis Adorno, Zavalía, p. 26 Así en el contrato de locación de obra el mismo gen o germen del contrato determina el carácter de la obligación que asume el locador, el cual indefectiblemente

es de resultado; es decir, quien ejecuta la obra se obliga a la producción del un resultado determinado (opus), No basta, en este caso, demostrar que el incumplimiento de la obligación determinada (realización de la obra) es ajeno a la culpa del ejecutante; en este sentido, se puede decir que si la obligación es de resultado, y éste no ha sido obtenido se debe probar que la inejecución proviene de una causa que le es extraña porque en caso contrario será responsable por los daños y perjuicios independientemente que su accionar haya sido diligente.

(9) TRIGO REPRESAS, Félix A., LOPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica", t. II, La ley, 2004, Buenos Aires, p. 739.

(10) CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. "Las obligaciones de medio y de resultado". Ed. Bosch. Barcelona. 1993, p. 30.

(11) Esta clasificación nace con DEMOGUE y su cabal importancia radica en el campo probatorio, decía el autor que para determinar a quien se impone la carga de la prueba de la culpa, habrá que establecer si la obligación incumplida es de medios o de resultados. En el primer caso se requerirá que sea el acreedor (o más genéricamente la víctima del daño) quien demuestre que el sindicado como responsable ha actuado negligentemente, mientras que en las obligaciones de resultado, la culpa se presume, siendo el obligado quien se hallaría precisado de demostrar su falta de culpa. En cuanto a la esfera de aplicación de dichos criterios, dice DEMOGUE que, aun en el campo extracontractual pueden encontrarse supuestos en donde la ley va más allá de ordenar una conducta diligente, y exige un determinado resultado. PICASSO Sebastián. "Obligaciones de medios y de resultados" Revista de Jurisprudencia Argentina. Tomo 1996-II. Buenos Aires. 1996, p. 716. La jurisprudencia argentina es vacilante al respecto. En este sentido han considerado que se trata de una obligación de medios, entre otros, los siguientes precedentes: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, "G., A. L. c. M., M. P.", 08/02/2010, RCyS 2010-VIII, 158, AR/JUR/1412/2010; sala D, "G. de C., M. G. c. M., H. y otros", 11/12/2009, RCyS 2010-VII, 174, AR/JUR/65768/2009. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 21/09/2010, "M., S. M. c. M., E. R. y otro", RCyS 2010-XII, 172, AR/JUR/60156/2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 08/04/2008, "Berard de Meligrana, María Beatriz c. Medicus S.A. y otro", La Ley Online; AR/JUR/4079/2008. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 23/11/2005, "Avam, Alicia M. c. F., H. R.", La Ley Online; AR/JUR/8162/2005. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 16/07/2004, "L., G. R. c. Ciudad de Buenos Aires y otros", RCyS 2004, 1213 - LA LEY 04/11/2004, 4, con nota de Teresa M. Estévez Brasa; AR/JUR/2510/2004. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 16/07/2004, "L., G. R. c. Ciudad de Buenos Aires y otros", RCyS 2004, 1213 - LA LEY 04/11/2004, 4, con nota de Teresa M. Estévez Brasa; AR/JUR/2510/2004. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 10/10/2003, "Rivas, Karina J. c. Cavilla, José E. y otro", RCyS 2004, 657, AR/JUR/3850/2003. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 21/10/1997, "De los S. de R., J. R. I. c. Universidad de Buenos Aires -Hospital de Clínicas José de San Martín", LA LEY 1998-B, 234 - DJ 1998-2, 1036, AR/JUR/3826/1997. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 15/12/2005, "S., L. E. c. Grgicevic, Gustavo", DJ 14/06/2006, 530, AR/JUR/8009/2005. Idem: CNCiv., sala I, "K., A. Z. c. Elías, Juan C.", 11/10/2005, LA LEY 29/11/2005, 6 - RCyS 2005-XII, 112. En cuanto a los fallos que entienden que se trata de una obligación de resultado se pueden citar: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 23/09/2004, "I., E. C. c. B., M. F. y otros", La Ley Online; AR/JUR/5372/2004. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 11/12/2009, "G. de C., M. G. c. M., H. y otros", RCyS, 2010-VII, 174, AR/JUR/65768/2009. Idem: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, "Cernuschi, Gustavo A. y otro c. Sanatorio Colegiales S. A.", 16/08/1991, LA LEY, 1992-E, 318. Cámara de Casación de Italia, 06/10/1997, "Finocchiaro, Clelia", RCyS, 1999, 1308, con nota de Federico Gustavo Pizzetti; AR/JUR/3649/1997. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 07/03/2007, "T., P. M. c. V., M. M.", RCyS 2007, 986, AR/JUR/1733/2007. Idem: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 06/12/2004, "R. de R., L. L. c. R., L.", LA LEY, 2005-B, 250 — LA LEY 2005-B, 431. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 15/06/2000, "L., A. E. c. Appiani Sotomayor, Erdulfo", LA LEY, 2000-F, 719, RCyS 2001, DJ 2001-2, 268 - RCyS 2001, 599 - LLP 2001, 1037, AR/JUR/5897/2000. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 21/10/1999, "O. de M., R.L. c. Lorenzo, Jorge", LA LEY, 2000-C, 228, AR/JUR/4124/1999. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 18/12/1998, "Dourisboure, María C. c. Vaisman, Bernardo", AR/JUR/3947/1998. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 07/12/1994, "M., A. T. c. C., E.", AR/JUR/807/1994. Entre otros.

(12) MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, Francois. Derecho... ob. cit. p. 26.

(13) TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado...", ob. cit., p. 751.

(14) MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, Francois. "Derecho..." ob. cit. p. 27.

(15) PICASSO, Sebastián. "La culpa..." ob. cit. pp. 995/6.

(16) SAGARNA, Fernando Alfredo, "Responsabilidad civil de los médicos en la jurisprudencia", RCyS, 2003, 133.

(17) LÓPEZ MESA, Marcelo J., "El médico..." ob. cit. p. 882.

(18) POPPER, Karl, "Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual", Tecnos. Madrid. 1977, p. 52.

(19) EINSTEIN, Albert, "Mi visión del mundo", Tusquets, p. 122.

(20) En igual sentido véase: CNCiv., sala I, marzo 30-990, "P., D. C. c. Morrone, Roque", LA LEY, 1991-A, 140. voto del Dr. Julio M. Ojea Quintana.

El “divorcio electrónico”: ¿el medio más idóneo para una sociedad muda?

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: La Ley Online
Cita Online: AR/DOC/1710/2010
[Consultado el: 29/06/2020]

Días pasados tomamos conocimiento de una noticia publicada en el diario La Nación del día 7 de abril de 2010, la cual ha motivado este breve comentario, en dicho anuncio informativo se decía que en Jordania existe un nuevo hábito, el llamado "divorcio electrónico", por el que cientos de maridos rompieron sus matrimonios con simples mensajes SMS a través del teléfono móvil. Asimismo se mencionaba que las estadísticas oficiales muestran un creciente incremento de este estilo de separación, y que todo ello dio lugar a un intenso debate en torno a su legalidad y ha puesto en alerta a las autoridades civiles y religiosas.

Si bien la noticia parece lejana, prístina y de difícil producción en nuestras comarcas, bien es sabido que en este mundo globalizado la simplicidad y la sencillez son contagiosas y transmisibles. El tema recae en cuestiones deontológicas insoslayables, pero además nos llama la atención por una razón específica que venimos evidenciando y que también se exterioriza en el plexo contractual; Sí, porque la tecnología ha modificado al contrato, solía repetir un prestigioso jurista de nuestro ámbito que se encontraba preocupado porque solamente en el transcurso de un día había celebrado sendos acuerdos contractuales sin haber vertido palabra alguna, y decía el distinguido amigo que el negocio jurídico contemporáneo es mudo, porque en realidad la sociedad actual es muda (basta con ver que preferimos mandar un SMS para saber como están nuestros afectos que llamarlos o pasar un día entero con ellos). El fenómeno jurídico no es extraño a este suceso, lo que ocurre es que aparece como aceptado dentro del plano patrimonial pero nos resulta despreciable e inasequible en la esfera de los derechos personales como en el caso del matrimonio.

La lingüística enseña que el mensaje es aquello que se interpone entre un emisor y un receptor, y la sociología indica que es un medio por el cuál los seres humanos intercambiamos el flujo de pensamientos y opiniones, en definitiva se constituye como el elemento indispensable de sociabilización del hombre, creemos que los tiempos modernos han variado no sólo la percepción real de lo que significa el mensaje y su correlato el signo lingüístico que exterioriza, sino también su corolario y sus efectos. Hoy la dicción "mensaje electrónico" cobra su alcance más temido, habida cuenta que por medio de éste se podría dejar sin efecto un acto jurídico matrimonial, sin mediar más dialogo que un simple movimiento dactilar, que hasta puede ser indeliberado, irreflexivo o meramente impulsivo.

Advertimos que esta tendencia es mínimamente peligrosa, lejos de lograr una templanza atenta contra la estabilidad general y vuelve a los eslabones sociales intemperantes y fluctuantes. Para una sociedad muda los medios electrónicos aparecen como apaños para simplificar una responsabilidad individual por los propios actos, la cual en sí misma no se condice con la condición humana; máxime cuando lo que está en juego es la institución familiar y consecuentemente la sociedad en todo su alcance.

La estabilidad matrimonial, detenta una arraigada connotación social y reposa en una visión milenaria del hombre que ha dado origen a su existencia, por lo tanto, su excepcional desvirtualización sólo debe ser admisible ante situaciones previstas normativamente y bajo un grado estricto de legalidad, ello representa un principio axiomático supremo que no acepta ser abatido por modas temporales, pasajeras y efímeras, porque nada nos queda más claro: el matrimonio apunta el alba y constriñe la diafanidad.

Daños derivados del divorcio y presupuestos para la procedencia de la responsabilidad civil

Jalil, Julián Emil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2011 (enero-febrero), 13
Cita Online: AR/DOC/67/2011
[Consultado el: 29/06/2020]

Sumario.

1. Introducción. 2. Presupuestos para la procedencia de la responsabilidad. 3. La antijuridicidad. 4. El factor de atribución aplicable 5. El daño moral causado al cónyuge. 6. Distintas postulaciones que admiten el resarcimiento. El fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones. 7. Conclusiones.

"No es el divorcio lo que da origen al resarcimiento, son los hechos que dieron lugar al mismo. Los hechos ilícitos que importaron una violación a los deberes derivados del matrimonio y fueron la causal del divorcio. Pero no cualquier violación de un deber matrimonial merece el amparo jurisdiccional en favor del cónyuge ofendido tendiente a obtener una reparación pecuniaria. Para que ello ocurra ha menester requerir cierta envergadura, prolongación en el tiempo y lesiones a sentimientos espirituales."

"...El amor es lo más dulce y al mismo tiempo lo más amargo..." Eurípides, Klitonis (480-406 a.C)

1. Introducción.

Aún cuando gozamos de un plenario sobre la materia que en cierta medida guía las aristas que proporciona la cuestión, el tema del resarcimiento del daño moral del cónyuge inocente ante el divorcio culpable, sigue dando notables connotaciones jurisprudenciales y divide a la doctrina del derecho de familia y del derecho de daños; y no es para menos, se encuentra en juego una percepción eticista de un problema de coyuntura social e incluso religiosa.

El dilema es el siguiente: ¿el divorcio por causal debe agotarse en un régimen alimenticio, remedio propio del derecho de familia, otorgado al cónyuge inocente o puede además integrarse con los principios generales de la responsabilidad civil que regula el Código para resarcir el agravio que pudiera existir?

Los precedentes judiciales intentan delimitar los supuestos de procedencia de la reparación del daño moral, determinando casi con criterio unánime, que la mera configuración de la causal subjetiva de divorcio no habilita la reparación del agravio, es necesario probar la existencia del mismo a través de los principios de la responsabilidad civil, como veremos, este criterio se aprecia con una discreción más o menos estricta según la idiosincrasia y postura del tribunal examinador. (1)

2. Presupuestos para la procedencia de la responsabilidad.

2.1. La configuración del hecho ilícito que da lugar a la acción.

El divorcio no es causa de resarcimiento, las causales tampoco, pero los hechos que llevaron al divorcio, cuando tienen una expansión y gravedad, fuerza dañosa punzante en el prestigio, en las esencias comunes espirituales del otro cónyuge, que de por sí, al margen de la separación conyugal y su disolución, entrañen un verdadero daño moral, éste debe ser compensado con carácter autónomo. (2)

Por lo tanto, si bien cuando media una ruptura de una relación afectiva, que posteriormente termina en divorcio o separación personal, puede concluirse que ambos cónyuges sufren el dolor que se experimenta por el fracaso del proyecto de vida común trazado, resulta improcedente el reclamo en concepto de daño moral interpuesto en el caso, cuando no han podido acreditarse hechos o circunstancias con suficiente entidad que viabilicen el reclamo resarcitorio. (3)

Entonces no es el divorcio lo que da origen al resarcimiento, son los hechos que dieron lugar al mismo. Los hechos ilícitos que importaron una violación a los deberes derivados del matrimonio y fueron la causal del divorcio. Pero no cualquier violación de un deber matrimonial merece el amparo jurisdiccional en favor del cónyuge ofendido tendiente a obtener una reparación pecuniaria. Para que ello ocurra ha menester requerir cierta envergadura, prolongación en el tiempo y lesiones a sentimientos espirituales. Así, la indemnización ha de quedar reservada a conductas del cónyuge que, además de representar la violación de deberes matrimoniales, implican auténticos agravios al otro cónyuge, sin limitarse a ser sólo expresiones de pérdida del vínculo afectivo. Además, su procedencia sólo puede ser analizada a través de la evaluación concreta de los hechos que lo ocasionaron; es decir, librada al prudente arbitrio judicial al igual que el monto indemnizatorio es caso de admitirse la reparación. (4)

2.2 Los recaudos generales previstos por la ley.

En los divorcios con atribución de culpa no siempre es procedente la indemnización del daño moral producido al cónyuge inocente, pues corresponde al juez, en definitiva, analizar los elementos de juicio que presenta cada caso, la conducta de los cónyuges y la relación de causalidad entre ésta y el daño moral que cada uno alega. (5)

En este orden de ideas, el cónyuge inocente del divorcio no siempre tendrá derecho a la indemnización reparadora y admitir la posibilidad de responder por los daños y perjuicios derivados del divorcio no implica que éste sea un efecto que necesariamente se ha de producir en todos los casos de divorcio-sanción, sino que sólo cabrá otorgar una indemnización sólo si se dan todos y cada uno de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual. (6)

Autores como Levy y Wagmaister consideran que el tema de la responsabilidad civil entre cónyuges en caso de divorcio requiere un abordaje más flexible. En lo referente a su admisibilidad no debe frenarse o detenerse por el prejuicio de verla como inmoral o contraria a las buenas costumbres y en cuanto a los requisitos, no debe exigirse ineludiblemente una conducta culpable para su procedencia. (7)

Por su parte entiende Uriarte que en que la obligación de reparar resulta, genéricamente, de la sustracción de uno de los cónyuges del deber jurídico de no dañar, residiendo en los presupuestos del daño, antijuridicidad, imputabilidad y relación causal; los requisitos de la responsabilidad que nos ocupa.

No ocurre lo propio cuando las causas de separación personal atienden a situaciones objetivas generadas por los trastornos de conducta provocados por la enfermedad de alguno de los cónyuges, o por haber

interrumpido los esposos la cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años, o, finalmente, en caso de mediar entre los cónyuges causas graves que vuelvan imposible la vida en común. (8)

Otros autores agregan nuevos recados dado el carácter particular de la institución matrimonial, así Krasnow expone que cuando corresponde determinar la procedencia de la reparación de un daño que impacta en alguno de los institutos que conforman el Derecho de familia, el análisis debe hacerse no sólo atendiendo a la concurrencia de los presupuestos del Derecho de daños, sino también, vinculando éstos con los principios que actúan como sostén del Derecho de familia hoy:

a- Democratización de las relaciones jurídicas familiares.
b- Autonomía de cada una de las personas que son parte de la familia.
c- Igualdad jurídica en el seno de la familia.
d- Reconocimiento de cada miembro de la familia como una persona digna de protección. (9)

Somos contundentes en afirmar que los requisitos de procedencia de la responsabilidad civil permanecen intactos sin excepciones, porque la ley misma no establece singularidades para el caso, por ello para que sea viable la aplicabilidad del derecho de daños es menester que se cumplan cada uno de los recaudos previstos a tales efectos. (10)

3. La antijuridicidad.

Con relación a éste presupuesto la doctrina difiere en torno a su viabilidad en el ámbito del derecho de familia ya que no existe una norma expresa en el marco de la regulación específica que admita su aplicabilidad. En este sentido se advierten dos posturas aquella que admite la aplicabilidad de los principios generales sobre responsabilidad civil y otra que los deniega.

3.1. Sobre la viabilidad del resarcimiento sustentada en la normativa vigente:

3.1.1. La aplicabilidad de los principios generales.

Explican medina y Kanesfsck que si bien no se encuentra prevista en nuestra legislación en forma expresa la aplicación de las normas de la responsabilidad civil a las relaciones entre cónyuges durante la vigencia del matrimonio, ni tampoco el tema ha sido desarrollado jurisprudencial ni doctrinariamente, son múltiples los supuestos que se pueden presentar en los cuales uno de los cónyuges dañe al otro que deben ser solucionados por aplicación de las normas generales. (11) Entonces como dice Rivera, el derecho de Familia tiene lógicamente que respetar las normas del Derecho Civil de rango constitucional y no puede en aras de la especialidad de sus relaciones, violentar el principio básico de no dañar a otro. (12)

Desde esta arista la jurisprudencia considera que la sola configuración de causales de divorcio atribuida culpablemente a uno de los cónyuges no es suficiente, por sí sola, para generar un derecho a la reparación del daño moral a favor del inocente, sin que ello importe negar que ésta proceda en cuando el daño excede el amparo específico del derecho de familia, (13) o cuando derive de la lesión a derechos personalísimos, pues en tales casos el derecho a reparación proviene no de su calidad de cónyuge sino como cualquier persona afectada por un hecho ilícito. (14)

Así se ha estimado que corresponde hacer lugar a la indemnización por daño moral solicitada por el cónyuge afectado por una grave injuria que ha dado lugar al divorcio, toda vez que se trata de una conducta ilícita que enmarca dentro del régimen de responsabilidad extracontractual y la sanción resarcitoria corresponde a todo supuesto en que se ocasione a otro un daño injusto, independientemente de que ello ocurra en el ámbito de los derechos patrimoniales o del derecho de familia. (15) Y aunque las normas propias del derecho de familia no

prevean indemnización alguna por dicho concepto, éstas deben respetar el principio básico de no dañar que contempla implícitamente el art. 19 de la Constitución Nacional. (16)

Con una postura análoga la Cámara de Apelaciones de San Isidro consideró que si bien los marcos iusprivatistas de la responsabilidad —tanto contractual como extracontractual— son importantes, subsiste latente, por detrás y por encima un problema de jerarquía constitucional cual es el art. 19 de la Constitución Nacional, que alcanza sin más para que ninguna otra norma infraconstitucional se obligue a reparar todo perjuicio causado a un tercero, en consecuencia es inadecuado a nuestro sistema legal exigir que haya una norma expresa que determine el deber de reparar los daños causados por el hecho generador del divorcio porque sería pretender que sólo existe deber de reparar cuando haya una norma expresa que así lo disponga (art. 1109, Cód. Civil). (17)

Similar criterio es sostenido por Córdoba quien explica que cuando la ley no hace excepción alguna, pudiendo haberlo hecho, ni de las palabras ni de la razón se deduce que la ley deba limitarse, no podemos separarnos de su disposición general por medio de una distinción que ella no ha hecho. (18)

Con igual tesitura Uriarte manifiesta que nada impide la aplicación de los principios comunes a las relaciones civiles, entre ellos el deber de no dañar. Constituye este un concepto general del derecho que no puede estimarse ajeno al derecho de familia, en razón de que la responsabilidad por el incumplimiento de ese deber está claramente reservada a la materia de la responsabilidad civil, ámbito que no es extraño al derecho de familia. (19)

Esta posición fue sustentada en las *Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, homenaje a la doctora M. J. Méndez Costa*, en donde se adujo que la responsabilidad civil en las relaciones de familia está sometida a las reglas generales del sistema. Los criterios de aplicación deben tomar en cuenta las características del mismo, vinculándolas con los intereses superiores en la constitución de una familia y en su estabilidad, y con el sentimiento de justicia de la comunidad. (20)

Desde esta perspectiva, la antijuridicidad parece evidente incluso en casos donde interviene un tercero el cuál se encuentra sujeto al deber de responder porque la ley así lo determina. (Vg. art. 1083 del CC). Así en 1893 la Corte de Casación tuvo oportunidad de pronunciarse sobre un caso de responsabilidad de un tercero por hechos vinculados al divorcio. Decretado éste por culpa de la mujer, que había tenido relaciones sospechosas en su propio domicilio con el extraño, confióse la tenencia de los hijos menores al padre y se condenó al tercero a pagar al marido y a los hijos una indemnización de los daños y perjuicios que el divorcio les ocasionaba. La Corte de Casación, confirmando un fallo de la de Amiens, consideró que había culpa y perjuicio derivado de ella, elementos suficientes para acordar el resarcimiento. (21)

Si bien es un vetusto precedente de la Corte de casación, no hace mucho tiempo atrás la Sala B de la CNCiv. resolvió que correspondía condenar a la ex cónyuge del actor y a su concubino por el daño moral sufrido luego del divorcio, puesto que el actuar fraudulento de aquéllos, en cuanto llevó al pretensor a emplazarse en la condición de padre de cuatro menores respecto de los cuales no tenía ningún vínculo biológico, reviste la suficiente entidad como para lesionar el honor del apelante. (22)

En este caso existiría antijuridicidad que amerite la aplicabilidad del derecho de daños sustentada en la letra del art. 1083 del CC que establece que *"...la obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal..."* que es aplicable a los cuasidelitos civiles, (23) ya que el art. 1109 prescribe que *"...todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil..."* con lo cual el tercero estaría alcanzado por ésta disposición.

3.1.2. El incumplimiento de los deberes matrimoniales.

No obstante que los deberes matrimoniales pueden estar expresamente previstos, tal el caso de los enunciados en el art. 198 CC., también existe una amplia gama de que surge implícitamente y la violación de cualquiera de ellos en tanto configure una causal de divorcio de las enunciadas en el art. 202 CC., es un acto antijurídico. La sentencia de divorcio al decretar la culpa (de uno o ambos cónyuges) verifica la existencia de este presupuesto. El juez analiza conductas y si existe trasgresión a los deberes matrimoniales opera la antijuridicidad que lo habilita a una declaración de divorcio-sanción. Además —si se reúnen los restantes elementos de la responsabilidad— procederá al otorgamiento de una indemnización. (24)

Vemos que el incumplimiento de algunos de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges no implica que haya daño susceptible de ser indemnizado. El mismo debe tener cierto peso, prolongación en el tiempo, generando lesiones en los sentimientos del cónyuge damnificado con tales comportamientos. (25)

De esta manera se resolvió que corresponde que los jueces analizando las constancias de la causa, determinen si existen causales para viabilizar la reparación del daño moral generado por los hechos desencadenantes del divorcio, de forma tal que si uno de los cónyuges incurre en una de las causales taxativamente enumeradas en el art. 202 del Código Civil, está cometiendo un hecho ilícito porque viola los deberes emanados del matrimonio, y si a ese hecho ilícito se le agrega un daño, no existe inconveniente en entrar en el campo aquiliano (26)

a) Incumplimiento del deber de cohabitación: Con relación al *deber de cohabitación* la sala C de la CNCiv dispuso que es procedente otorgar a la esposa una indemnización en concepto de daño moral en virtud del alejamiento intempestivo del marido del hogar conyugal y de la relación extramatrimonial que éste mantuvo, pues dicho accionar debió causarle padecimientos tanto sentimentales como espirituales de grave envergadura, y una lesión en sus afecciones legítimas tuteladas por la ley. (27)

Con similar interpretación la sala C de la CNCiv. entendió que cabe hacer lugar a la indemnización por daño moral a favor de uno de los cónyuges si se ha probado que las causales que fundaron la sentencia de divorcio con la consecuente disolución del vínculo matrimonial —en el caso, la forma intempestiva en que el marido llevó a cabo el alejamiento del hogar conyugal y la relación extramatrimonial que aquel mantuvo con otra persona a los pocos meses del alejamiento del hogar conyugal— son de tal entidad que la existencia del daño moral resulta indudable. (28)

Asimismo se determinó que resulta procedente el reclamo por daño moral interpuesto contra el cónyuge culpable del divorcio decretado por las causales de adulterio y abandono voluntario y malicioso, pues el haberse hospedado en el inmueble al que concurría el matrimonio los fines de semana en compañía de otra mujer, y poco tiempo después de su retiro del hogar, es susceptible de producir un dolor profundo en la esposa. (29)

Pero la simple interrupción de la cohabitación de manera voluntaria y maliciosa no cumple por sí misma con el extremo necesario para que sea viable la atribución de responsabilidad, es menester delimitar un espíritu nocivo del cónyuge imputado que denote su obrar adrede. En este orden de ideas se dijo que corresponde desestimar la pretensión indemnizatoria por daño moral entablada por la cónyuge reconviniente en un juicio de divorcio, si no logró acreditar que el se exhibiera desinteresadamente con su nueva pareja, por lo que a pesar de haberse acreditado el abandono voluntario y malicioso, así como el adulterio del esposo, y no obstante reflejar esto una conducta que resulta clara expresión de la pérdida del vínculo afectivo, no alcanza para presumir que tal comportamiento tuviera el inequívoco afán de mortificar, dañar el prestigio, honor e integridad espiritual. (30)

Bajo estos postulados se procedió a otorgar una indemnización por daño moral a la cónyuge inocente, entendiendo que si el divorcio se decretó por las causales de abandono voluntario y malicioso e injurias graves, y las circunstancias que dieron lugar a la procedencia de dichas causales ponen de manifiesto el padecimiento de la

angustia sufrida por aquella, quien debió ver a sus tres hijas menores —una de ellas discapacitada de carácter irreversible—, crecer sintiéndose desamparadas por el abandono del padre, resulta incuestionable que el detrimento moral excedió al producido por la mera ruptura del matrimonio y sus consecuencias legales, y que debe ser resarcido de conformidad a lo dispuesto por el art. 1078 del Cód. Civil. (31) De esa misma forma se dijo que corresponde que el cónyuge culpable del divorcio por abandono del hogar conyugal y adulterio afronte una indemnización por daño moral a favor del cónyuge inocente que presenta, según el perito, que sufrió un estado depresivo como consecuencia de la separación de la pareja. (32)

b) Incumplimiento del deber de fidelidad: El *deber de fidelidad* que es uno de los que adquiere más trascendencia en esta materia, (33) se incurre en infidelidad aduna Alvarez Perreta, no sólo en caso de acceso carnal o relación sexual extramatrimonial (adulterio) sino también con toda actitud o conducta de significación amorosa sentimental con una tercera persona que lesione las legítimas afecciones o sentimientos del otro cónyuge. (34)

Explica Colombo que el adulterio constituye un acto ilícito como cualquier otro. No se vislumbra, por consiguiente, qué motivos pueden existir, si se aplican los textos de acuerdo con los que ellos dicen y, especialmente, de acuerdo con su exacta teleología, para que se repela la indemnización de los daños que ocasiona al marido o a otras personas, ya que de atenernos al art. 1079 del Cód. Civil "la obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta". ¿Quiérese un precepto más vasto y más concluyente? Si se lo quiere, léase el contenido en la cláusula 1077 del mismo cuerpo legal: "Todo delito" —sin distinción— "hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona", al que se añade el no menos terminante del art. 1081: "La obligación de reparar el daño causado por un delito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal". Es decir —corroborando lo que afirmábamos al principio— que hace pasible de la sanción tanto a la mujer como al hombre que con ella delinquió. (35)

Un elemento central a analizar a la hora de determinar la procedencia o no de indemnización por este rubro está relacionado con establecer la entidad o gravedad de las ofensas proferidas y si las mismas han podido afectar legítimamente a quien solicita la reparación. Si el abandono determina de por sí la imposibilidad de considerar la existencia del adulterio, queda toda una plataforma fáctica descartada sin más, con la consiguiente desventaja procesal para el abandonado, que en ningún caso podrá alegar hechos posteriores a la separación para fundar su reclamo, pues si entendemos que no hay ilicitud en la relación extramatrimonial la conducta, por sí misma, tampoco podría ser calificada como injuria grave. (36)

Desde ésta arista, la doctrina mayoritaria considera que cesa el deber de fidelidad tras la separación convenida o consentida tácitamente, (37) pero dicho criterio no es unánime, (38) con lo cual la antijuridicidad en este campo aparece difusa, por lo que resulta necesario indagar en el *hecho generador* de la responsabilidad, él cual revestirá el carácter de antijurídico en base a la tesitura que se adopte.

Tanto en el caso de la trasgresión del art. 1109 o de la violación de los deberes matrimoniales la existencia del hecho ilícito es indubitable. En este sentido explican Trigo Represas y López Mesa que se consideran indemnizables los daños resultantes de los hechos ilícitos que son a la vez causales de divorcio, sin que quepa distinguir, entre los que resultan de la infracción al deber genérico de no dañar, y los que constituyen una infracción a deberes propios del matrimonio. En ambos casos existe antijuridicidad, por lo que concurriendo el dolo o al menos la culpa, debe responder el ofensor por las consecuencias de esa infracción, en función de los principios que informan la responsabilidad por los hechos ilícitos. (39)

Vale decir al respecto que el hecho de que se haya decretado el divorcio por culpa de uno de los cónyuges bajo la causal de adulterio, no es suficiente por sí solo para generar derecho a la reparación del daño moral a favor del inocente, sino que debe demostrarse que dicha situación agravó las repercusiones espirituales propias de la

ruptura matrimonial, (40) en definitiva, debe quedar acreditado un daño cierto y concreto que amerite la procedencia del derecho de daños.

Un supuesto especial que ha sido autorizado sistemáticamente por la jurisprudencia para la procedencia del derecho de daños ante la violación del deber de fidelidad es *la relación adulterina publica del cónyuge con tercero*, así se indicó que comprobada la relación concubinaria del cónyuge apenas unos meses posteriores a la separación, puede inferirse que la relación se inició cuando el demandado aún se hallaba en matrimonio y a partir de entonces la situación fue pública, por lo cual resulta procedente otorgar a la esposa una indemnización por daño moral debido a la repercusión que ello debió tener luego de varios años de matrimonio, con sus inevitables significados frustratorios y humillantes y la consiguiente lesión al honor es su aspecto subjetivo. (41) En igual sentido se interpretó que ha sufrido daño moral el cónyuge que no sólo ve quebrantada la fidelidad conyugal por las relaciones sentimentales de su consorte sino que ello adquiere *estado público* dentro de su círculo de actuación. (42)

Asimismo se sostuvo que corresponde indemnizar el daño moral sufrido por una persona debido al adulterio en que incurrió su cónyuge luego de producida la separación de hecho y aun cuando aquella haya a su vez incurrido en otra causal de divorcio, pues el agravio que provoca *el adulterio a todas luces conocido* —en el caso, la esposa encontró en un comercio a su esposo y a la mujer que convivía con éste— debe haber representado una angustia más profunda que la sufrida por el adúltero. (43)

3.1.3. El deber de reparar que pesa sobre el cónyuge inocente ante la nulidad del matrimonio.

El obrar antijurídico está dado por quien contrae matrimonio a sabiendas de la existencia de un impedimento dirimente. Al cónyuge de mala fe se le imputa o atribuye subjetivamente la obligación resarcitoria por los daños y perjuicios de su obrar antijurídico. En la nulidad de matrimonio el daño moral se presume, y en su caracterización resulta ser que el cónyuge de buena fe ve frustrado uno de sus anhelos y expectativas legítimas que derivan de una unión matrimonial permanente y la correspondiente fundación de una familia legítima. (44)

Entonces, en los casos de nulidad su consecuencia, la aplicabilidad del derecho de daños, resulta inminente ya que la ley así lo determina cuando haya mala fe, es decir, esta situación no trasgrede el régimen de especialidad en materia de derecho de familia. Distinta es la cuestión de los daños devinientes de la causal de divorcio en donde el código no hace salvedad alguna, así se sostuvo que es procedente desestimar la posibilidad legal de reclamar daños y perjuicios derivados del divorcio, sea ellos producto de los hechos que conforman las causales de la ruptura o sean daños que derivan del divorcio en sí mismo, ya que la ley no autoriza tal reclamo como sí lo hace en el caso de nulidad de matrimonio, por lo cual el silencio del legislador demuestra su decisión de excluir tales daños del régimen de las indemnizaciones. (45)

El sólido argumento apoya esta postura es que el código contempla expresamente la reparación de los daños y perjuicios en los casos de nulidad de matrimonio (el cónyuge inocente puede demandarlo al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido violencia; art. 225), lo que estuvo previsto en el código de Vélez Sarsfield y en la ley 2393. Sin embargo, ninguna previsión existe en los casos de divorcio, como tampoco existió con las regulaciones anteriores, lo cual indica una voluntad del legislador de contemplar un régimen especial. Así, las consecuencias para el cónyuge culpable del divorcio no son neutras: conserva el derecho a percibir alimentos por parte del cónyuge culpable (art. 207 C.C.), y a que el inmueble que fue asiento del hogar conyugal no sea liquidado ni partido (art. 2011 C.C.), y en el caso de la separación personal en los términos del art. 202, mantiene la vocación sucesoria (art. 3574 C.C.). (46)

En estos casos la norma expresamente autoriza la aplicabilidad del régimen de daños con lo cual los argumentos en torno a la procedencia de la acción de daños y perjuicios son irrefutables ya que la misma surge del texto específico previsto por la ley. Como venimos sosteniendo en materia de daños derivados de la causal del divorcio, nosotros pregonamos la inclusión en la parte pertinente del campo reservado al derecho de familia de una norma que autorice la aplicabilidad del derecho de daños dado el *carácter especial* de ésta institución.

3.2. La necesidad de que surja expresamente de la parte especial destinada al derecho de familia.

En aquellos países donde se admite la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio, tal posibilidad está expresamente prevista en la ley, (47) ella debe ser la tendencia en nuestro país, porque el régimen especial el derecho de familia atenta contra las exigencias genéricas del Código Civil, las cuales han sido reguladas en miras a situaciones diversas a las que se subsitan en el marco del derecho matrimonial. Por lo cuál no nos oponemos a su procedencia sólo que reclamamos la existencia de una norma que así lo faculte.

Como enseña Vidal Taquini a pesar de la existencia de normas generales, es principio aceptado que cuando existe una regulación especial, ésta predomina sobre aquéllas, máxime cuando por aplicación de las mismas se produce un resultado contrario al que quiso el legislador en virtud de su silencio ante lo específico. Si el legislador de todos los tiempos entendía que en la regulación del matrimonio, sus efectos y consecuencias, se debían aplicar normas generales, es indudable que no se hubiese detenido en precisar peculiaridades que no se pueden calificar de superfluas, exteriorizando una particular preocupación para precisar en que supuestos procede la reparación de los daños ocasionados, que lleva a la conclusión de la no aplicabilidad de las normas generales sobre la responsabilidad civil al derecho de familia. (48)

Por su parte, creemos con Dutto que si la ley consagra un resarcimiento para el supuesto de nulidad de matrimonio y paralelamente continúa con su silencio en materia de divorcio, representa una expresión bastante evidente de excluir en este último ámbito la posibilidad de acciones fundadas en el Derecho de daños. De tal modo, ante el silencio de la ley es improcedente la indemnización del daño moral derivado del divorcio. El hecho ilícito *lato sensu*, aunque cause daño, no basta por sí solo para habilitar la regla general de no dañar a otro que subyace en el art. 1109 del Código Civil. (49)

En similar posición explica Mizrahi, el silencio de la ley tiene el valor de una expresión significante, toda vez que, al mantener la ley 23.515 (Adla, XLVIII-B, 1535) el texto literal del art. 225 del C.C. y paralelamente continuar con la omisión en materia de divorcio, representa una intención evidente de excluir en este ámbito las acciones fundadas en el derecho de daños. Reconoce que en varias cuestiones de derecho de familia, pese a una previsión legal expresa, se admite la procedencia de las reparaciones de daños (v.g.: por la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial), pero algo muy distinto sucede con la regulación de la ruptura matrimonial. Aquí el silencio de la ley, que no importa vacío alguno, tiene una expresión relevante; es intencionado en el sentido de que contiene una señal, diríamos un indicio vehemente en sentido negativo. (50)

Entonces como lo ha puesto de resalto la Sala B de la CNCiv. la aplicación genérica de los principios de responsabilidad civil (art. 1078) no puede viabilizarse en materia tan específica como el derecho de familia. Ni el Código Civil, ni la ley 2393 (Adla, 1881-1888, 497), y actualmente la ley 23.515, han consagrado el aspecto indemnizatorio, diferenciando claramente el supuesto de divorcio, del de nulidad, (51) porque como ha dicho la Sala A de ese Órgano Jurisdiccional la aplicación genérica de los principios de responsabilidad civil (art. 1078) no puede viabilizarse en una materia tan específica como el derecho de familia. (52)

Con igual criterio la Cámara de Apelaciones de La Plata entendió que el silencio u omisión de la legislación en cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios causados por el divorcio dan cuenta de una clara voluntad de no admitirla, pues cuando la ley ha querido expedirse y establecerla lo ha hecho, como en el caso de la nulidad de matrimonio. (53)

4. El factor de atribución aplicable.

4.1. La culpabilidad como dogma rector en la materia.

Tratándose del rubro indemnizatorio daño moral el comportamiento merecedor de una sanción por tal concepto, no está dado por la sola configuración de alguna de las causales de divorcio, sino por el obrar malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge. (54)

En este sentido se ha resuelto que la circunstancia de haberse decretado el divorcio atribuyendo a uno de los cónyuges la culpa respecto a la comisión de alguna de las causales previstas por la ley, no es suficiente por sí sola para generar derecho a la reparación del daño moral a favor del inocente, cuya procedencia únicamente puede ser analizada a través de la evaluación concreta de los hechos que lo ocasionaron. (55)

Siendo que en la hipótesis bajo tratamiento, daños vinculados al divorcio, no nos caben dudas que el factor de atribución en juego es el subjetivo doloso, parece inexorable que la calificación de la conducta del cónyuge que a la postre resulte culpable en la acción de divorcio sea hecha por el juez natural en el proceso de disolución del vinculo matrimonial, lo que no obsta a que, por razones de conexidad y economía procesal, sea el mismo a quien luego se le atribuya competencia en el conocimiento de la pretensión resarcitoria. (56)

Entonces, los daños y perjuicios producidos por el divorcio sólo pueden pretenderse en los casos de divorcio con atribución de culpa y no en aquellos donde no hay atribución de culpa ni en los que devienen de una presentación conjunta. Ello porque el factor de atribución debe ser necesariamente el dolo o la culpa y, en principio, no puede hablarse de causal de atribución en los divorcios por causales objetivas. (57)

Pese a no ser un criterio absoluto, (58) creemos con Pagano y Gimenez que, la acción resarcitoria dirigida por uno de los cónyuges al otro, tanto fundada en los hechos que motivan el divorcio como, con mayor razón aún, en las secuelas específicas del divorcio mismo (salvo el que ya denominamos infrecuente caso del reclamo no mediando petición alguna de divorcio contencioso), requiere como presupuesto previo a su procedencia la sentencia firme que declara el divorcio por culpa del demandado por daños, (59) pero como explica Bosch Madariaga se debe tener en claro que en el resarcimiento por daño moral, por más que haya un cónyuge culpable, no es un principio general que deba darse en todo juicio de divorcio. A modo de ejemplo el desamor puede ser el motivo de injurias y no por ello puede generar daños de índole resarcible. (60)

Ahora bien, frente a un hecho voluntario, tendrá su autor una culpabilidad ordinaria (o culpa propiamente dicha) o una culpabilidad calificada (o gravada o dolo delictual) (art. 1072 CC.), de acuerdo al menor o mayor reproche que merezca su conducta. Esta culpabilidad, en cualquiera de sus dos variantes, es conceptualmente diferente a la de la sentencia de divorcio dictada "por culpa de". (61)

Con relación a la culpa grave consideramos que la finalidad de introducir la culpa grave es la de limitar los factores subjetivos culposos de atribución de responsabilidad a casos de excepción, en los que se produce ese efecto negativo cuando el sujeto agente ha desbordado los límites de conducta normalmente respetados por las personas corrientes. Por otra parte, la admisión de la culpa grave conlleva a que el magistrado debe exigir un criterio de muchísima más intensidad en la infracción para la atribución de la responsabilidad, (62) pero dicha consideración debe surgir del texto de la ley y no de la voluntad del judicante.

4.2. La compensación de culpas.

Si bien el fallo plenario "G., G. G. c. B. de G., S. A." dispuso que es susceptible de reparación, el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, para que la indemnización por este rubro sea procedente, es necesario que quien lo solicita revista el carácter de cónyuge inocente. (63)

Es decir, sólo *el cónyuge que no dio causa al divorcio goza de legitimación para reclamar una indemnización de daños y perjuicios*, ya que, de ser ambos declarados culpables, ninguno la tendrá ni podrá reclamar del otro porque estaría pretendiendo obtener un resarcimiento de daños derivados de una situación a la que coadyuvó con su propia conducta culpable, contrariando el principio liminar del art. 1111 del Cód. Civil. (64)

Vale la pena aclarar que *el divorcio por presentación conjunta* anteriormente iniciado y desistido, no impide el reclamo de indemnización por daño moral en razón del divorcio culpable posteriormente declarado, (65) ya que de ninguna manera sería contrariar la doctrina de los actos propios puesto que el primigenio intento de acuerdo no se consolidó y dio lugar a una acción de daños y perjuicios que culminó con la condena del culpable.

Ahora bien, el conflicto se plantea cuando ambos cónyuges son culpables. En estos casos se han propuesto decisiones antagónicas al respecto.

Creemos junto con una calificada doctrina que *la culpa de ambos cónyuges no neutraliza la responsabilidad*, por cuanto la culpa de uno de ellos no da derecho a la agresión del otro, (66) ya que la declaración de divorcio por culpa de ambos esposos no importa descartar automáticamente el derecho de cualquiera de ellos de ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de alguno de los hechos constitutivos del divorcio (causales del art. 202 CC.) en la medida que le ha reportado un daño. (67)

En ese sentido se dispuso que habiéndose decretado el divorcio por culpa de ambos cónyuges, resulta procedente la indemnización por daño moral reclamada por uno de ellos ya que, el adulterio, la trasgresión a los deberes de asistencia moral y las agresiones físicas cometidas por el otro, guardan causalidad eficiente con el daño espiritual padecido por el reclamante. (68)

Si seguimos el patrón lógico del razonamiento que lleva a admitir la indemnización del daño moral por los hechos constitutivos de la causal de divorcio no advertimos por qué no habría de ponderarse la incidencia causal de la conducta de cada uno de los esposos en la producción de daño respectivo. Es que no estamos indemnizando los daños provocados por el divorcio, tal como lo regula el art. 206 del Cód. Civil francés, sino aquellos emergentes de un obrar dañoso con independencia del resultado en el orden familiar. (69)

Siguiendo a Belluscio podemos concluir que:

1. El daño puede resultar de un solo hecho, al cual ambos cónyuges contribuyeron a producirlo y que da lugar al divorcio; por ejemplo, por culpa de ambos se produce una reyerta que alcanza las vías de hecho y uno sale lesionado. Se aplican aquí los principios relativos a la concurrencia de culpas pues se trata de un hecho ilícito común.

2. El divorcio se decreta por culpa de ambos cónyuges pero por hechos diferentes de uno y otro; por ejemplo, adulterio de la mujer y malos tratamientos del marido que ocasionan lesiones a aquella. En este caso, como los hechos y culpas son independientes, cada uno responderá de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho dañoso cometido.

3. El divorcio se decreta por culpa de ambos cónyuges, pero los perjuicios no derivan directamente de los hechos que le dan lugar sino del divorcio en sí. Aquí tampoco existe concurrencia de culpas; porque si bien las de ambos dieron lugar al divorcio, bastaba con la de uno sale para que éste fuese decretado. Por consiguiente, si uno de los cónyuges resulta perjudicado no podría reclamar daños y perjuicios por cuanto aun sin culpa del otro el divorcio también se hubiese producido, y le está vedado reclamar perjuicios emergentes de su propia culpa (art. 1111, Cód. Civil). (70)

5. El daño moral causado al cónyuge.

5.1. Su diferencia con la antijuridicidad.

Es necesario ante todo no confundir antijuridicidad con daño ambos elementos operan en órbitas diferentes, así lo ha resuelto el fallo plenario de la CNCiv. que sostuvo que si uno de los cónyuges incurre en alguna causal de las taxativamente enumeradas por el art. 202 del Código Civil, está cometiendo un hecho ilícito, porque viola deberes derivados del matrimonio que son susceptibles de dar lugar a la sanción civil del divorcio. Pero si ese ilícito además causa un daño objetivamente cierto a la persona del inocente, no existe impedimento alguno para penetrar en el campo aquiliano y disponer que se enjugue el perjuicio con las sanciones propias de ese ámbito. De allí que en nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio. (71)

No basta acreditar la ocurrencia del o de los actos ilícitos que constituyen la causal de aquél, sino que debe demostrarse cuáles han sido sus consecuencias o repercusiones, en términos de privación del goce de los bienes que poseen un valor precipuo para la vida del hombre: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos lo que se resarce no es el hecho lesionante sino sus efectos menoscabantes, (72) entonces como advierte Mizrahi la existencia concreta de que hubo daño debe ser acreditado por el receptor de tales agravios de manera fehaciente, caso contrario se considerará que no reviste la entidad suficiente que avale el resarcimiento de daño moral. (73)

5.2. El resarcimiento del daño por su carácter injusto.

Tampoco debe identificarse el daño con la responsabilidad civil, ya que este constituye uno de los recaudos para su procedencia, aunque —como vimos— no sea el único. En sentido contrario sostiene Krasnow que en el presente, el derecho de daños se dirige a la protección de la persona. Quedó atrás la concepción que partía de considerar a la indemnización como una sanción para quien causó un daño. En gran medida, responde a la declinación de la culpa y al reconocimiento de toda actividad riesgosa como factor objetivo de atribución. A esto se suma, la posibilidad de prescindir del presupuesto de la antijuridicidad cuando nos encontramos frente a lo que se denomina el "daño injusto". (74) Esta consideración —cuyos argumentos derivan de las postulaciones del Maestro De Lorenzo— (75) debe ser tomada con extrema cautela porque puede traer aparejado resultados no pretendidos. Nosotros consideramos que la antijuridicidad sigue siendo un principio ineludible para la procedencia de la responsabilidad civil, porque como expresa Vidal Taquini aunque el hecho ilícito cause daño, no basta para la acción, (76) deben ser cotejados los demás presupuestos para la procedencia de la responsabilidad civil.

En las Primeras Jornadas Australes de Derecho, Comodoro Rivadavia en 1980 se dijo que en nuestro Derecho positivo son indemnizables los daños y perjuicios patrimoniales y el daño moral que al cónyuge inocente irroga el divorcio. Se entiende por daños, tanto los derivados de los hechos o conductas constitutivas de la causal de divorcio, como los que provoca el divorcio mismo. (77) Por nuestra parte consideramos que este criterio es demasiado extenso y no se condice con la axiología de la reparación que pregonamos, la cual requiere que se encuentre acreditado el *hecho que dio lugar al divorcio y que el mismo se encuentre en relación causal con el daño.*

5.3. Requisitos del daño para su procedencia.

Dicho daño además de grave, (78) debe ser cierto, (79) tener cierta magnitud, (80) y debe quedar plenamente acreditado, ya que —como dijimos— el divorcio en sí mismo no constituye un menoscabo, así la CNCiv. indicó que corresponde desestimar la pretensión indemnizatoria por daño moral entablada por la cónyuge reconviniente en un juicio de divorcio, si no logró acreditar que el se exhibiera desinteresadamente con su nueva pareja, por lo que a pesar de haberse acreditado el abandono voluntario y malicioso, así como el adulterio del esposo, y no obstante reflejar esto una conducta que resulta clara expresión de la pérdida del vínculo

afectivo, no alcanza para presumir que tal comportamiento tuviera el inequívoco afán de mortificar, dañar el prestigio, honor e integridad espiritual, (81) entonces debe especificarse el hecho constitutivo del divorcio que generó angustias, dolores o padecimientos espirituales, (82) y el daño propiamente dicho ya que la acción no es procedente cuando se hace difícil distinguir entre el agravio generador de resarcimiento y las manifestaciones de desamor o del propio conflicto familiar. (83) En definitiva, como dice Zanonni el solo desamor puede ser causa de injurias y de divorcio pero no necesariamente fuente de un resarcimiento autónomo. (84)

Como oportunamente dijimos son distinguibles los daños y perjuicios causados por los hechos que motivaron el divorcio o la separación personal, de los daños causados por el divorcio en sí mismo o la separación personal. (85) En relación con los daños materiales derivados de los hechos que dan motivo al divorcio, Belluscio propone la hipótesis de daños generados en lesiones que requieren atención médica o provocan lucro cesante o incapacidades con secuelas transitorias o permanentes, contagio de enfermedades, especialmente venéreas, o, como lo declara por unanimidad la Comisión Nº 1 de las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa realizadas en Santa Fe en el mes de noviembre de 1990 la transmisión culpable del SIDA, escándalos promovidos públicamente que afectan al crédito laboral o profesional del agraviado, la destrucción de bienes de propiedad del reclamante, etc. (86)

5.4. Resarcimiento del daño moral y daño material.

La integración de la perspectiva de reclamo de daños morales conjuntamente con los daños patrimoniales probados, como es propio a todo supuesto resarcitorio de daños generados en la ilicitud civil, no sólo se deriva sin dificultades del texto del art. 1078 del Código Civil, sino que es admitida al día de hoy prácticamente sin retaceos. (87)

En los casos de daños materiales el resarcimiento opera pos equivalente (art. 505 inc. 3), pero en materia de daño moral esto no es posible. No hay modo, por su misma naturaleza, de resarcir por equivalente. Y es imposible asignar a una suma de dinero el valor del bien moral lesionado, aquélla, como instrumento para el resarcimiento del daño moral, simplemente vendrá a facilitar al individuo que lo recibe la procuración de otros bienes o satisfacciones. (88)

Entonces con relación al daño moral deben quedar acreditados los extremos probatorios que admiten su viabilidad. Así la CNCiv. Sostuvo que es procedente otorgar una indemnización por daño moral a la cónyuge reconviniente por injurias graves en el juicio de divorcio, toda vez que se encuentran acreditados los padecimientos que ha sufrido durante el matrimonio tanto sentimentales como espirituales derivados del trato del actor, así como la mortificación debido a una relación que el actor mantenía con una compañera de trabajo de ambos. (89)

En cuanto al monto de la indemnización por daño moral del cónyuge inocente en el juicio de divorcio, éste debe fijarse teniendo en cuenta las consecuencias perjudiciales que le provocó el otro consorte con su actitud, (90) pero como dice Zavala de González es asunto actualmente librado a la personal apreciación y decisión del magistrado, sin más guía que su intuición al efecto de esclarecer la equidad de la suma indemnizatoria, (91) pero debe ser pagada necesariamente en dinero (art. 1083, Cód. Civil) fijada en forma global, sin que a los jueces esté permitido autorizar su pago en forma de renta. (92)

6. Distintas postulaciones que admiten el resarcimiento. El fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones.

Entre los partidarios del resarcimiento de los daños derivados del divorcio pueden reconocerse tres o cuatro posturas:

1. los que admiten del resarcimiento de los daños provocados por los hechos que constituyen causales de divorcio, tanto como de los derivados del divorcio o la separación en sí mismos;

2. los que sólo admiten la indemnización por daños provenientes de los hechos constitutivos del divorcio, pero no del divorcio en sí mismo, porque entienden que haría falta una norma específica para ello, o que este segundo supuesto se subsume en el art. 207 del Cód. Civil;

3. los que rechazando de manera general la procedencia de este tipo de indemnización, la admiten cuando se presenta un daño que se exterioriza por los mismos hechos y exige reparación, como cuando, por ejemplo, hay un doloroso y acentuado ataque, que sobrepase la mera relación matrimonial.

4. A su vez, se insinúa una corriente que ante la realidad del divorcio como remedio y no sólo como sanción, propone que, aun cuando no existan conductas culpables, igualmente pueden generarse perjuicios derivados de la situación de divorcio, y aún de conductas propias de la interrelación conyugal, que puedan producir consecuencias no queridas. (93)

El 20 de septiembre del 1994 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en pleno, se expide sobre la procedencia del resarcimiento del cónyuge por los daños acaecidos en el divorcio. La cuestión con la que se inició el abordaje del tema quedó redactada de la siguiente manera: ¿En nuestro derecho positivo, es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio?

Por mayoría el tribunal colegiado resolvió que *es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio*, (94) por su parte, los restantes integrantes de la Cámara Nacional votaron por la improcedencia del reclamo indemnizatorio. (95)

7. Conclusiones.

El ir y venir de la jurisprudencia demuestra que continúa incierta la solución, a despecho del intento unificador de un fallo plenario, no imponiéndose un dogma tajante de aplicación de los principios de la responsabilidad civil ante la infracción a los deberes matrimoniales cualquiera sea la entidad de ella, lo cual es desopilante y repugna el sentido común, pero si es clara la afanosa búsqueda por los jueces de las razones para resolver en uno u otro sentido, demostrando la riqueza y variedad de los múltiples argumentos expuestos y el despliegue de un prudente criterio judicial ante el caso concreto sometido a decisión. (96)

La jurisprudencia mayoritaria se inclina a favor del resarcimiento, (97) la doctrina por su parte se encuentra más escindida, (98) el mayor sustento de esta tesitura es que la reparación es un derivado lógico de la existencia de un hecho ilícito, en estos casos. (99)

No nos oponemos en absoluto a este criterio solo que consideramos necesario que exista una norma especial que autorice dicha aplicación porque el criterio antagónico no se condice con la clara y sugestiva voluntad legislativa, y además atenta contra el *carácter especial* del derecho de familia.

Es por ello, que proponemos al respecto la inmiscución de una norma en el plano del derecho de familia que autorice la aplicación del derecho de daños al régimen matrimonial. El modelo a seguir debe ser el proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio de 1998, que prevé en su art. 525 que *"...si la separación se decreta por culpa exclusiva de uno de cónyuges, éste puede ser condenado a reparar los daños materiales y morales que la separación causo al cónyuge inocente. La demanda sólo es procedente en el mismo proceso de separación. Los daños provenientes de los hechos ilícitos que constituyen causales de separación son indemnizables...."*

Entonces, a modo de cierre podemos decir que:

* No nos oponemos a la procedencia de la acción de daños y perjuicios siempre que se cumplan con los parámetros que establece el derecho de daños para su procedencia.

* La antijuridicidad se configura por la violación de los deberes matrimoniales que expresamente determina la ley.

* El factor de atribución es el subjetivo basado en la idea de culpa o dolo,

* El daño debe tener la suficiente entidad para habilitar su reparación y opera independiente del daño propio del divorcio en sí mismo.

* No debe identificarse divorcio por causal subjetiva culpable con atribución de culpa en la responsabilidad civil, puede la primera opere sin que se configure ésta última.

* La viabilidad resarcitoria del derecho de daños está en relación con el hecho que configura la causal que da lugar al mismo y no opera *ipso iure o per se*.

* La sentencia de divorcio constituirá una prueba cabal de la existencia fáctica del mismo.

* Es menester la inmediata sanción de una norma que autorice la viabilidad del derecho de daños en el plano del derecho de familia, por el carácter especial que rige la materia.

Bibliografía

(1) Jalil, Julián, "Viabilidad de la pretensión resarcitoria del daño moral deviniente de un divorcio causal", RCyS, 2010-IV, 239.

(2) Cc0101 Mp 114131 Rsd-303-1 S-Fecha: 11/12/2001-Juez: Cazeaux (sd) Carátula: Ch. R., R. c. V.J. L. s/divorcio vincular-Mag. Votantes: Cazeaux-De Carli-Font (Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires. En igual sentido: Superior Tribunal de Justicia, San Salvador de Jujuy Expte. N° B-17.830/97 Divorcio Vincular. L. A. N° 46.F. 447/449 N° 176. Sentencia del 14 de mayo de 2003. SAIJ. Sumario W0001554.

(3) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, 30/03/2008, B. de A., M. del R. c. A., R. F., LA LEY Litoral 2008 (junio), 550, AR/JUR/607/2008.

(4) Cámara 3ª en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan. Fecha: 31/03/2008, P., F. L. c. E., V. S., LA LEY Gran Cuyo 2008 (julio), 599, AR/JUR/1786/2008. Tratándose del rubro indemnizatorio daño moral el comportamiento merecedor de una sanción por tal concepto, no está dado por la sola configuración de alguna de las causales de divorcio, sino por el obrar malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge.

(5) CNCiv., sala B, G., A. M. c. O., J. A., LA LEY 1998-E, 772.

(6) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 13/05/1998, R. de H., S. c. H., J. C., LA LEY BA 1998, 1435, AR/JUR/4237/1998.

(7) Levy, Lea M. Wagmaister, Adriana M. Iñigo de Quidello, Delia B., La situación del divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges. Revista La ley. t. 1990-C. Secc. Doctrina. p. 905.

(8) Uriarte, Jorge A., "Rechazo de la indemnización del daño moral por el adulterio de uno de los cónyuges" LA LEY, 1991-D, 218.

(9) Krasnow, Adriana N., "Limitaciones a la reparación del daño en el divorcio. Una tendencia que crece" RCyS, 2010-X, 72.

(10) Aunque consideramos atinado la presencia de una norma en la parte especial que amerite la aplicabilidad del deber de reparar.

(11) Medina, Graciela, Kanesfsck, Mariana, "Responsabilidad y Derecho de Familia", Rev. El Derecho. t. 2001-191. p. 821. Explican las autoras que el Derecho de Familia no constituye un ordenamiento que se baste a sí mismo, y, por ende, para solucionar los conflictos deben aplicarse los principios de la teoría general del Derecho Civil. Por ejemplo la representación paterno-materna de los hijos menores se rige supletoriamente por las reglas del mandato. Aunque no esté contemplado expresamente en nuestra legislación, la jurisprudencia ha condenado a pagar los daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial, aplicando así los principios de la responsabilidad civil.

(12) Rivera, Julio César, "El Derecho Privado Constitucional", en la Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 7.

(13) CNCiv., sala F, A., M. A. c. B., L. H.

(14) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 27/02/2007, M., E. C. c. J., A. L., LA LEY BA 2007 (junio), 558, AR/JUR/133/2007.

(15) Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, sala A, 03/03/2005, Morley, Vilma A. c. Martínez, Antonio H., LA LEY Patagonia 2005 (junio), 1049, AR/JUR/407/2005. Voto del Dr. Ferrari. Ídem CNCiv. y Comer. de San Nicolás, 2003/09/04, "F.M.B. c. M.M.A.", DJ 31/03/2004, 819 - LA LEY BA 2004 (febrero), 117.

(16) Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 04/09/2003, F.M.B. c. M.M.A. DJ 31/03/2004. En este orden argumental se indicó que la obligación de resarcir el daño moral causado por el cónyuge culpable del divorcio resulta genéricamente de la sustracción de aquél del deber jurídico de no dañar, siendo requisitos esenciales los propios del régimen de la responsabilidad civil en general, es decir, dañosidad, antijuridicidad, imputabilidad y causalidad. Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial III, 04/08/1995, R., J. E. c. A., O. E., DJ 1996-1, 272, AR/JUR/3643/1995. 819 - LA LEY BA 2004, 117, AR/JUR/3801/2003.

(17) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 13/05/1998, R. de H., S. c. H., J. C. LA LEY BA 1998, 1435, AR/JUR/4237/1998.

(18) Córdoba, Marcos, M., "Procedencia de la reparación de daños entre cónyuges" Revista La ley. t. 2007-B. pp. 595/6.

(19) Uriarte, Jorge A., "Rechazo de... Ob. Cit. p. 217.

(20) Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, homenaje a la doctora M.J. Méndez Costa, Santa Fe, 1990.

(21) Corte de. Casación sala "des requêtes", junio 7 de 1893, Sirey. 1895-1-413. Belluscio, Augusto C. "Daños y perjuicios derivados del divorcio". Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales t. IV, 625. Si bien el ejemplo parece prístino.

(22) CNCiv., sala B, O. J. c. C. L., A. F., RCyS, 2006, 1019 - LA LEY, 2006-D, 339 - DJ, 2006-2-792.

(23) Ver nuestros trabajos: Jalil, Julián Emil "Plena aplicación del régimen delictual a los cuasidelitos civiles", Revista el Derecho 10/05/10. p. 3. Jalil, Julián E. "El artículo 1109 del Código Civil como péndulo vacilar que subyace adyacente a los diferentes supuestos de tipicidad civil" Publicado en Temisnet Información Judicial del Chubut.

(24) Pagano, Luz M y Gimenez, Luis A., "Daño moral en el divorcio por culpa de ambos cónyuges" ...

(25) Bosch Madariaga (h.), Alejandro F., Daño moral en el divorcio. Análisis jurisprudencial de su procedencia y cuantificación. DJ, 2007-II, 1111. Si bien es cierto que el incumplimiento del deber de fidelidad normalmente (art. 901 y sgts del CC) irá aparejado de un daño moral, como expresa Colombo pocos actos ilícitos serán tan aptos como el adulterio para "hacer sufrir a las personas... hiriendo sus afecciones legítimas". Y no se aduzca que ese delito va perdiendo densidad jurídica a medida que avanza el tiempo, ya que si es verdad que las leyes penales no son actualmente tan rigurosas como antaño, no lo es menos que el raciocinio, tras quedar huérfano de apoyo ético, atenta contra las prescripciones legales vigentes y tiende a introducir salvedades que ellas no introducen. No se precisa, por otra parte, forzar la nota para poner de relieve el impacto que generalmente tiene la infidelidad de la mujer en el círculo familiar. La realidad suele superar a la imaginación, pues fuera de los cuadros espectaculares que registra con lamentable periodicidad la crónica roja, la desintegración lenta del hogar, con la dispersión de los hijos en establecimientos educacionales; la angustia espiritual del esposo; el endurecimiento de las almas infantiles al ser desposeídas del amor maternal y la terrible gravitación psicológica que en ellas suele ocasionar el conocimiento, temprano o tardío, del deshonor en que ha incurrido uno de los seres queridos, atenta no sólo contra los intereses individuales, sino también contra los intereses de la sociedad misma. De ahí que la lenidad manifiesta con que se sanciona penalmente el adulterio no debe servir de excusa para negar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por ese hecho ilegal e inmoral, cuando son realmente efectivas y se demuestran como los que emergen de cualquier otra acción u omisión culpable. Colombo, Leonardo A. "Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa". En Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales. t. IV, 613.

(26) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, del Trabajo y Minas de 2ª Nominación de Catamarca, 03/11/2005, G., L. N. c. F., C. del N. de J., LA LEY NOA, 2006 (mayo), 411 - LA LEY NOA 2006 (setiembre), 901, con nota de Néstor E. Solari; AR/JUR/7993/2005. (Del voto del doctor Herrera).

(27) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 02/07/2009, T. J. V. c. G. B. M., AR/JUR/41213/2009. Ídem. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, en "G., G. G. c. B. de G., S. M.". 20/09/1994, LA LEY, 1994-E, 538 - DJ, 1994-2, 1171 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho de Familia - Director: Marcos M. Córdoba - Editorial LA LEY, 2004, 426.

(28) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 02/07/2009, T., J. V. c. G., B. M., AR/JUR/36223/2009.

(29) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 02/03/2005, C. R. A. M. c. D. N. S., L. C., DJ 2005-3, 18, con nota de Gabriel Bedrossian; LA LEY 2005-D, 190, con nota de Gabriel Bedrossian; LA LEY 10/06/2005, 5, con nota de Guillermo J. Borda; LA LEY 2005-C, 756, con nota de Guillermo J. Borda; DJ 2005-1, 1095, con nota de María Victoria Famá; Andrés Gil Domínguez; LA LEY 2005-C, 200, con nota de Eduardo A. Sambrizzi; AR/JUR/77/2005.

(30) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 13/12/2006, A., M. D. c. B., P. M., DJ 2007-II, 701, AR/JUR/9454/2006.

(31) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, 14/05/2003, G., G. G. c. A. de G., N. D., LA LEY NOA 2005 (diciembre), 1382, con nota de Ricardo Alberto Grisetti; AR/JUR/6654/2003.

(32) Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 13/03/2001, M., C. E. c. D., M. D., LA LEY BA 2001, 1514, AR/JUR/3012/2001 Entre otros: CNCiv, en pleno, "G., G. G. c. B de G., S. M.", 1994/09/20, LA LEY, 1994-E, 538; CNCiv., sala J, "B., S. M. c. L. C., A. G.", 1999/02/18, LA LEY, 2000-C, 945; sala A, "A. C., L. c. S., E. G.", 1999/08/11, LA LEY, 2000-C, 945; misma sala, "P., L. M. c. R., H. R.", 1997/09/25, LA LEY, 1998-D, 737.

(33) Como el adulterio constituye una de las mayores injurias, el daño moral que sufre el cónyuge inocente queda configurado con independencia de la mayor o menor publicidad que tenga el hecho ilícito, pues la fuerza dañadora se produjo en lo más íntimo de quien lo sufrió y la publicidad del hecho no cambia la naturaleza del ilícito y sólo puede incidir en el quantum indemnizatorio. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 02/03/2005, C. R. A. M. c. D. N. S., L. C., DJ 2005-3, 18, con nota de Gabriel Bedrossian; LA LEY, 2005-D, 190, con nota de Gabriel Bedrossian; LA LEY 2005-C, 756, con nota de Guillermo J. Borda; DJ, 2005-1, 1095, con nota de María Victoria Famá; Andrés Gil Domínguez; LA LEY, 2005-C, 200, con nota de Eduardo A. Sambrizzi; AR/JUR/77/2005.

(34) Alvarez Perreta, "Deber de fidelidad. Daño material y daño moral", LA LEY, 1985-A, 988.

(35) Colombo, Leonardo A., Indemnización del daño... ob. cit. p. 615.

(36) Bedrossian, Gabriel, ¿Existe adulterio luego del abandono?, LA LEY 2005-D, 190-DJ 2005-3, 18.

(37) Ver al respecto, Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia. t. I. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 420 y ss.; Zannoni, Eduardo A y Biscaro R., "Valoración de la conducta de los cónyuges posterior a la separación de hecho" Revista de Jurisprudencia Argentina, t. 1995 III. p. 355, Biscaro, Beatriz R., "Deberes y derechos matrimoniales durante la separación de hecho", LA LEY, 1993-E, 21; Grosman, Cecilia P., ¿Puede reconocer un cónyuge que el otro no dio causa a la separación personal en la causal objetiva prevista en el art. 204 y 214 del Código Civil?, Revista El Derecho, t. 1958. p. 447; Mizrahi, Mauricio L., Familia, matrimonio y divorcio. Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 338 y ss. Mizrahi, Mauricio L., "El cese de los deberes matrimoniales tras la separación de hecho: Un leading case", LA LEY, 2000-B, 359; Vidal Taquini, Carlos, "Matrimonio Civil. Ley 23.515. Comentario de los arts. 159 al 239 del Código Civil y demás normas vigentes. Doctrina y jurisprudencia, Astrea, Buenos Aires, 2000, p 462 y ss.; Highton Elena, "Fidelidad ¿hasta cuando?", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Nº 16, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 37; García de Ghiglino, Silvia, ponencia presentada en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín 1994; Chechile, Ana María, "Deber de fidelidad y separación de hecho", Revista de Jurisprudencia Argentina, t. 1997-IV. p. 881, Rabinovich, Silvia, "Autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia" ponencia presentada en las XIX Jornadas Nacionales de Dercho Civil, Rosario, 2003, Libro de Ponencia, p. 252 y ss. Figueroa Ríos, Marcela A., y Peracca, Ana G., "Deber de fidelidad y débito conyugal producido por el cese de la cohabitación entre los cónyuges acordada por ambos o consentida —tolerada— con posterioridad.

Alcances de la autonomía de la voluntad" ponencia presentada en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil... Ob. cit., p. 154 y ss.; Callegari, Mariana, Siderio, Alejandro y Flores Levalle, Ramiro, "Autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia", ponencia presentada en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil..., Ob. cit., p. 57 y ss. Y la jurisprudencia que emana de los siguientes fallos: CNCiv., sala C, 21/08/90, con voto del Dr. Cifuentes, LA LEY, 1990-D, 543; CNCiv., sala M, 18/07/92, LA LEY, 1993-E, 15; sala F, del 12/10/94, J.A. 1995-III-350 C.C. y C. Junín, c. 34.483, 1/06/00; C.C.0102 M.P., c.114.228, 5/06/01; C.C.0001 S.M., c. 45.395, 12/08/03, JUBA.

(38) En este sentido se dijo que mientras no se hubiera dictado un pronunciamiento judicial que decrete la separación o el divorcio de los cónyuges, cualquiera hubiere sido el lapso transcurrido desde que se produjo su separación de hecho, la comprobada relación sexual extramatrimonial provoca la configuración de la causal de adulterio, en tanto el deber de fidelidad se perpetúa durante la vigencia del vínculo y no concluye por el mero distanciamiento de los cónyuges. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 11/02/2010, U. M. A. c. G. G. E. O., RCyS, 2010-X, 73, con nota de Adriana N. Krasnow; AR/JUR/28412/2010. Con similar tesitura la sala A de la CNCiv. dispuso que el deber de fidelidad entre cónyuges se perpetúa durante la vigencia del vínculo matrimonial y no concluye por el mero distanciamiento de éstos, puesto que la circunstancia de que se hubiera producido la separación de hecho, de ningún modo autoriza a cometer esta afrenta. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 13/12/2006, A., M. D. c. B., P. M., DJ, 2007-II, 701, AR/JUR/9454/2006. Ver también: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "G. E., A. F. c. L., C. E.", 20/10/2006; CNCiv, sala I, "H. P. R. de L. c. G. I. A.", 10/03/2005, LA LEY, 2005-E, 842, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.) — LA LEY, 2005-D, 632; "Ch., E. B. c. G., R. N.", 09/03/2004, LA LEY, 05/08/2004, 5 — DJ, 22/09/2004, 280; sala E, "R., B. G. A. c. C., M. Z.", 24/10/2003, LA LEY Online.Por su parte la Sala C de la Cámara Nacional dispuso que la separación de hecho no autoriza, en principio, a violar el deber de fidelidad impuesto en el artículo 198 del Código Civil, sobre todo cuando los hechos de infidelidad fueron situados a pocos meses —en el caso, dentro de los tres meses siguientes— del alejamiento del hogar conyugal. . Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 02/07/2009, T., J. V. c. G., B. M., AR/JUR/36223/2009. Ídem CNCiv, sala E, "G. E., A. F. c. L., C. E.", 20/10/2006; CNCiv, sala I, "H. P. R. de L. c. G. I. A.", 10/03/2005, LA LEY, 2005-E, 842, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.) - LA LEY, 2005-D, 632; "Ch., E. B. c. G., R. N.", 09/03/2004, LA LEY, 05/08/2004, 5 - DJ, 22/09/2004, 280; sala E, "R., B. G. A. c. C., M. Z.", 24/10/2003, LA LEY Online, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, "T. J. V. c. G. B. M.", 02/07/2009, La Ley Online, AR/JUR/41213/2009. Sobre la continuidad del deber de fidelidad se recomienda la lectura de Bigliardi, Karina A. - Pietra, María Luciana, "Alcance y contenido de los derechos y deberes de fidelidad y de cohabitación durante la separación de hecho de los cónyuges", LLBA 2009 (junio), 504; Solari, Néstor E., "La conducta de los cónyuges durante la separación de hecho", LA LEY, 2008-B, 1; Cifuentes, Santos, "Sobre la fidelidad conyugal de los separados", LA LEY 22/06/2005, 1; Rabinovich, Silvia B., "Separación de hecho de los cónyuges y subsistencia del deber de fidelidad", LA LEY, 2004-C, 1163.

(39) Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, t. IV. La Ley, Buenos Aires, p. 280/281.

(40) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala III, 17/09/2009, S., A. T. c. F., M. R., LLBA, 2009 (noviembre), 1146, AR/JUR/31817/2009. Ídem Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, "O., C. c. M. M., O. D.", 30/09/2008; LA LEY, 2009-B, 702, con nota de Néstor E. Solari.

(41) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 10/03/2005, H. P. R. de L. c. G. I. A., LA LEY 2005-E, 842, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.); LA LEY 2005-D, 632, AR/JUR/1222/2005.

(42) Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II, 07/04/1983, A., A. c. A., M. N., LA LEY, 1983-C, 350, con nota de Jorge Mosset Iturraspe; AR/JUR/713/1983.

(43) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 13/11/2001, A. de P., C. c. P., M. C. A., DJ, 2002-1, 536, AR/JUR/2152/2001.

(44) Dutto, Ricardo J., "Daños ocasionados en las relaciones de familia. Hammurabi Buenos Aires. 2007. p. 75.

(45) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Garantías en lo Penal de Necochea, 10/04/2007, A., L. V. c. C., J. M., LLBA, 2007 (setiembre), 948 - RCyS 2007, 550, con nota de Carlos H. Vidal Taquíni.

(46) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, 03/03/2009, D.M.C. c. B.M.A., LA LEY BA 2009 (mayo), 436 - Cita Online: AR/JUR/1667/2009.

(47) Medina, Graciela, "Responsabilidad y derecho de familia - Daños entre cónyuges durante la vigencia del matrimonio y a la disolución por muerte. Daños entre padres e hijos. Visión jurisprudencial de USA", Revista El Derecho, t. 191. p. 60.

(48) Vidal Taquini, Carlos H., De la incierta..., ob. cit. p. 549.

(49) Dutto, Ricardo J., Daños..., ob. cit. p. 85.

(50) Mizrahi, Mauricio, "Improcedencia de las indemnizaciones por daños en los divorcios decretados por causales subjetivas", En Revista de Jurisprudencia Argentina. t. IV. p. 680, oct-nov de 1991.

(51) CNCiv., sala B, junio 13-990 V de D., N c. D, R, N. LA LEY, 1991-D, 218.

(52) CNCiv., sala B, en autos "A. J. de N. A. c. N., S" del 29/4/88, LA LEY, 1991-D, 231.

(53) Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala III, 07/11/1996, A. de U., M. c. U., A. D., DJ, 1997-3, 995, AR/JUR/4809/1996.

(54) CNCiv., sala A, G. A., C. c. P. C., A. P., La Ley Online.

(55) Cám.Civ.1 Quilmes, 18/11/1997, "A., L. c. R., M. s/divorcio vincular contradictorio", Juba B2900441. Es que no basta la declaración de culpabilidad contenida en la sentencia de divorcio, para predicar la obligación de indemnizar al inocente, porque la culpa típica de la institución matrimonial, referida al incumplimiento de los deberes conyugales, posee connotaciones singulares que imponen siempre su consideración particularizada (CCiv.2 Sala 2 La Plata, 12/9/2000 "M., P c/O., J. s/divorcio vincular", Sumario Juba B300795. Pero los hechos que llevaron al divorcio, cuando tienen una expansión y gravedad —fuerza dañosa punzante en el prestigio, en las esencias comunes espirituales del otro cónyuge—, que de por sí, al margen de la separación conyugal y su disolución, entrañen un verdadero daño moral, éste debe ser compensado con carácter autónomo. Cám. Civ.1 Sala 1, 11/12/2001 "Ch. R., R. c. V. J. L. s/divorcio vincular", Sumario Juba B1352442; en el mismo sentido Cám. Civ. 1 Sala 2, Mar del Plata, 8/4/97 "V. L. c. P.O. s/daños y perjuicios", Sumario Juba B1401953.

(56) Cecchini, Francisco Carlos - Saux, Edgardo Ignacio, Daños entre Conyuges. Prejudicialidad y Responsabilidad Civil. Zeus SRL. p. 78.

(57) Medina, Graciela, "Responsabilidad... ob. cit. p. 77.

(58) En sentido contrario ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 28/04/2006, B., O. J. c. C. L., A. F. Publicado en: RCyS, 2006, 1019 - LA LEY, 2006-D, 339 - DJ, 12/07/2006, 792.Cita Online: AR/JUR/1624/2006. Especialmente el voto del Dr. Mizrahi Quién dijo que desde hace tiempo vengo sosteniendo la improcedencia de las indemnizaciones por daños en los divorcios decretados por causales subjetivas Desde luego, entiendo que tal limitación lejos está de ser absoluta, dado que cuando el accionar del cónyuge provoca una lesión o menoscabo a los llamados derechos de la personalidad, el estado conyugal no servirá de soporte para convalidar la impune perpetración de delitos o cuasidelitos (ver op. cit., p. 530, núm. 261). Es que en esos específicos supuestos, los cónyuges no serán convocados como tales, sino como víctima y victimario, quedando desplazado el derecho matrimonial. En esta situación, adquirirán particular relieve las normas del responder civil, las que serán plenamente aplicables con o sin sentencia de divorcio. En igual sentido: Mizrahi, Mauricio. Familia, matrimonio y divorcio, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 515.

(59) Cecchini, Francisco Carlos. Saux, Edgardo Ignacio. Ob. Cit. p. 243. Mizrahi, Daños entre Cónyuges, ob. cit. p. 77.

(60) Bosch Madariaga (h.), Alejandro F., Daño moral en el divorcio. Análisis jurisprudencial de su procedencia y cuantificación. DJ, 2007-II, 1111.

(61) Pagano, Luz M. y Gimenez, Luis A., Daño moral..., ob. cit. p. 943.

(62) Medina, Graciela, "Responsabilidad..., ob. cit. p. 79.

(63) CNCiv., sala A O., C. c. M. M., O. D., LA LEY, 2009-B, 702, con nota de Néstor E. Solari.

(64) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Garantías en lo Penal de Necochea, 10/04/2007, A., L. V. c. C., J. M., LLBA 2007 (setiembre), 948 - RCyS, 2007, 550.

(65) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 22/11/1990, L., J. c. M. de L., E. P., LA LEY, 1991-A, 275 - DJ, 1991-1, 698, AR/JUR/329/1990.

(66) Sostienen esta opinión Barbero, Daños y perjuicios derivados del divorcio cit.; Dutto, Ricardo, Responsabilidad entre cónyuges en caso de divorcio, en Zeus 53-167, sec. doct.; Belluscio, Derecho de Familia Depalma. Buenos Aires. 1981 Nº 892; Makianich de Basset, Lidia, "Otra acertada acogida del derecho a reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable del divorcio". Revista el Derecho. t. 115. p. 844. Medina, Graciela, "Responsabilidad por daños derivados del divorcio", en Revista de Derecho de Daños. Rubinzal Culzoni. La postura de quienes sostienen la compensación de culpa nos parece injusta, ya que si un cónyuge es culpable del divorcio por lesionar al otro, por ejemplo le produce la pérdida de un ojo a causa de un golpe, mientras que el otro esposo es culpable por injurias, no parece adecuado que el tuerto deba quedar sin indemnizar el daño que ha sufrido en su integridad física porque sea culpable de haber injuriado al otro cónyuge.

(67) Pagano, Luz M y Gimenez, Luis A., Daño moral... ob. cit. p. 944. En este orden argumental se postuló entendió que si las declaraciones de culpabilidad en el divorcio de ambas partes se sustentan en hechos diferentes en el caso, infidelidad de la esposa y violencia psicológica del marido cada uno deberá responder por el daño moral ocasionado con el hecho dañoso cometido, el ser independientes los hechos y las culpas. Juzgado de Primera Instancia de Familia n° 3 de Rawson, Provincia del Chubut, 26/02/2009, G., M. D. c. P., A. N., LA LEY, 2009-C, 376, con nota de Néstor E. Solari; AR/JUR/1863/2009.

(68) Cámara de Apelaciones de Esquel, 06/07/2009, V. A., L. D. c. C., L. C., LA LEY Patagonia 2010 (febrero), 88, AR/JUR/25967/2009. Com. y Minería, San Juan, sala II, "A., B. M. c. Q., T.", 2008/10/07, LA LEY Gran Cuyo 2009 (febrero), 99; "M., O. M. c. A., M. N.", 2009/04/28, LA LEY Gran Cuyo 2009 (agosto), 706; CNCiv., sala C, "T. J. V. c. G. B. M.", 2009/07/02, La Ley Online. En sentido contrario se entendió que resulta improcedente reclamar los daños y perjuicios derivados de la ruptura nupcial, ya que en materia familiar nada es definitivo y la reconciliación no es una mera posibilidad, máxime si quien reclama no es inocente de tal rompimiento. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Garantías en lo Penal de Necochea, 10/04/2007, A., L. V. c. C., J. M., LA LEY BA 2007.

(69) Pagano, Luz M y Gimenez, Luis A., Daño moral..., ob. cit. p. 943.

(70) Belluscio, Augusto C., Daños y perjuicios..., ob. cit. p. 625.

(71) CNCiv., en pleno, 20/09/1994, autos "G., G. G. c. B., S. M.", publicado en LA LEY, 1994-E, 538/562. Ídem RIVERA, Julio César, "Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio", publicado en Jurisprudencia Argentina, t. 1994-IV, p. 576/582. Así la sala C de la CNCiv. sentenció que es procedente otorgar una indemnización por daño moral a la cónyuge reconviniente por injurias graves en el juicio de divorcio, toda vez que se encuentran acreditados los padecimientos que ha sufrido durante el matrimonio tanto sentimentales como espirituales derivados del trato del actor, así como la mortificación debido a una relación que el actor mantenía con una compañera de trabajo de ambos. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 01/02/2007, L., P. M. c. S., M. A., AR/JUR/2612/2007.

(72) Cc0002 Sm 47366 Rsd-38-00 S-Fecha: 24/02/2000, en autos A., I. L. c. A., L. D. s/Indemnización de daños y perjuicios, Publicaciones: ED, 190, 527-Mag. Votantes: Cabanas-Mares-Occhiuzzi- Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, Civil y Comercial).

(73) Mizrahi, Mauricio Luis, "Familia, Matrimonio, Divorcio", Astrea, p. 512.

(74) Krasnow, Adriana N., "Limitaciones a la reparación del daño en el divorcio. Una tendencia que crece" RCyS, 2010-X, 72. Es decir, forma parte de una ideología jurídica muy propia del siglo XX, como explica Alterini en el Siglo XX, para la indemnización dejó de ser exigible que el daño fuera injustamente inferido y bastó que resultara injustamente sufrido. Alterini, Atilio Aníbal. "Foresight de la responsabilidad civil" RCyS ,2010-II, (Tapa).

(75) Véase la profunda obra del distinguido Profesor Federico De Lorenzo, El daño injusto en la responsabilidad civil, Abeledo Perrot, 1996.

(76) Vidal Taquini, Carlos H., De la incierta..., ob. cit. p. 548. Porque, dice el autor, no se puede pedir reparación del perjuicio causado culposamente más que con la condición de que el legislador no previó especialmente el daño que padecemos, por lo cual las normas de la responsabilidad extracontractual no son complementarias, no pudiendo ser utilizados por el intérprete cuando hay voluntad cierta del legislador de excluir la acción, porque el silencio es una expresión significante de tal magnitud que en cada lengua es una ecuación diferente, entre manifestaciones y silencios, debiéndose interpretar que la ley excluye en forma clara y manifiesta de los efectos del divorcio la acción de daños y perjuicios, no pudiendo los jueces atribuirse facultades legislativas

que no tienen ni interpretar la ley con prescindencia de la regulación que gobierna la cuestión de cuyo juzgamiento se trata.

(77) Primeras Jornadas Australes de Derecho, Comodoro Rivadavia, 1980. "Tema C: Responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Daños y perjuicios derivados del divorcio".

(78) Se pregunta Zanonni cuán graves han de ser las afrentas a la integridad personal o al honor y dignidad del ofendido, en qué medida han de trascender el reducto de la intimidad de los esposos para proyectarse al escándalo más o menos público que daña la propia imagen y la consideración de uno de ellos ante los demás, y contesta a su retórica: son cuestiones de hecho, insusceptibles de una categorización apriorística. Zannoni, Eduardo A., "Derecho Civil-Derecho de Familia", t. II, Astrea, Buenos Aires. 1978. p. 228/232. Vale la pena reproducir las dicciones esbozadas en un voto de la Dra. Wilde quien sostuvo que el daño moral no debe confundirse con el duelo que produce la separación en sí; la sensación de fracaso y frustración que se vuelca en el otro por no haber podido concretar los proyectos conyugales, es algo inherente a la pérdida" (voto de la Dra. Wilde, en CNCiv., sala J, 21-5-2000, ED, del 7-3-2001). En este orden de ideas ha resuelto el Dr. Velásquez en un voto de la Cámara del Noroeste de Chubut que los supuestos de divorcio-sanción, la procedencia de la indemnización del daño moral requiere de hechos que exhiban una fuerza dañadora muy punzante, en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico, pues entonces además del malogro de la unión conyugal, pueden ellos provocar una lesión al bien moral susceptible de ser compensada. Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, sala A, 03/03/2005, Morley, Vilma A. c. Martínez, Antonio H., LA LEY Patagonia 2005 (junio), 1049, AR/JUR/407/2005 (del voto del doctor Velásquez). En igual sentido: CNCiv., sala A, 1999/08/11, "A. C., L. c. S., E. G.", LA LEY, 2000-C, 944, 945, J. Agrup., caso 15.039. Por ello se ha resuelto que no se trata de un daño in re ipsa, y que no basta acreditar la concurrencia de los actos que constituyen la causal de divorcio, sino que debe demostrarse cómo han causado la privación del goce de bienes de valor esencial como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos. (C.C.Com., de San Martín, sala II, 24-2-2000, ED, del 24-1-2001, fallo 50.541). Con esta tesitura su dijo que para determinar la procedencia del reclamo resarcitorio del cónyuge inocente del divorcio, corresponde analizar si el proceder del otro configura una conducta ilícita que implique auténticos agravios para el accionante y, en el caso los constantes vejámenes y abusos a que eran sometidos los familiares, son de una gravedad importante por lo que el daño moral causado resulta evidente Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala II, 13/02/1997, T. de M., G. E. c. M., J., LLBA, 1997, 728, AR/JUR/101/1997.

(79) Es decir, la configuración de un daño moral resarcible a favor del cónyuge inocente no resulta automáticamente presumida por la presencia de un hecho determinante del divorcio, sino que es requisito demostrar la existencia cierta del perjuicio invocado. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 03/02/2010, L., G. C. c. B., M. A., AR/JUR/32/2010. Ídem. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, "M., E. C. c. J., A. L.", 27/02/2007, LLBA 2007 (junio), 558.

(80) Así se adujo que a los fines de determinar la procedencia del reclamo por daño moral incoado en el marco de un divorcio, no basta con acreditar la concurrencia de los actos que constituyen la causal de disolución, sino que es necesario probar que fueron efectuados con tal magnitud y publicidad al punto de tornarlos escandalosos, afrentando la dignidad y el honor. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala II, 28/04/2009, M., O. M. c. A., M. N., LA LEY Gran Cuyo 2009 (agosto), 706, AR/JUR/9361/2009. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, 30/03/2008, B. de A., M. del R. c. A., R. F., LA LEY Litoral 2008 (junio), 550, AR/JUR/607/2008. Asimismo se dijo que si bien cuando media una ruptura de una relación afectiva, que posteriormente termina en divorcio o separación personal, puede concluirse que ambos cónyuges sufren el dolor que se experimenta por el fracaso del proyecto de vida común trazado, resulta improcedente el reclamo en concepto de daño moral interpuesto en el caso, cuando no han podido acreditarse hechos o circunstancias con suficiente entidad que viabilicen el reclamo resarcitorio. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, 30/03/2008 B. de A., M. del R. c. A., R. F., LA LEY Litoral 2008 (junio), 550, AR/JUR/607/2008. Por su parte la sala K de la Cámara Nacional Civil entendió que es procedente el resarcimiento por daño moral a favor del cónyuge inocente en el juicio de divorcio si las circunstancias de la causa, por su gravedad, exceden de las simples penas y conflictos propios de la vida del hombre. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 14/02/2002, G., H. E. c. F., N. V., LA LEY, 2002-B, 159 - DJ 2002-1, 474, AR/JUR/1864/2002. ver asimismo: CNCiv., sala A, "P., L. M. c. R, H. R.",

1997/09/25, LA LEY, 1998-D, 737; "A. C., L. c. S., E. G.", 1999/08/11, LA LEY, 2000-C, 945, J. Agrup., caso 15.053; sala B, "G., A. M. c. O., J. A.", 1996/07/18, La Ley, 1998-E, 772 (40.829-S); sala J, "B., S. M. c. L. C., A. G.", 1999/02/18, LA LEY, 2000-C, 945, J. Agrup., caso 15.048; "S. de S. R., M. A. c. S. R., J. R.", 1997/09/12, LA LEY, 1999-C, 724 (41.441-S) y DJ, 1999-2-222; sala K, "R., A. c. J., M. E.", 1996/08/30, LA LEY, 1997-C, 570. Y los artículos de doctrina: Cifuentes, Santos, "El divorcio y la responsabilidad por daño moral", La Ley, 1990-B, 805; Fernández Ribet, Pedro I., "El daño moral en el divorcio", DJ, 1998-3-223; Roveda, Eduardo G. - Sarquis, Lorena, "Daños y perjuicios entre cónyuges", DJ, 1997-3-993.

(81) CNCiv., sala A, A., M. D. c. B., P. M., DJ, 2007-2-701. Con similar postura la Sala G expuso que para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima para establecerlo, objetiva y presuntivamente en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 22/02/2008, O., E. B. c. M., A. C., La Ley Online; AR/JUR/489/2008.

(82) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 18/02/1999, B., S. M. c. L. C., A. G. AR/JUR/1427/1999.

(83) Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial III, 04/08/1995, R., J. E. c. A., O. E., DJ 1996-1, 272, AR/JUR/3643/1995.

(84) Zannoni, Eduardo A., Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio, en JA 1994-II-822.

(85) Jornadas de Responsabilidad por Daños en homenaje a Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990. "Tema: Responsabilidad entre cónyuges en caso de divorcio" Explica Vidal Taquini la reparación es susceptible, o sea facultativa porque no siempre procederá y se limita a los hechos constitutivos de las causales de divorcio, descartando los daños derivados de la separación personal y del divorcio en si mismos, de manera que todo depende de la envergadura del hecho y de su potencialidad para provocar un daño, que se deberá probar, según el entender de cada juez. Vidal Taquini, Carlos H., Matrimonio Civil. Astrea, Buenos Aires. 1991, p. 518.

(86) En Belluscio, Augusto, Zannoni, Eduardo y Kemelmajer de Carlucci, Aída, Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia, Hammurabi, 1983, p. 31. Ídem. Méndez Costa, María Josefa, "Separación personal, divorcio y responsabilidad civil sus fundamentos" en Derecho de Daños, obra en homenaje al Dr. Mosset Iturraspe, Hammurabi, 1989, p. 659.

(87) Así lo han declarado las I jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1980, Comisión C, Despacho A-1), las Jornadas de Responsabilidad Civil, en homenaje al Dr. Bustamante Alsina (Buenos Aires, 1990, Comisión I, Despacho V-1), las Jornadas de Derecho Civil - Familia y Sucesiones en homenaje a la Dra. Méndez Costa (Santa Fe, 1990, Comisión I, Despacho VI-2), y lo afirman entre otros Zannoni, Belluscio, Mosset Iturraspe, Méndez Costa, Barbero, Alterini, Bustamante Alsina, Brebbia, López De Carril, Mazzinghi, Molinario, Kemelmajer De Carlucci y Andoro. Cecchini, Francisco Carlos. Saux, Edgardo Ignacio, Daños entre Cónyuges. Prejudicialidad y Responsabilidad Civil. Zeus SRL. p. 84.

(88) Pagano, Luz M. y Gimenez, Luis A., Daño..., ob. cit. p. 942.

(89) CNCiv., sala C, L., P. M. c. S., M. A.

(90) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Garantías en lo Penal de Zárate-Campana, 17/04/2001, P., L. A. c. M., B. I., LLBA, 2002, 579, AR/JUR/1472/2001. Ídem, CNCiv., sala J, "S. de S. R., M. A. c. S. R., J. R.", 1997/09/12, LA LEY, 1999-C, 724.

(91) Zabala de González, Matilde, Daños a las personas. Integridad psicofísica, Hammurabi, Buenos Aires 1990, p. 520.

(92) Salvat, Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil Argentino Actualizado por Arturo Acuña Anzorena. Fuentes de las Obligaciones" t. IV Buenos Aires, 1958, Belluscio, Augusto C., Daños y perjuicios derivados del divorcio. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales t. IV, 625.

(93) Molina Quiroga, Eduardo La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio, LA LEY, 1995-B, 334-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales t. IV, 727. En la primera tesitura se encuentran Belluscio Bustamante Alsina, Mosset Iturraspe, Barbero, Mendez Costa, Bossert, Zannoni; Kemelmajer de Carlucci, Makianich de Basset, Taraborrelli, Alvarez Perretta; Uriarte; García de Ghiglino; Ippolito, Silvia - LIZ, Hernández; Ugarte; Scherman de Stern; Abbate; Campos, Borserini, Müller, Javier (Levy, Lea - Wagmaister, Iñigo, Andorno; etcétera.Con relación a la segunda postura ver: Lombardi, César A. - Salvatori Reviriego,

Gustavo, "La responsabilidad civil en la separación personal y en el divorcio, DJ, 1989-2-659; Velazco, José Raúl, "La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio", LA LEY, 1991-A, 1034; etc. Con referencia a la 3ª postulación es fundamentalmente la posición de Cifuentes, Santos: su voto en La Ley, 1988-D, 377 y "El divorcio y la responsabilidad por daño moral", en LA LEY, 1990-B, 805. Sería, según sus citas, la solución del Código Suizo (1907). Si los hechos que han determinado el divorcio han causado un "grave" ataque a los intereses personales del esposo inocente, el juez puede conceder además una suma de dinero a título de reparación moral (art. 151); del Código Civil griego (1920): Si el hecho que ha constituido la causa del divorcio ha sido ejecutado en condiciones que comportan una grave ofensa a la persona del cónyuge no responsable, el tribunal puede, en la sentencia de divorcio, obligar a la parte que sea única responsable a pagar a la parte no responsable una suma de dinero en razón del daño moral (art. 1453); Código matrimonial sueco (1920); Ley danesa de Matrimonio (1922); Código de Perú (1936 y 1984). Ver también Calatayud, Mario P., su voto en CNCiv., sala E, octubre 30, 1992, JA, mayo 12-993, N° 5828; "Jornadas de homenaje a Méndez Costa": B) "No son indemnizables estos daños, excepto que los hechos, a más de constituir una violación a los deberes matrimoniales, constituyan un ilícito reparable en sí mismo" (Pettigiani, Di Lella, Alterini, López Cabana, Saux); Posición de los doctores Ana María Conde y Hugo Molteni, por un lado y de los doctores Mario P. Calatayud, Emilio M. Pascual, Jorge A. Giardulli, Luis G. Lérida y Carlos R. Degiorgis, en sus votos en el plenario del 20/9/94. Por su parte la última tesitura fue sostenida por Wagmaister.

(94) Votos de Carlos R. Degiorgis. - Jorge A. Giardulli (con aclaración). - Gladys S. Alvarez. - Ana M. Luaces (por sus fundamentos). - Hugo Molteni (por sus fundamentos). - Jorge Escuti Pizarro (en disidencia y con ampliación de fundamentos). - Luis López Aramburu (en disidencia y por sus fundamentos). - Gerónimo Sansó. - José A. M. de Mundo (en disidencia). - Javier Ruda (por sus fundamentos). - Jorge H. Alterini. - José L. Galmarini (por sus fundamentos). - Alberto J. Bueres. - Alí J. Salgado. - Osvaldo D. Mirás (en disidencia y por sus fundamentos). - Juan C. Dupuis. - Mario P. Calatayud (con aclaración). - Elena I. Highton (con ampliación de fundamentos). - Ana M. Conde. - Fernando Posse Saguier. - Roberto E. Greco (por sus fundamentos). - Leopoldo L. V. Montes de Oca. - Marcelo J. Achával (en disidencia). - Claudio M. Kiper (en disidencia y por sus fundamentos). - Julio Ojea Quintana (en disidencia y por sus fundamentos). - Delfina M. Borda. - Eduardo L. Fermé. - Luis G. Lérida (con aclaración). - Teresa M. Estévez Brasa (en disidencia y con ampliación de fundamentos). - Julio R. Moreno Hueyo (en disidencia). - Emilio M. Pascual (con aclaración). - Carlos Polak. - Hernán Daray. - Carlos H. Gárgano (en disidencia). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno 20/09/1994, G., G. G. c. B. de G., S. M., LA LEY, 1994-E, 538 - DJ, 1994-2, 1171 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho de Familia - Director: Marcos M. Córdoba - Editorial LA LEY, 2004, 426, con nota de Néstor E. Solari; Colección Plenarios - Derecho Civil t. I, 1000, AR/JUR/3477/1994.

(95) Voto de los Dres. Jorge Escuti Pizarro. Luis López Aramburu. José A. M. de Mundo. Marcelo J. Achával. Claudio M. Kiper. Teresa M. Estévez Brasa. Julio R. Moreno Hueyo. Carlos H. Gárgano. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno 20/09/1994, G., G. G. c. B. de G., S. M., LA LEY, 1994-E, 538 - DJ 1994-2, 1171 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho de Familia - Director: Marcos M. Córdoba - LA LEY, 2004, 426, con nota de Néstor E. Solari; Colección Plenarios - Derecho Civil t. I, 1000, AR/JUR/3477/1994.

(96) Vidal Taquini, Carlos H. De la incierta responsabilidad por daños ante el divorcio, RCyS, 2007, 548.

(97) Ver CNCiv., sala C, 17/5/88, "P. M. S. c. P., J. C. D", LA LEY, 1988-D, 377; íd., sala F, 22/11/90, L., "J. c. M. de L., E.,P.", ED, 142-143; id., 21/5/93, "V. G. O. c. T., A. C" JA, 1994-I-32; id., sala I, 18/7/96, "G., A. M. c. O., J..A." Rev. Gaceta de Paz, 17/9/96, p 2; id., sala K, agosto 30 de 1996, "R., A c J., M.E.", LA LEY, 1997-C-573; CCiv y Com. Junín, 20/12/94, "S., M. T. c. G., E. M.", LLBA, 1995-397; C1aCC Lomas de Zamora, sala II, 13/2/97, "T. de M., G. E. c. M., J.", LA LEY BA, 1197-728 CCivil y Com., Morón, sala II, 14/11/95, " M., R. R. c. C., M. B.", LLBA, 1997-1045; C1aCCMar del Plata, Sala II, 8/4/97 ", "V., L. c. P., O", LLBA, 1997-1287; Cciv y Com. San Isidro, sala I, 13/5/98, "R. de H., S. c. H., J. C.", LLBA, 1998-1435. En sentido contrario, ver CC2a La Plata, Sala II 8/8/86, "A. V. de G., M. c. G., O.", LA LEY, 1986-E, 590; CNCiv., sala B, 13/6/90, "V. de D. c. D., R. M.", ED, 139-273, íd., íd., 30/10/92, "F., D. A. c. D., E. H, JA, 1993-II-328; íd., sala A, 25/9/97, "P., L. M. c R., H. R.", LA LEY, 1998-D, 739; íd., sala J, 12/9/97, "S. de S. R. M. A. c. S. R., J. R. s/divorcio, 17/2/98, p.14; íd., sala K, 11/13/2001, "A. de P., C. c. P., M. C. A", DJ, 2002-I-536; C1a de

Apel Civ y Com., San Nicolás, 4/9/93, "F. M. B. c. M. M. A. s/divorcio", en www.eldial.com.ar, 6/10/03, "C., A. B c. S., E. J. s/divorcio", en www.eldial.com.ar, 15/11/03; etc.

(98) A favor del resarcimiento podemos encontrar a Bustamante Alsina, Jorge Daños y Perjuicios. Responsabilidad Derivada del Divorcio", t. I, en Enciclopedia de Derecho de Familia. Universidad. p. 763; Méndez Costa, María "Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos" p. 636 en "Derecho de Daños", Libro Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe; Ferrer, Francisco A. "Resarcimiento de Daños en la Separación Personal y en el Divorcio", p. 303 en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Mendez Costa, María Josefa, "Separación personal, divorcio y responsabilidad civil", en "Derecho de daños", Buenos Aires, 1989; Bossert, Gustavo, "Manual de Derecho de Familia"; Kemelmajer de Carlucci, Aída, en "Responsabilidad civil en el Derecho de Familia" (con Zannoni) Hammurabi, Buenos Aires, 1983; Acuña Anzorena, Arturo, "Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y su cómplice por causa de adulterio", La Ley, 27-212; Mosset Iturraspe, Jorge, "Los daños emergentes del divorcio", LA LEY, 1983-C, 348; Bustamante Alsina, Jorge, "Divorcio y responsabilidad civil", LA LEY, 1988-D, 376; Makianich de Basset, Lidia, "Otra acertada acogida del derecho de reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable del divorcio", ED, 115-844; Bidart Campos, Germán, "Los hechos que dieron origen al divorcio y la indemnización por daño moral", ED, 130-289; Uriarte, Jorge A., "Reparación" ob. cit. p. 393; y "Rechazo de la indemnización del daño moral por el adulterio de uno de los cónyuges", LA LEY, 1991-D, 216; Alvarez Perretta, "Deber de fidelidad, daño material y daño moral", LA LEY, 1985-A, 988; Minyersky, Nelly (III Congreso Internacional de Daños, AABA, abril de 1993, Disertación como Vicepresidente de la Comisión de Comisión N° 1, Derecho de Familia); López Del Carril, Julio, "Derecho de familia, p. 23, Buenos Aires, 1984; García De Ghiglino, Silvia S., "Es indemnizable la pérdida de vocación sucesoria del cónyuge inocente (o "enfermo") por la conversión de la separación personal en divorcio vincular", LA LEY, 1991-B, 776 (Sec. Doct.); Velazco, José Raúl, "La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio", LA LEY, 1991-A, 1034; Ippolito, Silvia - Liz, Carlos Alberto, "Perjuicios futuros indemnizables derivados del divorcio", LA LEY, 1991-E, 1051; Levy, Lea - Wagmaister, Adriana - Iñigo, Delia; "La situación ob. cit. p. 711. etcétera.

(99) Así dice Medina lo contrario sería pretender que sólo existe deber de reparar cuando haya una norma expresa que así lo disponga, lo que es inadecuado a nuestro sistema legal (arg. art. 1109). Medina, Graciela, "Responsabilidad", ob. cit. p. 54. Pero nosotros respondemos con las dicciones esbozadas de la CA 2° de La Plata que resolvió: dada la especialidad del derecho de familia, no corresponde aplicar las normas generales de responsabilidad por daños en esta materia. De tal modo, ante el silencio de la ley, es improcedente la indemnización del daño moral derivado del divorcio. Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala III, 07/11/1996, A. de U., M. c. U., A. D., DJ, 1997-3, 995, AR/JUR/4809/1996. Cámara de Apelaciones.

La legitimación activa del concubino para el resarcimiento del daño moral a la luz del art. 1078 del Código Civil

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LLPatagonia. 2011 (febrero), 109
Cita Online: AR/DOC/224/2011
[Consultado el: 29/06/2020]

Sumario.

I. SINOPSIS.- II. JURISPRUDENCIA. 1. Procedencia del art. 1078 del CC ante los cuasidelitos. 2. La inconstitucionalidad del art. 1078 del CC. 3. La innecesidad de declarar la inconstitucionalidad. 4. La interpretación literal del art. 1078.- III. Contexto doctrinario.- IV. Biblioteca.

I. Sinopsis.

Mucho se ha debatido en torno a la legitimación del concubino ante el daño moral ocasionado por la muerte del otro pseudoconsorte. La jurisprudencia vacila entre la procedencia o no de dicho resarcimiento, habida cuenta que lo que se encuentra en juego -en el último de los casos- es el reconocimiento jurídico de una situación de hecho.

La procedencia del reclamo del daño está íntimamente ligada a la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, que se encuentra aparentemente en disconcordancia con otros preceptos del mismo cuerpo normativo y principalmente de algunas normas contenidas en la Cara Magna Federal y en las Constituciones provinciales.

La cuestión sigue vigente en nuestros días y la jurisprudencia patagónica es el fiel reflejo de las posiciones antagónicas que se recrean al respecto, las cuales podrían comprimirse en aquellos que consideran que el art. 1078 se ajusta a nuestra ley suprema y quienes abogan por su inconstitucionalidad.

II. Jurisprudencia.

1. Procedencia del art. 1078 del CC ante los cuasidelitos.

La reparación por daño moral no está limitada a los actos ejecutados con el propósito de dañar, con intención dolosa, pues comprende el agravio proveniente de los cuasidelitos (art. 1078, Cód. Civil -Adla, XXVIII-B, 1799-).

CCiv., Com., Laboral y Minería Santa Rosa, 22/04/1980, Luna de Piris, Alicia y otros c. Braudeman y Cía. y otros, AR/JUR/7500/1980

2. La inconstitucionalidad del art. 1078 del CC.

Es inconstitucional el art. 1078 del Código Civil en cuanto impide a la concubina de quien perdiera la vida en un accidente de trabajo reclamar una indemnización en concepto de daño moral, ya que negar de pleno, el derecho a obtener una reparación, aun cuando se pueda invocar un perjuicio espiritual, serio, grave y relevante,

viola el principio de igualdad ante la ley y sólo parece reposar en una concepción sacralizada de la institución matrimonial que no se condice con los parámetros valorativos de la sociedad del tiempo que nos toca vivir.

ST Río Negro, 28/11/2007, M., E. G. c. Edersa S.A. - LLPatagonia 2009 (abril), 745, con nota de María Belén Delucchi; Richar F. Gallego; AR/JUR/13439/2007.

Procede declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil en cuanto limita la legitimación activa para el reclamo del daño moral a los damnificados directos del hecho ilícito, pues, lo cierto es que, cuando éstos han sufrido lesiones incapacitantes que obligan a sus familiares a atenderlos de por vida, tal aniquilación de la esencia de derecho se produce con toda evidencia.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I, 12/05/2009, Cuevas, Jara Evelyn Carmen c. Provincia del Neuquén y otros, La Ley Online; AR/JUR/37917/2009.

Es inconstitucional el art. 1078 del Código Civil en cuanto impide a la concubina de quien perdiera la vida en un accidente de trabajo reclamar una indemnización en concepto de daño moral, ya que negar de pleno, el derecho a obtener una reparación, aun cuando se pueda invocar un perjuicio espiritual, serio, grave y relevante, viola el principio de igualdad ante la ley y sólo parece reposar en una concepción sacralizada de la institución matrimonial que no se condice con los parámetros valorativos de la sociedad del tiempo que nos toca vivir.

ST Río Negro, 28/11/2007, M., E. G. c. Edersa S.A. - LLPatagonia 2009 (abril), 745, con nota de María Belén Delucchi; Richar F. Gallego; AR/JUR/13439/2007.

3. La innecesidad de declarar la inconstitucionalidad.

En el marco de una acción de daños y perjuicios incoada por la madre y hermana del damnificado que se encuentra en estado vegetativo a causa del accidente, dada la referida situación excepcional, no resulta necesario declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil para permitir satisfacer el daño moral infligido a aquéllas, aún cuando no sean directamente damnificadas en el evento (del voto del doctor Silva Zambrano).

CCivil Neuquén, sala I, 09/09/2008, C., C. B y otros c. Municipalidad de Neuquén - LLPatagonia 2008 (diciembre), 596 AR/JUR/10548/2008.

4. La interpretación literal del art. 1078.

La concubina de quien falleció en un accidente con motivo de la intervención de una cosa riesgosa, carece de legitimación para reclamar el daño moral que el evento le ocasionó pues no reviste el carácter de heredera forzosa en los términos del artículo 1078 del Código Civil.

CCiv., Com. y Minería General Roca, 01/10/2007, Carranza, Marisol y otra c. Rodríguez, Alejandro y otro, LLPatagonia 2008 (febrero), 97 - AR/JUR/8254/2007.

Es improcedente declarar, de oficio, sin debate y contradicción suficientes, la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 1078 del Código Civil si lejos de ser una certeza subjetiva, sino basada en el ordenamiento dado por el legislador, quien en uso de la prerrogativa constitucional y republicana de sancionar la ley, ha puesto un límite al derecho de reparación frente a tan subjetivo padecimiento como traduce el daño moral, debiendo tenerse severísimas razones para fulminar la vigencia de una norma del Código Civil que rige sin escándalo desde el 1° de julio de 1968.

CCiv., Com. y Minería General Roca, 15/02/2008, Jerez, Hilario Norberto c. Iglesias, Mariano Rubén y otro - LLPatagonia 2008 (junio), 294 - AR/JUR/1135/2008.

La concubina de quien falleció en un accidente con motivo de la intervención de una cosa riesgosa, carece de legitimación para reclamar el daño moral que el evento le ocasionó pues no reviste el carácter de heredera forzosa en los términos del artículo 1078 del Código Civil.

CCiv., Com. y Minería General Roca, 01/10/2007, Carranza, Marisol y otra c. Rodríguez, Alejandro y otro - LLPatagonia 2008 (febrero), 97 - AR/JUR/8254/2007.

III. Contexto doctrinario.

MÉNDEZ SIERRA, Eduardo Carlos. La legitimación activa en el daño moral. Crisis del art. 1078 CC - LLC, 2010-1204.

- Las fórmulas legales deben habilitar a los jueces la apreciación de las circunstancias del caso concreto, sin relevarlos, obviamente, de constatar rigurosamente la reunión de los presupuestos necesarios para la configuración de un daño moral resarcible. Todo demuestra, pues, que la solución adoptada por el art. 1078 en orden evitar la multiplicidad de demandas o cadena indiscriminada de reclamos ante un hecho dañoso, no ha sido razonable. Por el contrario, vulnera lo dispuesto por el art. 28 de la Const. Nacional, ya que no puede utilizarse como medio para lograr dicho objetivo, la lisa y llana supresión "a priori" de personas con derecho al resarcimiento. La preocupación acerca del posible desborde litigioso no puede derivar en una solución que cercene el derecho constitucional a la reparación del daño injustamente causado, como sucede con la norma en cuestión.

PREVOT, Juan Manuel. Legitimación activa de los concubinos y otros damnificados indirectos para reclamar daño moral por muerte - LLLitoral, 2010-1045

- Sabido es que nuestro ordenamiento jurídico (art. 1078 Cód. Civil), fija dos reglas básicas respecto a la legitimación activa para reclamar por daño moral: a) la acción, en principio, sólo compete al damnificado directo del menoscabo y, b) si del entuerto hubiese resultado su muerte; la disposición legal es tajante, en tanto reza textualmente que: "únicamente tendrán acción los herederos forzosos" (esto es, ascendientes, descendientes y cónyuge supérstite). A fuerza de ser reiterativos (en LA LEY, 2009-A, 146) seguimos sosteniendo la anacronicidad de la norma, ello así en tanto el art. 1078 limita la legitimación activa para reclamar daño moral y desde esa perspectiva deviene inconstitucional.

RITTO, Graciela B. Acerca del daño moral de la concubina del causante. Un fallo innovador en la Jurisprudencia de la Cámara de Nacional de Apelaciones en lo Civil - LA LEY 2009-F, 668.

- Confronta materialmente con el art. 16 la Constitución Nacional y viola lo dispuesto por el art. 28 de nuestra Carta Magna. El art. 1078 viola el principio de reparación integral contemplado en el art. 19 de la Constitución Nacional. Conculca los preceptos constitucionales establecidos en el art. 14 bis y 16 de la Constitución Nacional y de la Constitución de la Provincia del Chaco que en su art. 35 consagra la protección de la familia. Es inaplicable con fundamento en los preceptos constitucionales de protección de la familia: arts. 14 bis y concordantes de la Constitución Nacional, 17, 27 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", 10 y 23 del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", igualdad ante la ley (art. 16 Const. Nacional) y doctrina emanada del art. 1079, en cuanto sienta el principio general de la responsabilidad civil y a su amparo, amplía el espectro de los legitimados para reclamar por daño. Existe colisión entre lo expresado por el art. 1078 y lo normado por los arts. 1077 y 1079 del Cód. Civil.

TRIGO REPRESAS, Félix A. En la buena senda de la doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires, sobre inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil - LLBA, 2007-749.

- El vigente art. 1078 del Cód. Civil según la reforma de la ley 17.711, acuerda la acción indemnizatoria, en principio, sólo a los damnificados directos, cuando establece en su segundo párrafo que: "La acción por indemnización del daño moral sólo competerá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos". No obstante que a continuación el art. 1079 del mismo Código Civil confiere la acción resarcitoria no sólo a aquéllos, sino también a "toda persona que por él (delito) hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta"; lo que además se corrobora con lo dispuesto en el art. 29, inciso 1° del Código Penal, conforme al cual: "La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1°) La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero". El criterio restrictivo del nuevo texto del art. 1078 del Cód. Civil, pudo empero resultar entonces razonable a priori, atento que por esa vía se procuraba evitar una sucesión indefinida de damnificados indirectos.

VENINI, Juan Carlos. Daño moral - LA LEY 1985-A, 1035 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo II, 1681

- El art. 1079 tomado por Aubry y Rau, enuncia el principio amplísimo: "La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta. Esta amplitud de los preceptos citados sin embargo no puede interpretarse de modo que autorice a exigir el resarcimiento a todos los terceros que puedan exhibir una repercusión perjudicial cualquiera del acto ilícito en su patrimonio. Semejante interpretación estaría en pugna con toda la tradición jurídica y aun con el buen sentido, ya que tan ilimitada responsabilidad conduciría casi siempre al aniquilamiento económico del responsable.

WEINGARTEN, Celia. Reparación de daños en el derecho español y en el argentino. - LA LEY, 2006-D, 762 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 875.

- Respecto de los legitimados activos, la tendencia jurisprudencial se inclina hacia la ampliación de los sujetos mencionados en el art. 1078 del Cód. Civil (herederos forzosos) para dar cabida a otros vínculos afectivos como la de un hermano, una novia, la abuela, concubina, etc., ya que la norma resulta ser muy restrictiva no acorde con la estructura familiar actual, ni tampoco con su protección constitucional (art.14 bis y Tratados Internacionales). También hoy se propicia su extensión a los damnificados indirectos aun cuando no medie la muerte de la víctima, como el esposo por la pérdida de las posibilidades procreativas de su cónyuge o el de la madre a causa de la paraplejia de su hijo. El dolor sufrido por quienes lo acompañan, la alteración del desenvolvimiento del grupo familiar o la frustración del proyecto de vida, son reflejos negativos y disvaliosos que el hecho provoca, y quienes lo padecen son verdaderos damnificados, tanto o más que la propia víctima (art. 1079, Cód. Civil).

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Daño existencial por muerte de un concubino - RCyS 2005, 275.

- No hay armonización posible entre el art. 1078 del Cód. Civil y los principios que emanan de la Constitución; si se desea acoger la pretensión resarcitoria de un concubino por el daño moral sufrido a raíz de muerte de su compañero, sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquél; y a pedido de parte, tanto porque el ejercicio de la acción atañe a intereses disponibles, como para posibilitar la defensa del adversario.

V. Biblioteca.

- Alterini, Atilio Aníbal - Ameal, Oscar José - López Cabana, Roberto M. Derecho de Obligaciones. Civiles y Comerciales. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998

- Alterini, Atilio Aníbal. Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1987.
- Borda, Guillermo. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones. Ed. LA LEY. Buenos Aires, 2008.
- Brebbia, Roberto H. El daño moral. Doctrina, legislación, jurisprudencia. Precedido de una teoría jurídica del daño. Ed. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1950.
- Brebbia, Roberto H. Instituciones de derecho civil. Ed. Juris. Municipalidad de Rosario del Talar - 1997.
- Bueres, Alberto J. Derecho de daños. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 2001
- Bueres, Alberto J. Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1990.
- Cammarota, Antonio Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1947.
- Campagnucci de Caso, Rubén H.-Trigo Represas, Félix A. Responsabilidad civil por accidentes de automotores. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 2008.
- Cazeaux, Pedro N.- Trigo Represas, Félix A. Derecho de las Obligaciones. Ed. Platense. Municipalidad de La Plata, 1994.
- Chávez, César. Reparación del daño moral en el derecho del trabajo. Ed. Lerner. Municipalidad de la Ciudad de Córdoba, 1987.
- Echevesti, Carlos A. Derecho de daños. Ed. Editorial Scotti. Buenos Aires, 2000.
- Garrido Cordobera, Lidia M. R. Casos de responsabilidad. Ed. LA LEY. Buenos Aires, 2005
- Garrido, Ariana. Aproximaciones al Daño Moral Colectivo. LA LEY 2010-A, 315.
- Ghersi, Carlos. Modernos conceptos de responsabilidad civil. Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo. Municipalidad de la Ciudad de Mendoza, 1995.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída - Mosset Iturraspe, Jorge. Responsabilidad civil. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1997.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. Responsabilidad civil. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2007.
- Lagomarsino, Carlos- Mayo, Jorge A.- Palmieri, Jorge H.- Zannoni, Eduardo A.- Garbini, Beatriz A. Código Civil y leyes complementarias Ed. Astrea Buenos Aires, 1993
- López Herrera, Edgardo. Teoría general de la responsabilidad civil. Ed. LexisNexis Argentina, Buenos Aires, 2006.
- López Mesa, Marcelo Curso de derecho de las obligaciones Ed. Depalma Buenos Aires, 2002.
- López Mesa, Marcelo- Trigo Represas, Félix A. Tratado de la Responsabilidad Civil. Ed. LA LEY. Buenos Aires. 2004.
- Lorenzetti, Ricardo L. Digesto práctico La Ley: Daños y perjuicios. Ed. La Ley. Buenos Aires.
- Lorenzetti, Ricardo L. Las normas fundamentales de Derecho Privado. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 1995.
- Marianetti, José. El daño psíquico: El daño psíquico y el daño moral: La normativa para ajustar las precisiones neuropsicofisiológicas y terapéuticas. Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo. Municipalidad de la Ciudad de Mendoza, 2006.
- Mayo, Jorge A. Estudios de Derecho Civil. Parte general. Obligaciones. Responsabilidad civil. Contratos Ed. LA LEY. Buenos Aires, 2005
- Mosset Iturraspe, Jorge- Piedecasas, Miguel. Responsabilidad por daños. T. IV. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2009.
- Mosset Iturraspe, Jorge. Responsabilidad por daños. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 1999/01/01.
- Padilla, René. Responsabilidad civil por mora. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1996.
- Pizarro, Daniel. Daño moral. Prevención. Punición. Reparación Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 2004.
- Pizarro, Ramón D.-Vallespinos, Carlos Gustavo Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 2008.
- Portillo, Gloria. Derecho de daños. Daño moral. Ed. Juris. Municipalidad de Rosario del Talar - 1993
- Prevot, Juan Manuel Daños y perjuicios. Manuales de Jurisprudencia. Parte General y Parte Especial. Ed. LA LEY. Buenos Aires, 2008.

- Ramírez, Jorge Orlando. Indemnización de daños y perjuicios. Actos ilícitos e incumplimiento contractual. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1981/01/01.

- Rossi, Jorge Responsabilidad civil & daños: Paso a paso. Ed. Ediciones D & D. Buenos Aires, 2007.

- Rotman, Rodolfo B. Daño Patrimonial y Daño Moral. Manuales de jurisprudencia. Ed. LA LEY. Buenos Aires, 1993.

- Salas, Acdeel E. Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Ed. Librería Jurídica. Buenos Aires, 1947.

- Sansó, Paula - Sansó, Miguel Tratado práctico de responsabilidad civil. Ed. Nova Tesis. Municipalidad de Rosario del Talar - 2007.

- Trigo Represas, Félix A. Pérdida de chance. Ed. Astrea. Buenos Aires, 2008.

- Venini, Juan Carlos. Responsabilidad por daños contractual y extracontractual. Ed. Juris. Municipalidad de Rosario del Talar - 1990/01/01.

- Viramonte, Carlos Ignacio. La cuantificación del daño moral en la jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba Ed. Alveroni. Municipalidad de la Ciudad de Córdoba, 2006.

- Weingarten, Celia La confianza en el sistema jurídico. Contratos y Derecho de Daños. Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo. Municipalidad de la Ciudad de Mendoza, 2002.

- Zannoni, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil Ed. Astrea. Buenos Aires, 2006.

- Zavala de González, Matilde Tratado de derecho resarcitorio. Ed. Juris. Municipalidad de Rosario del Talar - 2006

- Zavala de González, Matilde. Resarcimiento del daño moral. Ed. Astrea. Buenos Aires, 2009.

- Zavala de González, Matilde. Resarcimiento de daños. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 2003.

- Zavala de González, Matilde. Valoraciones sobre Responsabilidad. A propósito del Proyecto de Código Civil. Ed. Mediterránea. Municipalidad de la Ciudad de Córdoba, 2000.

Viabilidad de la pretensión resarcitoria del daño moral deviniente de un divorcio causal

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2010-IV, 239
Cita Online: AR/DOC/1174/2010
[Consultado el: 28/06/2020]

"Los precedentes judiciales intentan delimitar los supuestos de procedencia de la reparación del daño moral, determinando casi con criterio unánime, que la mera configuración de la causal subjetiva de divorcio no habilita la reparación del agravio, es necesario probar la existencia del mismo a través de los principios de la responsabilidad civil".

Sinopsis.

Aún cuando gozamos de un plenario sobre la materia que en cierta medida guía las aristas que proporciona la cuestión, el tema del resarcimiento del daño moral del cónyuge inocente ante el divorcio culpable, sigue dando notables connotaciones jurisprudenciales y divide a la doctrina del derecho de familia y del derecho de daños; y no es para menos, se encuentra en juego una percepción eticista de un problema de coyuntura social e incluso religiosa.

El dilema es el siguiente: ¿el divorcio por causal debe agotarse en un régimen alimenticio, remedio propio del derecho de familia, otorgado al cónyuge inocente o puede además integrarse con los principios generales de la responsabilidad civil que regula el Código para resarcir el agravio que pudiera existir?

Los precedentes judiciales intentan delimitar los supuestos de procedencia de la reparación del daño moral, determinando casi con criterio unánime, que la mera configuración de la causal subjetiva de divorcio no habilita la reparación del agravio, es necesario probar la existencia del mismo a través de los principios de la responsabilidad civil, como veremos, este criterio se aprecia con una discreción más o menos estricta según la idiosincrasia y postura del tribunal examinador.

Casuistica.

Procedencia resarcitoria del daño moral ante el hecho configurativo de la causal de divorcio. Requisitos para su configuración

1. Acreditación del daño.

Es procedente otorgar una indemnización por daño moral a la cónyuge reconviniente por injurias graves en el juicio de divorcio, toda vez que se encuentran acreditados los padecimientos que ha sufrido durante el matrimonio tanto sentimentales como espirituales derivados del trato del actor, así como la mortificación debido a una relación que el actor mantenía con una compañera de trabajo de ambos.

CNCiv., sala C, L., P. M. c. S., M. A.

2. La necesidad del obrar malicioso y nocivo del cónyuge.

Tratándose del rubro indemnizatorio daño moral el comportamiento merecedor de una sanción por tal concepto, no está dado por la sola configuración de alguna de las causales de divorcio, sino por el obrar malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge.

CNCiv., sala A, G. A., C. c. P. C., A. P.

3. La necesidad de una lesión a los sentimientos grave que afecte un interés legítimo

Es procedente otorgar a la esposa una indemnización en concepto de daño moral en virtud del alejamiento intempestivo del marido del hogar conyugal y de la relación extramatrimonial que éste mantuvo, pues dicho accionar debió causarle padecimientos tanto sentimentales como espirituales de grave envergadura, y una lesión en sus afecciones legítimas tuteladas por la ley.

CNCiv., sala C, T. J. V. c. G. B. M. La Ley Online.

4. Extensión de la responsabilidad del cónyuge culpable a un tercero.

Corresponde condenar a la ex cónyuge del actor y a su concubino por el daño moral sufrido luego del divorcio, puesto que el actuar fraudulento de aquéllos, en cuanto llevó al pretensor a emplazarse en la condición de padre de cuatro menores respecto de los cuales no tenía ningún vínculo biológico, reviste la suficiente entidad como para lesionar el honor del apelante.

CNCiv., sala B, B., O. J. c. C. L., A. F. RCyS 2006, 1019 - LA LEY 2006-D, 339 - DJ 2006-2-792.

5. La necesidad del carácter inocente de quien solicita el resarcimiento.

Si bien el fallo plenario "G., G. G. c. B. de G., S. A." dispuso que es susceptible de reparación, el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, para que la indemnización por este rubro sea procedente, es necesario que quien lo solicita revista el carácter de cónyuge inocente.

CNCiv., sala A O., C. c. M. M., O. D., LA LEY 2009-B, 702, con nota de Néstor E. Solari.

Improcedencia resarcitoria del daño moral ante el hecho configurativo de la causal de divorcio

1. La falta de demostración del afán por dañar la integridad espiritual o la honra.

Corresponde desestimar la pretensión indemnizatoria por daño moral entablada por la cónyuge reconviniente en un juicio de divorcio, si no logró acreditar que el se exhibiera desinteresadamente con su nueva pareja, por lo que a pesar de haberse acreditado el abandono voluntario y malicioso, así como el adulterio del esposo, y no obstante reflejar esto una conducta que resulta clara expresión de la pérdida del vínculo afectivo, no alcanza para presumir que tal comportamiento tuviera el inequívoco afán de mortificar, dañar el prestigio, honor e integridad espiritual.

CNCiv., sala A, A., M. D. c. B., P. M., DJ, 2007-2-701.

2. La mera configuración de las causales de divorcio culpable no es suficiente para permitir la reparación del agravio moral.

La sola configuración de causales de divorcio atribuida culpablemente a uno de los cónyuges no es suficiente, por sí sola, para generar un derecho a la reparación del daño moral a favor del inocente, sin que ello importe negar que ésta proceda en cuando el daño excede el amparo específico del derecho de familia.

CNCiv., sala F, A., M. A. c. B., L. H.

3. El análisis particular de los presupuestos del derecho de daños.

En los divorcios con atribución de culpa no siempre es procedente la indemnización del daño moral producido al cónyuge inocente, pues corresponde al juez, en definitiva, analizar los elementos de juicio que presenta cada caso, la conducta de los cónyuges y la relación de causalidad entre ésta y el daño moral que cada uno alega.

CNCiv., sala B, G., A. M. c. O., J. A., LA LEY 1998-E, 772.

4. Agravamiento las repercusiones espirituales propias de la ruptura matrimonial

El hecho de que se haya decretado el divorcio por culpa de uno de los cónyuges bajo la causal de adulterio, no es suficiente por sí solo para generar derecho a la reparación del daño moral a favor del inocente, sino que debe demostrarse que dicha situación agravó las repercusiones espirituales propias de la ruptura matrimonial.

CCiv. y Com. Mercedes, sala III, S., A. T. c. F., M. R., LLBA, 2009-1146.

Contexto doctrinario.

FAMA, María Victoria; GIL DOMINGUEZ, Andrés. Divorcio y daño moral: Una mirada constitucional. LA LEY, 1.

Desde una perspectiva constitucionalista los comentaristas vierten sus singulares apreciaciones sobre la cuestión que nos convoca, principalmente la supervivencia del deber de fidelidad luego de la separación de hecho como así también la apreciación del daño moral deviniente del hecho constitutivo de la causal de divorcio.

SOLARI, Néstor E., Responsabilidad civil y divorcio, LA LEY, 2001-D, 1182

En un extenso trabajo, el autor ha destacado los matices más salientes en cuanto a la viabilidad o improcedencia de la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, en esta línea de pensamiento, exterioriza varias razones en defensa de la tesis negativa, como la tendencia al abandono del viejo esquema del divorcio sanción., la teoría de la especialidad, y el vacío normativo, denotando consecuentemente las postulaciones antagónicas a dichos sustentos teóricos.

URIARTE, Jorge A. Las injurias graves y los daños y perjuicios en un divorcio por culpa de ambos esposos. LLBA, 1995-1109.

Estudia el mentado analista la procedencia del reclamo de los daños y perjuicios resultantes de un hecho constitutivo de una causal subjetiva, en un divorcio contencioso decretado por culpa de ambos esposos, explica los hechos que dieron origen al pronunciamiento judicial de primera instancia y emite su opinión en torno a las consideraciones de la alzada.

ROMANO, Claudio Gustavo; PERROT, Celina Ana, Los daños y perjuicios emergentes del divorcio, LA LEY 1991-D, 1016 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 699.

Los autores ponen de resalto la evolución jurisprudencial, como así también las posturas contrarias al resarcimiento de daños y perjuicios derivados del divorcio, la idea de autonomía y especialidad en el divorcio, como también las conclusiones vertidas en las Jornadas de responsabilidad por daños en homenaje al doctor Jorge Bustamante Alsina, por último dejan en claro su posición ante la cuestión analizada.

SAMBRIZZI, Eduardo A. Subsistencia del deber de fidelidad durante la separación de hecho y daño moral derivado de la causal de adulterio. LA LEY 2005-C, 199.

El destacado docente sostiene la tesitura de que el deber de fidelidad lo deben guardar obligatoriamente los esposos y que no pueden ellos modificarlo, dado su carácter imperativo, además entiende que éste continúa vigente después de la separación de hecho y hasta la sentencia de divorcio. Desde esta perspectiva desentraña los argumentos por lo cuales no coincide con el decisorio judicial del fallo que comenta, y analiza la viabilidad de la procedencia del daño moral en este supuesto de hecho.

MOLINA QUIROGA, Eduardo, La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio, LA LEY 1995-B, 334-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 727.

El autor pone de resalto los hechos del decisorio que anota, analiza en particular la posición desarrollada en el fallo, la procedencia del resarcimiento de los daños derivados del divorcio, como así también las causas del divorcio, en especial el incumplimiento del deber de fidelidad y la magnitud del agravio.

VELOSO, Sandra F. Daños y perjuicios derivados de la falsa atribución de la filiación paterna. Un caso donde la realidad supera la ficción. LLBA 2004, 960.

La comentarista nos ilustra sobre los efectos jurídicos emergentes de la falsa atribución paterna, y como opera la presunción de paternidad matrimonial, como así también la configuración de un acto ilícito como es el ocultamiento de la paternidad y el daño que dicho accionar conlleva, asimismo denota su posición en torno a la procedencia de la aplicación del derecho de daños al derecho de familia.

DI LELLA, Pedro. "Derecho de daños vs. derecho de familia", LA LEY 1992-D, 862.-

Desde antaño la cuestión de la responsabilidad entre cónyuges motivó la preocupación de juristas y docentes como en este caso, donde el autor analiza la compatibilidad de los términos divorcio y reparación del daño, como así también el marco legal donde puede sustentarse éste último supuesto, la interpretación legal de la normativa analizada y sus efectos prácticos.

BORDA, Guillermo, El daño moral en el matrimonio la conveniencia de un nuevo plenario, LA LEY 2005-C, 755-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 773.

El jurista sostiene su posición de que habiendo transcurrido más de diez años del plenario de 1994 y el cambio significativo que ha tenido el Tribunal en su integración desde aquella época al presente, se amerita un nuevo análisis de la cuestión habida cuenta que mucha agua ha corrido bajo el puente, y las opiniones, posiciones doctrinales y jurisprudenciales han variado notablemente.

MIZRAHI, Mauricio Luis, Los daños y perjuicios emergentes del divorcio y el plenario de la Cámara Civil, LA LEY 1996-D, 1702-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 745

El docente pone de manifiesto la dinámica de las posiciones, la primigenia doctrina denegatoria de los daños entre cónyuges, los renovados fundamentos de la teoría denegatoria, la doctrina amplia permisiva, la doctrina restringida en los daños y perjuicios emergentes del divorcio, el contenido del fallo plenario del año 1994 y su alcance, el plenario de la Cámara Civil y el silencio del legislador, para culminar con una crítica a la doctrina restringida permisiva en los daños y perjuicios resultantes del divorcio.

BEDROSSIAN, Gabriel, ¿Existe adulterio luego del abandono?, LA LEY, 2005-D, 190 - DJ, 2005-3, 18.

A través de este comentario el autor analiza en qué medida se puede hablar de adulterio una vez que se ha producido el abandono, las posiciones jurisprudenciales al respeto, asimismo pretende dejar asentada su posición sobre el deber de fidelidad luego del abandono, y en este orden de ideas estudia la procedencia del daño moral, conforme la pretensión exteriorizada por la actora en el fallo comentado.

URIARTE, Jorge A. Rechazo de la indemnización del daño moral por el adulterio de uno de los cónyuges. LA LEY 1991-D, 216-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 693

Enfatiza el comentarista los fundamentos invocados en la sentencia acerca de la improcedencia de la reparación del daño moral como así también en que consistiría la reparación del mismo en cuanto a su contenido y alcance, de este modo hace referencia a la doctrina judicial existente al momento de la publicación de éste artículo de las salas de la CNCiv., de la Capital Federal.

MARIN GARCIA DE LEONARDO, María Teresa. Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales. Comentario de Famá, María Victoria. LA LEY 2006-E, 1514.

La autora comenta el trabajo de Marín García el cual ofrece un interesante panorama doctrinario y jurisprudencial de la evolución de la aplicabilidad de las normas de la responsabilidad civil en el derecho de familia en los diferentes países de Europa occidental, asimismo aprovecha la oportunidad para dejar en claro su posición al respecto, compartiendo la tesis que sostiene la inadmisibilidad de la reparación del daño moral por los hechos constitutivos del divorcio, preguntándose: ¿qué sentido tiene encontrar culpables frente a la crisis? ¿Cuál es la finalidad de una reparación económica que, lejos de allanar el camino para una separación digna y menos dolorosa, instala mayores obstáculos en la dinámica conyugal?

BOSCH MADARIAGA (h.), Alejandro F., Causas múltiples en el divorcio - Daño Moral. LA LEY, 2005-E, 842.

Se pregunta el autor si en una demanda de divorcio se puede invocar el agravio moral para lograr resarcimiento económico, poniendo de resalto que al respecto existen varias corrientes doctrinarias, en el caso en análisis el juez de 1° instancia desestimó la indemnización del daño moral pero la Cámara revocó el decisorio haciendo lugar al resarcimiento. Soslaya que si bien en nuestro ordenamiento legal se habla de cónyuge culpable o cónyuge inocente, lo cierto es que en la vida matrimonial, salvo casos excepcionales y puntuales, ambas partes cargan sobre sus espaldas con su cuota de responsabilidad, con un grado de culpa en el deterioro de la pareja, ya sea por acciones u omisiones, y al aceptar la posibilidad de resarcimiento se introduce un elemento discordante, fuente de mayores conflictos.

VELAZCO, José Raúl, La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio LA LEY, 1991-A, 1034-LLP 1992, 75 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 687.

Pone de resalto el anotador que la ausencia de norma expresa que establezca el resarcimiento de los daños causados por el divorcio y separación personal, ha sido motivo de amplia discusión, en doctrina y

jurisprudencia, la procedencia o no de la reparación de los perjuicios causados por los hechos que dieron causa al divorcio o separación personal o de los daños ocasionados por el divorcio o separación personal en sí mismos, entendiendo al respecto que no existe razón alguna para hacer del matrimonio un ámbito impenetrable para el derecho de daños, en este sentido argumenta sus postulaciones.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, Los daños emergentes del divorcio, LA LEY, 1983-C, 348 – Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 667.

El destacado profesor estudia las causales y divorcio como productoras de daños, su ubicación en la zona de los actos ilícitos, de esta manera perfila la virtualidad del deber de no dañar y las relaciones conyugales, analiza como funciona el llamado divorcio sanción y el divorcio por presentación conjunta en cuanto a la potencialidad de la atribución de responsabilidad civil, el factor de atribución aplicable a estos supuestos especiales, para por último, fundamentar su tesitura en torno a que el derecho de familia no es extraño a la responsabilidad civil.

SOLARI, Néstor E., El daño moral en el divorcio, LLNOA, 2006-901.

Luego de señalar que el tema de los daños y perjuicios en el divorcio se encuentra discutido en nuestro ordenamiento jurídico, pues, la ley no establece normas específicas en tal sentido, explica el jurista que frente a tal omisión, tanto la doctrina como la jurisprudencia se hallan divididas en cuanto a que, para algunos, es posible la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, mientras que para otros no serían aplicables dichas normas generales al divorcio, desentraña el sustento argumental del decisorio para rechazar en la especie el daño moral solicitado por la peticionante, cuyo fundamento recae en la reconciliación y la inacción de la misma por los hechos, como así también en una especie de "perdón" o, al menos, de "tolerancia" de la conducta del esposo culpable, habida cuenta que si bien estos hechos constituyen causa suficiente para llegar al divorcio sanción no llegan a configurar un daño en los términos de los principios generales de la responsabilidad civil.

Biblioteca.

FERRER, Francisco A. M., "Daños resarcibles en el divorcio" Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1997.

SAMBRIZZI, Eduardo A., Daños en el derecho de familia, Ed. LA LEY, Buenos Aires 2001.

LOPEZ DEL CARRIL, Julio J., "Derecho y Obligación Alimentaria", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1981.

BARBERO, Omar U., "Daños y perjuicios derivados del divorcio, (tesis doctoral) Buenos Aires, 1977.

ACUÑA ANORENA, Arturo, "Estudios sobre la Responsabilidad Civil", Editora Platense, La Plata, 1963.

BREBBIA, Roberto H., "El daño moral en las relaciones de familia", en ZANONNI, E, FERRER, F, y ROLANDO C. "Derecho de Familia, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991.

LORENZETTI, Ricardo L. "Digesto práctico La Ley: Daños y perjuicios", Ed. LA LEY, Buenos Aires 1999.

VIDAL TAQUINI, Carlos H., "Matrimonio Civil", Ed. Astrea, Buenos Aires. 1991.

BELLUSCIO, A. C., "Manual de Derecho de Familia", 7ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires.

LLAMBIAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, 1978.

ZANNONI, Eduardo A., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Astrea, 3ª ed, Buenos Aires.

TRIGO REPRESAS, Feliz A y STIGLITZ, Rubén S. (Directores de la obra), "Derecho de Daños", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

MENDEZ COSTA, María J., "Interpretación y aplicación del derecho positivo de familia", en "Estudios sobre sociedad conyugal", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1981.

BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Familia", Ed. Perrot, Buenos Aires. 1989.

ALTERINI, A., AMEAL, O., LOPEZ CABANA, R. Derecho de las obligaciones. Ed Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2004.

BELLUSCIO, A., ZANNONI, E., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Responsabilidad civil en el derecho de familia. Buenos Aires. 1993.

FERREIRA, PEIRANO FACIO, J., ORDOQUI, G., Daños y perjuicios causados por adulterio. Montevideo. 1990.

Responsabilidad del estado por su actividad licita en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2010-V, 219
Cita Online: AR/DOC/2311/2010
[Consultado el: 29/06/2020]

Sinopsis.

Lejos en el tiempo han quedado aquellas afirmaciones que pregonaban la improcedencia de la responsabilidad del Estado como persona jurídica ante determinados daños producidos a sus súbditos, la actualidad nos representa un escenario completamente diverso, donde se reconoce el derecho absoluto a la reparación de los daños producidos por la actividad estatal en todas sus esferas, aunque para ello sea necesario la configuración de determinados requisitos.

La labor jurisdiccional en este campo ha sido encumbrada y a través de ella se han ido conformando los campos de procedencia de la acciones resarcitorias y la viabilidad de las pretensiones procesales en este tipo de casos, en este orden de ideas, hemos ido seleccionando los criterios esbozados por el Máximo Tribunal de nuestro país en la materia durante los últimos lustros, como así también la doctrina más destacada que ha abordado la problemática objeto de análisis.

Casuistica.

I. La necesidad del sacrificio desigual.

La pretensión del actor de ser indemnizado por el daño sufrido a causa de una denuncia penal realizada por funcionarios públicos —en el caso, el Servicio Nacional de Sanidad Animal verificó en un frigorífico la existencia de carne almacenada sin permiso, la precintaron y al día siguiente constataron su desaparición—, con fundamento en la doctrina de la responsabilidad estatal por los daños derivados de su actividad ilícita requiere que se demuestre que los daños alegados constituyen un sacrificio desigual, que excede las consecuencias normales y necesarias derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita desarrollada.

CS, 29/05/2007, Pistone, Ciro A. c. Estado Nacional, LA LEY 2007-D, 272 - DJ 2007-2-828 - RCyS 2007, 925.

II. Plazo de prescripción aplicable.

El término para interponer la demanda originada en la responsabilidad extracontractual del Estado, ya se trate de su actividad lícita o ilícita, es de dos años y su punto de partida debe computarse a partir del momento en que el demandante tomó conocimiento de los daños que reclama, sin que obste a ello el hecho de que los perjuicios pudieran presentar un proceso de duración prolongada o indefinida, pues el curso del plazo de prescripción comienza cuando sea cierto y susceptible de apreciación el daño futuro.

CS, 2/05/1997 - Cooper Oil Tool Argentina S.A. c. Provincia de Buenos Aires - LA LEY 1998-B, 58.

III. Presunción de legitimidad de los actos estatales y adquisición de derechos.

Toda vez que el decreto 520/95 —a cuyo amparo la actora se había presentado y ganado una licitación para el establecimiento y explotación de zonas francas en la Provincia de Santa Cruz— fue dejado sin efecto por razones de oportunidad, mérito y conveniencia y nada demuestra que, mientras estuvo vigente, la actora tenía motivos para conocer sus vicios, máxime cuando la norma gozaba de la presunción de legitimidad de los actos estatales, es inatendible el agravio del Estado Nacional relativo a su nulidad —a los fines de la procedencia del reclamo sustentado en su responsabilidad por actividad lícita, pues la sola demostración de la ilegitimidad de esa norma no es suficiente para concluir que la actora no pudo obtener derecho alguno derivado de ese decreto.

CS, 09/06/2009, Zonas Francas Santa Cruz S.A. c. Estado Nacional P.E.N. Dto. 1583/96, LA LEY 2009-D, 420, con nota de María Florencia Ramos Martínez; RCyS 2009-VIII, 71, con nota de Alejandro Dalmacio Andrada-

IV. Hechos lícitos que sólo lesionan la propiedad privada y no la avasallan.

Las limitaciones que se predican en torno al alcance de la garantía de la propiedad privada y la consecuente ausencia de responsabilidad estatal frente a hechos lícitos que sólo la lesionen pero no la avasallen, no resultan sostenibles cuando se trata de la vida humana y la integridad física, presupuesto de todo derecho. Ni una ni otra pueden ser afectadas en virtud del deber de solidaridad, ni tampoco tal afectación resulta ser consecuencia de la vida en sociedad (Disidencia parcial de los doctores Fayt y Levene -h.-).

CS, 21/03/1995 - Rebesco, Luis M. c. Estado nacional -Policía Federal.

V. Improcedencia de la responsabilidad estatal por falta de cumplimiento de las obligaciones a cargo del actor.

Es improcedente reconocer a la actora una indemnización por el daño emergente que habría sufrido por la actividad lícita del Estado al revocar la adjudicación de una licencia para la explotación de una estación de radiodifusión sonora, ya que en los hechos no realizó desembolso alguno en concepto de precio -en el caso, debía abonar un 10% al momento de la entrega y el resto en cuotas- y si bien constituyó una garantía de cumplimiento, satisfizo ese requisito mediante una póliza de seguro de caución, cuya prima no abonó (del voto de la doctora Highton de Nolasco).

CS, 28/07/2005, El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional, LA LEY, 2006-A, 828 - DJ 2005-3, 983.

VI. Improcedencia por el hecho de la víctima excluyente de la responsabilidad.

No puede alegarse que haya mediado responsabilidad del Estado por sus actos lícitos respecto de los daños sufridos por el automovilista cuyo vehículo colisionó con otro detenido en la ruta debido a un operativo de control policial, si el perjuicio invocado reconoce como única causa relevante el hecho de la propia víctima -lo que surge del hecho de que el resto de los automovilistas advirtió las señales y detuvo la marcha sin dificultad alguna-, que no adoptó las diligencias exigidas por las circunstancias del caso para conservar el pleno dominio de su rodado.

CS, 08/09/1992 - García, Ricardo Mario y otra c. Provincia de Buenos Aires - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 1149.

VII. Improcedencia de la responsabilidad por inactividad estatal.

No cabe atribuir responsabilidad al Estado por un acto lícito como es la intervención durante el trámite de nacionalización de ciertos bienes de capital, al haber guardado silencio frente al pedido de radicación y haber instruido una causa penal por contrabando en la cual el actor resultó sobreseído, si no existe relación de causalidad jurídicamente relevante entre el hecho generador y el daño cuya reparación se persigue -pérdida de una licitación pública-, según las reglas del art. 901 y concordantes del Cód. Civil.

CS, 21/03/1989 - Cadesa S.A. c. Estado Nacional (A.N.A.) - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 1148.

Contexto doctrinario.

SAGARNA, Fernando Alfredo**.** La responsabilidad del Estado por daños por la detención preventiva de personas, LA LEY 1996-E, 890-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 1307.

El distinguido profesor pone de resalto los matices configurativos de la responsabilidad estatal por la actividad jurisdiccional, y desarrolla extensivamente los argumentos a favor y en contra de la reparación del perjuicio que se origina por la resolución que decreta la prisión provisoria de un inocente, haciendo mención a la opinión doctrinaria sobre la extensión del resarcimiento en estos casos, destaca asimismo los casos que pueden dar lugar a estos supuesto de daños devinientes de la actividad jurisdiccional.

RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia, Reparación integral en la responsabilidad lícita del Estado, LA LEY 2009-D, 418.

En este artículo de doctrina, la autora explica los argumentos en los que reposa el resarcimiento del daño por la actividad legítima de la administración pública, y los rubros resarcibles ente este supuesto configurativo.

BIELSA, Rafael, La responsabilidad del Estado en el derecho común y en la jurisprudencia, LA LEY 55, 999-Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo II, 61.

El jurista realiza un extensivo análisis de los principales lineamientos en los que recae la responsabilidad estatal en general, pone de manifiesto un viejo criterio de la Corte, el cuál enaltece y analiza asimismo la realidad existente en el derecho comparado al respecto.

ZUBIAUR, Carlos A., Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, LA LEY 1991-D, 1291.

Entre los días 5 y 7 de setiembre de 1990 se desarrollaron las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, en la ciudad de San Salvador de Jujuy, la IV comisión analizó el tema de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos y en este trabajo se esbozan los criterios vertidos en dicho encuentro.

CASSAGNE, Juan Carlos, La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas), LA LEY 18/11/09, 1

El jurista entiende que postular la unidad del derecho de daños resulta un contrasentido jurídico-constitucional habida cuenta de la incompatibilidad que traduce con respecto a las autonomías provinciales que imperan en el sistema federal adoptado, contrario a todo unitarismo en materia de derecho público. La naturaleza local del derecho administrativo y, por tanto, de la regulación de su responsabilidad por cada Provincia constituye un axioma constitucional que no puede ser controvertido en aras de la simplificación del sistema de responsabilidad.

COLAUTTI, Carlos E., La responsabilidad del Estado por actos lícitos, LA LEY 1991-B, 709-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 1497.

En esta nota a fallo el autor explica como funciona la responsabilidad del Estado en los Estados Unidos, cual es el ámbito de la responsabilidad por actos lícitos, y en especial la responsabilidad que surge por el cese de permisos, por disposiciones monetarias, cambiarias y de comercio exterior y por la ejecución de obras públicas.

MARIENHOFF, Miguel S., Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita, LA LEY 1993-E, 912-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 1417.

A través de la presente publicación el jurista intenta justificar la procedencia o admisión de la teoría que acepta la responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañinas derivadas de su actividad lícita, entendiendo que tal teoría hállase plena de juridicidad. Con ese propósito, desarrolla una referencia general a la expresada doctrina, partiendo de los hechos o circunstancias originarias que, en definitiva, motivaron su creación y aceptación.

FERREIRA RUBIO, Delia, La responsabilidad del Estado por acto lícito, LA LEY 1991-E, 470-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 1513.

Se pone de resalto la viabilidad resarcitoria de la conducta del estado por su accionar lícito, el papel desempeñado por la doctrina y la jurisprudencia en la construcción de dicha idea, asimismo la autora manifiesta también su posición en relación a la tendencia sobre el abandono de la culpa y de la antijuridicidad como requisitos para la reparación del daño en determinados casos.

GALDOS, Jorge Mario, El caso "Massa" y la responsabilidad del Estado por daños, Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero), 55-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 1225.

El jurista bonaerense formula algunas consideraciones sobre cuál es la incidencia del fallo "Massa" en el tema específico y puntual de la responsabilidad del Estado por los daños derivados de la legislación de emergencia del año 2001 que pesificó los depósitos bancarios del sistema financiero constituidos en moneda extranjera.

CORREA, José Luis, Responsabilidad del Estado por la franquicia aprobada por la Superintendencia de Seguros de la Nación para el Transporte Público de pasajeros. A propósito de los fallos de la Corte Suprema, el plenario de la Cámara Nacional y de la Suprema Corte de Mendoza, LLGran Cuyo 2007 (mayo), 367.

Entiende el autor que el criterio de la responsabilidad del Estado es mucho más justo que la inconstitucionalidad y inoponibilidad de la franquicia y desarrolla sus argumentos en defensa de la mentada posición doctrinal.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad de la administración pública, LA LEY 1982-A, 517-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 939.

El Profesor Mosset Iturraspe estudia los diferentes supuestos configurativos de la responsabilidad estatal, desde la perspectiva de su accionar lícito e ilícito, transitando por las diferentes actividades que pueden devenir en la mencionada responsabilidad civil, los funcionarios actuantes que la pueden configurar, y el alcance y significado de los términos en "ejercicio de la función pública".

SOLARI, Paola, ¿Cómo juega el Código Civil en la responsabilidad del Estado?, LA LEY 2008-F, 65.

La autora denota los perfiles salientes que dan lugar a la responsabilidad estatal, realiza una interesante reseña jurisprudencial que eroga el origen de dicha responsabilidad y se pronuncia en torno a la controvertida cuestión de la extensión del resarcimiento.

SALERNO, Marcelo Urbano. Responsabilidad del estado por las inundaciones. LA LEY 2003-E, 1002-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 1217.

El autor menciona el origen de la responsabilidad del estado por su actividad lícita en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y su aplicabilidad en los supuestos de inundaciones de campos en la provincia de Buenos Aires, y el "quantum" indemnizatorio.

ORLANDINI, Jorge Ignacio **-** FERNANDEZ, Pablo Daniel**,** La responsabilidad del Estado por actos lícitos. La emergencia sanitaria por la Gripe A, LA LEY 11/08/2009, 1 - LLLitoral 2009 (octubre), 946.

Mediante estas líneas se brinda las principales características de la responsabilidad estatal por acto lícito, sin pretender culminar con el debate en torno al tema, pero sí dar sustentabilidad jurídica a por qué cierta actuación estatal legítima puede dar lugar a daños reparables, analiza la Emergencia Sanitaria Provincial (Decreto 2640 -Gobierno de la Provincia de Entre Ríos-) como causa eficiente de un perjuicio para los particulares (sector turístico y comercial en general), la configuración de la actividad lícita del Estado, y la consecuente responsabilidad dicha actividad lícita.

Biblioteca.

PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "Instituciones de Derecho Privado-Obligaciones", T. 3, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

BUERES, Alberto J., (dir.). Responsabilidad por daños" Homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

MOSSET ITURRASPE, Jorge "Responsabilidad por daños", T. III "El acto ilícito", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", T, I, 7ª ed., Lexis Nexis, 2002.

GAUNA, Juan Octavio, "Responsabilidad del Estado. La competencia originaria de la CSJN y la revisión de la noción de causa civil en Responsabilidad del Estado", Ed. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008,

ALTAMIRA GIGENA, Julio I., "Responsabilidad del Estado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973.

FIORINI, Bartolomé A., "Manual de Derecho Administrativo", 2ª Parte, Ed. LA LEY, Bs As, 1968.

GORDILLO, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", t. 2, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999.

DIEZ, Manuel María, "Derecho Administrativo", T. V., Ed. Plus Ultra, Buenos Aires 1971.

DROMI, Roberto "Licitación Pública" 2da. Edición, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires.

ESCOLA, Héctor Jorge "Tratado Integral de los Contratos Administrativos", vol. II, Pte Especial, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.

CASSAGNE, Juan Carlos, "El Contrato administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", 9ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1997.

REIRIZ, María Graciela, "Responsabilidad del Estado", Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1969.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., PARELLADA, C. A. y MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial", Ed Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986.

PIZARRO, Ramón D.-VALLESPINOS, Carlos G.; "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones"; T. 2, Ed. Hammurabi; Buenos Aires, 1999.

El juicio por jurados en la provincia del Chubu: el cumplimiento de una manda constitucional no puede devenirse incostitucional

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LLPatagonia. 2011 (febrero), 6
Cita Online: AR/DOC/6952/2010
[Consultado el: 29/06/2020]

Sumario.

I. A modo de introducción. Nuestra hipótesis de investigación.- II. Los cimientos: El conocimiento de los orígenes históricos de las instituciones permiten advertir las bondades de su aplicación.- III. El problema de la omisión legislativa nacional y sus consecuencias en la normativa provincial.- IV. ¿El carácter de cláusulas programáticas faculta su no cumplimiento por los órganos del Estado?.- V. Ambito de aplicabilidad de la manda constitucional del art. 118. Sobre la falsa antinomia crímenes-delitos.- VI. Acerca de la conveniencia del juicio por jurados: descubriendo el velo de su resistimiento.- VII. Consideraciones en torno a la necesidad de implementar el juicio por jurados en la provincia del Chubut.- VIII. Corroboración de la hipótesis. Colofón.

"...El pueblo que tiene el poder soberano debe hacer por sí mismo, todo cuanto pueda hacer. Y lo que no puede hacer por sí mismo, es preciso que lo haga mediante sus ministros..."
Charles l. SECONDAT. (Varón de MONTESQUIEU).

I. A modo de introducción. Nuestra hipótesis de investigación.

El juicio por jurado, desde antaño, ha traído aparejadas diferentes posiciones en torno a la conveniencia de su aplicabilidad (1), nuestro país en la actualidad, se encuentra ajeno a este instituto normativo. Pese a ello, resulta curioso que tanto los antecedentes legislativos como nuestra Carta Magna, lo han previsto como sistema para la justicia penal e incluso -como ya veremos- *para nuestra provincia.*

Luego de la reforma de la Constitución en 1994, la manda constitucional se conservó inmutable, denotando una clara sugestión a mantener dentro de las esferas de derechos constitucionales la mentada institución, pese a ello nunca fue regulada por el Congreso su instrumentación, por lo cual es necesario desentrañar los motivos en razón de los cuales se ha producido esta dualidad.

Hoy la provincia del Chubut se debate en torno a la conveniencia de la implementación del juicio por jurados, por ello consideramos bienaventurado dedicar estos párrafos al tema en el bicentenario de nuestra patria, con el fin de brindar algún aporte sobre la cuestión, y por sobre todo para galardonar a aquellos que abogaron desde sus entrañas por la consumación de éste sistema.

En este sentido, nuestra hipótesis de investigación consiste en que *"...es necesaria la implementación urgente de la oralidad en los procesos judiciales, a tales efectos es imperioso incorporar el juicio por jurados en la provincia del Chubut, el cual goza de plena constitucionalidad..."* siendo nuestros objetivos:

- El estudio de los factores históricos, sociológicos y legislativos, que llevaron a la implementación del juicio por jurados en el plexo constitucional;
- El análisis de la omisión en la que ha incurrido el Congreso Nacional;

- La observación del estado del arte en torno a la constitucionalidad y conveniencia de la incorporación del juicio por jurados a nivel nacional y especialmente provincial.

II. Los cimientos: El conocimiento de los orígenes históricos de las instituciones permiten advertir las bondades de su aplicación.

El juicio por jurado, desde sus orígenes, reposa en el sistema acusatorio (2), y los antecedentes de estos artículos son varios. El proyecto de Constitución de la Comisión especial de 1812, decía que el proceso criminal se hará por jurados y será público, mientras que el proyecto de la sociedad patriótica en su art. 175 puntualizó: el juicio criminal se establecerá por jurados y el poder legislativo publicará con preferencia el reglamento correspondiente bajo los principios más propios, para asegurar los derechos individuales y el interés de la comunidad (3).

A diferencia de lo que ocurría con el proyecto de Alberdi, tanto la constitución de 1819 como la de 1826 preveían el establecimiento del juicio por jurados. Si debiéramos encontrar un antecedente directo en el marco internacional posiblemente lo hallaríamos en el art. III Cap. 2 de la Constitución de los EEUU, pero más precisamente en el art. 117 de la Constitución de 1811 de Venezuela.

III. El problema de la omisión legislativa nacional y sus consecuencias en la normativa provincial.

El art. 118 de la Carta fundamental establece que *"...todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio..."*. Por lo tanto le confiere, al Congreso, la discreción para evaluar en qué momento debe dictar la ley sobre juicio por jurados y, en tanto no la dicte, la propia CN habilita a que los procesos penales se sustancien sin jurados. O sea le depara al legislador un futuro temporal sin apremio, ni urgencia, ni cronograma, por lo que la omisión legal del jurado pese a los más de ciento y tantos años de existente, no serían de las que se consideran como omisiones inconstitucionales (4). En realidad no se trata de un problema de cantidad de años en la omisión, se trata de descartar, por nefasta, una doctrina que autorizaría, por ejemplo a que no se dé cumplimiento con los compromisos políticos que permitieron arribar a la sanción de la Constitución o de su reforma (5), por su parte la Constitución Nacional no ha impuesto al Congreso el deber de proceder de inmediato a su establecimiento (6).

Desde esta perspectiva, creemos que no está prohibido que las provincias, cada una en sus áreas y a tenor del art. 67 inc. 11 de la Constitución, establezcan el Tribunal de Jurados, ya que ellas en materia de organización de tribunales y procedimientos pueden hacerlo si voluntariamente lo decidieren. En otras palabras si la Nación en su esfera y las provincias en las suyas, instrumentasen por su voluntad el juicio por jurados, respetando la estructura judicial vigente en las respectivas constituciones esa decisión, o decisiones, no serían inconstitucionales (7).

IV. ¿El carácter de cláusulas programáticas faculta su no cumplimiento por los órganos del Estado?

Una cláusula constitucional es programática cuando necesita para su operatividad del ulterior desarrollo por la legislación ordinaria, es por su cuenta operativa cuando no lo necesita, en este orden de ideas y con relación a los efectos de las primeras, es posible encontrar 4 posturas al respecto: Una reduce la cláusula constitucional programática a una mera invitación al legislador ordinario; otra agrega que el legislador común no

puede dictar una norma contraria a la cláusula Constitucional programática; una tercera añade que la cláusula programática de la Constitución invalida a la norma ordinaria (ya vigente) que le es opuesta; y una cuarta autoriza al juez competente a cubrir la laguna del legislador hasta el caso concreto (8).

Como bien ha sostenido la Cámara Nacional en lo Penal Económico las cláusulas de la Constitución Nacional que aluden al juicio por jurado son de carácter programático, por lo que requieren de implementación por el legislador, pero eso no quiere decir que no sean obligatorias e imperativas o que el Congreso pueda decidir o no proceder a su implementación (9), como dicen CABALLERO y HENDLER aquellas aunque programáticas, son de cumplimiento obligatorio por los órganos del Estado (10).

V. Ambito de aplicabilidad de la manda constitucional del art. 118. Sobre la falsa antinomia crímenes-delitos.

Algunos autores entienden que el juicio por jurados solo debería aplicarse en casos determinados ante delitos determinados teniendo en miras su importancia, ello surge de una interpretación literal del precepto (11). No coincidimos con dicha posición habida cuenta que la interpretación gramatical ha cedido el paso a nuevas fórmulas de interpretación, por ello como expone LUNA un mero recurso del lenguaje utilizado para hablar de crimen diciendo delito no puede hacer devenir la norma en un sentido que la torna prácticamente inaplicable, tal como lo afirman quienes, bajo el disfraz de una interpretación literal de la norma constitucional, ocultan una valoración de inconveniencia (12), además el precepto constitucional alude a la dicción "todos" que significa conforme el diccionario de la Real Academia Española que se toma o se comprende enteramente en la entidad o en el número (13). Desde esta arista coincidimos con BIDART CAMPOS en que "todos" implica que si el Congreso establece el juicio por jurados, no le puede retraer ningún juicio penal (14).

VI. Acerca de la conveniencia del juicio por jurados: descubriendo el velo de su resistimiento.

Los seres humanos, en la mayor parte del tiempo, nos encontramos subsumidos en un espíritu social conservacionista en donde el cambio solo es concebido ante la modificación de una circunstancia que se torna inaceptable, pero mientras la instituciones se movilizan, pese a que sus cimientos se encuentren prístinos, vetustos, marchitos o incluso ineficaces, no generan la reacción social imprescindible para el cambio, como dijimos debe producirse un fenómeno lo suficientemente llamativo para obtener la modificación de la realidad jurídica circundante.

Es decir, en los términos de KHUN el cambio de paradigma solo se produce ante la existencia de un nuevo paradigma que irrumpe en la comunidad científica, y ello no llega sino a través de un caos.

Este último elemento, analizado de manera foraña al terreno científico, es un factor determinante para dirimir la modificación del modelo vigente, en este caso para obtener la mencionada incorporación en la normativa actual de la provincia del Chubut del juicio por jurados.

En este sentido vale la pena apreciar las distinguidas dicciones del Profesor PASTOR quién explica que solo el caos provocará la reacción del Congreso y la reforma del procedimiento vigente para regular uno con jurados, porque mientras no se vea el caos aunque exista todo seguirá como si nada sucediera, los jueces seguirán haciendo que son jueces, a pesar de que en realidad a veces ni le han visto la cara a las personas que someten a juicio y condena (aunque el expediente registre un sinnúmero de actas en las que se dice que el imputado declaró ante el juez y el secretario (15). En este orden de ideas coincidimos con la opinión de SANDRO para quién ya en el siglo XXI el jurado es una impostergable necesidad social y una exigencia del estado democrático de derecho (16), que resguarda la forma republicana de gobierno (17).

VII. Consideraciones en torno a la necesidad de implementar el juicio por jurados en la Provincia del Chubut.

Al designar a Antonio Oneto como comisario de Inmigración en Chubut, a fines de 1865, el director de la repartición en Buenos Aires, Juan Dillon les dio las siguientes instrucciones: hallarais allí a un grupo de gente que, desde hace 10 años, se gobierna en forma autónoma, elige periódicamente un Juez y un Consejo Municipal, ha establecido el juicio por jurados y concedido a los magistrados el poder que estimaran prudente, de acuerdo con las normas fundamentales de los pueblos civilizados. Reconoceréis y mantendréis todo esto tal cual está, limitando vuestra acción a elevarnos un informe detallado de la organización establecida allí, de modo que el gobierno pueda tomar resolución más adelante (18).

En el primer Reglamento Constitucional del Chubut se puede advertir que en el art. 6 bajo el título Tribunal por Jurados se establece su composición (19), y en los arts. 14, 15 y 16 se regula su funcionalidad (20), es decir, se aprecia con claridad que en los cimientos constitucionales de esta región el juicio por jurado constituía más que un anhelo de sus gestores.

Es necesario advertir que el Congreso Nacional se encuentra dotado en la materia para regular los parámetros donde va a desenvolverse el juicio por jurado, pero la implementación provincial no viola disposición constitucional alguna, por el contrario la cumple, como dijera Maier la ley es constitucional y hay que cumplirla (21). Las bondades del sistema reposan no solo en la magnificencia de los principios de celeridad e inmediatez sino también en el de publicidad, así nuestra Corte Federal ha dicho que, desde 1853 la Constitución reitera en su texto la exigencia de la publicidad del proceso penal al recalcar la necesidad de establecer el juicio por jurados, como una de las más idóneas para lograrla (22).

Por su parte, en un país como el nuestro donde las decisiones jurisdiccionales en materia penal son objeto de numerosas críticas, la participación ciudadana en ellas genera mayor transparencia y menor índice de reproches, por sobre todo teniendo en cuenta que el decisorio refleja la conciencia social, así la Corte de EEUU sostuvo que los jurados reflejan mejor que los jueces las experiencias de la comunidad, lo que les permite expresar mejor el pensamiento de la misma con relación a la cuestión definitiva (23).

VIII. Corroboración de la hipótesis. Colofón.

Puesta a prueba nuestra hipótesis de investigación que sostiene: "...es necesaria la implementación urgente de la oralidad en los procesos judiciales, a tales efectos es imperioso incorporar el juicio por jurados en la provincia del Chubut, el cual goza de plena constitucionalidad..." consideramos que la misma ha sido corroborada con el marco teórico respaldatorio, a modo conclusivo consideramos que:

- La provincia del Chubut se encuentra en condiciones de implementar el juicio por jurados en materia penal, el cuál no es inconstitucional, sino y por el contrario cumple con la manda del art. 118 de la CN.

- El juicio por jurado robustece los principios de celeridad, publicidad e inmediatez otorgando una mayor participación e integración ciudadana.

- En cuanto a su funcionalidad, los jurados no deben intervenir en cuestiones técnicas, ni de derecho y ante la posibilidad de que alguna de ellas pudiera doblegar la convicción de sus miembros deben otorgarse las garantías necesarias al respecto (24).

- La prevalencia del juicio por jurados no es sinónimo de eficacia procesal, ni de disminución del delito pero sí de celeridad.

- En cuanto a la bionomía-antinómica: legislación- jurisprudencia, pese al robustecimiento natural que adquiere ésta última ante la implementación del sistema de jurados, pregonamos la reafirmación de la primera como núcleo epicéntrico en donde deben reposar los decisorios en este sistema.

- Entonces: Se debe otorgar mayor flexibilidad al juez para poder amoldar las situaciones de hecho a las normas vigentes, *pero no se puede prescindir de la ley o debilitarla injustamente, ya que ello atentaría contra el principio de legalidad.* (Art. 18 de la CN).

Bibliografía

(1) Para considerar los argumentos a favor o en contra del juicio por jurados ver el interesante debate de ELBERT y HENDLER. En ELBERT, Carlos E. "¿Necesitamos en 1998 un juicio por jurados?" En Revista de Jurisprudencia Argentina. 1998 Tomo IV, pág. 784. HENDLER, Edmundo. "Necesitamos el juicio por jurados" Diario La Ley del 16/02/99, pág. 3.

(2) Así lo ha sostenido la CSJN, en este sentido entendió el Máximo Tribunal Federal que el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público, porque de alguna forma es necesario compensar los inconvenientes de la disparidad interpretativa y valorativa de las sentencias. De allí que nuestra Constitución previera como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/09/2005, Casal, Matías E. y otro, publicado en: DJ 14/06/2006, 479, con nota de Federico H. Calvete; DJ 19/04/2006, 1040, con nota de María Cristina Barberá de Riso; DJ 01/03/2006, 509, con nota de Mario C. Perrachione; DJ 2005-3, 624, con nota de María Laura Giuseppucci; LA LEY 04/10/2005, 5, con nota de Carlos Enrique Edwards; LA LEY, 2005-E, 657, con nota de Carlos Enrique Edwards; LA LEY 2005-F, 110, con nota de Augusto M. Morello; Germán González Campaña; LA LEY 14/11/2005, 10, con nota de Javier D. Muchnik; Jorge L. Jofré; LA LEY 2005-F, 387, con nota de Javier D. Muchnik; Jorge L. Jofré; Sup. Penal 2005 (octubre), 20, con nota de Augusto M. Morello; Germán González Campaña; Fallos Corte: 328:3399, La Ley Online: AR/JUR/2667/2005.

(3) ZARINI, Helio. Constitución de la Nación Argentina. Concordada en sus reformas y antecedentes. Buenos Aires. Ed. Astrea. 1973, pág. 265.

(4) BIDART CAMPOS, Germán. "¿El juicio penal por jurados está constitucionalmente limitado al enjuiciamiento de criminales y no de delitos?" ED, 136-520. BIDART CAMPOS, Germán. "Otra vez el juicio por jurados", ED, 150-607.

(5) BRUZZONE, Gustavo A. Acerca de la vigencia del mandato constitucional del juicio y su relación con los procedimientos abreviados. ED. Tomo 183. pág. 1215. Algunos fallos han llegado a considerar que una omisión del legislador puede ser violatoria de la Constitución y dar lugar a la consiguiente declaración por el Poder Judicial. Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala II, Sept. 22-1988. ED. Tomo 130 pág. 602.

(6) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/07/1932, Ministerio Fiscal c. La Fronda, La Ley Online; AR/JUR/10/1932. En igual sentido: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/12/1911, Loveira, Vicente c. Mulhall, Eduardo T, La Ley Online; Fallos Corte: 115:92, La Ley Online: AR/JUR/10/1911. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala A, 04/04/2008, Frigorífico y Matadero Chivilcoy, IMP 2008-17 (Setiembre), 1486, AR/JUR/2957/2008.

(7) SAGUES, Néstor Pedro. "El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución" Nacional. ED 93-913.

(8) SAGUES, Néstor Pedro. "El juicio penal... ob. cit. pág. 915.

(9) Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala II, Sept. 22-1988. ED, 130-602.

(10) CABALLERO Ricardo, HENDLER Edmundo. Justicia y participación. Ed. Universitaria. Buenos Aires. 1988. pág. 47

(11) Así se dijo que la implementación del enjuiciamiento por jurados que reclama la Constitución debe entenderse referida al instituto conocido en el mundo como tal y éste, tanto al momento de sancionarse aquella como en la actualidad, solo se extiende a los casos de delitos de mayor gravedad. Este criterio de restringir el

derecho a ser juzgado por jurados en los delitos de mayor gravedad fue consagrado tanto en los estados Unidos de Norteamérica, como en el Reino Unido, Francia, Italia y Gran Bretaña. Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala II, Sept. 22-1988. ED. 130-602.

(12) LUNA, Diego. "Un análisis de la jurisprudencia de la CSJN en función de la omisión legislativa del Congreso Federal. La vigencia de un proceso penal sin jurados". El Dial. Año 8 N° 1892, Sup. de Derecho Penal. Ref. DC730.

(13) Diccionario de la Real Academia Española. Editorial: ESPASA-CALPE, 2001. Letra T.

(14) BIDART CAMPOS, Germán. "El Juicio... ob. cit. pág. 602.

(15) PASTOR, Daniel R. Acierto o hipocresía de una sentencia trascendente? Juicio por jurados ya). Revista No hay derecho. N° 5 Buenos Aires. 1991, pág. 17. Entonces, pregona el autor, si los jueces en lugar de delegar sus funciones, cerraran o suspendieran los procesos porque les resulta imposible con la garantía constitucional del juez natural estando a la vez en las cinco, diez o quince declaraciones de imputados que se toman simultáneamente en un tribunal, seguramente provocarán un escándalo capaz de provocar la reforma del vetusto ordenamiento procesal vigente. Empero, si en lugar de ello, los jueces siguen delegando funciones, llevando adelante procesos penales sin jurados y actuando como si nada sucediera, como si con la Constitución se cumpliera, entonces sin el caos a la vista la reforma aparecerá, si no como innecesaria, al menos como postergable

(16) SANDRO, Jorge. A. reflexiones sobre el jurado popular. Ed. Buenos Aires. 1988. pág. 137. Ello sucede, explica el autor, porque la nueva organización judicial que desencadena establece una conciencia jurídica que modifica la estructura rígida y vetusta del actual sistema judicial, signado por la profesionalización y la centralización. El jurado impide así que se transgreda nuestra forma representativa y republicana de gobierno y la independencia del poder judicial. En este sentido, la organización horizontal de los jueces junto a las reglas ya contenidas en la ley procesal que se propone contribuirán efectivamente a la consecución del ideal relativo a la independencia judicial interna.

(17) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10/04/2003, Banco de la Nación Argentina, LA LEY 2003-C, 506 - LLP 2003, 650, con nota de Germán J. Bidart Campos; LA LEY 2003-D, 575, con nota de Germán J. Bidart Campos; LA LEY 2003-F, 216, con nota de Lino Enrique Palacio; Sup. Penal 2003 (setiembre), 21, con nota de Lino Enrique Palacio; Sup. Penal 2003 (junio), 2, con nota de Germán J. Bidart Campos; Fallos Corte: 326:1106, La Ley Online: AR/JUR/49/2003.

(18) ZAMPINI, Virgilio. "Chubut siglo XIX. Una década del juicio por jurados". En Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Año VIII. Número 14. Año 2002. págs. 343/4. En igual sentido ver el interesante trabajo de JONES, Lewis. JONES, Lewis. Una nueva gales en Sudamérica. Comisión del Centenario. Trelew. 1966. pág. 115.

(19) Establece el precepto que ese Tribunal se formará con el juez de la Colonia y doce miembros, o menos, que integrarán el jurado, sorteados de la lista de electores.

(20) En esa normativa prescribía que el juzgado sorteará de entre los electores doce personas para integrar el jurado (omitiendo todo nombre que tenga relación con el juicio) y el juez mandará aviso a cada una de ellas por conducto del alguacil por lo menos tres días antes del juicio, y todo aquél que rehúse formar parte del mismo (salvo caso de enfermedad o razones de fuerza mayor) será eliminado del patrón electoral durante un año y multado. (Conf. art. 14). Por su parte al constituirse el jurado en el tribunal, tanto una parte como la otra tendrá derecho a objetar a sus componentes, siempre que se demuestre satisfactoriamente al juez que el juicio en cuestión afecta o compromete a los mismos. (Conf. art. 15) En cuanto al veredicto final se dice que los dos tercios del jurado deberán estar acordes, entonces el principal entregará el dictamen escrito al juez, quién le dará lectura, mientras esto no ocurra ningún miembro del jurado podrá ausentarse del tribunal. Se permitirá al jurado formular preguntas aclaratorias toda vez que lo desee. (Conf. art. 16)

(21) MAIER, Julia B. La reforma procesal penal para implementar un sistema de juicios por jurados" En Juicio por jurados en el proceso penal. Ed. Ad Hoc. Buenos Aires. 2000. pág. 11. En sentido contrario se ha dicho que atento a lo previsto en los arts. 24 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, compete al Congreso de la Nación legislar sobre la implementación de los juicios por jurados razón por la cual, al dictar la ley 9182 de la Provincia de Córdoba, la legislatura provincial ejerció facultades delegadas en la Nación, transgrediendo la prohibición que surge del art. 126 de la Carta Magna. Cámara en lo Criminal de 2a Nominación de Córdoba, 08/09/2006, Monje, Jorge G. y otros LLC 2006, 1019, con nota de Claudio D. Gómez; AR/JUR/5731/2006.

(22) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/09/2005, Casal, Matías E. y otro, publicado en: DJ 14/06/2006, 479, con nota de Federico H. Calvete; DJ 19/04/2006, 1040, con nota de María Cristina Barberá de Riso; DJ 01/03/2006, 509, con nota de Mario C. Perrachione; DJ 2005-3, 624, con nota de María Laura Giuseppucci; LA LEY 04/10/2005, 5, con nota de Carlos Enrique Edwards; LA LEY 2005-E, 657, con nota de Carlos Enrique Edwards; LA LEY 2005-F, 110, con nota de Augusto M. Morello; Germán González Campaña; LA LEY 14/11/2005, 10, con nota de Javier D. Muchnik; Jorge L. Jofré; LA LEY 2005-F, 387, con nota de Javier D. Muchnik; Jorge L. Jofré; Sup. Penal 2005 (octubre), 20, con nota de Augusto M. Morello; Germán González Campaña; Fallos Corte: 328:3399, LLOnline: AR/JUR/2667/2005. Sostiene el fallo que la circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio

(23) Suprema Corte de Estados Unidos, 24/06/2002, Ring, Timothy S. c. Arizona, LA LEY 2002-F, 522, AR/JUR/726/2002. (Del voto del Juez BREYER).

(24) Así ha resuelto el Tribunal de Justicia de la Comunidad de Madrid que corresponde decidir el incidente donde se planteó la suspensión del juicio oral y disolución del Tribunal de Jurado por la aparición de nuevos hechos que involucraban a otros imputados sin la presencia del jurado, que debe abandonar la sala, por tratarse de una cuestión de naturaleza procesal y técnica y, por tanto, ajena a éste, para así evitar que se halle influenciado y afectado a la formación de su convicción, que únicamente ha de constituirse en función de la prueba practicada en el juicio oral. Tribunal de Justicia de la Comunidad de Madrid, 14/04/2000, Zabaleta Cortázar, Aitor c. Guerra Cuadrado, Ricardo, LA LEY 2002-B, 166 - Sup. Penal 2002 (febrero), 3, con nota de Augusto M. Morello; AR/JUR/1911/2000.

El riesgo de la cosa y las cosas riesgosas

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LLLitoral 2011 (febrero), 111
Cita Online: AR/DOC/157/2011
[Consultado el: 29/06/2020]

Sumario.

I. Sinopsis. — II. Casuística. — III. Contexto doctrinario. — IV. Biblioteca.

I. Sinopsis.

No existen cosas riesgosas por sí misma solo que en ciertos casos, debido a los reiterados resultados arribados, existe una presunción de riesgo de éstas. Para que exista "riesgo", la cosa debe contener una potencialidad dañosa que no genera responsabilidad hasta que la misma se materializa en el daño. Provocado éste y comprobado el carácter riesgoso de la cosa opera la responsabilidad, siempre que se cumplan con los demás presupuestos exigidos para su procedencia.

Desde ésta perspectiva siguiendo a Mosset Iturraspe y Piedecasas la víctima que invoca el riesgo de la cosa deberá entonces, salvo excepciones, demostrarlo. No deberá probar que un automotor puesto en la circulación es "cosa riesgosa", porque así lo considera, sin hesitación y pacíficamente, la doctrina; pero sí deberá probar, por vía de ejemplos, que un arco de fútbol es una cosa riesgosa o que los es un piso muy lustrado y resbaladizo o la escalerilla de un avión, o un andamio colocado de tal o cuál manera, etc. (1).

Entonces, en algunos casos el carácter riesgoso de la cosa no requiere de su prueba, porque debido a las características de ésta el mismo surge a todas luces; y en otros la víctima deberá acreditarlo a través de los medios legales que autoriza el código de rito. Desde la perspectiva jurisprudencial el peligro de la cosa surge de un examen ex post facto y no a priori, teniendo en cuenta que en determinados casos dicho carácter se presume por las características intrínsecas del objeto que interviene en el desenlace.

II. Casuística.

1. Generalidades.

1.1. Riesgo específico, intrínseco, normal y extraordinario.

El párr. 2º del art. 1113 del Cód. Civil no legisla un supuesto de riesgo genérico, extrínseco y excepcional, tal el que puede presentar cualquier cosa en un cierto contorno de tiempo, modo y lugar. Por el contrario, el legislador ha tenido en vista un riesgo "específico" en tanto pertenece a determinadas especies de cosas, "intrínseco" por ser inherente a la cosa, "normal" por ser constante y "extraordinario", ya que su peligrosidad es más intensa de aquella que surge de las cosas no riesgosas en sí misma.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 08/04/1996, Ramos, Angel S. J. c. Rimidan S. A., LLLitoral, 1997-857, con nota de Jorge Mosset Iturraspe; AR/JUR/621/1996

1.2. Cosas inertes y no inertes.

La aplicación de las prescripciones del art. 1113 del Cód. Civil en materia de accidentes del trabajo conduce a desestimar la distinción entre cosas inertes y aquellas que no lo son, pues tal distinción no encuentra fundamento en la letra de la ley. En consecuencia, el criterio de operatividad dañosa del objeto según sus circunstancias concretas es el que más se adecua a la fórmula legal, toda vez que ella indique "riesgo de la cosa" y no "cosa riesgosa" (Del voto del doctor Berger).

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, 18/09/1996, Barengo, Roberto A. c. Clorindo Appo S.R.L., LLLitoral, 1997-551, con nota de Angel González del Cerro; AR/JUR/1406/1996.

1.3. La cosa y el hombre.

El art. 1113, párr. 2º del Cód. Civil no regula el daño causado por las cosas riesgosas, sino el provocado por el riesgo de las cosas, de manera que el supuesto legal abarca no sólo el hecho de las cosas riesgosas, sino también el hecho del hombre que las utiliza.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 08/04/1996, Ramos, Angel S. J. c. Rimidan S. A., LLLitoral, 1997-857, con nota de Jorge Mosset Iturraspe; AR/JUR/621/1996.

1.4. Potencialidad dañosa de la cosa.

El art. 1113 del Cód. Civil requiere la demostración de que la cosa tiene propiedades o características virtuales para producir un daño.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, 31/05/1999, Suárez, Sergio R. c. Alfredo Williner S. A., sucs., LLLitoral 2000, 1001, AR/JUR/2515/1999.

1.5. Carácter objetivo de la responsabilidad.

En materia de responsabilidad por vicio o riesgo de la cosa se establece una garantía a favor de los terceros, siendo aquella responsabilidad de carácter objetivo entre el dueño o guardián y la víctima, mas subjetiva respecto de quien por culpa propia o de sus órganos o agentes ha originado el vicio.

Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial III, 31/03/1997, Almeida, Juan A. c. Municipalidad de Villa del Rosario, LLLitoral 1998-1, 224, AR/JUR/5145/1997.

1.6 Carga de la Prueba.

En el supuesto de daños ocasionados por el riesgo o vicio de la cosa, incumbe a la víctima o a sus causahabientes demostrar la existencia del riesgo o vicio y la relación de causalidad entre uno y otro, además del perjuicio sufrido, no siendo exigible la prueba de la culpa del dueño o guardián, quienes podrán eximirse total o parcialmente acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deban responder.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, sala II, 05/11/1996, B., E. J. y otra c. Instituto Provincial de Desarrollo Habitacional, LLLitoral, 1997-979, AR/JUR/4128/1996.

1.7. Relación de causalidad.

La relación de causalidad configura un presupuesto de procedencia de la acción por la cual se reclaman daños y perjuicios derivados de la responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa, pues comprobada la causalidad física entre el hecho y el daño y no probada por el demandado la interrupción del nexo causal, aquél no puede liberarse de responder por los perjuicios causados a la víctima.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, sala II, 13/11/1997, Duarte, Manuel c. Cassino, Raúl O. y otro, LLLitoral, 1998-2, 275, AR/JUR/60/1997.

El art. 1113 del Cód. Civil generaliza la responsabilidad del dueño o guardián, independizándola del fundamento o arranque inicial, sin permitir la indagación de la inculpabilidad, pero sí de la causalidad. Ello posibilita el resarcimiento, aún cuando la causa verdadera del daño permanezca desconocida y sólo aparezca exteriormente como tal, el riesgo o vicio de la cosa.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala III, 20/11/1995, Galarza, Irma E. y otro c. Supercemento S.A. y otros, LLLitoral, 1997, 262, con nota de Luis O. Andorno; AR/JUR/3859/1995.

1.8. El daño.

Cuando el daño provocado obedece al riesgo o vicio de la cosa —en el caso, vicios propios de la construcción de un edificio que provocaron daños en el inmueble del actor—, nos encontramos frente a una culpa objetivada del dueño o guardián, generadora "per se" de responsabilidad, salvo que demuestre la culpa de la propia víctima, la de un tercero extraño por quien no deba responder o bien la existencia de caso fortuito o fuerza mayor.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala III, 30/04/1997, Repetto, Héctor D. c. Giuliano, Miguel, suc. y/u otro, LLLitoral 1998-1, 463, AR/JUR/858/1997.

1.9. La culpa de la víctima como eximente de la responsabilidad.

Corresponde rechazar la demanda de daños y perjuicios incoada por quien se lesionó al tropezar con un escalón en un centro comercial, ya que el vínculo causal se quebró por la interferencia de la propia víctima por cuanto, si bien el emplazado reconoció la presencia del actor en el local, el accidente sufrido y el hecho de que éste fue asistido por el servicio médico del lugar, no se ha demostrado que el escalón tuviera alguna deficiencia en su estado de conservación, ni que estuviera sucio o deficientemente iluminado.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 22/02/2008, Etcheverri, Emma Elena c. Alto Palermo S.A. (APSA) Abasto de Buenos Aires y otro, LA LEY, 2008-C, 44, AR/JUR/490/2008. En igual sentido véase: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, "Aristizabal, Julio Alberto c. Fast Food Sudamericana", 2007/10/31, La Ley Online; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, "Boghossian, Carlos E. c. Alto Palermo S.A.", 2006/10/26, DJ, 28/02/2007, 482 - JA 2007-I, 227.

2. Supuestos especiales de cosas que han sido consideradas riesgosas jurisprudencialmente.

2.1. La rama de un árbol.

La Municipalidad demandada debe ser responsabilizada por el daño sufrido por una persona que se encontraba en un parque y fue lesionada al caer sobre ella una rama de árbol de grandes dimensiones, pues, no habiéndose registrado en esos momentos vientos fuertísimos ni lluvia ni rayos que dañaran la especie arbórea, es

procedente concluir que aquella no estaba en óptimas condiciones y que debió ser extraída, es decir, podada de modo que no constituyera peligro alguno.

Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual Nro. 2 de Rosario, 12/06/2008, Suárez, Marcela Alejandra c. Municipalidad de Rosario, LLLitoral, 2008-803, AR/JUR/3035/2008.

2.2. Producto de fumigación.

El propietario de un campo es responsable por la pérdida de cultivo que sufrió el actor en su predio, como consecuencia de la expansión de un producto de fumigación por él utilizado, toda vez que resulta aplicable el criterio objetivo de atribución de responsabilidad —riesgo de la cosa— debido a su carácter de dueño o guardián de la cosa riesgosa y no se demostró la ruptura total o parcial del nexo de causalidad.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto, 13/05/2009, Magnante, Armando c. Eduardo Cernadas S.A., LLLitoral, 2009-816.

2.3. Caja de alto voltaje.

Corresponde responsabilizar en los términos del artículo 1113 del Código Civil al propietario de la obra por el fallecimiento de un operario por la electrificación de la escalera sobre la que se encontraba trabajando, al tomar contacto con instalaciones —en el caso, una caja de alto voltaje— que carecían de un aislamiento adecuado, pues el daño causado por electricidad debe atribuirse al riesgo de la cosa.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1a Nominación de Santiago del Estero, 23/10/2008, Gutiérrez, Miguel y otra c. O.S.E.P. y/u otros, La Ley Online; AR/JUR/23781/2008.

2.4. El combustible.

La responsabilidad de una estación de servicio por los daños ocasionados al propietario de un automóvil, al cual un empleado de aquélla cargó un combustible equivocado, surge tanto desde la perspectiva del art. 1113 del Cód. Civil en cuanto el producto constituye una cosa "riesgosa", como de la derivada de la especial relación de consumo entablada.

Juzgado de 1a Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 5a Nominación de Rosario, 22/11/2007, SJ c. XXX S.A., LLLitoral 2008 (mayo), 468, AR/JUR/11061/2007.

2.5. Electrodomésticos.

Es improcedente considerar arbitraria la sentencia que condenó al comerciante y al importador de un electrodoméstico por los daños derivados de la muerte de un menor que sufrió una electrocución al limpiar el aparato, ya que ninguno de los argumentos empleados por el tribunal para rechazar la culpa de la víctima han sido refutados, en tanto aquél concluyó que cualquiera hubiese sido el modo de utilización del bien, apagado o encendido, la víctima hubiese recibido una descarga eléctrica al tocar alguna de sus partes metálicas, debido a los defectos de fabricación que presentaba.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala I, 10/09/2007, Oliva, Angel y otro c. Unigift S.A. y Otro, LLLitoral 2008 (febrero), 118, AR/JUR/7928/2007.

2.6. Amoladora.

De conformidad con lo establecido en el artículo 1113 del Código Civil, corresponde responsabilizar al demandado por los daños sufridos por el actor mientras trabajaba utilizando una maquinaria de su propiedad —en el caso, una amoladora—, pues, en su carácter de propietario de la cosa riesgosa debió haber acreditado el caso fortuito, la culpa de la víctima o de un tercero por quienes no debería responder, o bien que la máquina fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 22/06/2007, Maidana, Juan Carlos c. Micheluk, Marcelo, La Ley Online; AR/JUR/12886/2007.

2.7. Vehículos.

Tratándose de una colisión entre dos vehículos en movimiento —un camión y un móvil policial— resulta de aplicación el art. 1113, segundo párrafo del Código Civil, por lo cual, siendo uno sólo de los partícipes del accidente quien acciona, no está obligado a probar la culpa del dueño o guardián de otro automotor, ni éste puede eximirse de responsabilidad alegando que de su parte no hubo culpa, dado que la responsabilidad del demandado se presume y no puede ser relevada, salvo la presencia de eximentes que la propia norma contempla.

Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala II, 15/08/2006, Fitipaldi, Ariel C. J. c. Huber, Carlos A. y otros, LLLitoral 2007 (febrero), 132, AR/JUR/5674/2006.

2.8. Cartel publicitario.

Cabe responsabilizar, solidariamente con la Municipalidad codemandada, a la Institución deportiva que estampó su nombre y su logo en el cartel publicitario colocado en la vía pública, que ocasionó un accidente de tránsito, dado que dicho ente con su obrar antijurídico colocó una cosa riesgosa susceptible de afectar la circulación vehicular.

Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial III, 18/04/2006, Almeida, Nora I. c. Club Regatas de Concordia y otra, LLLitoral, 2006-1200, AR/JUR/1531/2006.

2.9. La energía eléctrica.

Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda interpuesta contra una empresa de electricidad a raíz de la muerte del hijo de los actores al recibir una descarga eléctrica toda vez que sus dependientes al anular la llave de corte bipolar y realizar una conexión directa de los cables actuaron en forma antijurídica e imprudente violando normas legales, por lo cual su responsabilidad surge de lo dispuesto por los arts. 43 y 1113 del Código Civil.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, 06/08/2004, Ortega, Juan R. y otro c. Empresa Provincial de la Energía, LLLitoral, 2005-92, AR/JUR/3862/2004.

2.10. El calefón.

Un calefón no configura en sí mismo y en abstracto una cosa peligrosa. Empero, si el artefacto ha sido antirreglamentariamente instalado, es indudable que reviste la doble condición de cosa viciosa y riesgosa.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 22/03/1999, Hallanib, Alberto J. A. y otros c. Grandinetti de Muraca, Raquel y/u otros, LLLitoral, 2000-644, AR/JUR/2505/1999.

III. Contexto doctrinario.

Mayo, Jorge; Prevot, Juan Manuel, La relación de causalidad. Como requisito autónomo y esencial de la responsabilidad civil. LA LEY, 15/09/2010, 1.

— Sostienen los distinguidos profesores que "...tanto desde el punto de vista teórico, cuanto desde el punto de vista práctico, la relación de causalidad es, sin duda, el presupuesto más problemático y, quizás, menos tratado de la responsabilidad civil. Enrevesada, difícil, compleja, tormentosa, insoluble, angustiosa, multiforme, enigmática y ambigua, son algunas de las características (o adjetivos calificativos) con que, comúnmente, se señalan las cualidades (más bien abstractas) atribuidas a la causalidad (en tanto sustantivo)...".

Daich, Diego Los daños causados con la intervención de cosas, LLC, 2010-635.

— Explica el autor que prácticamente no existe actividad para la que el hombre moderno no necesite servirse de cosas, condición que lleva a que las mismas participen —con mayor o menor preponderancia— de hechos generadores de responsabilidad. Y el tipo de intervención que las cosas han tenido en la producción del daño es lo que define el régimen legal aplicable, lo que nos llevará a un supuesto de responsabilidad objetiva o subjetiva, según el caso, y esto se traducirá en importantísimas diferencias, puesto que se trata de dos extremos opuestos: la valoración o no de la conducta humana.

Bruera, Eduardo, Nexo causal. Interrupción. Causa ajena. Eximente. Alcances, LLC, 2010-271

— "...La necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido, se denomina relación de causalidad. Este enlace material que vincula al hecho ilícito aquiliano con el menoscabo, determinará por un lado la autoria de este último y por el otro el alcance o extensión del resarcimiento; por eso es correcto decir que el juicio de causalidad en definitiva imputa objetivamente un resultado (daño) a la acción de una persona, aquello que los clásicos denominaban imputatio facti...".

Sagarna, Fernando Alfredo, Responsabilidad civil de los institutos deportivos, de los docentes y de los propietarios de natatorios. La pileta de natación: ¿Daño causado con la cosa o cosa generadora de riesgos?, LLBA, 1997-56.

— Expresa el profesor Sagarna que "...ante la división que trae el art. 1113 en su segundo párrafo, indudablemente no podemos obviar que habrá daños que son causados con las cosas y otros que se producen por el riesgo generado por ellas, o bien por un vicio interno que las hace inadecuadas para su utilización. Ahora bien, cuando alguien se tira a una pileta y pega contra el borde, o se resbala y cae en ella, o estando sumergido en ella, el daño que se produce ¿fue causado con la cosa o por el riesgo generado por la piscina? Partamos de la base de que piletas de natación hay de todos los tamaños. De las pequeñas para párvulos que tienen una profundidad de 5 cms. de agua, de las clásicas piletas desarmables, de las plásticas fijas, hasta los natatorios olímpicos, hay una gran diferencia. Las piletas de natación no constituyen cosas generadoras de riesgos. Si una persona sufre daños o fallece como consecuencia de la intervención de una piscina en el hecho ilícito y se quiere responsabilizar a su dueño o guardián, y resulta mecanizable el régimen aquiliano, se aplica, en principio, el art. 1113, 2° párr., 1ª parte, del Cód. Civil, es decir que estaríamos frente a un supuesto de daño causado con la cosa (factor de atribución subjetivo)...".

Prevot, Juan Manuel, Daños ocasionados por la caída de un ascensor, LA LEY 2007-C, 1.

— Explica el jurista que "...debe indagarse el acaecimiento del evento dañoso y por añadidura, la constatación de cada uno los presupuestos que hacen a la aplicación de la norma (art. 1113, Cód. Civil), desde una óptica de corte probabilística. La convicción del juzgador debe formarse tendiendo a un grado sumo de probabilidad acerca del modo de producirse el evento, aunque no se tenga certeza absoluta, porque admitida la

existencia del siniestro y ante versiones contrapuestas, debe realizarse un proceso de selección que forzosamente conduzca a tener como realmente sucedidas algunas circunstancias en que se apoyan dichas manifestaciones...".

Jalil, Julián, La energía eléctrica como cosa riesgosa, LA LEY, 2010-B, 627.

— "...No somos partícipes de las posiciones extremadamente flexibles, éstas son eficientes al mediano plazo, porque si bien en ciertas oportunidades resuelven situaciones de evidente injusticia, en otras se ciñen de ilegalidad y atentan contra la igualdad jurídica. Jalar de la cuerda demasiado nos pone al borde de su ruptura: a veces es mejor dejarla intacta, máxime cuando la ley es clara y denota el camino...".

VI. Biblioteca.

BREBBIA, Roberto H. Instituciones de derecho civil Ed. Juris. Municipalidad de Rosario del Talar. 1997.

COLOMBO, Leonardo A. Culpa aquiliana (cuasidelitos). Ed. LA LEY. Buenos Aires - 1944

LOPEZ MESA, Marcelo- TRIGO REPRESAS, Félix A. Tratado de la Responsabilidad Civil. Ed. LA LEY. Buenos Aires. 2004.

LORENZETTI, Ricardo L. Digesto práctico La Ley: Daños y perjuicios. Ed. LA LEY. Buenos Aires - 1999.

MOSSET ITURRASPE, Jorge-WAJNTRAUB, Javier H. Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24.240 (modif. por leyes 24.568, 24.787 y 24.999 y 26.361). Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2008.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 1999/01/01.

PIZARRO, Daniel. Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa (Contractual y extracontractual). Ed. LA LEY. Buenos Aires. 2006.

PIZARRO, Daniel. Responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas. Ed. Universidad. Buenos Aires. 1983.

RAMIREZ, Jorge Orlando. Indemnización de daños y perjuicios, Actos ilícitos e incumplimiento contractual. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 1984.

RINESSI, Juan. El deber de seguridad. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 2007.

SALAS, Acdeel E. La responsabilidad por daños causados por las cosas. Ed. Editorial Valerio Abeledo. Buenos Aires. 1945.

SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1946.

TINTI, Guillermo. Derecho del consumidor. Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor. Defensa de la competencia. Arbitraje de consumo. Lealtad comercial Ed. Alveroni. Municipalidad de la Ciudad de Córdoba. 2001.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Responsabilidad por riesgo. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 1997.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Valoraciones sobre Responsabilidad. A propósito del Proyecto de Código Civil. Ed. Mediterránea. Municipalidad de la Ciudad de Córdoba. 2000.

(1) MOSSET ITURRASPE, Jorge, PIEDECASAS, Miguel A. Código Civil Comentado. Ed. Rubinzal Culzoni. Pág. 334.

El decreto 1089/2012 que reglamenta la Ley 26.529 sobre derechos del paciente y sus premisas en torno al consentimiento informado

Por Julián Emil Jalil
Pesaresi, Eliana

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2013 (enero-febrero), 135
Cita Online: AR/DOC/6224/2012
[Consultado el: 30/06/2020]

Sumario.

1. Introducción. 2. Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. 3. Los deberes del médico. 4. La información sanitaria. 5. El consentimiento informado propiamente dicho. 6. Las directivas anticipadas.

El consentimiento informado representa en la actualidad una obligación legal destinada a que el paciente conozca los riesgos a los que se expone ante un determinado acto médico, desde esta perspectiva la ley dispone que toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, alcanzados por la ley 26.529 —modificada por la ley 26.742— requiere, el previo consentimiento informado del paciente.

1. Introducción.

La ley 26.529 promulgada de hecho el 19 de noviembre de 2009 sanciona la Ley de Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado. La ley 26.742 promulgada de hecho el 24 de mayo de 2012, modifica la ley 26.529, agregándole nuevos aspectos y alterando otros ya existentes en la ley 26.529. En este marco se dicta el decreto 1089/2012 que reglamenta las precitadas normas a los fines de hacerlas operativas.

Este decreto esta destinado a proteger al paciente, como sujeto que requiere cuidado sanitario en la relación que establece con los profesionales de la salud. Detenta un *carácter complementario, pues subyace adherido a la ley 25.326 y 26.529, modificada por la Ley 26.742 complementando las respectivas leyes y reglamentaciones del ejercicio profesional en salud.*

Comprende, asimismo, a los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud alcanzados por la Ley 23.661, respecto a la relación entre ellos y sus prestadores propios o contratados con sus beneficiarios, cualquiera sea la jurisdicción del país en que desarrollen su actividad. (Art. 1º).

2. Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud.

La ley establece que la Superintendencia de Servicios de Salud deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar el correcto ejercicio de los derechos reconocidos por la ley a los beneficiarios del Sistema Nacional del Seguro de Salud por parte de los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud de todo el país, comprendidos por la Ley Nº 23.661. Esta última norma ha creado el Sistema Nacional del Seguro de Salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. (art. 1º de la ley 23.661) (Adla, XLIX-A, 57). El mencionado seguro tiene como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones

de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva. (art. 2º de la ley 23.661). (1)

3. Los deberes del médico.

1. El deber de asistencia: el derecho de los pacientes a ser asistidos involucra el deber de los profesionales de la salud de cumplir con la ley de ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración cuando la gravedad del estado del paciente así lo imponga. Y en ningún caso, el profesional de la salud podrá invocar para negar su asistencia profesional, reglamentos administrativos institucionales, órdenes superiores, o cualquier otra cuestión que desvirtúe la función social que lo caracteriza. Por su parte, deberá quedar documentada en la historia clínica la mención del nuevo profesional tratante si mediara derivación, o bien, la decisión del paciente de requerir los servicios de otro profesional. (2)

Desde esta perspectiva, los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a:

1. Prestar la colaboración que les sea requerida por las autoridades sanitarias, en caso de epidemia, desastres u otras emergencias;
2. Asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga y hasta tanto, en caso de decidir la no persistencia de la asistencia, sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente;
3. Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz;
4. No llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial;
5. Promover la internación en establecimientos públicos o privados de las personas que por su estado psíquico o por los trastornos de su conducta, signifiquen peligro para sí mismas o para terceros;
6. Ajustarse a lo establecido en las disposiciones legales vigentes para prescribir alcaloides;
7. Prescribir o certificar en formularios que deberán llevar impresos en castellano su nombre, apellido, profesión, número de matrícula, domicilio y número telefónico cuando corresponda. Sólo podrán anunciarse cargos técnicos o títulos que consten registrados en la Secretaría de Estado de Salud Pública en las condiciones que se reglamenten. Las prescripciones y/o recetas deberán ser manuscritas, formuladas en castellano, fechadas y firmadas. La Secretaría de Estado de Salud Pública podrá autorizar el uso de formularios impresos solamente para regímenes dietéticos o para indicaciones previas a procedimientos de diagnóstico;
8. Extender los certificados de defunción de los pacientes fallecidos bajo su asistencia debiendo expresar los datos de identificación, la causa de muerte, el diagnóstico de la última enfermedad de acuerdo con la nomenclatura que establezca la Secretaría de Estado de Salud Pública y los demás datos que con fines estadísticos les fueran requeridos por las autoridades sanitarias;
9. Fiscalizar y controlar el cumplimiento de las indicaciones que imparta a su personal auxiliar y asimismo, de que éstos actúen estrictamente dentro de los límites de su autorización, siendo solidariamente responsable si por insuficiente o deficiente control de los actos por éstos ejecutados resultare un daño para terceras personas. (Conf. art. 19 de la ley 17.132) (Adla, XXVII-A, 44) cuando se trate de pacientes *menores de edad*, siempre se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Sobre los Derechos del Niño y reconocidos en las leyes 23.849, 26.061 y 26.529 (Adla, XL-C, 2573; LXV-E, 4635; LXX-A, 6). Es decir, en los términos del art. 75, incs. 22 y 23 de la

Constitución Nacional, y en el marco de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en general y de la Convención de los Derechos del Niño en particular, la regla jurídica que ordena anteponer el interés del niño a cualesquiera otra consideración, esto tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres. (3)

2. El deber de trato digno al paciente: el trato digno significa que se deben adoptar medidas para que el paciente sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece. (4) Dicho deber, tal como lo dispone el decreto, se extiende a todos los niveles de atención, comprendiendo también el que deben dispensarle a los pacientes y su familia y acompañantes sin discriminación alguna, los prestadores institucionales de salud y sus empleados, y los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud, alcanzados por la Ley 23.661 y su reglamentación. Ello, teniendo en cuenta la condición de persona humana del paciente, quien necesita de los servicios de salud, así como de la ciencia y competencia profesional que los caracteriza.

3. El deber de respetar el derecho a la intimidad de los pacientes: el derecho a la intimidad es un derecho personal fundamental emanado de todo el esquema constitucional, (5) que consiste en evitar una injerencia arbitraria por parte de los galenos. (6) Desde esta perspectiva, y en el marco del decreto constituye un deber de los profesionales de la salud y de las instituciones asistenciales el respeto de la intimidad de los pacientes y de la autonomía de su voluntad, en toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente y en especial respecto a sus datos sensibles. Se entiende por datos personales a la información de cualquier tipo referida a los pacientes, en su condición de tales, y en especial a sus datos sensibles, entendidos como los datos personales que revelan origen étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual, con los alcances previstos por la Ley 25.326.

4. El deber de confidencialidad: el paciente tiene derecho a que todo aquello que llegare a conocimiento de los profesionales de la salud o sus colaboradores con motivo o en razón de su ejercicio, y de quienes manipulen su documentación clínica, no se dé a conocer sin su expresa autorización, salvo los casos que la ley que se reglamenta u otras leyes así lo determinen, o que medie disposición judicial en contrario, o cuando se trate de evitar un mal mayor con motivo de salud pública. Todos estos supuestos, en los que proceda revelar el contenido de los datos confidenciales, deberán ser debidamente registrados en la historia clínica y, cuando corresponda, ser puestos en conocimiento del paciente, si no mediare disposición judicial en contrario. El deber de confidencialidad es extensivo a toda persona que acceda a la documentación clínica, incluso a quienes actúan como aseguradores o financiadores de las prestaciones. Responde por la confidencialidad no sólo el profesional tratante sino la máxima autoridad del establecimiento asistencial, y de las instituciones de la seguridad social o cualquier otra instancia pública o privada que accede a la misma.

Explica EDWARDS que el fundamento del deber del médico de guardar reserva respecto de los hechos conocidos bajo el amparo del secreto profesional radica en la primacía que la ley otorga a la salud del paciente, fundamento que también debe prevalecer en el caso del médico que es funcionario público, ya que lo contrario implicaría someter a quien ha cometido un delito y requiere del auxilio médico al dilema de tener que elegir entre concurrir a un hospital público para salvar su vida o evitar ser objeto de la persecución penal, consagrándose un irritativo privilegio en favor de quien posee medios económicos para consultar a un médico particular evitando así que el galeno denuncie el hecho delictivo; desde el plano axiológico, existe una colisión entre el derecho a la vida de la persona que ha cometido un delito y el interés estatal en la persecución penal de ese delito, puesto que el ilícito ya se ha consumado con la consiguiente afectación del bien jurídico tutelado, por lo que la cuestión se reduce a dilucidar si la ley otorga preeminencia a la salud de quien ha cometido el accionar delictivo o a la persecución del mismo. (7)

En el precedente *"Zambrana Daza"*, del 12/8/97, la CSJN dijo que el médico del hospital público tiene la obligación de *denunciar al revestir la calidad de funcionario público, aunque conozca el hecho al amparo del secreto profesional*; en ese precedente (8) el Máximo Tribunal Federal señaló que la aseveración del Tribunal anterior referente a que la función pública desempeñada por la médica de un hospital público no la relevaba de la obligación de conservar el secreto profesional, constituye a juicio de esta Corte, un tratamiento irrazonable de la controversia de acuerdo con las disposiciones legales aplicables, puesto que *al tratarse de delitos de acción pública debe instruirse sumario en todos los casos*, no hallándose prevista excepción alguna al deber de denunciar del funcionario, dado que la excepción a la mencionada obligación -prevista en el art. 167- no es extensiva a la autoridad o empleados públicos. (9)

Años más tarde el mismo Tribunal modificó su criterio en el caso *"Baldivieso"* al considerar que cualquiera sea el entendimiento de las normas infraconstitucionales y, en concreto, de naturaleza procesal, aplicables al caso, éstas nunca podrían ser interpretadas pasando por alto el conflicto de intereses que se halla en la base del caso concreto de autos. En abstracto puede entenderse que se trata de la ponderación entre el derecho a la confidencialidad que le asiste a todo habitante de la Nación que requiere asistencia a un profesional de la salud - una acción privada incluso para quien se encuentra realizando una conducta delictiva, en tanto parte integrante de su ámbito de autonomía individual y el interés del Estado en la persecución de los delitos-; pero, en concreto y en el caso, se trata nada menos que del derecho a la vida de una persona y ese interés del Estado. Comprimida la cuestión a la mencionada colisión de intereses, la CSJN preciso que es incuestionable que el estallido de las cápsulas en el aparato digestivo del procesado importaba un peligro cierto de muerte; de entenderse que son válidas las pruebas que surgen de la necesaria intervención médica para evitar su propia muerte, el procesado aquí también se hallaba en la disyuntiva de morir o de afrontar un proceso y una pena. Los valores en juego en el caso concreto son, por ende, la vida y el interés del Estado en perseguir los delitos, cualquiera sea la gravedad de éstos y sin que quepa tomar en cuenta distinciones contenidas en disposiciones procesales, pues esta ponderación no puede resolverse con otra base que la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución Nacional. (10) *Queda claro que la CSJN ha dado prioridad al derecho a la vida sobre el interés del Estado de perseguir los delitos en aras del bien común.*

5. El deber de respeto a la autonomía de la voluntad: como expone ROPPO, la autonomía de la voluntad indica la existencia de una esfera de libertad de los sujetos ante el poder público y la ley, significa que existe un ámbito dentro del cual, la suerte de las proposiciones jurídicas de los sujetos depende de las elecciones voluntarias y libres de los mismos interesados. (11) El paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona, para lo cual tiene derecho a tener la información necesaria y suficiente para la toma de su decisión, a entenderla claramente e incluso a negarse a participar en la enseñanza e investigación científica en el arte de curar. En uno u otro caso, puede revocar y dejar sin efecto su manifestación de voluntad. En todos los casos, deberá registrarse en la historia clínica la decisión del paciente y también su eventual revocación.

Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la ley 26.061. Para los casos presentados por la vía de protección de personas, conforme lo establecido en los artículos 234 a 237 del Código Procesal Civil y Comercial, deberá prevalecer en idéntico sentido el mejor interés del paciente, procurándose adoptar el procedimiento más expedito y eficaz posible que atienda su competencia y capacidad.

El paciente podrá ejercer el derecho previsto en el artículo 2°, inciso e), tercer párrafo de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, cuando padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación. En caso de discrepancia en las decisiones, podrá recurrir a un comité de bioética.

La precitada norma establece que 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 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significarán la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

Tanto del diagnóstico, incluyendo los parámetros físico-psíquicos del paciente que lo sustenten, como del ejercicio efectivo de la autonomía de la voluntad, deberá quedar constancia explícita en la historia clínica, con la firma del médico tratante, del segundo profesional si correspondiere, y del paciente o, ante su incapacidad o imposibilidad, del familiar o representante o persona habilitada.

Recientemente la sala Civil del Tribunal Supremo de España, consideró que el médico al que el paciente le prestó consentimiento para efectuar una operación quirúrgica completamente diferente a la que efectivamente practicó es responsable por daño moral grave, pues, al margen de la corrección con que llevó a cabo la intervención, se configura un supuesto de responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad. (12)

6. El deber de brindar información Sanitaria: preliminarmente corresponde delimitar los conceptos de libertad de expresión e información para circunscribir el tema. La sala I del Tribunal Constitucional de España, ha señalado que del ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 de la Constitución de España debe diferenciarse según se trate de libertad de expresión, —en el sentido de emisión de juicios y opiniones— y libertad de información —en cuanto a la manifestación de hechos—, siendo que con relación a la primera se dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que sean innecesarias para su exposición, mientras que con relación a la segunda, la protección se extiende únicamente a la información veraz. (13) El médico entonces está obligado a otorgar una *información sanitaria veraz,* ya sea al paciente, o representante legal, referida a estudios o tratamientos, y a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida en que el paciente lo autorice o solicite expresamente.

Tal como lo ha señalado la jurisprudencia desde antaño, los términos de la comunicación del diagnóstico del paciente debe adaptarse a las circunstancias del caso y a las condiciones culturales, sociales, psicológicas, etc., del asistido, pues en principio el paciente tiene derecho a conocer el problema de salud que lo aqueja. (14)

El paciente debe ser informado incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión y competencia. En estos supuestos, el profesional debe cumplir también con informar al representante legal del paciente.

Cuando el paciente, según el criterio del profesional de la salud que lo asiste, carece de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Vale agregar, tal como lo ha señalado la CSM que si en el instrumento en el cual consta el consentimiento informado para una cirugía, se utilizan fórmulas válidas para distintos tipos de cirugía y se expresan los beneficios y complicaciones del procedimiento en rasgos muy generales, sin detallarlos, ello puede interpretarse como incumplimiento del deber de información que debe asumir el médico. (15)

Aún en contra de la voluntad del paciente, el profesional de la salud, deberá —bajo su responsabilidad como tratante—, poner en conocimiento de aquél la información sobre su salud, cuando esté en riesgo la integridad física o la vida de otras personas por causas de salud pública. Deberá dejarse registrada esta circunstancia en la historia clínica del paciente y las razones que la justifican.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, el paciente mayor de edad y capaz, cuando así lo decida, deberá dejar asentada su voluntad de ejercer su derecho de no recibir información sanitaria vinculada a su salud, estudios o tratamientos, mediante una declaración de voluntad efectuada por escrito, que deberá quedar asentada en su historia clínica. Ante la circunstancia descripta, deberá indicar la persona o personas que autoriza a disponer de dicha información y a decidir sobre su tratamiento o, en su caso, señalar su autorización para que las decisiones pertinentes sean tomadas por él o los profesionales tratantes, con los alcances y del modo previstos en los artículos 4° y 6° de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 y esta reglamentación.

El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, cuando el profesional actuante entienda que por razones objetivas el conocimiento de la situación de la salud del paciente puede perjudicar su salud de manera grave. En ese caso, deberá dejar asentado en la historia clínica esa situación y comunicarla a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, según lo previsto en los artículos 4° y 6° de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 y esta reglamentación. Estas situaciones deben ser valoradas por los profesionales de la salud de modo restrictivo y excepcional, consultando al Comité de Ética.

Vale la pena concluir que el deber de información en materia médica contempla accidentes previsibles, o sobre las dificultades sobrevinientes que puedan anticiparse, no siendo razonable que el médico haga prospectiva y anticipe todo lo que puede ocurrir de manera anormal o fortuita, con habitualidad o lindando con la casualidad. (16)

7. El deber de permitir al paciente la interconsulta médica: el pedido del paciente y la entrega de la información sanitaria para esa interconsulta profesional deberán ser registrados en su historia clínica en el momento en que son realizados. La entrega completa de la información sanitaria debe efectuarse por escrito y también debe ser registrada en los plazos previstos por esta reglamentación en la historia clínica respectiva.

Las personas enumeradas en los artículos 4° y 6° de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 pueden solicitar dicha interconsulta sólo cuando el paciente no fuera competente, en cuyo caso debe asentarse también en la historia clínica tal circunstancia, con los datos del solicitante.

La interconsulta también puede ser propuesta al paciente por el profesional tratante ante dificultades para arribar a un diagnóstico, resultados insatisfactorios del tratamiento instituido, otros aspectos legales, administrativos o de otra naturaleza que resulten de interés del paciente.

Es claro que la interconsulta constituye un derecho fundamental del paciente, pero también es cierto que el mismo devenir de la medicina, al inducir la desaparición de la figura estable del médico de cabecera, hace cada vez más difícil poder individualizar a los responsables en cada caso. El acto médico termina siendo, en realidad, el resultado de diversas intervenciones y decisiones compartidas por equipos de especialistas que actúan

frecuentemente desde el búnker de su especialidad, como en un compartimento estanco. A su vez, es habitual que las prácticas de mayor complejidad, decididas en una institución médica para el paciente, deban realizarse en otra, escapándosele al médico que la indicó, su control y su supervisión. Se le enajena, así, al médico "su" paciente, lo que inevitablemente conduce, en las instituciones, a la consiguiente disgregación de la responsabilidad en el anonimato de los equipos.

El profesional tratante deberá prestar su colaboración cuando el paciente le informe su intención de obtener una segunda opinión, considerando la salud del paciente por sobre cualquier condición.

En 1993, Emmanuel Hirsch, autor francés del libro Medicina y Ética, y formador, a su vez, de médicos y practicantes, realiza una advertencia a sus discípulos, en el sentido de que la idea de unidad, el hecho de encontrar una dimensión de coherencia frente al sufrimiento que "disloca y hace desaparecer al sujeto enfermo", es decir, la búsqueda de coherencia, debe ser uno de los principios del profesional a cargo. Y plantea como noción total de responsabilidad del médico, su posibilidad de pensarse en el lugar del otro, el enfermo, en particular cuando ese otro (sobre todo si se trata de un niño y sus padres) ve alterada su capacidad de decisión, contemplando incluso la posibilidad misma de la muerte. Es en esta situación que el médico debe tomarse el tiempo de escucha de dicho sufrimiento, para poder encontrar ahí una respuesta. (17)

Vale señalar que la falta de determinación del médico que pudo haber contribuido a la producción del daño al paciente que deriva de las sucesivas interconsultas y decisiones parciales de los galenos, ha sido resuelta jurisprudencialmente atribuyendo responsabilidad colectiva al grupo de médicos que ha participado en las decisiones, y se responsabiliza a éste como tal, permitiendo la exclusión de responsabilidad del partícipe que acredite no haber contribuido a la producción del menoscabo.

Con la redacción actual de la normativa civil vigente en la argentina, la posibilidad de imputar responsabilidad a un individuo por su participación en un grupo de personas cuya conducta ha causado un daño *se sustenta en la aplicación analógica del art. 95 del Código Penal y del art. 1119* del Código Civil que prevé un claro supuesto de responsabilidad colectiva. (18)

Desde esta perspectiva, los arts. 95 del Cód. Penal y 1119 y 1121 del Cód. Civil ensamblados por las coordenadas del espíritu de la ley, la analogía jurídica y el principio general de justicia, permiten estructurar un sistema de responsabilidad colectiva, que se actúa siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) falta de individualización del autor del daño;
b) participación de los responsables en el accionar culposo o riesgoso del grupo;
c) relación causal entre el daño y la acción no particularizada del grupo;
d) exclusión de responsabilidad para quién pruebe que aún participando en la acción del grupo no causó el daño. (19)

Como ilustraban los maestros franceses Ripert y Boulanger descubrir el fundamento de la responsabilidad civil, es al mismo tiempo determinar su campo de aplicación. (20) Bajo estas disposiciones la *responsabilidad colectiva* por daños causados por un miembro no identificado de un grupo, halla fundamento en el riesgo creado por la acción del grupo, y todos los que integran el mismo contribuyen con su sola participación, a crear el riesgo que se traduce en el daño a un tercero. (21)

Se trata de casos en donde a raíz de la falta de prueba, no puede señalarse cuál de varios individuos es el autor de un daño que intrínsecamente reúne los requisitos necesarios para tornarlos resarcibles. (22)

En el proyecto de reformas al Código Civil se establece claramente que *si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquél que demuestre que no ha contribuido a su producción*. (Conf. art. 1761 del proyecto).

4. La información sanitaria.

El art. 3º establece que *"... debe incluirse dentro de los alcances de la definición de información sanitaria que debe recibir el paciente a las alternativas terapéuticas y sus riesgos y a las medidas de prevención, los beneficios y perjuicios, con los alcances previstos en el artículo 5º inciso e) de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742. Asimismo dispone que los centros de salud públicos y privados y demás sujetos obligados por la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, deben adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos de los pacientes en materia de información sanitaria..."*.

En correlato a lo dispuesto por el art. 3º del decreto, el art. 59 del Proyecto de reformas al Código Civil define al consentimiento informado para los actos médicos diciendo que es *"... la declaración de voluntad efectuada por el paciente, emitida luego de recibir 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..."*.

Se advierte, del cotejo de ambos preceptos normativos, que la información sanitaria se constituye como un conjunto de derechos que tienen los usuarios de la sanidad, los pacientes, a conocer (o renunciar a conocer) la información sobre su estado de salud actual y pasado, la cual deberá ser proporcionada en totalidad de manera certera, y facilitarla de forma simple, inteligible, apropiada y veraz, teniéndose en cuenta la personalidad y nivel socio cultural del paciente en cuestión, de forma que ayude a tomar decisiones de acuerdo con la propia y libre voluntad (autonomía del paciente), y con la disponibilidad del tiempo que requiera la comprensión de quien la esta recibiendo, por parte de quien deba prestarla.

Esto incluye el derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a la salud de la persona de la que se esta suministrando la información, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley, con la consiguiente obligación de los centros sanitarios de adoptar las medidas oportunas para garantizarlo.

El médico responsable del paciente, junto con los profesionales sanitarios que asistan durante el proceso asistencial o que apliquen una técnica o un procedimiento concreto, son quienes deben garantizar el cumplimiento del derecho a la información en cuanto no solo al estado de salud, sino también a las diferentes alternativas para tratar la dolencia, cómo serán aplicados, y las consecuencias que ello acarreará, del mismo modo se dará a conocer la posibilidad de elegir o no de someterse a cualquiera de ellas.

Este deber no debe reducirse al mero llenado de ciertos formularios por el paciente, sin ninguna explicación verbal acerca de su significado y alcance. En realidad, la información sanitaria trasciende con creces esta visión formalista, porque es mucho más que un mero requisito legal. Se trata en verdad de una obligación ética básica de todo profesional médico, que responde a la necesidad de respetar la dignidad del paciente.

Es deber de los médicos informar sobre los riesgos previsibles de común ocurrencia según las estadísticas, experiencia médica habitual en la especialidad e investigaciones existentes sobre el tema y las condiciones de salud del paciente que lo hagan propenso a determinado riesgo. (23)

El art. 4º del decreto dispone que *"... la autorización efectuada por el paciente para que terceras personas reciban por el profesional tratante la información sanitaria sobre su estado de salud, diagnóstico o tratamiento, deberá quedar registrada en la historia clínica del paciente, y ser suscripta por éste.*

Para el supuesto del segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742 la información sanitaria será brindada según el orden de prelación de la Ley Nº 24.193, siempre que estuviesen en el pleno uso de sus facultades. Para el consentimiento informado se atenderá al orden de prelación del artículo 21 de la Ley Nº 24.193, agregándose

como último supuesto de prelación a la persona que sin ser el cónyuge del paciente, o sin reunir ese carácter conforme el inciso a) del artículo 21 de la Ley Nº 24.193, modificado por la Ley Nº 26.066, estuviera contemplado en el artículo 4°, segundo párrafo de la Ley Nº 26.529, por ser quien convive o esté a cargo de la asistencia o cuidado del paciente.

En el caso de los representantes legales del paciente, sean ellos designados por la ley o por autoridad judicial, será acreditada la misma con el documento donde conste su designación.

El profesional tratante deberá registrar en la historia clínica del paciente que la información sanitaria se suministró acorde a alguno de los supuestos contemplados en el artículo que se reglamenta y asumir el compromiso de confidencialidad que contempla la ley que se reglamenta...". (24)

Sin dudas que en la relación médico paciente, el galeno debe brindar información clara, certera, precisa y adecuada a la capacidad intelectual de la persona que tenga a su cargo, a más que se haya renunciado expresamente a este derecho. El titular del derecho a la información asistencial es el disminuido en su salud, y si así lo desea (expresa o tácitamente), las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Tanto la renuncia a recibir información sobre su salud, como la autorización a terceras personas deberá figurar siempre en la historia clínica del paciente y ser suscripta por este.

Si se trata de una persona adulta y en estado de lucidez nadie más que ella podrá consentir los tratamientos. En otros supuestos el consentimiento podrá ser otorgado por los familiares o representantes legales, según el orden de prelación establecido por el art. 21 de la ley 24.193. En los casos en que el paciente tenga representante legal, primero habrá que recurrir al mismo y a falta de éste en forma subsidiaria a los parientes. Estos supuestos podrían ser de incapacidad por minoridad o demencia, estado de obnubilación o inconciencia o cuando resultaría totalmente contraproducente informarle al paciente la verdadera naturaleza de la enfermedad porque ello conspiraría contra su curación, y se deberá dejar constancia en la historia clínica a quien se suministró dicha información, y más allá que no lo diga expresamente el texto de la normativa será de buena práctica que conste la rúbrica de quien reciba la información en la historia clínica.

Este derecho comprende los derechos a conocer, al menos verbalmente (quedando constancia escrita en la historia clínica) todas las actuaciones asistenciales obtenidas (por ejemplo, visita al médico de familia, un análisis clínico, etc.); y a conocer antes de una intervención de salud, la dolencia, la finalidad y la naturaleza de la intervención que se proponga realizar, sus riesgos y sus consecuencias. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas que por ley corresponda, y asumir el compromiso de confidencialidad, el cual solo contempla dos excepciones, la primera de ellas es si hay peligro en la salud publica y/o la salud o la integridad física de otra/s persona/s, es decir, cede el derecho individual por un interés colectivo, y la segunda excepción contemplada es a los fines de que esa información contribuya a la realización de auditorías médicas o prestacionales o para la labor de los financiadores de la salud, para lo cual se deberán proteger los datos inherentes al paciente. (25)

5. El consentimiento informado propiamente dicho.

El art. 5º establece que *"... se entiende como parte del consentimiento informado al proceso cuya materialización consiste en la declaración de voluntad a la que refiere el artículo 5° de la Ley Nº 26.529 modificada por la Ley Nº 26.742, a través de la cual luego de haberse considerado las circunstancias de autonomía, evaluada la competencia y comprensión de la información suministrada referida al plan de diagnóstico, terapéutico, quirúrgico o investigación científica o paliativo, el paciente o los autorizados legalmente otorgan su consentimiento para la ejecución o no del procedimiento.*

Habrá consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y no haya designado persona alguna para

hacerlo; en cuyo supuesto, la información pertinente al tratamiento aplicable a su dolencia y sus resultados se dará según el orden de prelación referido anteriormente para tales fines.

También operará este consentimiento por representación en el caso de los pacientes incapacitados legalmente o de menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar.

Cuando los mismos puedan comprender tales alcances, se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente. Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento.

Para que opere el consentimiento por representación, tratándose de personas vinculadas al paciente, ubicadas en un mismo grado dentro del orden de prelación que establece el presente artículo, la oposición de una sola de éstas requerirá la intervención del comité de ética institucional respectivo, que en su caso decidirá si corresponde dar lugar a la intervención judicial, sólo en tanto resultaren dificultades para discernir la situación más favorable al paciente.

El vínculo familiar o de hecho será acreditado; a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que a ese único efecto constituirá prueba suficiente por el plazo de 48 horas, debiendo acompañarse la documentación acreditante. Las certificaciones podrán ser efectuadas por ante el director del establecimiento o quien lo reemplace o quien aquél designe...".

El consentimiento informado ha llegado a la medicina desde el derecho y debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que las ciencias jurídicas han perpetrado a las ciencias médicas, por lo menos en los últimos siglos. Hoy constituye una exigencia ética y un derecho recientemente reconocido por las legislaciones de todos los países desarrollados.

La norma reglamentaria confirma que lo primero, lo principal, que el centro de la regulación es la *persona humana*, la persona que se ve afectada en su salud, considerando su dignidad, su libertad e igualdad.

Hoy en día los enfermos han hecho prevalecer sus derechos a conocer y poder decidir, en virtud del principio de "*autonomía de la voluntad*" mediante el cual todo ser humano, en uso de razón, tiene derecho a que se les dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información de calidad, completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico, y alternativas al tratamiento, quedando como una facultad única y exclusiva la libre elección de sus actos, sin presión de ninguna naturaleza, ni imposición de persona alguna, para poder así decidir con total libertad el mejor destino para su cuerpo, y conservar su dignidad.

La base del fundamento jurídico en que se sustenta el consentimiento informado es el respeto de los derechos personalísimos, pues los pacientes tienen derecho de conocer todo aquello que consideren necesario para tomar libremente la difícil decisión de continuar adelante o no con la propuesta o diagnóstico que efectúa el profesional.

El Consentimiento Informado implica una declaración de voluntad clara, competente, voluntaria y autónoma efectuada por el hombre carente de salud, que es a la vez naturaleza sensible y persona, el cual debe reposar sobre una información sanitaria comprensible, ello implica que el lenguaje y la comunicación en general debe acomodarse al entorno cultural, debiendo adaptarse a las posibilidades propias de la persona asistida, que la haga inteligible inmediatamente a efectos que el paciente pueda comprender, cabalmente, la dolencia que sobrelleva y sus posibilidades de mejoría para así, luego de brindársele un detalle de como se encuentra su propio organismo, su estado de salud, éste decide prestar su conformidad y someterse a un determinado procedimiento o intervención, o solicite los cuidados paliativos necesarios para conservar lo máximo posible su calidad de vida, pero no prolongarla.

Efectivamente, la Ley 26.742 (Boletín Oficial 24/05/2012) —conocida como "Ley de Muerte Digna"—, modifica la Ley 26.529, regulando a favor del paciente, derechos vinculados con la calidad de vida en el momento próximo a su muerte.

Sin dudas estamos ante un *derecho personalísimo*, un principio que es insoslayable y es el respeto por la persona y sus derechos más entrañables, su libertad y la autodeterminación, lo cual se ha tardado mucho tiempo en reconocer y dejarse ejercer, y, el fin primordial de este procedimiento médico es respetar a los pacientes como individuos y hacer honor a sus preferencias en cuidados médicos pudiendo decidir sobre su cuerpo, nadie más que el paciente puede tomar ciertas disposiciones cuando cuenta con la capacidad para hacerlo.

Este consentimiento médico debe ser específico para un acto determinado, individualizado, justificado por determinada patología, supone de hecho un proceso de comunicación para lo cual es primordial que se congreguen cuatro requisitos: *Capacidad*, el individuo debe tener la habilidad de tomar decisiones; *Voluntariedad*.

Los sujetos deben decidir libremente someterse o no a un tratamiento o participar en un estudio sin que haya persuasión, manipulación ni coerción, para lo cual es necesario también otorgarles el tiempo que necesiten para reflexionar, consultar o decidir, es decir, poder de autodeterminación; *Información*, las opciones deben ser comprensibles y deben incluir el objetivo del tratamiento o del estudio, su procedimiento, los beneficios y riesgos potenciales y que siempre existe la opción del paciente de rechazar el tratamiento o estudio una vez iniciado en cualquier momento, sin que ello le pueda perjudicar en otros tratamientos; y sobre todo *Comprensión*, comprender la información relevante.

Teniendo en cuenta la naturaleza personalísima del bien jurídico en juego, es evidente que el propio paciente es quien ostenta el derecho y quien debe consentir la actuación o intervención médica.

Por tal motivo es él quien debe ser el destinatario de la información. Ciertamente hay casos en los que ese consentimiento no puede ser brindado por el mismo enfermo, ya sea por ser incapacitado legalmente o menor de edad, o porque su grave estado físico o psíquico no le permitan hacerse cargo de la situación, en estos casos se recurrirá a la figura del *consentimiento por representación*, es decir, el consentimiento será dado por las personas a cargo del enfermo y que la ley autoriza a tales efectos, salvo que el paciente capaz haya designado previamente persona alguna para hacerlo. En este sentido, la intervención de los representantes legales ha de ir encaminada a favorecer la salud del representado, no obstante cuando estos puedan comprender tales alcances, su opinión será escuchada, sin perjuicio de que serán las personas habilitadas legalmente las que otorgaran el consentimiento.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

Para garantizar una adecuada relación médico-paciente en términos de horizontalidad, esto es, sin ningún tipo de sometimiento, es necesario asegurar al paciente el derecho a la información de todo lo referente a su salud para permitirle participar activa y voluntariamente en la toma de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su dolencia, siempre aunque legalmente no sea el autorizado a brindar el consentimiento informado se procurara escuchar su opinión.

El legislador ha sido claro en cuanto a la existencia de más de una persona vinculada al paciente, ubicadas en un mismo grado dentro del orden de prelación, la oposición de una sola de ellas a otorgar el consentimiento llevará a que un comité de ética analice la necesidad de dar intervención judicial o no.

Vale recordar que según el art. 21 de la ley 24.193 (Adla, XLIII-B, 1344) el orden de prelación a los fines de otorgar el consentimiento por representación es el siguiente: a) El cónyuge no divorciado que conviva con el paciente; b) Cualquiera de los hijos mayores de dieciocho años; c) Cualquiera de los padres; d) Cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho años; e) Cualquiera de los nietos mayores de dieciocho años; f) Cualquiera de los

abuelos; g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; i) El representante legal, tutor o curador; j) La persona que sin ser el cónyuge del paciente, o sin reunir ese carácter conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo. En ausencia de estas personas será necesario requerir autorización judicial. (26)

El art. 6º del decreto dispone que *"... la obligatoriedad del consentimiento informado resulta exigible en todos los establecimientos de salud públicos y privados alcanzados por la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, este decreto y sus normas complementarias. El consentimiento médico es un derecho de los pacientes, y un deber de los médicos..."*.

El consentimiento informado representa en la actualidad una obligación legal destinada a que el paciente conozca los riesgos a los que se expone ante un determinado acto médico, desde esta perspectiva la ley dispone que toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, alcanzados por la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 requiere, el previo consentimiento informado del paciente.

A poco que se analice no caben dudas que se trata de una obligación de resultado en los términos de los Mazeaud una "obligación determinada".

En este sentido explica Bueres, que el deber de conducta secundario, en relación con la obligación principal de prestar el servicio de salud, destinado a evitar que los pacientes sufran daños corporales, ya sea por la producción de accidentes, o bien por cualesquiera otra circunstancia, configura una obligación de resultado, ya que no existe aleatoriedad alguna en relación a la conducta impuesta por la ley que prescribe la mencionada diligencia.

El principal efecto que ello conlleva es la inversión de la carga de la prueba porque en definitiva el galeno se encuentra en mejor posición de acreditar si ha cumplido dicho recaudo, máxime teniendo en cuenta que ello no le causa ningún agravio, porque como dice MORELLO, nadie puede sentirse afectado si, por encontrarse en las mejores aptitudes de conocimiento técnico y haber actuado de modo gravitante en el evento de que se trata, se lo reputa estar en posición para satisfacer la demostración pertinente.

Como se ha sostenido, bajo la doctrina del consentimiento informado, el médico es responsable aun cuando se halla libre de negligencia en el tratamiento del paciente, cuando ha actuado sin el consentimiento del enfermo o más allá del consentimiento dado, o cuando actuara no habiendo informado al paciente acerca de los riesgos de un tratamiento en particular de tal manera que este pudiera decidir si quería someterse al mismo.

Es decir, que aun cuando el profesional no hubiese incurrido en negligencia o torpeza, puede igualmente generarse responsabilidad por los daños, si el médico hubiese actuado sin el consentimiento informado. Desde esta óptica, el concepto de mala praxis médica incluye no sólo la negligencia o la torpeza en la realización del tratamiento o práctica, sino también en realizarla sin haber anticipado al paciente los datos suficientes para que éste pudiese prestar su consentimiento informado, con similar concepción la Corte de Casación de Italia dijo que la diligencia o no en la ejecución del tratamiento (terapéutico radiante) no reviste implicancia alguna a los fines de tener por constatada la violación del consentimiento informado. Pues la conducta dañosa subsiste por la sencilla razón de que el paciente, a causa del déficit de información, no ha sido puesto en su condición de asentir libre y voluntariamente su tratamiento con plena y cabal conciencia de las posibles consecuencias nocivas que este le pueda acarrear. Por consiguiente, en el plano del daño consecuencia, constatado el solo empeoramiento de la salud e integridad física del paciente, es del todo indiferente indagar acerca de la debida ejecución de la prestación terapéutica. (27)

El art. 7º del decreto reza que *"... el consentimiento informado se materializa obligatoriamente por escrito en los casos contemplados en el artículo 7° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742. El consentimiento informado escrito constará de una explicación taxativa y pautada por parte del profesional del ámbito médico-sanitario de las actividades que se realizarán al paciente y estará redactado en forma concreta, clara y precisa, con términos que el paciente o, ante su incapacidad o*

imposibilidad, su familiar o representante o persona vinculada habilitada, puedan comprender, omitiendo metáforas o sinónimos que hagan ambiguo el escrito, resulten equívocos o puedan ser mal interpretados.

Cuando el consentimiento informado pueda otorgarse en forma verbal, y fuera extendido de ese modo, el profesional tratante, deberá asentar en la historia clínica la fecha y alcance de cómo y sobre qué práctica operó el mismo.

Cuando proceda el consentimiento informado escrito, además de firmarlo el paciente o, en su caso, las mismas personas y bajo el mismo orden y modalidades que las mencionadas en el segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, y esta reglamentación, debe ser suscripto por el profesional tratante y agregarse a la Historia Clínica. Esta obligación comprende también el acta prevista en el inciso g) del artículo 5° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742.

Considéranse dentro del inciso d) del artículo 7° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, a la investigación de métodos preventivos y terapéuticos con seres humanos.

La revocación del consentimiento informado escrito deberá consignarse en el mismo texto por el cual se otorgó, junto al detalle de las consecuencias que el paciente declara expresamente conocer, procediéndose a su nueva rúbrica, con intervención del profesional tratante.

Para los casos de una autorización verbal, conforme a la ley, su revocación deberá consignarse por escrito, en la historia clínica, asentando la fecha de su revocación, sus alcances y el detalle de los riesgos que le fueron informados al paciente a causa de la revocación, procediéndose a su rúbrica por el profesional y el paciente.

Cualquiera sea el supuesto, si no le fuera posible firmar al paciente, se requerirá documentar esa circunstancia en la historia clínica, para lo cual el profesional deberá requerir la firma de 2 testigos...".

El consentimiento o expresión de voluntad en principio es un acto no formal, empero la reglamentación prescribe que obligatoriamente se deberá efectuar por escrito en los casos que ella señala y salvo que la ley prevea en un caso específico formalidades especiales (ejemplo, operaciones mutilantes —conforme ley de ejercicio de la medicina 17.132, artículo 19 inciso 3—; o la constancia documentada a la que alude el artículo 13 de la ley 24.193 de trasplantes de órganos y materiales anatómicos). Aun así, debe recordarse que la forma puede ser exigida ad-probationem y no ad-solemnitatem. Obviamente, *con solo pensar en razones de prueba, la forma escrita es la más aconsejable y servirá para probar que la conducta del galeno se adecuó a las reglas del arte médico.* El art. 7º de la ley 26.529 modificada por la ley 26.742 prescribe que el consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación ; f) en el supuesto de pacientes con enfermedades o lesiones irreversibles, incurables, que rechazan todo procedimiento que le prolonguen la vida sin posibilidad de mejoría alguna. En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5° deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.

El cuerpo del consentimiento informado, deberá ser redactado en forma concreta, clara y precisa, brindando al paciente enfermo o persona habilitada para otorgarlo una explicación taxativa y pautada tanto del estado de salud actual, como de los procedimientos que se llevaran adelante y las consecuencias que estos acarrearan. Este documento deberá ser firmado tanto por el profesional interviniente como por el paciente o persona habilita para otorgarlo, y se anexara obligatoriamente a la historia clínica.

Cuando este consentimiento pueda ser otorgado en forma verbal, el profesional tratante debe extender en la historia clínica un detalle pormenorizado del alcance del mismo, de cómo y sobre qué práctica fue dado.

En cuanto a la *revocación del consentimiento* informado, siempre deberá ser dada por escrito sin excepción y con detalle claro y comprensible de las consecuencias que ello acarreara. Si el consentimiento se había otorgado

por escrito es este mismo documento se extenderá la revocación y será nuevamente rubricada tanto por el profesional como por el enfermo o persona habilitada para otorgarlo, en cambio si este había sido otorgado verbalmente, la revocación será extendida en la historia clínica, dejando constancia de la fecha que operó el mismo, los alcances y el detalle de los riesgos y será rubricado por el médico y el paciente.

Ante cualquier supuesto si el paciente no pudiera firmar, se dejara constancia en la historia clínica de dicha circunstancia, para lo cual el médico requerirá la firma de dos testigos. (28)

El art. 8º establece que *"... se requerirá el consentimiento previo del paciente o el de sus representantes legales en las exposiciones con fines académicos en las que se puede, real o potencialmente, identificar al paciente, cualquiera sea su soporte.*

En aquellos establecimientos asistenciales donde se practique la docencia en cualquiera de sus formas, deberán arbitrarse los mecanismos para que el consentimiento informado a fin de la exposición con fines académicos sea otorgado al momento del ingreso del paciente al establecimiento asistencial.

No se requerirá autorización cuando el material objeto de exposición académica sea meramente estadístico, o utilizado con fines epidemiológicos y no permite identificar la persona del paciente. A tales fines se requerirá la rúbrica del profesional tratante asumiendo la responsabilidad por la divulgación y el carácter de la información....".

Se reconoce el derecho de la población a conocer los problemas sanitarios de la colectividad, en términos epidemiológicos y estadísticos, cuando impliquen un riesgo para la salud pública y a que esa información se divulgue, con los mecanismos que preserven la confidencialidad e intimidad de las personas.

Cuando procedan criterios más restrictivos debe estarse a los marcos legales específicos.

El derecho a la salud es un atributo inalienable de cada individuo, y el trato humano es fundamental. En otras palabras, se trata de una cualidad propia de cada persona desde el comienzo hasta el final de su vida.

Por lo tanto, este derecho, jamás deberá verse vulnerado, alterado o violado, bajo ninguna circunstancia, esto tiene su fundamento en razones éticas, y refuerza la relación médico-paciente mejorando incluso su condición.

Todo paciente es ante todo persona tiene dignidad y tiene derecho a ser atendido en un medio que garantice su intimidad, con especial respeto a la privacidad de su cuerpo, en cualquier actuación sanitaria, con total respeto a datos sensibles, es decir, a aquellos datos que revelados pueden ser causa de discriminación, durante la realización de los exámenes de diagnóstico, consultas y tratamientos médicos o quirúrgicos, cuidados, actividades de higiene y demás actuaciones sanitarias.

Hablar de los derechos de los pacientes, nos entronca, íntimamente, con la rama de los denominados derechos personalísimos de raigambre constitucional, que se oponen *erga omnes*, y son innatos, inherentes y necesarios a toda persona humana, y ellos son ni más ni menos que el Derecho a la vida, a la Salud, a la Integridad Física, Derecho a NO ser discriminado, y a la Intimidad. El resguardo del derecho a la intimidad y a la confidencialidad de la información médica del paciente es primordial.

El paciente previo a cualquier exposición sobre el mal que adolece, o en aquellos establecimientos asistenciales donde se practique la docencia debe otorgar previamente su expreso consentimiento, para que su situación sea objeto de estudio, y mediante él decidirá o no contribuir a un procedimiento científico con efecto social, el cual garantiza que el sujeto comprendió la información que se le ha dado.

Queda relevado el médico tratante de solicitar dicho consentimiento cuando los datos sean utilizados sean meramente estadísticos, o utilizados con fines epidemiológicos y no permitan estos identificar al paciente. Asume la responsabilidad de la divulgación de estos datos el médico tratante.

El legislador le ha reconocido a la población el derecho de conocer los problemas sanitarios de la sociedad, cuando impliquen un riesgo para la salud pública, hay en juego aquí un interés colectivo superior el cual puede ser resguardado, preservando la confidencialidad e intimidad de los particulares.

El art. 9º dispone que *"... constituyen excepciones a la regla general de que el consentimiento debe ser dado por el paciente, a las prescriptas en los artículos 4°, 6° y 9° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, que se reglamentan.*

Las excepciones deben ser interpretadas con carácter restrictivo y asentadas en la historia clínica del paciente, con el detalle de los motivos por los cuales el mismo no puede recabarse y las prácticas y medidas adoptadas sin que opere el mismo...".

Los establecimientos de salud deben arbitrar los recaudos para que los profesionales estén entrenados y capacitados para determinar cuándo se presentan estas situaciones y dar cumplimiento a la ley y su reglamentación.

El consentimiento informado cobra su matiz más saliente, al configurarse como el documento en donde reposa un indubitable elemento de convicción del cual el Magistrado debe valerse al momento de analizar y valorar el accionar del galeno.

Con relación a las excepciones mencionadas precedentemente, la ley determina que el profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos:

a) Cuando *mediare grave peligro para la salud pública*; aquí las circunstancias de orden público prevalecen sobre el interés privado, no es ni más ni menos que la aplicación del estado de necesidad con fuente legal a través del cual se protege el interés general de la comunidad, este estado de necesidad deberá estar declarado por la autoridad competente que corresponda, y tal circunstancia acarreara que la persona enferma pierda una serie de derechos y/o se le impongan algunos tratamientos o diagnósticos obligatoriamente.

b) Cuando mediare *una situación de emergencia*, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a la razonabilidad médica por el profesional interviniente y refrendada por el jefe o subjefe del equipo médico, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo. En estos casos, ante la imposibilidad del paciente, el consentimiento será otorgado por las personas que la ley autoriza en la primera oportunidad posible luego de superada la urgencia. Como ha sostenido la CNCiv., si por medio de la cirugía se produce una disminución permanente de la integridad corporal, no basta el consentimiento por escrito del paciente, o de sus representantes, en el caso, para que aquella sea lícita, sino que es necesario que concurran circunstancias que ubiquen el caso dentro del "estado de necesidad". La ausencia de consentimiento y la inexistencia de razones de urgencia tornan ilegítimo el acto médico. Pero si las circunstancias lo ameritan el galeno puede desplegar su accionar sin la necesidad de recurrir al consentimiento del paciente así la Sala A de la CNCiv. sostuvo que si en el curso de una intervención surge una lesión más grave o distinta de la prevista y hay razones de urgencia, debe seguirse adelante, interpretando que el consentimiento del paciente manda al cirujano a obrar en procura de la curación, salvo que tal situación devenga por un deficiente estudio de diagnóstico.

Las excepciones deberán constar en al historia clínica, debidamente fundado el motivo por el cual no se podía requerir el consentimiento informado, pormenorizando cada uno los procedimientos que se efectuaron sin el.

Entendemos con Lopez Miró que el consentimiento informado del paciente y el cumplimiento del deber de informar por parte del galeno están (deben estar) sujetos únicamente a las excepciones ya contempladas en la legislación vigente y a las que dicta el buen sentido común y de justicia. Salvo estas situaciones verdaderamente singulares, el consentimiento informado del paciente deber ser condición previa —sine qua non— a la implementación de cualquier práctica médica sobre su cuerpo, y el cumplimiento del deber de informar debe exigirse siempre, sin dejarlo expuesto a más excepciones que aquellas taxativamente contempladas por la ley.

Vale señalar, que también podría plantearse la excepción cuando el consentimiento informado colisiona con el deber legal que emerge de otra normas que se sustentan en la salud pública, en este sentido ha señalado la SCBA que el carácter imperativo del régimen de vacunación oficial desplaza la exigencia del previo consentimiento informado al que aluden los arts. 5º y siguientes de la ley 26.529. (29)

El art. 10 establece que *"... la decisión del paciente o, en su caso, de sus familiares o representantes o personas habilitadas, bajo el mismo orden y modalidades que el previsto en el segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742 y esta reglamentación, relativas a las cuestiones previstas en el artículo 10, deberán ser plasmadas en la historia clínica por escrito, con la rúbrica respectiva.*

El profesional deberá respetar la decisión revocatoria adoptada, dejando expresa constancia de ello en la historia clínica, anotando pormenorizadamente los datos que identifiquen el tratamiento médico revocado, los riesgos previsibles que la misma implica, lugar y fecha, y haciendo constar la firma del paciente o su representante legal, o persona autorizada, adjuntando el documento o formulario de consentimiento informado correspondiente. A tales fines se considerará que si el paciente no puede extender la revocación de un consentimiento por escrito, se documente su revocación verbal, con la presencia de al menos 2 testigos y la rúbrica de los mismos en la historia clínica.

Ante dudas sobre la prevalencia de una decisión de autorización o revocación, en los casos en que hubiere mediado un consentimiento por representación, debe aplicarse aquella que prevalezca en beneficio del paciente, con la intervención del comité de ética institucional respectivo, fundado en criterios de razonabilidad, no paternalistas. Para ello, se dará preeminencia a la voluntad expresada por el paciente en relación a una indicación terapéutica, incluso cuando conlleve el rechazo del tratamiento...".

Nadie puede ser obligado a un tratamiento médico determinado, salvo por disposición de la ley que en ningún caso puede exceder los límites de la persona humana, o cuando se encuentre en riesgo la salud publica.

El paciente tiene derecho a revocar libremente su consentimiento en cualquier momento sin necesidad de expresar la causa, debiendo constar dicha revocación por escrito en la historia clínica, anotando detalladamente los datos del tratamiento médico abolido, los riesgos que esto implica, lo cual debe estar firmado por la persona que lo otorga y el galeno, y adjuntarse a la Historia Clínica. En caso que esta revocación sea efectuada en forma verbal, se necesitará la presencia de dos testigos mayores de edad, y se deberá labrar un acta en la historia clínica la cual la firmaran el profesional médico interviniente y los testigos allí presentes.

Los profesionales sanitarios (particularmente médicos y enfermeros), en el ejercicio de sus funciones están obligados a respetar la libertad del paciente, a elegir y controlar la atención que se le presta, obteniendo el consentimiento del mismo, con carácter previo, ante cualquier intervención (incluso si éste ha renunciado al derecho a ser informado).

Cuando el enfermo no esté en condiciones físicas y/o psíquicas de prestar su consentimiento informado, los profesionales sanitarios deben obtenerlo de familiares o allegados, según los establece el art. 21 de la ley 24.193 no empleando nunca (ni consintiendo que otros lo empleen), medidas de fuerza física o moral para obtener el consentimiento del paciente.

Siempre que el galeno en un consentimiento por representación encuentre beneficioso para el enfermo la autorización o revocación otorgada, deberá aplicarse la mas beneficiosa para el paciente, siempre con expresa y

fundada autorización del comité de ética de la institución correspondiente, para ello se dará preeminencia a la voluntad expresada por el paciente en relaciona una indicación terapéutica.

En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significan la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente. (30)

6. Las directivas anticipadas.

El art. 11 regula las directivas anticipadas y prevé que estas "*... deberán ser agregadas a su historia clínica. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito, con la presencia de 2 testigos, por ante escribano público o juez de primera instancia competente, en la que se detallarán los tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y las decisiones relativas a su salud que consiente o rechaza.*

El paciente puede incluso designar un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones. Los profesionales de la salud deberán respetar la manifestación de voluntad autónoma del paciente.

Cuando el médico a cargo considere que la misma implica desarrollar prácticas eutanásicas, previa consulta al Comité de ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales Directivas Anticipadas.

Todos los establecimientos asistenciales deben garantizar el respeto de las Directivas Anticipadas, siendo obligación de cada institución el contar con profesionales sanitarios, en las condiciones y modo que fije la autoridad de aplicación que garanticen la realización de los tratamientos en concordancia con la voluntad del paciente.

Cuando el paciente rechace mediante Directivas Anticipadas determinados tratamientos y decisiones relativas a su salud, y se encuentre en los supuestos previstos por el artículo 2° inciso e) tercer párrafo de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, el profesional interviniente mantendrá los cuidados paliativos tendientes a evitar el sufrimiento.

En este supuesto, se entiende por cuidado paliativo la atención multidisciplinaria del enfermo terminal destinada a garantizar higiene y confort, incluyendo procedimientos farmacológicos o de otro tipo para el control del dolor y el sufrimiento.

No se tendrán por válidas las Directivas Anticipadas otorgadas por menores o personas incapaces al momento de su otorgamiento, como así tampoco, aquellas que resulten contrarias al ordenamiento jurídico o no se correspondan con el supuesto que haya previsto el paciente al momento de exteriorizarlas. En la Historia Clínica debe dejarse constancia de las anotaciones vinculadas con estas previsiones.

El paciente puede revocar en cualquier momento estas directivas, dejando constancia por escrito, con la misma modalidad con que las otorgó o las demás habilitadas por las Leyes que se reglamentan por el Decreto.

Si el paciente, no tuviera disponible estas modalidades al momento de decidir la revocación, por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su decisión revocatoria verbal, con la presencia de al menos 2 testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la firma del profesional tratante.

El paciente debe arbitrar los recaudos para que sus Directivas Anticipadas estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores emitidas si las hubiera, así como para ponerlas en conocimiento de los profesionales tratantes. Del mismo modo si habilita a otras personas a actuar en su representación, debe designarlas en dicho instrumento, y éstas deben con su firma documentar que consienten representarlo.

Las Directivas Anticipadas emitidas con intervención de un escribano público deben al menos contar con la certificación de firmas del paciente y de 2 testigos, o en su caso de la o las personas que éste autorice a representarlo en el futuro, y que aceptan la

misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá disponible la alternativa de suscribirlas por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y en su caso de las personas que aceptan representarlo.

Los testigos, cualquiera sea el medio por el cual se extiendan, en el mismo texto de las Directivas Anticipadas deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitirlas, y rubricarlas, sin perjuicio del deber del propio paciente otorgante de manifestar también esa circunstancia, además de que es una persona capaz y mayor de edad.

En ningún caso se entenderá que el profesional que cumpla con las Directivas Anticipadas emitidas con los alcances de la Ley Nº 26.529 o su modificatoria, ni demás previsiones de ellas o de esta reglamentación, está sujeto a responsabilidad civil, penal, o administrativa derivada de su cumplimiento.

Los escribanos, a través de sus entidades representativas y las autoridades judiciales a través de las instancias competentes podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas, si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente...".

El centro de la regulación, es la persona humana. Las Directivas Anticipadas, son la manifestación de voluntad en las que cada ser humano puede expresar como desea ser tratado en cuanto a su salud, detallando los tratamientos médicos, preventivos o paliativos que consienta o rechace. Está llamado en la práctica a constituir seguramente una buena parte de los casos que eventualmente se judicialicen en interpretación de la ley. En una sociedad donde el principio de autonomía cede tan frecuentemente al paternalismo médico o a la decisión de la familia, será necesario modificar conductas sociales y profesionales en este sentido para abrir camino respecto de las decisiones individuales.

Estas normas tienen su fundamento en los derechos humanos y concretamente en el derecho a la libertad de una persona para decidir sobre su propio cuerpo y salud, en definitiva, constriñen el respeto a la *autodeterminación del paciente*, porque, como dice Kant la autonomía de la voluntad es un principio supremo de la moralidad, y sin el respeto a ésta se lesiona la *dignidad humana*.

El consentimiento del paciente es fundamental para que el médico pueda actuar. El profesional queda relevado de dichas directivas, invocando la imposibilidad legal de cumplirlas solo en el caso que considere que se solicita el desarrollo de prácticas eutanasias, las cuales se encuentran prohibidas en nuestro país, teniéndose estas como inexistentes, para ello deberá solicitar previa autorización al Comité de Ética de la institución que corresponda, no pudiendo decidirlo en forma privada.

Las Directivas Anticipadas deberán formalizarse por escrito ante escribano público mediante certificación de firmas o escritura pública - o juzgados de primera instancia, con la presencia de dos testigos, quienes deberán ser personas mayores de edad, capaces, que se pronunciaran sobre la aptitud del paciente al momento de emitirlas, y deberá constar detalladamente que tratamiento médicos, preventivos o paliativos, como así también cualquier otra decisión sobre su salud que autoriza o rechace, pudiendo la persona que otorgue estas directivas designar a un interlocutor que llegado el momento procure que estas se cumplan. Asimismo, se tendrá por inválidas en casos en que hayan sido otorgadas por menores o personas incapaces. Este documento, será obligatoriamente añadido a la historia clínica.

Las directivas anticipadas deben ser cumplidas por todos los centros asistenciales, y profesionales intervinientes y garantizar así que se cumpla con la voluntad del paciente, no obstante ello el profesional interviniente procurará los cuidados paliativos tendientes a evitar el sufrimiento. La decisión adoptada podrá ser revocada en cualquier momento, de la misma manera que se las otorgó y en caso de encontrarse imposibilitado por hallarse en una situación de emergencia podrá revocarla verbalmente dejándose constancia en la historia clínica lo que será rubricado por el médico y dos testigos.

Respecto a este tema, recientemente, en un caso que tomó relevancia pública, la CSJN, en autos: *"Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias"* ha dejado en claro que las directivas anticipadas que emanan de la voluntad del paciente, —o, en su caso, de los sujetos autorizados por la ley para exteriorizarla—, y cuya existencia se encuentran documentada en un instrumento público, detentando el mismo las características de cierto, real y desprovisto de vicios, son suficientes para generar en los galenos intervinientes la obligación de abstenerse de llevar a cabo la práctica médica. (31)

Por último, debemos recordar que el art. 60 del proyecto de Código Civil establece que *"... la persona plenamente capaz, puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de ejercer su curatela..."* artículo que se encuentra en plena concordancia con lo dispuesto en el decreto reglamentario.

Bibliografía.

(1) Se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye, las que deberán adecuar sus prestaciones de salud a las normas que se dicten. ART. 5º.- Quedan incluidos en el seguro: a) Todos los beneficiarios comprendidos en la Ley de Obras Sociales. b) Los trabajadores autónomos comprendidos en el régimen nacional de jubilaciones y pensiones, con las condiciones, modalidades y aportes que fija la reglamentación y el respectivo régimen legal complementario en lo referente a la inclusión de productores agropecuarios. c) Las personas que, con residencia permanente en el país, se encuentren sin cobertura médico-asistencial por carecer de tareas remuneradas o beneficios previsionales, en las condiciones y modalidades que fije la reglamentación. ART. 6º.- El personal dependiente de los gobiernos provinciales y sus municipalidades y los jubilados, retirados y pensionados del mismo ámbito no serán incluidos obligatoriamente en el seguro. Sin embargo podrá optarse por su incorporación parcial o total al seguro mediante los correspondientes convenios de adhesión. Los organismos que brinden cobertura asistencial al personal militar y civil de las fuerzas armadas y de seguridad y el organismo que brinde cobertura asistencial al personal del Poder Legislativo de la Nación y/o a los jubilados, retirados y pensionados de dichos ámbitos podrán optar por su incorporación total o parcial al seguro mediante los correspondientes convenios de adhesión.

(2) La cuestión relativa a las interconsultas y la responsabilidad que de ella deriva para los galenos intervinientes será abordada en los puntos próximos.

(3) Ver voto del doctor Maqueda, en Corte Suprema de Justicia de la Nación, A., F., 13/03/2007, LA LEY, 2007-B, 686, con nota de JÁUREGUI, Rodolfo G., LA LEY 2007-B, 733 con nota de JÁUREGUI, Rodolfo G., DJ 2007-1, 1071, ED, 222-309, JA, 2007-III, 48, AR/JUR/153/2007.

(4) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A., 22/04/2008, RCyS, 2008, 860, con nota de DOMÍNGUEZ, Osmar S.; Juan Manuel Arca LA LEY, 2008-C, 529 con nota de DOMÍNGUEZ, Osmar S.; Juan Manuel Arca, LA LEY 02/06/2008, 4 con nota de PICASSO, Sebastián; Juan Manuel Prevot, LA LEY, 2008-C, 562 con nota de PICASSO, Sebastián; Juan Manuel Prevot, LA LEY 10/06/2008, 7 con nota de RESALÍS, Marcelo, LA LEY, 2008-C, 704 con nota de RESALÍS, Marcelo, DJ 18/06/2008, 481, DJ 2008-II, 481, Sup. Const. 2008 (julio), 14 con nota de GHERSI, Carlos A., ED, 2008-08-29, 16, LA LEY, 2008-D, 266 con nota de GHERSI, Carlos A., IMP 2008-17, 1530, JA 2008-III, 117 con nota de CASIELLO, Juan J., AR/JUR/759/2008.

(5) Ver voto de los jueces GOLDBERG, WARREN y BRENNAN en Suprema Corte de Estados Unidos, Griswold c. Connecticut, 07/06/1965, La Ley Online, AR/JUR/56/1965.

(6) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fontevecchia y D'Amico c. Argentina, 29/11/2011, LA LEY 09/02/2012, 4 con nota de FINOCCHIARO, Enzo, LA LEY, 2012-A, 254 con nota de FINOCCHIARO, Enzo, RCyS 2012-III, 238 con nota de TRUCCO, Marcelo F., LA LEY, 16/03/2012, 4 con nota de IBARLUCÍA, Emilio A., LA LEY, 2012-B, 204 con nota de IBARLUCÍA, Emilio A., DFyP 2012 (abril), 269 con nota de SABSAY, Daniel Alberto, RCyS 2012-IV, 240 con nota de BADÉNI, Gregorio, AR/JUR/81007/2011.

(7) EDWARDS, Carlos Enrique, El deber de confidencialidad del médico y la nueva postura de la Corte nacional, Sup. Penal 2010 (septiembre), 90. Ver asimismo los interesantes trabajos del autor titulados: "El deber de denunciar, el secreto profesional y la autoincriminación", LA LEY, 2006-E, 173, y "El médico que omite denunciar ¿comete el delito de encubrimiento?, LA LEY, 2009-D, 1.

(8) El delito que motivó la denuncia de una médica de un hospital público no consistió en un aborto sino en el delito de transporte de estupefacientes, ya que la persona denunciada había expulsado por vía bucal cuatro bombitas de látex que contenían clorhidrato de cocaína.

(9) C.S.J.N., Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737, Z.17.XXXI.

(10) C.S.J.N., Baldivieso, César Alejandro s/ causa n° 4733, Recurso de Hecho, B. 436. XL. Ese fallo sostenía que el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado".

(11) ROPPO, Vicenio. El Contrato, Gaceta Jurídica. Lima. 2009. pp. 47/48.

(12) Tribunal Supremo de España, sala de lo Civil, Sentencia núm. 323/2011, 13/05/2011, RCyS 2011-XI, 299, ES/JUR/4/2011.

(13) Tribunal Constitucional de España, sala 1, sentencia 105/1990, 06/09/1990, La Ley Online, AR/JUR/2421/1990.

(14) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, Tambussi, Elsa B. c. Dayan, Ricardo y otros, 19/08/1985, LA LEY, 1986-C, 539, AR/JUR/542/1985. Al respecto se dijo que el médico cirujano demandado debe responder por las consecuencias dañosas de la intervención quirúrgica por él dispuesta, aun cuando ha delegado en un tercero la práctica indicada, pues ha omitido el deber de información respecto a riesgos previsibles y frecuentes del tipo de operación realizada. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I, R., G. c. W., V., 01/10/2009, RCyS, 2010-II, 224, AR/JUR/47206/2009.

(15) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, Triunfo Coop. de Seguros Ltda. en: V., L. c. C., R. y otros, 05/10/2010, RCyS, 2011-IV, 121, DJ, 13/07/2011, 14 con nota de BERRINO, Marialma G., AR/JUR/87218/2010.

(16) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, Martino, Héctor O. y otros c. Clínica Privada Regional S.A. y otros, 20/08/2009, LLBA, 2009-1037, RCyS, 2009-XI, 177, AR/JUR/29717/2009.

(17) Los equipos de interconsulta deben leer en la sucesión de respuestas de un servicio, que se reiteran a su vez en los pedidos que ese mismo servicio realiza, lo que podría considerarse como el "síntoma" de esa sala. Lo que no significa, sin embargo, que los médicos estén advertidos de la especificidad de esa respuesta, ni mucho menos que aún estándolo, el malestar se sintomatice en ellos. Es frecuente que lo que se recorta como sintomático, suela ser un efecto de los mismos dispositivos creados en las salas para garantizar su mejor funcionamiento, en estos tiempos adversos de la salud pública; dispositivos armados, a su vez, en un intento de atenuar el malestar y el desamparo institucional en el que están sumergidos los profesionales. Los equipos caen muchas veces víctimas de esos mismos dispositivos que, concebidos para preservar al médico de su padecimiento ante las situaciones de extrema gravedad con las que se enfrenta cotidianamente, intentan sostener el anonimato que la institución promueve, en la ilusión de distribuir la responsabilidad. Ver: GAMSIER, Silvina. Interconsulta: la cuestión de la responsabilidad en: http://www.imagoagenda.com/articulo.asp.

(18) Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Formosa, Cabrera, Norma c. Matorras, Lidia y otro, 24/08/2009, RCyS, 2010-II con nota de SAUX, Edgardo I., RCyS 2010-II, 68 LLLitoral 2010 (mayo) con nota de SAUX, Edgardo I., LLLitoral 2010 (mayo), 381, AR/JUR/48540/2009.

(19) Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala III, Fomicz de Ilucko, Teodora c. Provincia de Buenos Aires -Policía de la Provincia-, 30/09/1986, con nota de RACCIATTI, Hernán, LA LEY, 1987-D, 453; DJ, 1988-1-519, AR/JUR/1821/1986.

(20) RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol. Obligaciones, t. V, La Ley. Buenos. Aires. p. 14.

(21) Juzgado Federal de 1ª Instancia Nro. 2 de Rosario, U.N.R. c. Recoaro, Carlos A. y O., 20/07/2010, La Ley Online, AR/JUR/34754/2010. Ver También: Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II, "Spano, Adrián Alejandro c. Monjardin, Sergio Alberto y otro", 28/08/2008: LLBA, 2008

(noviembre), 1158; Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Mercedes, sala I, "Guerrero Contardo, Bernardo c. Méndez, Juan y otro", 28/02/2008: RCyS, 2008, 979; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, "Calcaterra, Rubén y otra c. Municipalidad de Buenos Aires", 24/05/1990: LA LEY, 1991-D, 469, con nota de COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H.; DJ, 1991-2-994. Al respecto se ha señalado que constituye un caso de responsabilidad colectiva, cuando varios médicos cohesionados por pertenecer a una unidad departamental o de "un servicio" constituyen "un grupo". Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, Calcaterra, Rubén y otra c. Municipalidad de Buenos Aires, 24/05/1990, LA LEY, 1991-D con nota de COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., LA LEY, 1991-D, 469; DJ, 1991-2, 994, AR/JUR/1629/1990.

(22) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, Morales, Restituto c. Club Atlético Vélez Sársfield y otros, 11/03/1981, con nota de LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, LA LEY, 1981-B, 523; ED, 93-690 AR/JUR/1600/1981.

(23) Ver el desarrollo de las ideas vertidas sobre este artículo en: Sumario N° 18.083 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 4/2008). DÍAZ DE VIVAR, PONCE. L.493685 A., G. N. c. G., P. M. s/daños y perjuicios, 25/07/08, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala M. UTSUPRA: A00274805535/ Sumario N° 17.829 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 2/2008). WILDE, VERÓN, MATTERA. L. 29446 GULMAN, Leonardo Rubén c. Regina Mater SRL y otro s/daños y perjuicios. 28/03/08. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J. ANDORNO, Roberto, "Buena fe en la relación médico-paciente: el derecho del paciente a saber y el derecho a no saber", tratado de la buena fe en el derecho, La Ley, t. I, Buenos Aires, 2004-185. Ley Nacional Nº 17.132. Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares. Ley 25.326. Protección de los Datos Personales.

(24) El precepto establece como excepciones a la regla general aludida: 1) Aquellos casos donde a criterio del profesional se encuentra en peligro la salud pública y/o la salud o la integridad física de otra/s persona/s. 2) Cuando sea necesario el acceso a la información para la realización de auditorías médicas o prestacionales o para la labor de los financiadotes de la salud, siempre y cuando se adopten mecanismos de resguardo de la confidencialidad de los datos inherentes al paciente, que se encuentran protegidos por el secreto médico. Cuando el paciente exprese su deseo de no ser informado se documentará en la historia clínica su decisión y respetará la misma, sin perjuicio de dejar asentado su último consentimiento emitido.

(25) Ver el desarrollo de estas ideas en: G. de A., M. c. Policlínico Central de la UOM. CNCiv. Sala D (con nota de TALLONE, Federico). Revista de Responsabilidad Civil y Seguros Noviembre de 2004.- // "La relación médico — paciente. El consentimiento informado." HIGHTON, Elena — WIERZBA, Sandra M. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1991. // Derecho médico. Consentimiento informado. MENEGHINI, Roberto A. Publicado en El Dial / Ley Nacional Nº 17.132. Ejercicio de la medicina, odontología y actividades auxiliares. //Ley 25.326. Protección de los datos personales.

(26) Ver el desarrollo de estas ideas en: JALIL, Julián Emil, El consentimiento para actos médicos y las directivas anticipadas en el proyecto de reforma al Código Civil y la nueva ley 26.742. A propósito del reciente fallo "Albarracini" de la CSJN, DFyP 2012 (agosto), 08/08/2012, 205/ JALIL, Julián Emil. "El consentimiento informado y la responsabilidad civil deviniente de su falta de otorgamiento (Consideraciones en torno a los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud en la ley 26.529)" Publicado en el Suplemento de derecho de daños (actualidad) de El Dial. Lunes, 11 de Julio de 2011 - Año XIV - N° 3306. Ver también fallo: M. S. A. vs. S., G. s/daños y perjuicios. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G; 02-07-2010; RC J 14337/10. Rev. Rubinzal — Culzoni. CALCAGNO, Liliana; VALENTE, Luis Alberto. Consentimiento informado y bioética práctica, UNLP 2008 (agosto), 102 - LA LEY, 2008-E, 996 Ídem. RODRIGUEZ LOPEZ, Pedro, "La autonomía del paciente. Información, consentimiento y documentación clínica"; Dilex, p. 69. GALAN CORTÉS, Julio C., "El Consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios", p. 162, Colex. Madrid. 1997. HIGHTON, Elena y WIERZBA, Sandra M., "La relación médico-paciente; el consentimiento informado", p. 11, Ad Hoc, 1991. MAGLIO, Ignacio, Guías de Buena Práctica Ético legal en terapia Intensiva. Guías para el consentimiento informado, v. 1, Nº 1, Ed. Arkhetypo, Buenos Aires, 2001. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 25/08/2005, C., P. L. y otros c. C., A. G. y otro, RCyS, 2005-1318; 2006-367, con nota de WIERZBA, Sandra; AR/JUR/3965/2005. Ídem Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 02/06/2004, "G. de A., M. c. Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica", RCyS, 2004-X, 44, con nota de TALLONE, Federico C. / GHERSI, Carlos A., "El derecho

médico y la Corte Suprema de Justicia. Las "decisiones" como precedentes para los tribunales inferiores. El consentimiento informado: validez y eficacia. El paciente y el derecho de decidir. El Objeto de conciencia" En Revista de Jurisprudencia Argentina, t. 2000-I, 802.

(27) Ver el desarrollo de estas ideas en: MORELLO, Augusto, La Responsabilidad civil de las profesiones liberales y la prueba de la culpa. LA LEY, 1988-E, 896, en igual sentido LORENZETTI, Ricardo, "La responsabilidad civil del médico en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", LA LEY, 1988-B, 904. Fallos: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 03/08/2009, Cibert, Nilda del Carmen c. Appiani, Erdulfo y otros, La Ley Online. CNCom., Sala D 2004/06/02 "G. de A. M. c. Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica", Rev. de Responsabilidad civil y seguros año VI N° X nov. 2004 p. 43. Corte de Casación de Italia, sección III civil, 14/03/2006, N° 5444, con nota de PREVOT, Juan Manuel; LA LEY, 2006-E, 95; AR/JUR/1358/2006./ GHERSI, Carlos A., "El derecho médico y la Corte Suprema de Justicia. Las "decisiones" como precedentes para los tribunales inferiores. El consentimiento informado: validez y eficacia. El paciente y el derecho de decidir. El Objeto de conciencia" En Revista de Jurisprudencia Argentina, t. 2000-I, 802.

(28) Ver: JALIL, Julián Emil, El consentimiento para actos médicos y las directivas anticipadas en el proyecto de reforma al Código Civil y la nueva ley 26.742. A propósito del reciente fallo "Albarracini," de la CSJN Publicado en: DFyP 2012 (agosto), 08/08/2012, 205/Fallos: P., S. M. c. Obra social AMSA y otros s/daños y perjuicios. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala A; 30-04-2004; Rev. Rubinzal-Culzoni, RC J 2806/04. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 06/10/2010, N.N. o U., V. Protección y guarda de personas, La Ley Online; AR/JUR/58570/2010. Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, "Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar Alende (HIGA)", 09/05/2005, LLBA 2005(julio), 641, con nota de MORELLO, Augusto M., MORELLO Guillermo C.; AR/JUR/900/2005. Y doctrina: JALIL, Julián Emil, "El consentimiento informado y la responsabilidad civil deviniente de su falta de otorgamiento (Consideraciones en torno a los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud en la ley 26.529)" Publicado en el Suplemento de derecho de daños (actualidad) de El Dial. Lunes, 11 de Julio de 2011 - Año XIV - N° 3306. LÓPEZ MIRÓ, Horacio G., Acerca de un fallo que presume la existencia de consentimiento informado, La Ley Online. CNC, sala I, octubre 25-990; Favilla, Humberto c. Piñeyro, José y otro; LA LEY, 1991-D, 117. HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., La relación médico-paciente: El consentimiento informado, Ad Hoc, Buenos Aires, 1991.

(29) Ver: P., S. M. c. Obra social AMSA y otros s/daños y perjuicios. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala A; 30-04-2004; Rev. Rubinzal-Culzoni, RC J 2806/04. LÓPEZ MIRÓ, Horacio G., Acerca de un fallo que presume la existencia de consentimiento informado, La Ley Online. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 06/10/2010, N.N. o U., V. Protección y guarda de personas, La Ley Online; AR/JUR/58570/2010. Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, "Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar Alende (HIGA)", 09/05/2005, LLBA 2005 (julio), 641, con nota de MORELLO, Augusto M.; MORELLO, Guillermo C.; AR/JUR/900/2005.

(30) Ver: MENEGHINI, Roberto A., Derecho médico. Consentimiento informado. El Dial. Ley Nacional Nº 17.132. Ejercicio de la Medicina, Odontología Y Actividades Auxiliares. Ley 25.326. Protección de los Datos Personales.

(31) Ver: HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., La relación médico-paciente: El consentimiento informado, Ad Hoc, Buenos Aires, 1991, p. 192. JALIL, Julián Emil, "El consentimiento informado y la responsabilidad civil deviniente de su falta de otorgamiento (Consideraciones en torno a los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud en la ley 26.529)" Publicado en el Suplemento de derecho de daños (actualidad) de El Dial. Lunes, 11 de Julio de 2011 - Año XIV - N° 3306/ Ley Nacional Nº 17.132. Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares. Ley 25.326. Protección de los Datos Personales. / CSJN. Albarracini Nieves, Jorge Washington s/Medidas precautorias LA LEY, 2012-C, 483 con nota de GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; BASTERRA Marcela I.

Consentimiento informado y cirugía plástica en la jurisprudencia cordobesa

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LLC 2011 (mayo), 465
Cita Online: AR/DOC/1260/2011
[Consultado el 28/06/2020]

Sumario.

1. Sinopsis. — 2. Casuística. — 3. Contexto doctrinario. — 4. Biblioteca.

1. Sinopsis.

Cada vez con mayor frecuencia las personas se someten a intervenciones quirúrgicas en miras de adaptarse a él y así quedar incluidas dentro de esos parámetros que reproducen la noción aceptada de estética. La medicina responde a ello con la mano especializada de galenos cuyo arte de curar se ha transformado en el arte de embellecer, de adaptar una parte del cuerpo al patrón standard cimentado a tales efectos.

En estos casos, el concepto de éxito en la intervención quirúrgica varía considerablemente, porque ya no basta con poner el conocimiento al servicio de la salud mediante un obrar adecuado a la lex artis, sino que ahora se exige un umbral mayor. Entonces, a la diligencia propia de todo accionar médico se le impone un resultado, un producido final que debe ser satisfactorio, porque sino -y pese a haber empleado las reglas exigidas para el caso- su obrar será imputable.

En esta tesitura, el resultado adquiere un papel determinante, pero éste criterio no es unánime y la jurisprudencia cordobesa -como veremos- no es conteste a tales efectos, por el contrario, muchos precedentes se inclinan por otorgarle valor al accionar del galeno independientemente del resultado arribado, el cuál puede ser consecuencia de diferentes variables, incluso externas a la conducta del galeno.

Esta es la dicotomía en donde vacila la doctrina y jurisprudencia actual, posiciones antagónicas que confluyen en un mismo interrogante: ¿en la cirugía plástica pesa sobre el médico una obligación de medios o de resultados? La respuesta a este entresijo puede reposar en distintas fundamentaciones, pero adoptar una u otra tesitura es gravitante para sellar la suerte del cirujano imputado de una mala praxis (1).

Por su parte, el consentimiento informado cobra su matiz más saliente en este tipo de intervenciones, al configurarse como el documento en donde reposa un indubitable elemento de convicción del cual el Magistrado debe valerse al momento de analizar y valorar el accionar del galeno.

Estos temas han cobrado notable interés actual y despertado la atención de gran parte de los juristas mas comprometidos de nuestro país, así se han referido al mismo J. Mosset Iturraspe, R. Lorenzetti, A. Bueres, A. Alterini, M. López Mesa, M. Cornet, R. Vázquez Ferreyra, A. Kemelmajer de Carlucci, JM. Prevot entre otros.2

2. Casuistica.

2.1. La carga de probar de la diligencia y prudencia en relación con el carácter de la obligación asumida.

2.1.1. Su diferencia según se trate de uan obligación de mediso o de resultados.

* En las obligaciones de resultado, ante la imposibilidad del damnificado de acreditar el factor de atribución, la prueba de incumplimiento genera una presunción de culpa del deudor, quien sólo se libera probando la culpa de la víctima, de un tercero por el cual no debe responder, caso fortuito o fuerza mayor. En las obligaciones de medio es el acreedor quien tiene que probar la culpa del deudor demandado, quien para eximirse sólo debe probar que actuó diligentemente.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 3a Nominación de Córdoba, 09/05/1996, D., M. del C. c. T., R., LLC 1997-119; AR/JUR/4771/1996.

* Siendo que los profesionales de la salud asumen, como regla general, una obligación de medios, bastará para eximirse de responsabilidad, que demuestren que no hubo culpa de su parte en razón de haber procedido diligentemente conforme de las reglas del arte de curar y las alternativas científicamente aprobadas, siendo innecesaria la acreditación de la ruptura del nexo causal por caso fortuito o la ajenidad de su prestación respecto del daño.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contenciosoadministrativo de 1a Nominación de Río Cuarto, 30/03/2009, Varela, Eduardo Alberto c. Eduardo Cafaratti y/o Clínica Regional del Sud, La Ley Online.

2.1.2. Obligación de resultado.

* El médico deberá probar que el mal resultado de la cirugía estética se produjo por la influencia de factores ajenos a él, imprevisibles o insuperables, y pese a haber puesto de su parte la diligencia y pericia que el caso requería, pues la naturaleza de tal intervención y la ausencia general de riesgo, permiten presumir la culpa de aquél ante la falta de consecución del resultado esperado pero no comprometido o garantizado.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Córdoba, 15/05/1998, C. de B., M. E. c. M., A. A., LLC, 1999-1156; AR/JUR/4462/1998.

2.1.3. Obligación de medios.

* Es de medios la obligación del médico respecto del paciente pues aquél sólo promete un obrar idóneo y prudente, de acuerdo a las circunstancias del caso y naturaleza de la atención ofrecida, utilizando las técnicas y prácticas científicas acordes.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, del Trabajo y de Familia de Bell Ville, 20/04/2001, C. de P., N. E. c. Provincia de Córdoba y otro, LLC 2002-237; AR/JUR/1931/2001.

* Como regla general, la prestación emergente del acto médico, configura una obligación de medios, consistente en la aplicación de su saber y su proceder en favor de la salud del enfermo. El profesional se compromete a prestar una conducta diligente, cuidadosa, prudente y científica dirigida a curar o mejorar la salud del paciente, y cumple con ello en tanto preste una actividad prudente y diligente tendiente a la consecución de ese interés final.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Córdoba, 15/05/1998, C. de B., M. E. c. M., A. A., LLC, 1999-1156, AR/JUR/4462/1998.

* La obligación de medios del facultativo puede convertirse en una de resultado si quién promete la curación es un cirujano plástico. Ello, toda vez que en cirugía estética se encuentra en juego, a través del resultado, la propia razón del tratamiento. Si el profesional se comprometió en forma tácita o expresa a un resultado determinado, el no alcanzarlo equivale al mal cumplimiento.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 3a Nominación de Córdoba, 09/05/1996, D., M. del C. c. T., R., LLC, 1997-119, AR/JUR/4771/1996.

2.2. La incidencia del consentimiento informado en la buena praxis médica.

2.2.1. La información de los riesgos.

* Aún considerando que las secuelas desfavorables de la operación no tuvieron por causa la impericia del cirujano y pudieron deberse a reacciones del organismo de la actora, sí quedó acreditado que no eran absolutamente imprevisibles ni aleatorias, resulta responsable si no prueba que informó adecuadamente a su paciente para que ésta decidiera correr con tales riesgos.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Córdoba, 15/05/1998, C. de B., M. E. c. M., A. A., LLC, 1999-1156; AR/JUR/4462/1998.

* Es responsable el médico demandado por el daño moral causado al paciente, en tanto al momento de ofrecerle la terapéutica omitió brindarle la información detallada acerca de sus riesgos y complicaciones que podían sobrevenir.

Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial de 27a Nominación de Córdoba, 21/02/2003, N.N. c. Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano de Córdoba y otro, LLC, 2003-533, con nota de Federico C. Tallone; AR/JUR/350/2003.

2.2.2. Conocimiento anterior al tratamiento específico.

* Resulta improcedente otorgar una indemnización en concepto de daño moral cuando la paciente tenía un conocimiento acabado del examen a realizarse por habérselo efectuado con anterioridad.

Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 12/05/2009, Pereyra Delgado Lilia Ramona c. Sociedad Española De Beneficencia Hospital Español y Otros, LLC, 2010-320, AR/JUR/31134/2009.

2.2.3. El silencio y la buena fe

* La buena fe no tolera que nadie se atrinchere en su silencio cuando éste puede tener la apariencia exterior del consentimiento.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 5a Nominación de Córdoba, 04/11/1993, Bucksath, Carlos, suc. c. Provincia de Córdoba, LLC, 1994-190, AR/JUR/854/1993.

3. Contexto doctrinario.

AIZENBERG, Marisa, ROITMAN, Adriel J., Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional, LA LEY 2010-A, 826

* Los autores vierten sus consideraciones sobre la reciente normativa que regula el consentimiento informado, en este sentido precisan que "...si bien es cierto que aún queda un largo camino por recorrer con miras a la unificación de criterios vinculados a los diversos institutos del derecho de la salud, y con plena conciencia de que no es posible formular un completo diagnóstico de situación hasta que la Ley 26.529 no se encuentre debidamente reglamentada, entendemos que su sanción constituye un punto de partida de indiscutible valor, sobre el cual comenzar a construir un modelo que abarque todos los aspectos referidos a los derechos de los pacientes en materia sanitaria...".

FERNÁNDEZ MADERO, Jaime, El daño en intervenciones de cirugía plástica, LA LEY 2002-C, 920.

* Explica el autor que se ha entendido que por la naturaleza de la intervención quirúrgica realizada con motivos estéticos, dicha obligación es de resultado, siendo la apreciación muy severa en este sentido.

Naturalmente este juicio determina el onus probandi. Luego existen otras clasificaciones vinculadas con la importancia de la operación que ha causado el daño. En todo caso, si la intervención es de menor relevancia, en el sentido que el alea o riesgo quirúrgico es reducido -por ejemplo, en casos como las operaciones de amígdalas, apendicitis, etc.- podría entenderse que estamos frente a una obligación de resultado, siendo las restantes hipótesis casos de obligaciones de medios. También se distinguen claramente por una parte los daños que son el resultado de los gestos médicos en sí mismos, es decir, la prestación propiamente dicha (intelectual, manual o instrumental) y por la otra parte, los daños como resultado directo de un defecto del material utilizado en aquellos actos médicos. En el primer caso, la responsabilidad del médico se fundamenta en la falta cometida por negligencia, impericia o imprudencia; mientras que en el segundo caso, estando en juego la calidad del material utilizado que corre por cuenta del cirujano o de la institución que la selecciona y sugiere, la responsabilidad profesional está comprometida en los términos de una obligación de seguridad-resultado

PIZZETTI, Federico G., Cirugía estética y responsabilidad profesional de los médicos, RCyS 1999, 1306.

* Comentando un interesante fallo de la Cámara de Casación de Italia, Pizzetti afirma que dadas las finalidades que tiene esta tipología de intervenciones quirúrgicas -o sea, las de mejorar el aspecto físico del paciente e incrementar la positividad de su vida de relación- incumbe al médico un deber particular de información que va más allá de la simple enumeración y exposición de los riesgos, de las modalidades y las posibles elecciones.

AIZENBERG, Marisa; ROITMAN, Adriel J. Algunas reflexiones acerca de la responsabilidad de los médicos frente a los tratamientos de embellecimiento, RCyS 2010-VIII, 84.

* Exponen los autores que más allá de su componente artístico particular, esta disciplina médica -especie dentro del género- está sometida a iguales reglas y límites que se imponen al resto de las cirugías y corre, en consecuencia, con sus mismos riesgos y vicisitudes. Ninguna terapéutica, ni siquiera aquellas destinadas al embellecimiento deben considerarse inocuas y pueden presentar consecuencias imprevisibles o inevitables. Es ante la presencia de este alea, que no parece posible exigir al médico tratante el aseguramiento de un resultado. Creemos que una solución diferente implica una atribución arbitraria, en cabeza del profesional, de consecuencias que pueden o acostumbran ocurrir según el curso natural y ordinario de las cosas y que escapan a su dominio causal empleando una conducta diligente. No existe fundamento alguno que justifique tal subrogación en el padecimiento del perjuicio, ya que la reparación del daño, en última instancia, equivale a imputar un daño determinado a uno u otro patrimonio, no advirtiéndose razones concretas que ameriten el traslado de dicho riesgo hacia los bienes del profesional.

* Si bien los pacientes se someten a estas prácticas para obtener un mejoramiento de su aspecto físico, no es menos cierto que, como en cualquier procedimiento, se corren riesgos. Es allí pues, donde cobra vital importancia el proceso de información, cuyo contenido deberá ser aún más completo que aquel otorgado en

oportunidad de otras intervenciones practicadas en el ámbito de la relación asistencial. Concluimos con ello que la obligación que surge de prácticas destinadas al embellecimiento, y en concordancia con el fallo bajo análisis, resulta siempre de medios, sin que pueda consagrarse per se a su respecto, un régimen de responsabilidad objetiva.

PATANÉ VILLALONGA, Carolina; PATANÉ, Jorge R. Cirugía estética. Obligación de medios, LA LEY 1996-E, 938-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 1157.

* Manifiestan los comentaristas que la Organización Mundial de la Salud considera a la salud como un derecho humano fundamental, y la define como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad. Se ha demostrado que la cirugía estética se ocupa de pacientes que no están sanos, que presentan desajustes con el entorno social que los rodea. Además se ha demostrado que el buen profesional no promete ni puede prometer resultados, pues se lo impide la ley vigente. Por lo tanto quedan así refutados los dos argumentos clásicos que consideraban a la cirugía estética como una obligación de resultados (operar pacientes sanos y prometerles resultados felices). En la actualidad es imperativo juzgar a la cirugía estética como obligación de medios, incluyéndola en la misma categoría que el resto de las especialidades quirúrgicas.

FERNÁNDEZ MADERO, Jaime, El daño en intervenciones de cirugía plástica, LA LEY 2002-C, 920.

* El autor pone de resalto los parámetros en los que debe reposar la relación médico paciente deviniente de una cirugía plástica para adecuar la misma a la lex artis.

SAGARNA, Fernando Alfredo, Responsabilidad civil de los médicos en la jurisprudencia, RCyS 2003, 133.

* Expone el destacado jurista azuleño que toda intervención quirúrgica conlleva un riesgo, algunas mínimo, otras de mayor consideración. No cabe duda alguna que la cirugía estética reparadora constituye una deber prestacional de medios. En cambio, pareciera ser que la cirugía estética embellecedora asegura al paciente su resultado. Pero, lo que esta cirugía asegura no es que el paciente no va a sufrir riesgo alguno durante la intervención, el alea existe siempre, las posibilidades del fracaso no son ajenas a este tipo de acto quirúrgico por más que se trate de narcisismos. A lo sumo, lo que el cirujano plástico aseguraría es que el paciente quedará de tal o cual forma, pero no puede asegurar el resultado en sí de la intervención.

CALCAGNO, Liliana; VALENTE, Luis Alberto, Consentimiento informado y bioética práctica, UNLP 2008 (agosto), 102 - LA LEY, 2008-E, 996.

* Los profesores platenses califican al consentimiento informado como ineludible e imprescindiblemente, considerando que el mismo debe ser anterior a toda documentación que plasme fielmente el acuerdo que se alcanzó. Entienden que el problema puede suscitarse cuando se trata de establecer los alcances que ha de tener esa información, es decir, su extensión y, además, efectiva comprensión.

Sostiene que es un problema arduo que difícilmente se solucione acudiendo ciegamente a reglas ya que siempre o casi siempre exhibe cierta vaguedad o imprecisión cuando debe ser aplicada a lo concreto.

LORENZETTI, Ricardo L., El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas, LA LEY, 1990-B, 996-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 1051.

* El distinguido Maestro hace una precisa descripción del significado de la información en los tiempos contemporáneos. Y define a la misma como "...el deber de informar alude a una conducta impuesta a alguien a fin de que aclare a otra persona relacionada o que puede relacionarse con él, aspectos que conoce y que

disminuyen o pueden disminuir la capacidad de discernimiento o de previsión del otro si dichos datos no se suministran..." En cuanto a la definición normativa, considera el integrante del Máximo Tribunal Nacional que ella "...resulta difícil, ya que no hay una ley específica sobre el tema. podríamos decir que se trata del deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros derivados de dichos datos, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficiente como para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si dicha información no se suministra...".

GHERSI, Carlos A.; WEINGARTEN, Celia, La responsabilidad médica. El derecho de información y decisión del paciente. El estado de necesidad. El consentimiento y la aceptación de riesgos, LA LEY 1998-E, 1165-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 577.

* Consideran los profesores que "...el médico posee el derecho de actuar discrecionalmente con fundamento en la medicina científica y debe informar, advertir los riesgos que tal aplicación suscita para el paciente (art. 901, Cód. Civil) y por su parte el paciente asentirá la aplicación, debiendo asumir como propio de la medicina científica los daños acaecidos en relación de causalidad con la información o advertencia recibida, sin perjuicio que el asentimiento brindado, al ser condicionado, fundado en su estado semiconsciente (art. 921, Cód. Civil) lo posibilite examinar nuevamente los acontecimientos para verificar el camino recorrido..." Sostienen que de esa manera "...se está protegiendo los derechos del médico que verá en el asentimiento del paciente una aceptación de riesgos científicos propios evitando el cuestionamiento de su responsabilidad; por otra parte se salvaguarda el derecho de los pacientes al considerar el asentimiento una aceptación de riesgos, informado y en términos científicos propios de toda situación en donde la ciencia impone límites...".

LÓPEZ MESA, Marcelo J., Pacientes, médicos y consentimiento informado, LA LEY, 2007-B, 867 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 619.

* El prestigioso magistrado, con salientes y precisas citas de doctrina extranjera, aborda temas de profundo interés para los profesionales de la medicina, entre ellos menciona como se desenvuelve el deber del médico de obtener el consentimiento del paciente a una determinada práctica médica propuesta.

Conceptualiza el "consentimiento informado", reflexiona en torno a quién debe prestarlo, explica sus efectos, referencia los requisitos que debe exteriorizar, el momento en que se debe prestar, como asimismo la forma necesaria para su validez.

PREVOT, Juan Manuel, Consentimiento informado y responsabilidad civil, LA LEY 2006-E, 96.

* Comentando un interesante fallo de la Corte de Casación Italiana, el joven jurista hace una comparación entre el sistema de responsabilidad médica en el que se asienta el derecho italiano y el nacional.

Hace referencia también a la relación causal y al concepto de daño resarcible en torno al consentimiento informado, planteando las diferentes situaciones que ese pueden plantear al respecto entre el galeno y el paciente, como asimismo las consecuencias que de ellas emergen.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., Con la mejor voluntad... (presunta). La reforma a la Ley de Trasplantes, LA LEY, 2006-A, 1273.

* Con el ímpetu, la verborragia y la profundidad de siempre, el Profesor RABINOVICH radica una sostenida crítica contra la reforma de la ley de trasplantes, especialmente en lo que se refiere al consentimiento informado y la declaración de voluntad, considera que este sistema grita la derrota del camino de la libertad y del amor al prójimo, y entroniza el autoritarismo nervioso.

TALLONE, Federico C., Responsabilidad médica por ausencia de consentimiento informado, LLC, 2003-531.

* Considera el autor que el consentimiento informado debe contemplarse como un nuevo ideal de relación médico-enfermo hacia el que debe tender paulatinamente. Este nuevo ideal es la promoción de la autonomía personal de los pacientes. Para el cumplimiento de esta meta es imprescindible que los pacientes competentes puedan disponer de toda la información que pidan y necesiten para mantener un control sobre sus vidas.

LÓPEZ MIRÓ, Horacio G., Acerca de un fallo que presume la existencia de consentimiento informado, La Ley Online

* Expone el autor que el consentimiento informado del paciente y el cumplimiento del deber de informar por parte del galeno están (deben estar) sujetos únicamente a las excepciones ya contempladas en la legislación vigente y a las que dicta el buen sentido común y de justicia. Salvo estas situaciones verdaderamente singulares, el consentimiento informado del paciente deber ser condición previa —sine qua non— a la implementación de cualquier práctica médica sobre su cuerpo, y el cumplimiento del deber de informar debe exigirse siempre, sin dejarlo expuesto a más excepciones que aquellas taxativamente contempladas por la ley. Todo lo demás es una práctica corruptiva del intrínseco sentido de protección del paciente, hasta desnudar al concepto de su más íntima significación, exponiendo al enfermo a las múltiples excusas que pudieran encontrarse para justificar el no cumplimiento del deber de informar y la obligación de obtener el consentimiento informado del propio interesado.

4. Biblioteca.

AMEAL, Oscar José, TANZI, Silvia Y., "Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI, Homenaje al Profesor Doctor Roberto M. López Cabana" Editorial: Abeledo Perrot, Buenos Aires.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil" p. 455, 6ª ed., Abeledo-Perrot, 1989.

GARAY, Oscar E., "La responsabilidad civil de los médicos", en Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal, coordinador: Oscar E. Garay, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002.

GHERSI, Carlos A., "Responsabilidad por prestación médico asistencial", 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

IZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "La responsabilidad civil del profesional liberal", Ed. Reus, Madrid, 1989.

LLAMAS POMBO, Eugenio, "La responsabilidad civil del médico, aspectos tradicionales y modernos", p. 5, Ed. Trivium, Madrid, 1988.

LORENZETTI, Ricardo L., "Responsabilidad civil de los médicos", t. I, p. 43, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997.

PEREZ DE LEAL, Rosana, "Responsabilidad civil del médico", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995.

ROSSI, Jorge, "Responsabilidad civil por daños: Paso a paso" Editorial: Ediciones D & D, Buenos Aires, 2007

TRIGO REPRESAS, Félix A. y LOPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil" t. I, La Ley, Buenos Aires, 2004.

TRIGO REPRESAS, Félix A., "Reparación de daños por mala praxis médica", Ed. Hammurabi, Buenos Aires.

URRUTIA, Amílcar R. - URRUTIA, Déborah M. - URRUTIA, César A. - URRUTIA, Gustavo A., "Responsabilidad médico legal de los traumatólogos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", ps. 108 a 115, 1ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, "Prueba de la culpa médica", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

WEINGARTEN, Celia - GHERSI, Carlos, "Tratado de daños reparables", Editorial: LA LEY, Buenos Aires - 2008

YUNGANO, Arturo R., "Responsabilidad profesional de los médicos", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1986.

ZUCCHERINO, Ricardo M., "La praxis médica en la actualidad", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

(1) JALIL, Julián Emil, "Cirugía plástica: ¿obligación de medios o de resultado?", RCyS 2011-IV, 265. Y JALIL, Julián Emil "Cirugía plástica: Consideraciones en torno a la naturaleza jurídica de la relación contractual y el carácter de la obligación asumida" LA LEY, 2011-A, 1.

(2) JALIL, Julián Emil, "El consentimiento informado: una de las aristas rectoras del buen ejercicio", RCyS, 2011-II, 245. Se recomienda especialmente la lectura del trabajo "Responsabilidad del cirujano plástico", autoria del Profesor M. CORNET.

El consentimiento informado: una de las aristas rectoras del buen ejercicio

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2011-II, 245
Cita Online: AR/DOC/8008/2010
[Consultado el: 28/06/2020]

Sinopsis.

Si bien en pasajes prístinos de nuestra historia jurisdiccional los juicios de mala praxis constituían "rarezas jurisprudenciales", la realidad contemporánea de nuestros días nos plantea un escenario distinto, en donde la responsabilidad del galeno -en su comprensión amplia y junto con otros supuestos- ocupa el escenario principal del derecho de daños. Desde esta perspectiva, el consentimiento informado cobra su matiz más saliente, al configurarse como el documento en donde reposa un indubitable elemento de convicción del cual el Magistrado debe valerse al momento de analizar y valorar el accionar del galeno.

El tema ha cobrado notable interés actual y despertó la atención gran parte de los juristas mas comprometidos de nuestro país, así se han referido al mismo Mosset Iturraspe, Lorenzetti, Bueres, Alterini, López Mesa, Vázquez Ferreyra, Ghersi, Kemelmajer de Carlucci, Prevot entre otros.

El deterioro de la binomia médico-paciente consagra la necesidad del cumplimiento de recaudos cada vez más rigurosos para preservar el buen desenvolvimiento medico. En este marco, la historia clínica y el consentimiento informado operan como las principales herramientas defensivas a través de las cuales se puede probar el correcto cumplimiento de la lex artis.

La ley 26.529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e Instituciones de la salud, sancionada el 21 de octubre de 2009, recoge precisiones por las que clamaban juristas de nuestro ámbito, muchas de las cuales -como se verá a continuación- ya eran vertidas por la jurisprudencia nacional.

Casuistica.

1. Procedencia.

Dado que el consentimiento informado tiene como núcleo de su razón de ser posibilitar que el paciente ejercite libremente su voluntad de someterse o no a determinada práctica médica, la responsabilidad que genera el incumplimiento de ese recaudo se asienta en la afirmación de que de haber conocido los riesgos, el paciente no se habría sometido a ella y debe integrarse con los elementos objetivos que indican el estado clínico del paciente y con la evaluación de los medios técnicos alternativos existentes para el diagnóstico y tratamiento, todo lo cual remite a la configuración del marco de opciones con que cuenta el paciente frente a la propuesta profesional. (Del voto en disidencia de los Dres. Highton de Nolasco y Petracchi. La Corte, por mayoría, desestimó el recurso por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal) CS, 12/08/2008, Godoy, Aguirre Marta c. Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro, La Ley Online.

2. Innecesidad de su exigencia ante la presencia de normas imperativas.

El carácter imperativo del régimen de vacunación oficial desplaza la exigencia del previo consentimiento informado al que aluden los arts. 5 y siguientes de la ley 26.529.

SC Buenos Aires, 06/10/2010, N.N. o U., V. Protección y guarda de personas, La Ley Online; AR/JUR/58570/2010.

3. Su autonomía con la culpa médica.

El consentimiento prestado por el paciente, a fin de que el laboratorio demandado le hiciera los análisis y exámenes tras los cuales sufrió un desmayo, exime a este, no de culpa pero sí de responsabilidad por el riesgo creado, ya que, al ser el hombre titular de los derechos subjetivos relacionados con la vida y el cuerpo, su voluntad manifiesta es eficaz, máxime cuando se trata de determinados exámenes que deben ser considerados de rutina, lo que hace presumir que tal consentimiento resultó informado.

CNCiv., sala J, 08/06/2010 - Carmona, Alberto c. ESMINSA Asistencia Empresaria SA, La Ley Online; AR/JUR/27786/2010.

4. Forma de otorgamiento.

La ausencia de un documento firmado que exteriorizara el consentimiento informado del paciente portador de HIV, respecto del tratamiento medicamentoso que se le suministraría para tratar su afección, no corrobora una presunción en contra de la clínica demandada, por los supuestos efectos adversos que dicho tratamiento le habría ocasionado, en tanto se acreditó que ese consentimiento fue verbal y que el paciente conocía las posibles consecuencias.

CNCiv., sala H, 23/02/2010 - Facio Zeballos, Diego Fernando c. Hospital Alemán y otro, La Ley Online; AR/JUR/3670/2010.

5. Su inclusión en la historia clínica.

La clínica y la obra social demandadas deben responder por la pérdida de la visión de un ojo ocasionada a un paciente que fue intervenido quirúrgicamente de cataratas, pues tal secuela pudo haber tenido origen en el trauma quirúrgico de la cirugía a la que se sometió, lo cual resulta suficiente para tener por justificada la relación de causalidad entre el hecho y el daño, en tanto la falta de instrumentación de la historia clínica impide comprobar si en la emergencia se obró siguiendo las reglas del arte, máxime si tampoco se ha materializado el consentimiento informado del paciente.

CNCiv., sala M, 22/12/2009 - Choque, Juan Hipólito c. Clínica Mariano Moreno SA y otros, RCyS 2010-VII, 189, AR/JUR/63380/2009.

6. Formularios preimpresos.

No puede tenerse por otorgado el consentimiento informado si, el sanatorio demandado se limitó a expedir un formulario preimpreso que contiene expresiones estandarizadas o genéricas, sin indicar el diagnóstico, el tratamiento ni las posibles alternativas que pudieran acontecer por cuanto, dichas omisiones impiden al paciente tomar libremente la decisión de continuar o no adelante con la propuesta que le efectúa el profesional.

CNCiv., sala M, 08/06/2009, L., D. c. C., A. V. y otros, DJ 22/09/2010, 2579, con nota de Agustín ALVAREZ; Manuel CORNET; AR/JUR/70094/2009.

7. La necesidad de que se configuren paralelamente los presupuestos de la responsabilidad.

La circunstancia de que el médico que realizó el implante de una prótesis mamaria que presentó una fisura —en el caso, ello provocó que se desinflara—, hubiera incumplido su obligación de obtener el consentimiento informado de la paciente, no genera per se responsabilidad, si al mismo tiempo no se configuran —derivados de aquella omisión—, los restantes requisitos de la responsabilidad.

CNCiv., sala C, 26/06/2008, L. L., M. Y. c. Medic S.A. y otros, La Ley Online; AR/JUR/9233/2008

8. Relación entre el contenido y el carácter de la obligación asumida.

Corresponde rechazar la acción de daños y perjuicios por mala praxis médica interpuesta, contra el cirujano que practicó una intervención oftalmológica refractiva, con sustento en la falta de recuperación total de la visión del actor si, en el consentimiento informado firmado por éste, se le hizo saber que el resultado del actor quirúrgico podía no ser la corrección total de su trastorno ya que, la expresa conformidad brindada con la práctica quirúrgica propuesta, no puede ser enervada con la genérica manifestación de haber estado mal informado y haber recibido un promesa de completa curación, sin fehaciente sustento probatorio.

CCiv., Com. y Minería de Viedma, 02/02/2010, Lauriente, Aldo Ricardo c. S. Juan, Ignacio y Clínica Viedma S.A., La Ley Online; AR/JUR/118/2010.

9. Informe sobre los riesgos de la intervención.

El cirujano plástico demandado es responsable por las complicaciones que sufrió una paciente que se sometió a una intervención estética, puesto que optó por incluir en sus pantorrillas prótesis de gel de silicona indicadas para glúteos, en lugar de utilizar las específicamente diseñadas para piernas, e incumplió con su obligación de informarle a la paciente, en forma adecuada, los posibles riesgos que tal decisión podía traer aparejada.

CNCiv., sala K, 03/08/2009 - Cibert, Nilda del Carmen c. Appiani, Erdulfo y otros, La Ley Online; AR/JUR/32344/2009.

10. El daño moral.

Debe rechazarse el daño moral por la pérdida de embarazo que reclamó una paciente que fue sometida a una práctica médica —en el caso, una mielografía— sin su consentimiento informado, dado que la ausencia de éste no configura una causa adecuada para provocar el daño alegado, desde que la víctima no demostró que si hubiera sido informada hubiese rechazado el estudio, ni mucho menos que el sometimiento a él haya tenido aptitud para generar una modificación disvaliosa de su espíritu (del voto de la doctora Chiapero).

C2aCC Córdoba, 12/05/2009 - Pereyra Delgado Lilia Ramona c. Sociedad Española De Beneficencia Hospital Español y otros, LLC 2010 (abril), 320, AR/JUR/31134/2009.

Contexto doctrinario.

Aizenberg, Marisa, Roitman, Adriel J. Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional, LA LEY 2010-A, 826

Los autores vierten sus consideraciones sobre la reciente normativa que regula el consentimiento informado, en este sentido precisan que *"...si bien es cierto que aún queda un largo camino por recorrer con miras a la unificación de criterios vinculados a los diversos institutos del derecho de la salud, y con plena conciencia de que no es posible formular*

un completo diagnóstico de situación hasta que la Ley 26.529 no se encuentre debidamente reglamentada, entendemos que su sanción constituye un punto de partida de indiscutible valor, sobre el cual comenzar a construir un modelo que abarque todos los aspectos referidos a los derechos de los pacientes en materia sanitaria..."

Calcagno, Liliana; Valente, Luis Alberto. Consentimiento informado y bioética práctica, UNLP 2008 (agosto), 102-LA LEY 2008-E, 996.

Los profesores platenses califican al consentimiento informado como ineludible e imprescindiblemente, considerando que el mismo debe ser anterior a toda documentación que plasme fielmente el acuerdo que se alcanzó. Entienden que el problema puede suscitarse cuando se trata de establecer los alcances que ha de tener esa información, es decir, su extensión y, además, efectiva comprensión. Sostiene que es un problema arduo que difícilmente se solucione acudiendo ciegamente a reglas ya que siempre o casi siempre exhibe cierta vaguedad o imprecisión cuando debe ser aplicada a lo concreto.

Lorenzetti, Ricardo L. El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas, LA LEY 1990-B, 996-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 1051.

El distinguido Maestro hace una precisa descripción del significado de la información en los tiempos contemporáneos. Y define a la misma como *"...el deber de informar alude a una conducta impuesta a alguien a fin de que aclare a otra persona relacionada o que puede relacionarse con él, aspectos que conoce y que disminuyen o pueden disminuir la capacidad de discernimiento o de previsión del otro si dichos datos no se suministran..."* En cuanto a la definición normativa, considera el integrante del Máximo Tribunal Nacional que ella *"...resulta difícil, ya que no hay una ley específica sobre el tema. podríamos decir que se trata del deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros derivados de dichos datos, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficiente como para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si dicha información no se suministra..."*

*Ghersi, Carlos A.; Weingarten, Celia***.** La responsabilidad médica. El derecho de información y decisión del paciente. El estado de necesidad. El consentimiento y la aceptación de riesgos. LA LEY 1998-E, 1165-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 577

Consideran los profesores que *"...el médico posee el derecho de actuar discrecionalmente con fundamento en la medicina científica y debe informar, advertir los riesgos que tal aplicación suscita para el paciente (art. 901, Cód. Civil) y por su parte el paciente asentirá la aplicación, debiendo asumir como propio de la medicina científica los daños acaecidos en relación de causalidad con la información o advertencia recibida, sin perjuicio que el asentimiento brindado, al ser condicionado -- fundado en su estado semiconsciente (art. 921, Cód. Civil) lo posibilite examinar nuevamente los acontecimientos para verificar el camino recorrido..."* Sostienen que de esa manera *"...se está protegiendo los derechos del médico que verá en el asentimiento del paciente una aceptación de riesgos científicos propios evitando el cuestionamiento de su responsabilidad; por otra parte se salvaguarda el derecho de los pacientes al considerar el asentimiento una aceptación de riesgos, informado y en términos científicos propios de toda situación en donde la ciencia impone límites..."*

López Mesa, Marcelo J. Pacientes, médicos y consentimiento informado, LA LEY 2007-B, 867-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 619.

El prestigioso magistrado, con salientes y precisas citas de doctrina extranjera, aborda temas de profundo interés para los profesionales de la medicina, entre ellos menciona como se desenvuelve el deber del médico de obtener el consentimiento del paciente a una determinada práctica médica propuesta. Conceptualiza el "consentimiento informado", reflexiona en torno a quién debe prestarlo, explica sus efectos, referencia los requisitos que debe exteriorizar, el momento en que se debe prestar, como asimismo la forma necesaria para su validez.

Prevot, Juan Manuel. Consentimiento informado y responsabilidad civil, LA LEY 2006-E, 96.

Comentando un interesante fallo de la Corte de Casación Italiana, el joven jurista hace una comparación entre el sistema de responsabilidad médica en el que se asienta el derecho italiano y el nacional. Hace referencia también a la relación causal y al concepto de daño resarcible en torno al consentimiento informado, planteando las diferentes situaciones que ese pueden plantear al respecto entre el galeno y el paciente, como asimismo las consecuencias que de ellas emergen.

Rabinovich-Berkman, Ricardo D. Con la mejor voluntad... (presunta). La reforma a la Ley de Trasplantes, LA LEY 2006-A, 1273.

Con el ímpetu, la verboragia y la profundidad de siempre, el Profesor RABINOVICH radica una sostenida crítica contra la reforma de la ley de trasplantes, especialmente en lo que se refiere al consentimiento informado y la declaración de voluntad, considera que este sistema grita la derrota del camino de la libertad y del amor al prójimo, y entroniza el autoritarismo nervioso.

Tallone, Federico C. Responsabilidad médica por ausencia de consentimiento informado. *LLC 2003* (junio), 531.

Considera el autor que el consentimiento informado debe contemplarse como un nuevo ideal de relación médico-enfermo hacia el que debe tender paulatinamente. Este nuevo ideal es la promoción de la autonomía personal de los pacientes. Para el cumplimiento de esta meta es imprescindible que los pacientes competentes puedan disponer de toda la información que pidan y necesiten para mantener un control sobre sus vidas.

López Miró, Horacio G. Acerca de un fallo que presume la existencia de consentimiento informado. La Ley Online

Expone el autor que el consentimiento informado del paciente y el cumplimiento del deber de informar por parte del galeno están (deben estar) sujetos únicamente a las excepciones ya contempladas en la legislación vigente y a las que dicta el buen sentido común y de justicia. Salvo estas situaciones verdaderamente singulares, el consentimiento informado del paciente deber ser condición previa —sine qua non— a la implementación de cualquier práctica médica sobre su cuerpo, y el cumplimiento del deber de informar debe exigirse siempre, sin dejarlo expuesto a más excepciones que aquellas taxativamente contempladas por la ley. Todo lo demás es una práctica corruptiva del intrínseco sentido de protección del paciente, hasta desnudar al concepto de su más íntima significación, exponiendo al enfermo a las múltiples excusas que pudieran encontrarse para justificar el no cumplimiento del deber de informar y la obligación de obtener el consentimiento informado del propio interesado.

Biblioteca.

BUERES, Alberto J. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1997.

CALVO COSTA, Carlos A. Daños ocasionados por la prestación médico - asistencial, La actuación de los operadores del sistema de salud analizada a través de la doctrina y la jurisprudencia. Editorial. Buenos Aires - 2007.

CUMPLIDO Manuel- GONZÁLEZ ZUND, Ariel. Daño médico. Aspectos legales en la práctica médica Editorial Mediterránea. Municipalidad de la Ciudad de Córdoba. 2005.

GHERSI, Carlos. Responsabilidad por prestación médico asistencial. Responsabilidad médica. Historia Clínica. Drogas y estupefacientes en el deporte. Editorial: Hammurabi. Buenos Aires. 1992.

LÓPEZ BOLADO, Jorge Daniel- POGGI, Víctor Luis- YUNGANO, Arturo R.- BRUNO, Antonio. Responsabilidad Profesional de los Médicos, Cuestiones Civiles, Penales, Médico-Legales, Deontológicas, Editorial Universidad, Buenos Aires - 1992.

LÓPEZ MIRÓ, Horacio G. Responsabilidad civil médica. Últimas propuestas doctrinarias. Casos y soluciones prácticas para el abogado litigante. Editorial: Zeus Municipalidad de Rosario del Talar. 2006

LOVECE, Graciela- WEINGARTEN, Celia- GHERSI, Carlos- CASTAÑO RESTREPO, Patricia. Contrato médico y consentimiento informado. Editorial: Universidad. Buenos Aires, 2001.

PREVOT, Juan Manuel, Daños y perjuicios. Manuales de Jurisprudencia. Parte General y Parte Especial. Editorial: LA LEY. Buenos Aires - 2008.

SOSA, Susana. Manual de mala praxis médica. Editorial Juris. Municipalidad de Rosario del Talar. 1994.

URRUTIA, Amílcar R.- URRUTIA, César A.- URRUTIA, Deborah Myriam- URRUTIA, Gustavo A. Responsabilidad médico legal de los cirujanos. Editorial Macchi. Buenos Aires. 1998.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina Editorial: Hammurabi. Buenos Aires. 2002.

ZUCCHERINO, Ricardo Miguel, La praxis médica en la actualidad. Editorial. Depalma. Buenos Aires. 1994.

Cirugía plástica ¿obligación de medios o de resultado?

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2011-IV, 265
Cita Online: AR/DOC/593/2011
[Consultado el: 29/06/2020]

1. Sinopsis.

En tiempos de individualismo y hedonismo, en épocas donde la impronta externa supera el desarrollo interno, los rasgos personales se constituyen como símbolos tangibles necesarios para la aceptación social e incluso laboral. Es que, nuestra sociedad actual -consciente o inconscientemente- construye un patrón somático en donde descansa el modelo humano.

Así cada vez con mayor frecuencia las personas se someten a intervenciones quirúrgicas en miras de adaptarse a él y así quedar incluidas dentro de esos parámetros que reproducen la noción aceptada de estética. La medicina responde a ello con la mano especializada de galenos cuyo arte de curar se ha transformado en el arte de embellecer, de adaptar una parte del cuerpo al patrón standard cimentado a tales efectos.

En estos casos, el concepto de éxito en la intervención quirúrgica varía considerablemente, porque ya no basta con poner el conocimiento al servicio de la salud mediante un obrar adecuado a la lex artis, sino que ahora se exige un umbral mayor. Entonces, a la diligencia propia de todo accionar médico se le impone un resultado, un producido final que debe ser satisfactorio, porque sino -y pese a haber empleado las reglas exigidas para el caso- su obrar será imputable.

En esta tesitura, el resultado adquiere un papel determinante, pero éste criterio no es unánime y la jurisprudencia -como veremos- no es conteste a tales efectos, por el contrario, muchos precedentes se inclinan por otorgarle valor al accionar del galeno independientemente del resultado arribado, el cuál puede ser consecuencia de diferentes variables, incluso externas a la conducta del galeno.

Esta es la dicotomía en donde vacila la doctrina y jurisprudencia actual, posiciones antagónicas que confluyen en un mismo interrogante: ¿en la cirugía plástica pesa sobre el médico una obligación de medios o de resultados? La respuesta a este entresijo puede reposar en distintas fundamentaciones, pero adoptar una u otra tesitura es gravitante para sellar la suerte del cirujano imputado de una mala praxis.

2. Casuistica.

2.1. La cirugía plástica como obligación de medios:

Debe rechazarse la acción de daños y perjuicios promovida contra un cirujano plástico por un paciente disconforme con los resultados obtenidos con la lipoaspiración de su abdomen si, de la pericia médica oficial surge que el accionar del demandado no se apartó de las reglas de la buena práctica médica y que las lesiones que presentaba el actor eran propias de los riesgos genéricos de todo procedimiento quirúrgico pues, ello pone de manifiesto que aquél no actuó con culpa ni en la operación ni en el período de revisión y consulta posterior.

CNCiv., sala A, 21/09/2010, M., S. M. c. M., E. R. y otro, RCyS 2010-XII, 172, AR/JUR/60156/2010.

En igual sentido: CNCiv., sala A, "G., A. L. c. M., M. P.", 08/02/2010, RCyS 2010-VIII, 158, AR/JUR/1412/2010; sala D, "G. de C., M. G. c. M., H. y otros", 11/12/2009, RCyS 2010-VII, 174, AR/JUR/65768/2009.

La obligación asumida por el cirujano plástico es de medios y no de resultado por cuanto, al igual que en toda prestación médica, el profesional no puede tener plena seguridad de éxito en la aplicación de su técnica desde que, no todas las reacciones del organismo son controlables por ella.

CNCiv., sala A, 21/09/2010, M., S. M. c. M., E. R. y otro, RCyS 2010-XII, 172, AR/JUR/60156/2010.

Los médicos que practican una cirugía meramente embellecedora asumen una obligación de medios, y esa conclusión es fundamental en lo que hace al factor de atribución de responsabilidad aplicable porque han de jugar las reglas generales que apuntan a la responsabilidad subjetiva, lo que significa que será la idea de culpa la que intervendrá conforme a los parámetros de los arts. 512, 902 y 909 del Código Civil.

CNCiv., sala B, 08/04/2008, Berard de Meligrana, María Beatriz c. Medicus S.A. y otro, La Ley Online; AR/JUR/4079/2008.

Respecto a si la obligación que asumen los médicos en el supuesto de cirugías estéticas es una obligación de medios o de resultados, es atinado no adherirse mecánicamente a una posición determinada, toda vez que enrolarse terminantemente en cualquiera de ellas podría conducir a soluciones injustas, habida cuenta que se resolvería una visión parcializada de la cuestión.

CNCiv., sala B, 23/11/2005, Avam, Alicia M. c. F., H. R., La Ley Online; AR/JUR/8162/2005.

Parece irrazonable exigir a médicos que se desempeñan en el colapsado sistema de medicina estatal, abocados a atender cuestiones de gravedad y urgencia, con graves carencias de medios y de material adecuado, una excesiva perfección en una cirugía estética embellecedora -en el caso, la actora fue sometida a una rinoplastia y presenta una asimetría en el apex nasal-, dónde se ha demostrado que se requiere una superlativa precisión.

CNCiv., sala A, 16/07/2004, L., G. R. c. Ciudad de Buenos Aires y otros, RCyS 2004, 1213 - LA LEY 04/11/2004, 4, con nota de Teresa M. Estévez Brasa; AR/JUR/2510/2004.

En el campo de la cirugía plástica, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el galeno deberá valorarse con mayor rigor, pero ello no cambia el carácter de la obligación, que es de medios y no de resultado.

CNCiv., sala A, 16/07/2004, L., G. R. c. Ciudad de Buenos Aires y otros, RCyS 2004, 1213 - LA LEY 04/11/2004, 4, con nota de Teresa M. Estévez Brasa; AR/JUR/2510/2004.

No es exigible el consentimiento escrito del paciente para la realización de prácticas de cirugía estética, pues su consentimiento puede ser acreditado por cualquier otro medio, tal como la prueba testimonial de quien presenció las advertencias del médico cirujano demandado sobre los riesgos de la intervención a la accionante.

CNCiv., sala G, 10/10/2003, Rivas, Karina J. c. Cavilla, José E. y otro, RCyS 2004, 657, AR/JUR/3850/2003. (Nota del autor: este fallo se encuentra desactualizado a la luz de la reciente ley 26.529 cuyo art. 7 dispone que el consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación).

La obligación asumida por los profesionales intervinientes en una cirugía estética es de medios y no de resultado, por lo cual no media incumplimiento si no se prueba su culpa.

CNFed. Civ. y Com., sala II, 21/10/1997, De los S. de R., J. R. I. c. Universidad de Buenos Aires - Hospital de Clínicas José De San Martín, LA LEY 1998-B, 234 - DJ 1998-2, 1036, AR/JUR/3826/1997.

Sostener irreflexivamente que en el campo estético el cirujano siempre compromete un deber de resultado comporta una mirada juridicista que desconoce cómo en realidad muchas veces suceden las cosas, puesto que en su proceder ese especialista pone en práctica diversas prestaciones, ya que a la par del deber de realizar la operación se encuentra el de hacerlo en forma diligente según las reglas del arte médico.

CNCiv., sala L, 15/12/2005, S., L. E. c. Grgicevic, Gustavo, DJ 14/06/2006, 530, AR/JUR/8009/2005. Ídem: CNCiv., sala I, "K., A. Z. c. Elías, Juan C.", 11/10/2005, LA LEY 29/11/2005, 6 - RCyS 2005-XII, 112

2.2. La cirugía plástica como obligación de resultado:

Si bien la Ley del Ejercicio Profesional de la Medicina y la doctrina y jurisprudencia mayoritarias han considerado que la relación que vincula al médico con el paciente es de medios, ya que el profesional garantiza toda su ciencia y las técnicas adecuadas a los efectos de lograr la curación, pero no puede garantizar que ellas se produzcan, tal afirmación no alcanza a las responsabilidades que asume quien realiza una práctica exclusivamente dedicada a la cirugía estética, porque como principio general, el sometimiento a la misma no lo es en pos de la salud del paciente sino en el de la "obtención de un resultado" acorde con el embellecimiento pretendido.

CNCiv., sala K, 23/09/2004, I., E. C. c. B., M. F. y otros, La Ley Online; AR/JUR/5372/2004.

Es improcedente otorgar a la accionada un resarcimiento en concepto de incapacidad física sobreviniente por el resultado indeseado de una cirugía estética que puede se reparado por una nueva cirugía, pues siendo que el objetivo de la indemnización es reponer las cosas a su estado anterior, debe resarcirse el costo de la cirugía reparadora pero no ésta en si misma, salvo que exista la posibilidad de que tras ella subsistan secuelas.

CNCiv., sala D, 11/12/2009, G. de C., M. G. c. M., H. y otros, RCyS 2010-VII, 174, AR/JUR/65768/2009. Ídem: CNCiv., sala B, "Cernuschi, Gustavo A. y otro c. Sanatorio Colegiales S. A.", 16/08/1991, LA LEY 1992-E, 318.

La caracterización de la obligación del médico como de medios, sólo tiene un efecto jurídico: el profesional no debe garantizar al paciente el resultado que éste pretende lograr. Empero, en el campo de la cirugía estética, el deber de información del médico se extiende también al resultado -consistente en obtener una mejora de su aspecto físico-, con la finalidad de permitir al paciente decidir si se someterá o no a la operación.

CCasación Italia, 06/10/1997, Finocchiaro, Clelia, RCyS 1999, 1308, con nota de Federico Gustavo Pizzetti; AR/JUR/3649/1997.

La cirugía estética ha de catalogarse propiamente de resultado, ya que de no prometerse o asegurarse al menos con cierto grado de certeza, un resultado satisfactorio y asequible al paciente, la experiencia indica que éste difícilmente se sometería a ella.

CNCiv. sala I, 07/03/2007, T., P. M. c. V., M. M., RCyS 2007, 986, AR/JUR/1733/2007. Ídem: CNCiv., sala C, 06/12/2004, R. de R., L. L. c. R., L., LA LEY 2005-B, 250 — LA LEY 2005-B, 431.

La realización de una intervención de cirugía estética genera una obligación de resultado en cabeza del médico, pues el paciente no se sometería a la operación de no prometerse o asegurarse un resultado satisfactorio con cierto grado de certeza.

CNCiv., sala G, 15/06/2000, L., A. E. c. Appiani Sotomayor, Erdulfo, LA LEY 2000-F, 719, RCyS 2001, DJ 2001-2, 268 - RCyS 2001, 599 - LLP 2001, 1037, AR/JUR/5897/2000.

La obligación asumida por el médico en cirugías estéticas estrictamente plásticas, que únicamente tienden a embellecer al paciente, y no son de las consideradas "reparadoras", es de resultado por lo que, ante el incumplimiento del opus propuesto existe un desplazamiento hacia el profesional de la carga de la prueba, quien debe demostrar la falta de culpa.

CNCiv., sala E, 21/10/1999, O. de M., R.L. c. Lorenzo, Jorge., LA LEY 2000-C, 228, AR/JUR/4124/1999.

En los casos de cirugía estética o reparadora, la obligación asumida por el médico es de resultado, por lo que será responsable de los daños ocasionados si no demuestra el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa de la víctima.

CNCiv., sala K, 18/12/1998, Dourisboure, María C. c. Vaisman, Bernardo, AR/JUR/3947/1998.

En el caso de la cirugía estética, la obligación asumida por el profesional es de resultado, pues se entiende que de no prometerse un resultado feliz, el paciente no se sometería al acto quirúrgico o tratamiento.

CNCiv., sala A, 07/12/1994, M., A. T. c. C., E., AR/JUR/807/1994.

3. Contexto doctrinario.

SAGARNA, Fernando Alfredo**,** Responsabilidad civil de los médicos en la jurisprudencia, RCyS 2003, 133.

Expone el destacado jurista azuleño que toda intervención quirúrgica conlleva un riesgo, algunas mínimo, otras de mayor consideración. No cabe duda alguna que la cirugía estética reparadora constituye una deber prestacional de medios. En cambio, pareciera ser que la cirugía estética embellecedora asegura al paciente su resultado. Pero, lo que esta cirugía asegura no es que el paciente no va a sufrir riesgo alguno durante la intervención, el alea existe siempre, las posibilidades del fracaso no son ajenas a este tipo de acto quirúrgico por más que se trate de narcisismos. A lo sumo, lo que el cirujano plástico aseguraría es que el paciente quedará de tal o cual forma, pero no puede asegurar el resultado en sí de la intervención.

Nota de Redacción, Factor de atribución de la responsabilidad derivada de cirugía estética, LA LEY 2000-C, 228

La mayoría de los fallos de Capital Federal admiten que con la cirugía estética se produce una excepción al principio y debe considerarse que es obligación de resultado y que el cirujano plástico debe probar su falta de culpa en ese fracaso dañoso del tratamiento que se efectuó (CNCiv., sala E, 20/9/1985, LA LEY, 1986-A, 469 o ED, 117-244; íd. sala F, 24/9/1985, JA, 1986-III-310/1; íd. sala "1", 30/3/1990, con disidencia del doctor Ojea Quintana, LA LEY, 1991-A, 140). No obstante la extensión jurisprudencial de dicho concepto, hay fallos que por el contrario, en todos los supuestos de cirugía estética han establecido que se trata de una obligación de resultado (CNCiv., sala A, 7/12/1994, JA, 1995-IV-395, con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra, "Daños y perjuicios en la cirugía plástica: obligaciones de medios o de resultado").

FERNÁNDEZ MADERO, Jaime**,** El daño en intervenciones de cirugía plástica, LA LEY 2002-C, 920.

Explica el autor que se ha entendido que por la naturaleza de la intervención quirúrgica realizada con motivos estéticos, dicha obligación es de resultado, siendo la apreciación muy severa en este sentido.

Naturalmente este juicio determina el onus probandi. Luego existen otras clasificaciones vinculadas con la importancia de la operación que ha causado el daño. En todo caso, si la intervención es de menor relevancia, en el sentido que el alea o riesgo quirúrgico es reducido -por ejemplo, en casos como las operaciones de amígdalas, apendicitis, etc.- podría entenderse que estamos frente a una obligación de resultado, siendo las restantes hipótesis casos de obligaciones de medios. También se distinguen claramente por una parte los daños que son el resultado de los gestos médicos en sí mismos, es decir, la prestación propiamente dicha (intelectual, manual o instrumental) y por la otra parte, los daños como resultado directo de un defecto del material utilizado en aquellos actos médicos. En el primer caso, la responsabilidad del médico se fundamenta en la falta cometida por negligencia, impericia o imprudencia; mientras que en el segundo caso, estando en juego la calidad del material utilizado que corre por cuenta del cirujano o de la institución que la selecciona y sugiere, la responsabilidad profesional está comprometida en los términos de una obligación de seguridad-resultado

PIZZETTI, Federico G., Cirugía estética y responsabilidad profesional de los médicos, RCyS 1999, 1306.

Comentando un interesante fallo de la Cámara de Casación de Italia, Pizzetti afirma que dadas las finalidades que tiene esta tipología de intervenciones quirúrgicas -o sea, las de mejorar el aspecto físico del paciente e incrementar la positividad de su vida de relación- incumbe al médico un deber particular de información que va más allá de la simple enumeración y exposición de los riesgos, de las modalidades y las posibles elecciones.

AIZENBERG, Marisa; ROITMAN, Adriel J. Algunas reflexiones acerca de la responsabilidad de los médicos frente a los tratamientos de embellecimiento, RCyS 2010-VIII, 84.

Exponen los autores que más allá de su componente artístico particular, esta disciplina médica -especie dentro del género- está sometida a iguales reglas y límites que se imponen al resto de las cirugías y corre, en consecuencia, con sus mismos riesgos y vicisitudes. Ninguna terapéutica, ni siquiera aquellas destinadas al embellecimiento deben considerarse inocuas y pueden presentar consecuencias imprevisibles o inevitables. Es ante la presencia de este alea, que no parece posible exigir al médico tratante el aseguramiento de un resultado.

Creemos que una solución diferente implica una atribución arbitraria, en cabeza del profesional, de consecuencias que pueden o acostumbran ocurrir según el curso natural y ordinario de las cosas y que escapan a su dominio causal empleando una conducta diligente. No existe fundamento alguno que justifique tal subrogación en el padecimiento del perjuicio, ya que la reparación del daño, en última instancia, equivale a imputar un daño determinado a uno u otro patrimonio, no advirtiéndose razones concretas que ameriten el traslado de dicho riesgo hacia los bienes del profesional.

Si bien los pacientes se someten a estas prácticas para obtener un mejoramiento de su aspecto físico, no es menos cierto que, como en cualquier procedimiento, se corren riesgos. Es allí pues, donde cobra vital importancia el proceso de información, cuyo contenido deberá ser aún más completo que aquel otorgado en oportunidad de otras intervenciones practicadas en el ámbito de la relación asistencial. Concluimos con ello que la obligación que surge de prácticas destinadas al embellecimiento, y en concordancia con el fallo bajo análisis, resulta siempre de medios, sin que pueda consagrarse per se a su respecto, un régimen de responsabilidad objetiva.

PATANÉ VILLALONGA, Carolina; PATANÉ, Jorge R. Cirugía estética. Obligación de medios, LA LEY 1996-E, 938-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 1157.

Manifiestan los comentaristas que la Organización Mundial de la Salud considera a la salud como un derecho humano fundamental, y la define como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad. Se ha demostrado que la cirugía estética se ocupa de pacientes que no están sanos, que presentan desajustes con el entorno social que los rodea. Además se ha demostrado que el buen profesional no promete ni puede prometer resultados, pues se lo impide la ley vigente. Por lo tanto quedan así refutados los dos argumentos clásicos que consideraban a la cirugía estética como una obligación de resultados (operar pacientes sanos y prometerles resultados felices). En la actualidad es imperativo juzgar a la cirugía estética como obligación de medios, incluyéndola en la misma categoría que el resto de las especialidades quirúrgicas.

FERNÁNDEZ MADERO, Jaime, El daño en intervenciones de cirugía plástica, LA LEY 2002-C, 920.

El autor pone de resalto los parámetros en los que debe reposar la relación médico paciente deviniente de una cirugía plástica para adecuar la misma a la lex artis. Ellos son:

1. La generación de una adecuada relación médico-paciente, con conocimiento de la historia médica y personal del enfermo y el intercambio de información respecto a su caso en particular.
2. Informar al paciente sobre todas las posibilidades reales de éxito en la intervención (obtener un labio más grueso, o una sonrisa más expresiva).
3. Obtener el consentimiento por escrito del paciente previo a la intervención.
4. Contratar seguros de responsabilidad por mala praxis conforme al tipo de especialidad del profesional.
5. Efectuar los estudios médicos específicos que permitan evaluar la situación física del paciente.
6. Selección y coordinación personalizada del equipo médico que lo acompañará antes, durante y después de la intervención.
7. Aplicar todos sus conocimientos científicos alcanzados hasta el momento, como así también sus destrezas personales, sobre todo desde el punto de vista artístico.
8. Cumplir con el deber de cooperación y seguimiento del progreso general del paciente sin dejar en manos de otros profesionales el período de tratamiento postoperatorio
9. La actividad del cirujano "estilista" no parece parangonable con la del médico en general; ni con la del especialista quirúrgico no plástico salvo excepciones puntuales. Ello así por las características del paciente (no enfermo, en realidad), por la finalidad de la intervención (embellecimiento del paciente), por las modalidades de las técnicas empleadas (con un componente artístico), etcétera. Por lo tanto, no parece inoportuno prevenir al cirujano plástico que practica su arte con fines estéticos: ante la duda de obtener el resultado esperable, absténgase de intervenir.

4. Biblioteca.

AMEAL, Oscar José, TANZI, Silvia Y., "Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI, Homenaje al Profesor Doctor Roberto M. López Cabana" Editorial: Abeledo Perrot, Buenos Aires.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil" p. 455, 6ª ed., Abeledo-Perrot, 1989.

GARAY, Oscar E., "La responsabilidad civil de los médicos", en Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal, coordinador: Oscar E. Garay, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002.

GHERSI, Carlos A., "Responsabilidad por prestación médico asistencial", 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

IZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "La responsabilidad civil del profesional liberal", Ed. Reus, Madrid, 1989.

LLAMAS POMBO, Eugenio, "La responsabilidad civil del médico, aspectos tradicionales y modernos", p. 5, Ed. Trivium, Madrid, 1988.

LORENZETTI, Ricardo L., "Responsabilidad civil de los médicos", t. I, p. 43, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997.

PEREZ DE LEAL, Rosana, "Responsabilidad civil del médico", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995.

ROSSI, Jorge, "Responsabilidad civil por daños: Paso a paso" Editorial: Ediciones D & D, Buenos Aires, 2007

TRIGO REPRESAS, Félix A. y LOPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil" t. I, La Ley, Buenos Aires, 2004.

TRIGO REPRESAS, Félix A., "Reparación de daños por mala praxis médica", Ed. Hammurabi, Buenos Aires.

URRUTIA, Amílcar R. - URRUTIA, Déborah M. - URRUTIA, César A. - URRUTIA, Gustavo A., "Responsabilidad médico legal de los traumatólogos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", ps. 108 a 115, 1ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, "Prueba de la culpa médica", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

Weingarten, Celia - Ghersi, Carlos, "Tratado de daños reparables", Editorial: LA LEY, Buenos Aires - 2008

YUNGANO, Arturo R., "Responsabilidad profesional de los médicos", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1986.

ZUCCHERINO, Ricardo M., "La praxis médica en la actualidad", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

Los vicios del consentimiento en la formación del acto jurídico matrimonial

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2011 (mayo), 31
Cita Online: AR/DOC/537/2011
[Consultado el: 29/06/2020]

Sumario.

1. Consideraciones generales. 2. El error como vicio de la voluntad. Diferentes supuestos 3. El error como vicio del acto jurídico matrimonial. 4. El dolo como vicio de la voluntad. 5. Diferencias entre error, dolo y violencia. 6. Vicios del consentimiento en el derecho de familia y régimen de especialidad. 7. El engaño sobre las cualidades morales. 8. Supuestos de inaplicabilidad de los vicios de la voluntad. 9. Colofón.

"El matrimonio, como instituto legal, es pasible de tratamiento análogo al correspondiente a todos los actos jurídicos en general, y para que sea válido y pueda producir sus efectos, debe resultar no sólo de una voluntad, de una manifestación, sino además de una voluntad libremente emitida."

"...De humanos es engañarse y de locos es perseverar en el error..." Cicerón, Marco Tulio (106-44 a.C.)

1. Consideraciones generales.

Como enseña Rabinobich-Berkman, la voluntad en derecho, no es sólo un "querer" algo, sino un quererlo válidamente, la incorporación de la conducta al plan de acción del sujeto, debe haberse concretado sin la producción de procedimientos ilícitos (determinados engaños ciertas amenazas, algunas presiones), o de circunstancias externas apremiantes, o de factores distorsionantes de la elección (error o ignorancia). (1) Entonces, como ha dicho la Sala D de la CNCiv. lo que se requiere al contraer nupcias es la libertad de querer. (2)

Explica Llambias que se denominan vicios de los actos jurídicos a ciertos defectos congénitos de ellos, susceptibles de producir la invalidez de los actos que los padecen. Diferentes son los supuestos que pueden quedar comprendidos dentro de los vicios del consentimiento, (3) pero a nosotros conforme al tema de estudio nos interesa especialmente aquellos vicios que atentan contra la voluntad y más precisamente el dolo el error, y la violencia.

Esta idea de vicios de la voluntad es plenamente aplicable a la institución matrimonial, se ha dicho que el matrimonio además de estar llamado a integrar el tejido social, consiste en la integración de dos vidas, constituye el modo más hondo y entrañable en que dos personas pueden estar unidas, implica la enajenación de una parte importante de la libertad de cada cónyuge, la dación de sí mismo al otro. Y por ser así, porque el vínculo tiene alcances tan extensos y tan profundos, sostenemos que no pueden tener otro origen que la voluntad de quienes lo contraen y que en la medida en que esa voluntad esté gravemente viciada, su manifestación exterior no origina un auténtico vínculo conyugal, sino una mera apariencia. (4). En este caso, no obstante el trámite matrimonial realizado, la voluntad de ambas o al menos de una de las partes no es sincera, sino que su propósito se encuentra muy distante de lo que las palabras rituales han querido expresar. (5)

El matrimonio, como instituto legal, es pasible de tratamiento análogo al correspondiente a todos los actos jurídicos en general, y para que sea válido y pueda producir sus efectos, debe resultar no sólo de una voluntad, de una manifestación, sino además de una voluntad libremente emitida; por lo tanto si en su proceso de formación fue perturbado por alguna causa que indujo a la parte a expresar una voluntad diversa de la que habría manifestado de conocer la realidad, es dudoso si el acto ha de considerárselo válido o no. (6)

2. El error como vicio de la voluntad. Diferentes supuestos.

Enfatiza el artículo 924 que el error sobre la naturaleza del acto jurídico anula todo lo contenido en él. Evidentemente si estamos frente a un supuesto de error cuando el acto se encuentra viciado por un factor que distorsiona nuestra voluntad. El sujeto no obtiene lo que quiere, no existe una relación entre la causa y el resultado, y el derecho ha regulado esa situación fulminando de nulidad el acto ejecutado en estas condiciones.

Ahora bien, el error puede devenir de diferentes situaciones:

Puede estar especialmente referido *al objeto*, en este sentido el artículo 927 establece que anula también el acto, el error respecto al objeto sobre que versare, habiéndose contratado una cosa individualmente diversa de aquélla sobre la cual se quería contratar, o sobre una cosa de diversa especie, o sobre una diversa cantidad, extensión o suma, o sobre un diverso hecho. Es decir, puede estar en relación con *la causa o cualidad* de una cosa, así el artículo 926 establece que el error sobre la causa principal del acto, o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto. Y por último puede referirse especialmente a *la persona*, así el artículo 925 menciona el error relativo a la persona, con la cual se forma la relación de derecho.

Los dos primeros supuestos debemos desecharlos por no hacer a nuestro tema de estudio, aunque consideramos que el error en la causa desde una perspectiva teleológica roza los umbrales del último supuesto: el error en la persona.

3. El error como vicio del acto jurídico matrimonial.

3.1. Generalidades.

En cuanto a este último evidentemente constituye el núcleo normativo en razón del cual se puede obtener la nulidad del matrimonio por vicios volitivos, el cual reposa en la idea de libertad y en una percepción moral de la institución matrimonial, como enseña Fernández Abad el matrimonio, por tratarse de un vínculo moral fundado en la naturaleza humana, reconoce su causa eficiente en la decisión personal de los cónyuges, los que por un acto libre de voluntad, se entregan recíprocamente para formar una comunidad de vida. Para que este acto constituya un verdadero compromiso de la voluntad, y en consecuencia, sea jurídicamente vinculante, es necesario que cada contrayente esté en condiciones de asumirlo. Para ello, el compromiso debe ser personal, lo cual supone un obrar inteligente y libre.

Es decir, que debe tratarse de un acto fundado en la verdad que el entendimiento propone sobre la personalidad del otro contrayente, de modo que la voluntad, suficientemente ilustrada, pueda tender libremente a él, y asumir por ello, la responsabilidad que toda libre elección comporta. Es esta una existencia inherente a la naturaleza humana, al modo de vincularse de una personalidad frente a otra. (7)

Resulta claro que tanto el error como el dolo lesionan la intención y por ende la libertad volitiva, y en materia matrimonial esa libertad se circunscribe a la elección, en estos casos, como dice Josserand, el mecanismo de la voluntad se ha movido erróneamente, se han falseado sus resortes, de tal modo que su impulso ha sido

defectuoso. (8) En relación al error y en base a lo que venimos explicando, consideramos que dos serían los supuestos que se pueden configurar: el error en la identidad y el error en las cualidades personales.

3.2. El error en la identidad.

Uno de los supuestos de error en la identidad sería aquel en razón del cuál quien accede al matrimonio errara, por algún desliz, en relación a la *persona física* con la cual creía que se estaba casando. Este sería un caso prácticamente de laboratorio, aunque podría darse cuando se trata de gemelos o mellizos, o en un supuesto de matrimonio entre ausentes, de todas maneras es muy improbable que esa situación se configure. (9)

Se ha discutido en doctrina en qué medida puede invocarse esta causal y su consecuencia en relación a los actos jurídicos, (10) porque en ciertos actos la persona no es relevante, así en los contratos, dice Rivera, lo tenido en miras por un contratante no es la persona del otro contratante, sino el resultado que intenta obtener. (11)

Con respecto al acto jurídico matrimonial no caben dudas de la invalidez del mismo ante este supuesto, habida cuenta que se trata de un acto jurídico *institu personae*, porque como afirman Solimano y Trincavelli, en el derecho de familia, por ejemplo en el matrimonio, y en el de las sucesiones, en la institución de herederos o legados y en los contratos *institu personae* el error sobre la identidad de la persona es siempre esencial. (12)

3.3. Error en las cualidades del otro contrayente.

La idea de error en la persona nos viene de la tradición del derecho canónico que, en sus orígenes aludía al error sobre las cualidades que han sido tomadas en consideración como un medio de individualización de la persona, más no cualidades que pudieran constituir un simple motivo del consentimiento, era los que se expresaba diciendo que sólo invalidaba el matrimonio habiendo mediado error *in qualitis in personan redundam*. Esta doctrina clásica fue flexibilizándose, y a pesar de haber sido recibida literalmente en el Código de derecho Canónico de 1917 (Can. 1083), no impidió que la jurisprudencia rotal a partir de una sentencia de los años 70 extendiera el error *redundans* a los casos en los que la cualidad moral, jurídica o social, está tan íntimamente unida con la persona física, que si ella falta también la persona física resulta completamente diversa. (13)

Dice Maffia que el error en las *cualidades personales del contrayente*, se presenta cuando ha dirigido su consentimiento a una cualidad totalmente singular, capaz de diferenciar e individualizar a la persona poseedora, de tal manera que desapareciendo la misma ella se convertiría en otra distinta. O dichos en otros términos, la intención va dirigida hacia la cualidad y la persona sigue como arrastrada hacia esta. (14)

Esta idea de error en las cualidades de la persona ha sido prevista especialmente por la ley 23.515, y más precisamente en el actual artículo 175 del Código Civil, el cuál prescribe que vician el consentimiento la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente. También lo vicia el error acerca de cualidades personales del otro contrayente si se prueba que, quien lo sufrió, no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. Se ha dicho que entre las cualidades del sujeto que pueden tener relevancia están: su profesión, estado civil, su aptitud artística o técnica. (15)

También es plenamente aplicable a este supuesto de error la falta de conocimiento de una enfermedad que padecía alguno de los contrayentes. (16) Es decir, si quien accede al matrimonio ignoraba la existencia del mal que padecía el otro contrayente, puede el cónyuge sano, a través de la vía de los vicios del consentimiento, en este caso el error, obtener la nulidad del matrimonio.

Para la viabilidad de la pretensión nulidicente se deberá probar, que de haber sido conocidas las verdaderas cualidades al momento de la celebración del matrimonio por quien alega la nulidad no hubiera llevado a cabo el acto, o bien que ciertas características que se tuvieron en miras al momento de casarse no eran tales

(estatus social, profesión, honestidad, o bien *un estado de salud*, etc.) demostrando en ese caso, como dice Maffia, que han influido decididamente en la determinación del cónyuge. (17) En éste sentido la Sala G de la CNCiv. dispuso que corresponde disponer la nulidad del matrimonio cuando el consentimiento matrimonial se encuentra viciado por padecer uno de los esposos un error sobre las cualidades personales que el otro demostraba, de tal naturaleza que no habría prestado su consentimiento de haberlas conocido. (18)

De producirse un supuesto de error de estas características la consecuencia no podría ser otra que la invalidez del vínculo, (19) porque aquello que motivó al contrayente para enlazarse en matrimonio era una ilusión que no se condecía con la realidad, como enseña Josserand todo se reduce al criterio del móvil determinante; al error sobre la personalidad civil de uno de los cónyuges que se convierte en dirimente cuando ha inclinado la voluntad de la víctima en una falsa dirección, cuando haya contribuido a extraviarla. (20)

4. El dolo como vicio de la voluntad.

4.1. Generalidades y requisitos para su configuración.

Para determinar los alcances y vicisitudes del dolo en nuestro derecho civil debemos circunscribir el ámbito donde incorporamos el término porque nuestro Código trae aparejada diferentes acepciones del vocablo.

Así cuando el articulo 521 establece que si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas, evidentemente no se refiere al dolo desde la perspectiva de los vicios del consentimiento sino desde la idea del *incumplimiento malicioso* de un contrato nos circunscribimos a lo que la doctrina llama el "dolo obligacional o contractual"

Por otro lado, cuando hablamos de un hecho ilícito distinguimos entre los delitos y los cuasidelitos, en razón a si fueron ejecutados con dolo o culpa. Es decir, para que un hecho ilícito constituya un delito en materia civil es necesario que sea realizado con dolo, en esos términos el dolo debe ser entendido en relación al artículo 1072 el cual prescribe que el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar a la persona o los derechos de otro, se llama en este Código delito. Entonces cuando hablamos del "dolo delictual" tenemos que tener en cuenta la *intención de dañar* por parte del autor de un hecho ilícito.

Por último, y en referencia al tema que nos ocupa, debemos mencionar el dolo como vicio del consentimiento, en este sentido el artículo 931 reza acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin. Como ha dicho la Sala A de la CNCiv. el dolo existe cuando ha habido engaño por parte del contrayente, sobre circunstancias capaces de tener influencia decisiva sobre la intención y aquiescencia para contraer matrimonio. (21)

El artículo 931 se complementa con el siguiente, del cuál se desprenden los requisitos para que exista dolo, es decir, para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes: que haya sido grave; que haya sido la causa determinante de la acción, que haya ocasionado un daño importante; que no haya habido dolo por ambas partes.

Siguiendo éste razonamiento la Sala G de la CNCiv. dijo que le son aplicables al dolo como vicio del consentimiento matrimonial las reglas generales del Código Civil sobre esta causal que afecta a la intención. Se trata, como toda causal de anulación de un defecto que debe existir en la etapa de elaboración de la voluntad que se dice viciada, esto es contemporáneamente con la celebración del acto; es preciso que la maniobra —artificios, astucias, maquinaciones (art. 931, Cód. Civil)—, sea grave, esto es idónea para que quien la aduce haya podido ser engañado no obstante haber actuado prudentemente (art. 932, inc. 1°), y causa determinante del acto (inc. 2°), lo

que explica que quien invoca el engaño debe demostrar que de no haber mediado dolo del otro contrayente no habría consentido el matrimonio. (22)

En relación al dolo como causa determinante del daño dice Mazzinghi que se debe contemplar el aspecto sobre el cual recae el engaño urdido, y valorar si objetivamente, es decir, desde un punto de vista generalmente aceptado, tiene o no tiene importancia significativa. La honra, la salud una determinada religión, entre otros aspectos, deben a primera vista, considerarse determinantes, mientras que pequeños engaños relativos aspectos secundarios pueden ser rechazados por el juez. (23)

Entonces, cuando hablamos del dolo como *vicio de la voluntad*, estamos haciendo referencia a un *ardid o engaño que se produce al momento de la celebración nupcial*, el cual queda configurado como tal, siempre que se cumplan los requisitos precedentemente expuestos. Con relación a éste último aspecto, la jurisprudencia cordobesa entendió que si uno de los cónyuges falsea su estado civil y oculta la existencia de sus hijos al momento de contraer matrimonio con el actor, tal celebración es nula pues afecta las cualidades morales y el libre consentimiento del accionante, y al tratarse de un engaño grave, determinante y no recíproco se configura el dolo como vicio de la voluntad. (24)

4.2. La llamada omisión dolosa como vicio del consentimiento matrimonial.

La cuestión debe ser circunscripta a lo que se llama dolo por omisión; para Rabinovich-Berkman la omisión dolosa puede configurarse de dos formas: ocultando mediante estratagemas o ardides, el verdadero estado de las cosas: o absteniéndose de informar a la víctima acerca de la realidad de los hechos cuando se advierte que ésta ha ocurrido en un error al apreciar el estado de los mismos. (25)

Como se evidencia ambos casos pueden configurarse en el caso de que la ocultación recaiga sobre el estado de salud, porque como explican Ocampo y Uriarte el ardid o engaño deviene de una omisión en cuanto a lo que nos obliga nuestro deber de conciencia y en este caso nuestro deber legal. Si una persona accede al matrimonio ocultando el verdadero estado de salud en el que se encontraba, existe de su parte un engaño, una reserva mental artificiosa que configura un ardid. (26)

Como enseña Rivera el dolo también puede consistir en un hecho negativo, en el mero silencio o inacción frente a la evidencia del error en que está la otra parte, (27) en este sentido, dice Maffia, aquí no hay argucias o maquinaciones, ocurre que uno de los contrayentes no informa al otro sobre circunstancias de su persona, que podrían influir sobre su decisión, y se pregunta el autor ¿en qué medida debe completarse la información del otro contrayente para que no exista omisión dolosa? Respondiendo al interrogante que en esta escabrosa materia se ha considerado, por ejemplo, que no es posible no informar al otro contrayente del sufrimiento de una enfermedad venérea en período de contagio que habría puesto en peligro la salud del cónyuge sano. (28)

En este orden de ideas Ocampo y Uriarte han dicho que no poner en conocimiento del otro de tal circunstancia, implica una omisión dolosa que da lugar a la nulidad del matrimonio. Aferrarse en este supuesto al principio de la voluntad declarada en aras de la estabilidad del vínculo matrimonial encierra, el concepto de que el inocente deberá soportar un matrimonio por vida como un yugo vacuo, innoble y desesperado, (29) con esta tesitura la Sala C de la CNCiv. Consideró que el concubinato anterior en el que vivió uno de los contrayentes, la existencia de un hijo extramatrimonial y la condena penal por delito grave, ocultados dolosamente por uno de los contrayentes, son motivo suficiente para la declaración de invalidez de las nupcias en el caso sólo se acreditó el concubinato del marido y no la paternidad que se le atribuyó. (30)

Estos supuestos son repudiados por el derecho que fulmina de nulidad las situaciones que pueden configurarse en esos términos, como dice Fernández Abad, la ley quiere preservar la recta y libre decisión de

quien otorga un acto jurídico de tanta trascendencia individual y social como es el matrimonio, que por constituir una unión entrañable debe descansar sobre sólidas bases morales. (31)

5. Diferencias entre error, dolo y violencia.

El menor defecto, la más trivial reticencia, el ocultamiento justificado de una inidoneidad o de una claudicación propia a la naturaleza humana, antes del matrimonio, vigente éste, adquieren la mayor trascendencia, y constituye el más grave obstáculo, para su sobrevivencia, terminando por hacer insostenible el instituto. Error y dolo, dolo y error se confunden entonces, y sólo pueden tipificarse en su esencia cuando sobreviene el fracaso. (32)

Aunque es indudable que el dolo de uno de los cónyuges tiene que ser la causa grave que determinó al otro por error a contraer el matrimonio, no por ello deben confundirse estos dos vicios del consentimiento, que aparecen tratados en forma autónoma. Subsumir en la figura del error el vicio de dolo, y en razón de ello extender el concepto de error como vicio del consentimiento matrimonial, sólo es admisible en la doctrina elaborada en los países en los cuales el dolo no está contemplado en forma expresa, y por tanto, a través del vicio de error se trata de resolver los casos en los que ha mediado una maniobra dolosa que oculta cualidades o circunstancias de la vida del contrayente, pero que no caen en conceptos tales como error "en" (o "sobre"), la persona, a los que la letra de algunos textos circunscriben los casos en que el error es invocable. (33)

El dolo a diferencia del error, implica un engaño, por lo tanto, malicia ilicitud, lo que exige una sanción jurídica más fácilmente accesible. Y desde el punto de vista de la víctima, constituye un fraude. Una estafa moral, que difícilmente pueda ser sobrellevada en el ámbito matrimonial, (34) en definitiva, como dicen Ripert y Boulanger cuando el error es espontáneo conserva su nombre de error; cuando es el resultado del engaño se dice que hay dolo. (35)

Por su parte el concepto genérico de violencia comprende la coerción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona para determinarla contra su voluntad a la realización de un acto jurídico, (36) en este caso el acto jurídico matrimonial.

6. Vicios del consentimiento en el derecho de familia y régimen de especialidad.

En principio parece claro que cuando hablamos de vicios del consentimiento en el derecho de familia, nos remitimos a lo referente a la parte general del Código en esta materia. Pero como es sabido, el derecho de familia tiene alcances y finalidades diferentes a la de los actos jurídicos en general, es decir, la especie de normas que regulan la institución no persiguen en sí un fin protectorio económico como sí lo hacen aquellas que circunscriben al contrato.

De esta manera se vislumbra cierto marco diferencial entre estos tipos de actos ya que el acto jurídico matrimonial, conforme a su naturaleza y a la especialidad que requiere su tratamiento, no participa *en plenitud* de los principios generales del artículo 944 y siguientes. Lo mismo ocurre con los vicios del consentimiento, que en cuanto a su conceptualización y campo de aplicación, si son susceptibles de remisión a los principios generales, pero ello no obsta, a que en el ámbito del derecho matrimonial gocen de especialidad.

Como sustento de esta idea (aunque no refiriéndose específicamente a este tema) dice Borda que según la teoría psicológica clásica, el consentimiento para ser válido, debe ser expresado con discernimiento, intención y libertad., aunque considera que esta teoría es falsa en sus fundamentos y consecuencias siendo en materia matrimonial donde revela su mayor debilidad. (37)

Una visión similar a esta concepción surge de lo expuesto por D´Antonio y Méndez Costa quienes si bien en principio afirman la necesidad de aplicación de los principios generales cuando expresan que es obvio aclarar que estos (los vicios del consentimiento) tienen sus lineamientos básicos en el régimen de causales de nulidad del Código Civil con respecto a todos los actos jurídicos en general, luego culminan aceptando que esto es sin perjuicio de que la singularidad única del matrimonio presida la presentación fáctica, y la investigación y la apreciación del defecto por el juzgador y de que las consecuencias del matrimonio viciado sean típicas de este. (38)

De esta manera, queda evidenciado que en materia de matrimonio existe cierta especialidad que impide o limita la aplicación de los principios generales. Otro supuesto que corrobora nuestra posición es el concerniente a la libertad como elemento indispensable del acto jurídico para su validez. (39)

El dolo como vicio del consentimiento en materia matrimonial fue excluido de diversas legislaciones en el derecho comparado, el artículo 180 del Código Civil francés enuncia como vicios del consentimiento a la violencia cometida contra uno de los esposos y al error en la persona, Ripert y Boulanger explican esta omisión manifestando que comúnmente se da como razón que las partes recíprocamente "se sacan pimienta de los ojos", como en la comedia de Labiche, nacerá allí una especie de lucha natural e inevitable. Además el mismo interesado a menudo se hace ilusiones que se disipan más tarde y se siente inclinado a acusar a la otra parte de maniobras dolosas. (40)

Si bien el argumento es atinado, no debemos olvidar que en derecho de familia la aplicación indiscriminada de los vicios del consentimiento es altamente perjudicial a la institución matrimonial cuya naturaleza y alcances se escinden de otros actos jurídicos en general.

7. El engaño sobre las cualidades morales.

No hay duda que el engaño puede recaer sobre las cualidades morales del cónyuge, concepto que debe ser entendido con el alcance de haber sido desviado el querer por la falsa atribución de cualidades inexistentes o la disimulación de las que se consideran inconvenientes, ante cuyo verdadero conocimiento el consentimiento no se habría prestado. Es más, puede afirmarse que es menester demostrar que el consentimiento del contrayente se dirige a una cualidad determinada que "individualiza" a la persona y la diferencia de cualquier otra. (41)

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia admiten que el engaño sobre las cualidades morales debe ser aprehendido como causa de nulidad del matrimonio si se trata de extremos de tal gravedad que permitan formular un juicio cierto sobre que, de haber sido conocidos los defectos de la personalidad del otro cónyuge, el nulidicente no habría prestado su consentimiento para unir su vida con la de aquél en el consorcio indisoluble que implica el matrimonio, por serle intolerable la vida en común. (42)

8. Supuestos de inaplicabilidad de los vicios de la voluntad.

La existencia de un *noviazgo extenso* que permitió conocer verdadero carácter, (43) o el temperamento (44) de alguno de los contrayentes impide alegar con posterioridad el desconocimiento de estas características.

Tampoco la *brevedad del noviazgo* es por sí misma una causal que pueda alegarse felizmente para probar la falta de conocimiento del cónyuge con quién se ha contraído matrimonio. (45) Asimismo los *consejos paternales* que hayan influido en la toma de la decisión de acceder a la institución nupcial tampoco revisten la fortaleza necesaria para tornar viable —en este caso— la aplicación del error en las cualidades personales. (46)

9. Colofón.

Los vicios del consentimiento en materia matrimonial *gozan de particularidades específicas que los diferencian de los vicios del consentimiento en general*, ya que, como hemos expuesto oportunamente durante el desarrollo de este trabajo, la aplicación rigurosa de los principios generales en esta materia sería perjudicial para la estabilidad perseguida por la institución del matrimonio. No obstante ello, su aplicabilidad se encuentra permitida por la virtualidad normativa del art. 175 del CC regulado en la parte especial del ámbito matrimonial.

Consideramos que ese carácter especial requiere que la procedencia del vicio sea analizada con *carácter restrictivo* porque pude conducir a resultados no pretendidos por la norma. Ello es así, porque tanto *el error en la cualidades como el dolo* —vicios da la voluntad— aparecen de continuo al momento congénito de formación del acto matrimonial. *¿O acaso quien seduce a una señorita o a un señor durante el periodo de noviazgo no realiza consciente o inconscientemente una exageración de los factores positivos de la personalidad y una ocultación de las cualidades negativas de ésta?*, produciendo de esta manera una "*disimulación de lo verdadero*" o una "*aserción de lo falso*" (Conf. art. 931 del CC).

La aplicación estricta de los principios generales sobre vicios del consentimiento aconsejarían la declaración de nulidad de las nupcias en estos casos, pero dicha consecuencia sería injusta porque —como dijimos— la facetas de enamoramiento durante el periodo de noviazgo generan, de ordinario, conductas que rozan los umbrales del dolo o por lo menos forjan en uno de los contrayentes un error en las cualidades personales del sujeto con quién accede a las nupcias.

Bibliografía.

(1) RABINOVICH-BERKMAN. Derecho Civil. Parte General. Astrea. Buenos Aires, 2000, p. 667.

(2) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 17/11/1979, L. de P., N. L. c. P., A. G., LA LEY, 1980-B, 312, con nota de MOLINARIO, Alberto D.; AR/JUR/363/1979.

(3) En pocas palabras el Maestro Llambías sistematiza las diferentes ámbitos de aplicación de la idea de vicios del consentimiento, dice que los vicios de formas provienen de la inobservancia de las formalidades exigidas por la ley respecto de ciertos actos jurídicos Como son sumamente variados no se prestan para una sistematización unitaria: he ahí la razón por la cual la teoría de los vicios de los actos jurídicos deja de lado a los vicios de forma, y sólo se refiere a los que Freitas denomina vicios sustanciales. Entre estos últimos hay dos grupos diferenciados. El primer grupo contiene los vicios que la doctrina moderna denomina de la voluntad, porque inciden en algún elemento de ella: tales son el error o ignorancia, el dolo y la violencia. El segundo grupo abarca los defectos de buena fe que pudieran presentar los actos jurídicos: ellos son la simulación y el fraude..." LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 410.

(4) MAZZINGHI, Jorge Adolfo, "Adecuada utilización del como causa de anulación matrimonial" Revista El Derecho, t. 103. Buenos Aires, 1983, p. 678.

(5) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 18/08/1978, A., G. G. c. M. de A., A. L., LA LEY, 1979-C, 10, con nota de Alberto J. Gowland; AR/JUR/1644/1978. Del voto del doctor Di Pietro.

(6) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 21/10/1982, L., M. C. c. B., P., LA LEY, 1983-D, 14, con nota de María Cristina Fernández Abad.; AR/JUR/2213/1982.

(7) FERNÁNDEZ ABAD, María Cristina. "Apuntes sobre el dolo como vicio del consentimiento matrimonial, a propósito de un reciente fallo". LA LEY, 1983-D, 11.

(8) JOSSERAND, L. Los Móviles de los Actos Jurídicos de Derecho Privado. Teología Jurídica. Traducido por Eligio Sánchez Larios, y José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajita Jr. México D. F., p. 45.

(9) No obstante lo expuesto vale la pena hacer alusión, a modo ejemplificativo, de un prístino precedente la Cámara Nacional en donde se dijo que si la actora celebró el matrimonio con alguien que ignora quién es, advirtiendo la falsa identidad utilizada por su consorte con posterioridad a su desaparición, en este insólito contexto, es indudable que no cuadra sostener que existió ausencia de consentimiento. En tal sentido, la esposa expresó su consentimiento para el matrimonio ante el oficial público encargado del Registro Civil. Lo que sucede

es que este consentimiento está viciado en razón de error respecto de la identidad de la persona civil, que provoca la nulidad del matrimonio. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 12/03/1985, S., S. c. N., D., LA LEY, 1986-B, 472, con nota de Jorge A. Mazzinghi; AR/JUR/382/1985.

(10) Esta cuestión sigue siendo materia de debate, Lafaille y Brebbia, entienden que el error sobre la persona sólo se puede invocar en aquellos casos en que la consideración de la persona es una causa principal del acto, es decir en los contrato institu personae, otra parte de la doctrina, a la cual se adhiere Llerena, entiende que el error en la persona es siempre esencial, aún en aquellos acuerdos en que no se tenga en cuenta las cualidades personales, por último una tercera postura, en la cual se enrolan Salvat, Llambías, y Arauz Castex, entiende que la aplicación del texto legal no se limita a los contratos institu personae, sino que en principio todo error sobre la persona hace anulable el acto, salvo en aquellos casos en que la identidad carece de importancia. SOLIMANO, Nelly Louzan, TRINCAVELLI, Nélida E., Derecho Civil. Parte General. II. 2ª Edición. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 462.

(11) Cita en este sentido al artículo 1110 del Código Civil Francés, el cual expresa que el error sobre la persona no es una causa de nulidad, sino cuando la consideración de ella sido la causa principal de la convención. RIVERA, Julio César, Instituciones de Derecho Civil. Parte General, t. II, 3ª edición. Lexis Nexis. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 746.

(12) SOLIMANO, Nelly Louzan, TRINCAVELLI, Nélida E., Derecho Civil...Ob. Cit., p. 462.

(13) ZANNONI, Eduardo, "El error sobre las cualidades personales del otro contrayente como causa de nulidad del matrimonio". Revista la ley, t. 1988-E, Buenos Aires, 1988, p. 201.

(14) MAFFIA, Jorge O., "Dolo y error en materia matrimonial". LA LEY, 108-1127.

(15) Algunos autores han entendido que también el error sobre la solvencia económica daría lugar a la nulidad, cuestión que en general ha sido resuelta en sentido negativo en la jurisprudencia francesa. RIVERA, Julio César. Instituciones... Ob. cit., p. 747.

(16) Resulta claro que padecer de una enfermedad por parte de alguno de los sujetos que acceden al casamiento, puede constituir un supuesto de error o de dolo. En el primer caso ante el mero desconocimiento por parte del cónyuge sano de la existencia de la enfermedad del otro, y en el segundo supuesto, ante la ocultación o engaño de quien la padece, como medio para lograr la unión conyugal.

(17) MAFFIA, Jorge O. "Dolo y error..." ob. cit., p. 1129.

(18) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 06/12/2000, W., C. R. c. L., G. L., AR/JUR/5465/2000.

(19) Negar la anulabilidad del matrimonio en caso de error sobre las cualidades esenciales de la persona, sin el cual el matrimonio no se habría ciertamente contraído; negar la anulabilidad del matrimonio cuando, por ejemplo, al tiempo en que fue contraído, la esposa ignoraba que el esposo era un sacerdote renegado o un fraile enclaustrado, o un individuo ya tarado por graves conductas penales, o bien ciudadano de un estado que admite la poligamia, o bien cuando el esposo ignoraba que la esposa no era virgen, o peor todavía, que ella estaba encinta, o que era una ramera o una mujer ya condenada por graves penas, significa sacrificar completamente el interés del cónyuge que ha incurrido en error o imponerle una carga insoportable y fomentar en la conciencia pública ofendida, la propensión a abandonar el mismo principio de la indisolubilidad del matrimonio. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 21/10/1982, L., M. C. c. B., P. LA LEY, 1983-D, 14, con nota de María Cristina Fernández Abad.; AR/JUR/2213/1982.

(20) JOSSERAND, L. Los Móviles de los Actos Jurídicos de Derecho Privado. Teología Jurídica. Ob. cit., p. 47.

(21) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 21/10/1982, L., M. C. c. B., P., LA LEY, 1983-D, 14, con nota de María Cristina Fernández Abad.; AR/JUR/2213/1982. Continúa señalando el fallo referenciado: la inocente reserva, es reticencia premeditada; la mentira "piadosa", es dolo querido; el ocultamiento, engaño; el sostenimiento de la virtud, simulación y precisamente, cuando aparece vulnerado el amor de la pareja luego del conocimiento y trato cotidianos, enfrentado con aquello que se desconocía, es cuando debe ponderarse el vicio del consentimiento.

(22) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 20/11/1984, M., A. c. F. de M., N., LA LEY, 1985-A, 573 - DJ, 1985-2, 90, AR/JUR/2735/1984.

(23) MAZZINGHI, Jorge Adolfo, "Adecuada... Ob. Cit., p. 678.

(24) Cámara de Familia de 1ª Nominación de Córdoba, 30/08/1999, C., D. R. c. C., M. E, LA LEY C 2000, 572, AR/JUR/2725/1999.

(25) RABINOVICH-BERKMAN, Derecho Civil... Ob. cit., p. 685.

(26) Sabido es que la reserva mental bilateral no es admitida dentro de la legislación argentina como vicio que traiga aparejada la nulidad del matrimonio. En cuanto a la reserva mental unilateral, esta no puede ser alegada por aquel cuya conducta se haya condicionada por ella, pero sí y en la medida que tenga tal entidad que el otro contrayente de haberla conocido no hubiera accedido a la celebración del matrimonio. OCAMPO, Carlos Guillermo, URIARTE, Jorge Alcides, "La omisión dolosa y la reserva mental como configurativa de aquel dando lugar a la nulidad del matrimonio por dolo". Revista La Ley, t. 1980 D, p. 546.

(27) RIBERA, Julio César. Instituciones.... Ob. cit., p. 752.

(28) MAFFIA, Jorge O. "Dolo y error... Ob. cit. p. 1135. En igual sentido Cámara Civil 1° de la Capital, 27-dic-1910, en Jurisprudencia de los Tribunales Nacionales, 1910-T 4, p. 2190.

(29) OCAMPO, Carlos Guillermo, URIARTE, Jorge Alcides, "La omisión dolosa y la reserva mental como configurativa de aquel dando lugar a la nulidad del matrimonio por dolo".Ob. Cit., p. 547.

(30) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 06/12/1978, D. de P., E. c. P., R. LA LEY, 1979-B, 365, con nota de Arturo Granillo; AR/JUR/1547/1978. En ese mismo precedente se dijo que los múltiples procesos penales que le fueron incoados al esposo demandado permiten formar criterio de que se está ante un profesional del delito, por más que en ninguna causa se haya llegado a condenarlo en virtud de su rebeldía. En consecuencia, todo ello detrás del mentido velo de ser un oficial retirado de nuestro ejército el engaño se ha proyectado sobre todos los aspectos de la personalidad del individuo, de tal modo que el casamiento se ha contraído con una persona diferente en todas sus facetas, lo que es causa bastante para la nulidad pedida por la esposa.

(31) FERNÁNDEZ ABAD, María Cristina. "Apuntes... Ob. Cit., p. 15.

(32) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 21/10/1982, L., M. C. c. B., P., LA LEY, 1983-D, 14, con nota de María Cristina Fernández Abad.; AR/JUR/2213/1982.

(33) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 18/06/1984, T. de S., S. H. c. S., M. A., LA LEY 1984-D, 576 - DJ, 1985-1, 618, AR/JUR/535/1984.

(34) FERNÁNDEZ ABAD, María Cristina. "Apuntes... Ob. cit., p. 15.

(35) RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean, Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol, t. I, Parte General, La Ley, Buenos Aires, 1963, p. 420.

(36) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 08/06/1978, R. B., C. D. c. M., de R. B., G. T., LA LEY, 1979-B, 238, con nota de Guillermo L. Allende; AR/JUR/2686/1978.

(37) BORDA, Guillermo, Manual de Derecho de Familia. 10° Edición. Perrot, 1998, p. 75.

(38) D´ANTONIO, Daniel Hugo, MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Derecho de Familia, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, p. 144.

(39) Dice Borda en este sentido, que por lo común, el enamorado, que todo lo ve color de rosa, pierde su aptitud de juicio y valoración en lo que atañe a la amada, está prisionero de su pasión. Es una ingenuidad sostener que tiene libertad. Tampoco la tiene la muchacha, que se casa para escapar a la miseria o cuidar su honra; la que cede a la presión de su padre para realizar un matrimonio de conveniencia. No por ello el acto es menos válido. En los negocios jurídicos lo ideal es hallarse libre de toda presión espiritual o material para poder apreciar los pro y contra si fuera posible con la frialdad y la lucidez de un físico; en el matrimonio, en cambio es deseable que los contrayentes están profundamente enamorados, es decir, que hayan perdido su libertad y su claridad de juicio. Porque el matrimonio es un acto de amor, una entrega, no una fría especulación de ventajas e inconvenientes, ni un cálculo de las cualidades y defectos del prometido. La teoría jurídica del consentimiento tiene muy poco que ver con la aceptación, a veces telúrica, de un hombre o una mujer. BORDA, Guillermo, Manual de... Ob. cit., p. 76.

(40) RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean, Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol, t. II, v. I, De las Personas (1° parte). La Ley, Buenos Aires, 1963, p. 194.

(41) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 19/08/1983, H. de R. T., M. del C. c. R. T., A., AR/JUR/691/1983.

(42) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 06/12/1978, D. de P., E. c. P., R., LA LEY, 1979-B, 365, con nota de Arturo Granillo; AR/JUR/1547/1978

(43) La Sala D de la CNCiv. entendió que siendo la conducta del esposo demandado la natural consecuencia de su naturaleza neurótica, y tratándose de un noviazgo que duró años, resulta en verdad inexplicable que la esposa no acertara a conocer el carácter de su prometido, pese a que ella misma admite en su escrito inicial que la relación prematrimonial sufrió diversas y penosas alternativas. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 17/11/1979, L. de P., N. L. c. P., A. G, LA LEY, 1980-B, 312, con nota de MOLINARIO, Alberto D.; AR/JUR/363/1979.

(44) Así se dijo que no le ocultó nada un esposo a su mujer si ya de novios ponía al alcance de la prometida las facetas difíciles de su temperamento. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 17/11/1979, L. de P., N. L. c. P., A. G., LA LEY, 1980-B, 312, con nota de MOLINARIO, Alberto D.; AR/JUR/363/1979.

(45) La Sala C de la CNCiv. consideró que la brevedad del noviazgo, apenas un semestre, y las distintas ciudades en que los novios estaban radicados, no son por sí solos extremos que autoricen a suponer precipitación por parte de la actora en aceptar la proposición matrimonial, cuando surge de la causa que no fueron pocas las veces que tuvo lugar el trato directo, y el novio fue introducido al círculo de la vida social y familiar de la contrayente, ante cuyos componentes también pareció ser una persona honesta y decente. De tal forma, no es dable sostener que la actora se haya conducido de manera diferente a la que es corriente en situaciones similares de acuerdo con las costumbres de la sociedad. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 06/12/1978, D. de P., E. c. P., R., LA LEY, 1979-B, 365, con nota de Arturo Granillo; AR/JUR/1547/1978.

(46) En este sentido se sostuvo que la institución del matrimonio mucho se debilitaría si ante el fracaso que en el mismo pudieran experimentar los cónyuges, se pudiera alegar el vicio del consentimiento para lograr su nulidad, invocando los consejos que los padres hubieran recibido para realizarlo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 08/06/1978, R. B., C. D. c. M., de R. B., G. T., LA LEY, 1979-B, 238, con nota de Guillermo L. Allende; AR/JUR/2686/1978.

Atenuación de la responsabilidad civil por la incidencia de la culpa de la víctima en los daños acaecidos en accidentes de tránsito

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LLC 2011 (junio), 571
Cita Online: AR/DOC/1746/2011
[Cosnultada el 28/06/2020]

Sumario.

I. Jurisprudencia. — II. Contexto doctrinario. — III. Biblioteca.

La proliferación de los automóviles en las vías urbanas y rutas de nuestro país son proporcionales a la expansión de daños acaecidos como consecuencia del uso de dichas maquinarias. La responsabilidad objetiva deviniente del art. 1113 del Código Civil se presenta como una herramienta de acción que, en la mayoría de los casos, deja al conductor del vehículo causante del perjuicio con escasas vías de eximición.

De esta manera, la culpa de la víctima constituye el elemento defensivo más significativo para estos casos, es decir, el accionar negligente o imprudente del sujeto que recibe el daño aparece como un atenuante o eximente de la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa riesgosa.

Entre los supuestos de atenuación de la responsabilidad por el obrar culposo de la victima, se pueden presentar los mas diversos casos, a modo ejemplificativo y siguiendo el análisis de precedentes jurisdiccionales que desarrollaremos a continuación, se pueden citar supuestos de maniobras imprudentes de la víctima, la invasión de la mano contraria por parte de ésta que determina un trágico desenlace, el no respetar las señales de tránsito, o caminar fuera de la senda peatonal en horas nocturnas., entre otros.

I. Jurisprudencia:

1. La culpa de la víctima como supuesto de eximición de responsabilidad de las concesionarias viales,

Toda vez que el factor de atribución de responsabilidad que pesa sobre el concesionario vial de una ruta por los daños que sufran los usuarios, es de carácter objetivo y pesa sobre este una obligación de seguridad de resultado, para eximirse de responsabilidad no le basta probar su diligencia o falta de culpa, sino que debe acreditar la culpa de la víctima, la existencia de un caso fortuito o de un tercero por quien no debe responder.

Cámara 6a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 30/07/2009, Andrada, Ricardo Héctor c. Caminos de las Sierras S.A., LLC, 2009-1122, AR/JUR/24320/2009.

1.2 Virtualidad de la culpa de la víctima ante la colisión entre dos vehículos

Toda vez que no se pudo determinar cuál de los vehículos que chocaron en una intersección de calles —en el caso, un automóvil y una moto—, fue el que cruzó el semáforo en rojo, corresponde responsabilizar al conductor accionando, puesto que, al tratarse de la colisión entre dos vehículos era él quien debía demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder, o bien la existencia de un hecho fortuito para

poder liberarse de responsabilidad, lo que no cumplió al no haber aportado prueba suficiente capaz de fracturar el nexo causal y destruir la presunción legal.

Cámara 6a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 29/07/2009, González, Antonio Maximiliano c. Serena, Ana Edith y otro, LLC, 2009-988, AR/JUR/24323/2009.

2. La falta de casco o del carnet habilitante

La presunción de responsabilidad emergente de la ausencia de prioridad de paso a favor del motociclista accionante, por la existencia inequívoca de un cartel con la inscripción "ceda el paso", sumada a la presunción de responsabilidad emergente de su calidad de embistente, como asimismo la falta de casco y de carnet habilitante para conducir motocicletas, son circunstancias que califican su conducta como imprudente, y hacen que se le atribuya exclusivamente la culpa de la producción del hecho dañoso

Cámara 8a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 10/08/2010, Ferrer, Javier Alberto c. Gomez, Silvia del Valle y otro, LLC, 2010-1168 - DJ 23/02/2011, 96, AR/JUR/47933/2010.

Corresponde responsabilizar en forma concurrente al conductor de una camioneta y al motociclista, —en el caso, 70% y 30 % respectivamente— respecto de las lesiones que sufrió en la salud éste último tras el accidente de tránsito que ambos protagonizaron, ya que el primero embistió a la moto desde atrás, no respetando la distancia mínima que debe existir entre los vehículos y conducía con exceso de velocidad, mientras que el segundo circulaba sin casco protector, lo cual tiene cierta entidad para interrumpir sólo parcialmente el nexo de causalidad.

Cámara 8a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 02/03/2010, Silva, Patricia Verónica y otro c. Frías, Ricardo R. y otro, LLC, 2010-801, AR/JUR/9064/2010.

Corresponde reducir el monto indemnizatoria otorgado al motociclista que sufrió un accidente, ya que la circunstancia de que éste no llevara puesto el casco reglamentario, si bien no repercutió en la ocurrencia del hecho, incidió causalmente en la producción de las secuelas invalidantes reclamadas.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bell Ville, 28/12/2007, Juárez, Griselda I. c. Girolami, Juan Carlos y otro, LLC, 2008-438, AR/JUR/11189/2007.

Corresponde atribuir culpa concurrente por el accidente de tránsito en el que se produjo la muerte del esposo y padre de los actores, —en el caso, se atribuyó en 60% al demandado y el 40% restante a la victima—, pues, si bien la caída del actor se produjo debido a los pozos del camino cuyo mantenimiento, refacción, y señalización es obligación del estado provincial demandado, la circulación en una ruta en bicicleta aumenta o potencia los riesgos de una caída que debe ser prevista o amenguada en sus consecuencias al menos, por un elemental deber de prudencia que es el uso del casco como elemento protector.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contenciosoadministrativo de 2a Nominación de Río Cuarto, 07/06/2006, Monje de Chilano, Nélida S., por sí y en representación de sus hijos menores C., J., C. B.; C.O, R.; y C. G. y C. M. c. Provincia de Córdoba, LLC, 2006-999, AR/JUR/4434/2006.

3. La culpa de la víctima, transporte benévolo y asunción de riesgos.

La circunstancia de que la víctima asumiera el riesgo de ser transportada en un automóvil, no implica exoneración de la previsión contenida en el art. 1113 apartado 2 del código civil para el transportador benévolo, respecto de los daños que sufrió el viajero a raíz del accidente de tránsito ocurrido, pues en ningún lado la ley elimina la responsabilidad a quien ostente la titularidad registral del vehículo por tal circunstancia, salvo que el

conocimiento de la peligrosidad de las cosas o su utilización riesgosa provenga de una actitud atribuible a la víctima a título de culpa.

Cámara 6a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 10/03/2010, Salas, Juan Carlos y otro c. Rovelli, Carlos Armando y otros, LLC, 2010-671, AR/JUR/1665/2010.

4. Supuestos especiales de atenuación de la responsabilidad.

4.1. Maniobras imprudentes.

Debe atribuirse culpa exclusiva al actor por los daños derivados de un accidente de tránsito, puesto que de las pruebas vertidas en autos se ha alcanzado un alto grado de probabilidad, que permite inferir que pretendió realizar una maniobra de giro sin tomar los recaudos necesarios para evitar la colisión.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Francisco, 23/11/2009, Gribaudo, Raúl Juan c. Franceschi, Federico Hugo y Franceschi, Rodrigo Javier, LLC, 2010-349, AR/JUR/55892/2009.

4.2. La invasión de la mano contraria.

Resulta procedente rechazar la acción de daños y perjuicios impetrada por los progenitores de un motociclista que falleció como consecuencia de un accidente de tránsito pues, considerando el lugar en que se ubicaron los restos de plástico y vidrios de la moto y las huellas de frenado del vehículo del demandado, quedó demostrado que la conducta de la víctima fue la determinante exclusiva de la colisión, en tanto —por razones que se desconocen— invadió la mano contraria de circulación.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contenciosoadministrativo de 1a Nominación de Río Cuarto, 16/09/2009, Moreno Daniel Oscar y Petrona Dalimena Fernández en Representación de su hijo Menor E. J. M. c. Sánchez Arroyo Albert Alexander, LLC, 2009-1257, AR/JUR/34444/2009.

4.3. No respetar las señales de tránsito.

Es improcedente responsabilizar al Municipio por el accidente sufrido por un motociclista que colisionó con una loma de burro ubicada al ingreso de una zona urbana, si ésta se encontraba debidamente señalizada, pues el daño ha sido causa de la exclusiva conducta de la víctima que no respetó las señales de tránsito.

Cámara 6a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 26/02/2008, Amaya, Eva Gladys del Valle c. Municipalidad de Salsipuedes y otro, La Ley Online; AR/JUR/1878/2008.

4.4. Caminar fuera de la senda peatonal en horas nocturnas.

Corresponde responsabilizar en un mayor porcentaje al peatón que al descender a la calzada, en virtud de encontrarse la vereda cubierta de escombros, fue embestido por un automóvil —en el caso, se otorga un 70% de responsabilidad al primero y un 30% al accionado—, pues si bien el conductor no tuvo un completo dominio del rodado a fin de evitar la colisión, la imprudente conducta de la víctima de caminar por la calzada fuera de la senda peatonal, a altas horas de la noche y sin fijarse si venía algún vehículo, contribuyó en mayor medida en la producción del siniestro.

Cámara 6a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 25/07/2007, Huespe, Eduardo Antonio c. Romero, Héctor Ricardo y otro, LLC, 2007-1078, AR/JUR/5662/2007.

II. Contexto doctrinario.

Ubiría, Fernando A. La culpa de la víctima en los daños "por" las cosas. El peatón distraído, LA LEY, 2010-A, 742.

En este trabajo se pone el acento en los siniestros que reconocen como causa generadora graves impericias de las llamadas "víctimas", en manifiesta despreocupación por las eventuales consecuencias de sus actos, injustificados descuidos de los peatones que olvidan su frágil condición humana.

Ghersi, Carlos A. Automotores vs. Peatones. La nueva distribución de riesgos, LA LEY, 2007-D, 902-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo III, 1379.

El autor analiza los pormenores de los accidentes de tránsito y se pregunta: Hasta que no se inicie una campaña formal y eficiente de educación vial y se obtengan resultados masivamente cuantificables (al estilo de la realizada en Inglaterra) ¿a quién se le va a adjudicar esta falencia del Estado? Pareciera ser que de ninguna manera sólo al peatón, sino que el menos a ambos, aun cuando esto en sí mismo sea injusto, pues frente a este reparto de consecuencias, el conductor, tiene a su favor el uso y/o propiedad del automotor y el enfrentarse al accidente con la máquina, en contrario el peatón sólo cuenta para la circulación y el accidente con su humanidad.

Galdós, Jorge Mario, Otra vez sobre la prioridad de paso (y los peatones) en la Suprema Corte de Buenos Aires, Publicado en: LLBA, 2004-1.

Expone el jurista azulino que la protección del peatón-víctima que sustenta nítidamente la jurisprudencia de, no debería ser tan enfática en lo que concierne al cruce irregular de la calzada en las zonas urbanas, a fin de desalentar comportamientos antinormativos y que contribuyen en buena medida al desorden en el tránsito de automotores y personas Correlativamente reafirma su convicción acerca de la conveniencia de propiciar una aplicación rigurosa de la regla de preferencia de paso del automotor que accede desde la derecha, a fin de interpretar la norma de consuno con su sentido exegético y con su alcance finalístico de conferir certeza y previsibilidad a la conducta de los automovilistas que se encuentran en un cruce de calles: la expectativa razonable que quién transita por la izquierda habrá de reducir su velocidad, frenando si es necesario, para facilitar el avance del automovilista de paso preferente.

Jalil, Julián, La energía eléctrica como cosa riesgosa, LA LEY, 2010-B, 627.

En este trabajo se exponen los aspectos salientes en donde reposa la responsabilidad objetiva y las características en las que se debe sustentar la ruptura del nexo causal, entre ellas: la culpa de la víctima.

Ribera, Carlos E.; de Vedia, Soledad, Accidentes ferroviarios. Doctrina jurisprudencial, RCyS, 2010-IV, 32

Explica el autor que el dueño o guardián de la cosa riesgosa para liberarse de responsabilidad que en forma objetiva le viene impuesta por la ley, debe demostrar que la causa del hecho dañoso es por la conducta de la víctima y/o de un tercero ajeno por quien no deba responder, o el caso fortuito ajeno al riesgo de la cosa, es ese sentido exterioriza precisiones al respecto.

III. Biblioteca.

Aguiar, Henoch D., Hechos y Actos Jurídicos en la doctrina de la ley. Editorial: Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1951.

Alterini, Atilio Aníbal. Ameal, Oscar José. López Cabana, Roberto M, Derecho de Obligaciones. Civiles y Comerciales, Editorial: Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1998.

Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Editorial: LA LEY, Buenos Aires. 2008.

Brebbia, Roberto H. Instituciones de derecho civil. Editorial: Juris Municipalidad de Rosario del Talar. 1997.

Campagnucci de Caso, Rubén H.- Autor: Trigo Represas, Félix A. Responsabilidad civil por accidentes de automotores. Editorial: Hammurabi, Buenos Aires. 2008.

Cazeaux, Pedro N. Trigo Represas, Félix A, Derecho de las Obligaciones, Editorial: Editora Platense, Municipalidad de La Plata. 1994.

Colombo, Leonardo A, Culpa aquiliana (cuasidelitos), Editorial: LA LEY, Buenos Aires. 1944.

Ghersi, Carlos, Modernos conceptos de responsabilidad civil. Editorial: Ediciones Jurídicas Cuyo, Municipalidad de la Ciudad de Mendoza, 1995.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, Responsabilidad civil. Editorial: Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad civil, Editorial: Hammurabi, Buenos Aires. 1997.

López Herrera, Edgardo, Teoría general de la responsabilidad civil, Editorial: LexisNexis Argentina S.A, Buenos Aires, 2006.

López Mesa, Marcelo, Curso de derecho de las obligaciones, Editorial: Depalma, Buenos Aires. 2002.

Marconi, Horacio, Cálculo, Accidentes de tránsito; Reclamos, Calificación, Cuantificación del daño. Editorial: Editorial Gowa, Buenos Aires. 2005.

Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y perspectivas. Editorial: Abeledo Perrot Buenos Aires. 1997.

Prevot, Juan Manuel, Daños y perjuicios. Manuales de Jurisprudencia. Parte General y Parte Especial, Editorial: LA LEY, Buenos Aires. 2008.

Rodríguez Saiach, Luis A. Accidentes de tránsito: 1° parte. Editorial: Ediciones Alcotán, Buenos Aires. 1994.

Saux, Edgardo I. Accidentes de transito. Editorial: Editorial Jurídica Panamericana, Santa Fe, 2007.

Sentis, María, Reparación de daños por accidentes de transito, Editorial: Juris, Municipalidad de Rosario del Talar. 1995.

Suárez, Roberto. Tratado sobre responsabilidad por accidentes de tránsito. Editorial: Hammurabi, Buenos Aires. 1.999.

Vázquez Ferreyra, Roberto. Fiscella, María, Culpa y dolo en el derecho civil y comercial, Editorial: Juris, Municipalidad de Rosario del Talar - 1999.

Zavala de González, Matilde, Responsabilidad por riesgo, Editorial: Hammurabi, Buenos Aires. 1997.

El concubinato y sus efectos frente al daño moral deviniente de un hecho ilícito que produce la muerte

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2011 (junio), 26
Cita Online: AR/DOC/1384/2011
[Consultado el: 29/06/2020]

Sumario.

1. A modo de Introducción. 2. Delimitación del concepto de daño moral. 3. El daño psíquico: consideración en torno a su falta de carácter autónomo y su encuadre jurídico dentro del daño moral. 4. El daño moral y su naturaleza jurídica: carácter resarcitorio o sanción ejemplar. 5. La legitimación activa para reclamar el perjuicio extrapatrimonial y la inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil. 6. El problema de la cuantificación del daño moral. La apreciación judicial. 7. La falta de legitimación activa de quienes no son herederos forzosos en la aplicación literal del artículo 1078. 8. Colofón.

"El daño moral solo legitima al damnificado directo, y ello es acorde a los principios de la lógica jurídica que impiden abrir una abanico indefinido de sujetos que pueden verse perjudicados por el daño moral acaecido a su amigo, familiar, conocido, profesor, artista, sacerdote, etc."

"... Corresponde a las leyes bien dispuestas determinarlo todo por sí, en cuanto sea posible y dejar a los que juzgan lo menos posible..."

1. A modo de Introducción.

Mucho se ha debatido en torno a la legitimación activa del concubino ante el daño moral ocasionado por el hecho ilícito causado a una persona, y más aun cuando de éste ha resultado la muerte del damnificado. La jurisprudencia vacila entre la procedencia o no de dicho resarcimiento, habida cuenta que lo que se encuentra en juego —en el último de los casos— es el reconocimiento jurídico de relaciones o situaciones de hecho.

La procedencia del reclamo del daño para determinados sujetos está íntimamente ligada a la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, que se encuentra aparentemente en disconcordancia con otros preceptos del mismo cuerpo normativo y principalmente con algunas normas contenidas en la Carta Magna Federal y en las Constituciones provinciales. (1)

La cuestión sigue vigente en nuestros días y la jurisprudencia nacional es el fiel reflejo de las posiciones antagónicas que se recrean al respecto, las cuales podrían comprimirse en aquellos que consideran que el art. 1078 se ajusta a nuestra ley suprema y quienes abogan por su inconstitucionalidad.

2. Delimitación del concepto de daño moral.

Con particular agudeza enseña Le Tourneau que infortunadamente la época contemporánea ha visto aparecer una proliferación de daños morales reparables, entre ellos, los perjuicios de sufrimiento. (2) Estos,

configuran una lesión sentimental denominada técnicamente *daño moral*, a la cual la ley ha dotado de reparabilidad tanto en la esfera extracontractual como en la contractual. (Conf. arts. 1078 y 522 del CC).

Vale la pena señalar que nuestra legislación vigente reconoce dos tipos de daños: el material y el moral.
Como explica Josserand el daño material puede alcanzar a la víctima: en su patrimonio, o en su persona.

Por su parte, el daño moral puede revestir también dos aspectos diferentes: una persona puede ser afectada, bien en su honor, en su reputación, en su consideración, en una palabra en su patrimonio moral, bien en sus afectos, como si su cónyuge o pariente próximo llegara a perecer en accidente de locomoción. Hay conformidad en reconocer que el interés perteneciente a la primera categoría, el interés moral. (3)

Conceptualmente, el daño moral aparece como una afección a los sentimientos de una persona, que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos susceptibles de apreciación pecuniaria. (4) Este tipo de daño repercute directamente sobre las cualidades de las personas. (5)

Consiste en el desmedro, desconsideración, o cualquier otra dificultad o molestia que pueda ser consecuencia del hecho perjudicial, y se configura cuando media lesión a aquellos bienes no patrimoniales que tienen valor primordial en la vida del ser humano. (6) No queda reducido al clásico "pretium doloris" (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.), sino que apunta a toda lesión a intereses jurídicos del espíritu cuyo trasunto sean unas alteraciones desfavorables en las capacidades del individuo de sentir, de querer y de entender. (7)

Por su parte, no es necesario 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. (8)

3. El daño psíquico: consideración en torno a su falta de carácter autónomo y su encuadre jurídico dentro del daño moral.

El daño moral tiende a resarcir el sufrimiento que es connatural a todo episodio traumático y que afecta a todo aquel que atraviese 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. (9) Entonces el daño psíquico debe diferenciarse del daño moral dado que, si bien ambos afectan el equilibrio espiritual del damnificado, el primero constituye un menoscabo patológico a la salud psíquica que integra el concepto de incapacidad sobreviniente, mientras que el segundo, repercute en los sentimientos o en la interioridad. (10)

El daño psicológico goza de autonomía conceptual pero no resarcitoria, como categoría especial, porque la misma no encuentra sustento normativo en la legislación nacional, por ello, —según el caso—, éste debe subsumirse dentro de algunas de las categorías subsistentes en nuestra legislación. En este orden de ideas, la sala G de la CNCiv. ha dicho que es improcedente otorgar a los actores una indemnización por daño psicológico, pues no se trata de un perjuicio autónomo ya que, en la medida en que incide en una merma de posibilidades patrimoniales integra la incapacidad, y en cuanto a aspectos extrapatrimoniales, el daño moral. (11)

Ello es así, porque como sostienen Trigo Represas y López Mesa nuestro Código Civil ha receptado solamente 2 categorías de daños resarcibles, los daños extrapatrimoniales y los daños patrimoniales, de suerte que el daño para ser resarcido debe poder encuadrarse en una de ellas, no siendo indemnizable ningún detrimento que se cobije bajo terceros géneros, se llamen como se llamen. (12)

4. El daño moral y su naturaleza jurídica: carácter resarcitorio o sanción ejemplar.

Algunos autores han entendido al daño moral como una pena o sanción, los argumentos en los cuales reposa esta postura consisten en que:

1. Así se explica que se condene al ofensor a la reparación, aunque el daño moral no sea susceptible de apreciación pecuniaria;
2. además siendo una pena, la víctima puede recibir sin repugnancia, el dinero, que cumple una función punitiva; y
3. explica también el carácter personal de la acción indemnizatoria del daño moral, que se extingue con la muerte de la víctima si esta no inició en vida la acción indemnizatoria —art. 1099 C.C. — (13)

Diferentes precedentes de nuestro país han seguido sigilosamente estas ideas otorgándole al daño moral un *carácter sancionatorio*, así se ha dicho que la reparación del agravio moral responde a una finalidad de sanción ejemplar. (14) En este orden se entendió que en razón de no revestir la indemnización por daño moral carácter resarcitorio, sino ejemplar, para determinar su monto debe tenerse en cuenta la naturaleza y gravedad de la falta cometida por el autor del hecho. Por ello mismo, ninguna influencia debe ejercer en la determinación de la cuantía de la sanción, la circunstancias de haber o no sufrido el damnificado daños materiales, paralelamente, a causa del mismo hecho; toda vez que son lesiones de índole diferente, cuyo remedido se procura mediante regímenes jurídicos distintos. (15)

Otros fallos han sostenido el carácter únicamente *resarcitorio* del daño moral prescindiendo del concepto de sanción. Así se ha dicho que el daño moral tiene carácter preferentemente resarcitorio y no constituye sanción ejemplar, (16) porque no es un castigo, ni un resarcimiento con una cierta tonalidad represiva ni tampoco una sanción de prevención abstracta dirigida a la sociedad; se trata de una sanción resarcitoria en las dos esferas de responsabilidad (arts. 522 y 1071). (17)

Por su parte se observa una *posición intermedia* la cual considera que la indemnización por daño moral adquiere un doble carácter, de reparación o resarcimiento para el damnificado y de sanción ejemplar para el responsable, teniendo presente el interés de la colectividad en incitar a la prudencia y desalentar actitudes antisociales. (18)

Como se aprecia se encuentra en juego el enfoque subjetivo que se hace del hecho, así la tesis de la sanción ejemplar dirige su atención a la conducta del victimario mientras que la postura resarcitoria tiene en miras el daño causado a la víctima. Desde esta perspectiva, parece más acertada esta última idea porque de ella se deriva una protección jurídica integral de la persona física. Además como sostienen los Mazeaud y Chabas la idea de sanción no es, sino en derecho, absolutamente extraña a la reparación del perjuicio moral, adherir a este sistema sería confundir responsabilidad penal con responsabilidad civil. (19)

Si bien el carácter sancionatorio del daño moral sigue manteniendo adeptos, su auge se atenuó notablemente con el partir del maestro Llambías quien en vida fuera uno de los máximos sostenedores de esta postura. En la actualidad, como enseñan Trigo Represas y López Mesa la mayoría de las doctrina y jurisprudencia considera que el daño moral tiene por objeto compensar por medio del dinero el dolor experimentado por la víctima; la asignación asignada en concepto de daño moral a la víctima directa o indirecta no tiene carácter de "sanción" —en el sentido de pena privada—, sino un carácter "satisfactorio" o resarcitorio. (20)

5. La legitimación activa para reclamar el perjuicio extrapatrimonial y la inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil.

El Código Civil argentino en su redacción originaria, contempló la reparación del daño moral sufrido por una persona víctima de un hecho ilícito de manera muy restringida. Solo lo previó en los casos de delito criminal, cuando el sujeto hubiera sido molestado en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o se hayan herido sus afecciones legítimas.

La ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810) modificó el articulado, el cuál quedó redactado de la siguiente manera: "... *la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.*

La acción por indemnización del daño moral solo competerá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos...".

Entonces, si la consecuencia del hecho no fuera la muerte del damnificado, éste posee una acción para reclamar el daño moral como *damnificado directo*. Solo en el caso de muerte de la víctima, la reforma habilitó la legitimación de *damnificados indirectos*, circunscribiéndolo a los *herederos forzosos*.

La doctrina y jurisprudencia se debaten en torno a la inconstitucionalidad de este precepto que limita la legitimación activa. El principal sustento de quienes apoyan la interpretación literal de la norma consiste en lo abarcativo que puede llegar a ser un precepto sin limitaciones y la catarata de procesos que pueden llegar a ser considerados en los tribunales.

En cuanto a los fundamentos en torno a la inconstitucionalidad del mandato, los mismos son disímiles. Entre ellos se pueden citar:

1. El derecho a la protección integridad de la familia: La sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata sostuvo que corresponde declarar la inconstitucionalidad del 1078 del Código Civil, en cuanto reserva el derecho a reclamar el daño moral derivado de la muerte de la víctima a los herederos forzosos, negando dicho derecho a la concubina, pues, viola la protección integral de la familia en la concepción sustentada por el mundo de hoy, en el cual no se requiere que las personas se encuentren unidas en matrimonio, así como la igualdad en la reparación integral de los daños. (21) La sala II de ese mismo Cuerpo resolvió que es inconstitucional el art. 1078 del Código Civil al impedir al concubino o concubina de una persona fallecida, reclamar el pago de una indemnización en concepto de daño moral, ya que viola la protección integral de la familia porque en el mundo de hoy se considera familia aquella conformada por quienes no están unidas por matrimonio. (22) Con similar criterio el STJ del Chaco consideró que estando acreditado que la concubina del causante mantuvo una convivencia estable y pública con éste, es procedente otorgarle una indemnización por el daño moral padecido por la muerte de su pareja, pues es inaplicable el art. 1078 del Cód Civil que limita la legitimación para reclamar a los herederos forzosos del fallecido, por cuanto la mentada norma conculca los preceptos constitucionales establecidos en el art. 14 bis y 16 de la Constitución Nacional y el art. 35 de la Constitución de la Provincia del Chaco de protección de la familia. (23)

2. *Interpretación exegética de las normas que rigen la materia*: la sala K de la CNCiv. dijo que aun cuando no se declare la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil que restringe la legitimación para reclamar daño moral, procede conceder dicho rubro a la novia de quien falleció en un accidente de tránsito pues, debe efectuarse una interpretación sistémica de dicha normativa integrándola con los arts. 1068 y 1079 en virtud de los principios generales del derecho, principalmente que nadie puede dañar a otro —y si lo hace debe reparar— y el de reparación integral, además de las normas constitucionales y de los tratados internacionales, que permiten reconocer el resarcimiento cuando se acredita un daño reparable. (24)

3. *La Interpretación amplia del art. 1079 del CC*: la jurisprudencia capitalina resolvió que procede otorgar una indemnización en concepto de daño moral a la concubina del causante con fundamento en una interpretación amplia del art. 1079 del Código Civil, pues ha quedado acreditada su convivencia con la víctima, (25) en este orden expresa Ritto que colisiona la doctrina emanada del art. 1079, en cuanto sienta el principio general de la responsabilidad civil y a su amparo, amplía el espectro de los legitimados para reclamar por daño. (26)

4. *La violación principio de la reparación integral*: el STJ de Río Negro declaró inconstitucional el art. 1078 del Código Civil en cuanto impide a la concubina de quien perdiera la vida en un accidente de trabajo reclamar una indemnización en concepto de daño moral, ya que negar de pleno, el derecho a obtener una reparación, aun cuando se pueda invocar un perjuicio espiritual, serio, grave y relevante, viola el principio de igualdad ante la ley y solo parece reposar en una concepción sacralizada de la institución matrimonial que no se condice con los parámetros valorativos de la sociedad del tiempo que nos toca vivir. (27) Con similar tesitura se adujo que el art. 1078 del Código Civil que limita la legitimación para reclamar la indemnización del daño moral a los herederos forzosos del causante es inconstitucional, por cuanto viola el principio de reparación integral contemplado en el art. 19 de la Constitución Nacional. (28)

5. *El art. 28 de la Constitución Nacional*: sostiene Méndez Sierra que la solución adoptada por el art. 1078 en orden evitar la multiplicidad de demandas o cadena indiscriminada de reclamos ante un hecho dañoso, no ha sido razonable. Por el contrario, vulnera lo dispuesto por el art. 28 de la Const. Nacional, ya que no puede utilizarse como medio para lograr dicho objetivo, la lisa y llana supresión "a priori" de personas con derecho al resarcimiento. (29)

6. *La violación al principio de igualdad*: se entendió que el art. 1078 del Código Civil, en cuanto limita las personas legitimadas para reclamar una reparación por daño moral, es inconstitucional porque viola la igualdad en la reparación de los daños, la cual debe ser integral en tanto el art. 1079 del mismo ordenamiento otorga legitimación activa a todos los damnificados indirectos con respecto a los daños materiales. (30)

6. El problema de la cuantificación del daño moral. La apreciación judicial.

Haciendo referencia al derecho italiano, pero con una notable similitud en cuanto a la problemática planteada en el nuestro, el maestro De Cupis advierte que la ley, especialmente interesada en establecer los limites del daño resarcible, se ha desentendido de expresar los criterios para medir el daño una vez circunscrito; pero, —afirma el autor—, esto no impide, que tales criterios, dentro de su normativa, puedan deducirse. (31)

El daño moral encuentra su fundamento en el art. 1078 del Cód. Civil y se tiene por acreditado con la sola comisión del ilícito, por tratarse de una prueba "in re ipsa", que surge inmediatamente de los hechos mismos, (32) basta entonces, la certeza de que ha existido, siendo innecesaria otra precisión, sin perjuicio de ponderar la personalidad de la víctima y su receptividad particular en función de sexo, edad, profesión. (33)

Desde esta arista, —más que en cualquier otro rubro indemnizatorio—, juega el prudente arbitrio judicial para establecer la cuantía del daño, debiendo sortear el juez la dificultad de imaginar o predecir el dolor que produjo el hecho dañoso en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido. (34)

La cuantificación del agravio moral no puede resolverse sino en términos de aproximación, tanto desde la perspectiva del daño mismo, como desde la perspectiva de la indemnización, pues el monto que se fije no puede representar ni traducir el perjuicio ni sustituirlo por un equivalente. (35)

La indemnización, entonces, está destinada a cubrir los daños causados en la esfera extrapatrimonial de la víctima y a procurarle satisfacciones que, de algún modo, compensen los padecimientos sufridos, teniéndose en

cuenta para la fijación del monto a imponer la naturaleza del hecho ilícito, la gravedad de la culpa del autor, las molestias ocasionadas por la disminución física, o incapacidad y finalmente demás circunstancias que rodean el evento, porque todo menoscabo culpable que experimenten las personas, da derecho a exigir una compensación en tanto que la reparación debe ser integral. (36)

7. La falta de legitimación activa de quienes no son herederos forzosos en la aplicación literal del artículo 1078.

Explica Prevot que nuestro ordenamiento jurídico (art. 1078 Cód. Civil), fija dos reglas básicas respecto a la legitimación activa para reclamar por daño moral:

a) la acción, en principio, sólo compete al damnificado directo del menoscabo y,
b) si del entuerto hubiese resultado su muerte; la disposición legal es tajante, en tanto reza textualmente que: "únicamente tendrán acción los herederos forzosos" (esto es, ascendientes, descendientes y cónyuge supérstite). (37)

A poco se analice se desprende de estos recaudos que el concubino no tiene cabida legal en nuestro sistema, por lo que la jurisprudencia más conservadora se inclina por la no proliferación de este tipo de acciones, sustentada primordialmente en que ellas escapan a la dispuesto por la norma. En este orden, se dijo que el artículo 1078 del Código Civil atribuye acción por indemnización del detrimento moral al damnificado directo y únicamente a los herederos forzosos para el supuesto de muerte de la víctima, calificación esta última en la que no cabe configurar a la concubina del causante. (38)

En igual sentido, se resolvió que corresponde rechazar el reclamo por daño moral incoado por la concubina de un peatón que falleció al ser embestido por un vehículo desde que, aquélla no reviste la condición de heredera forzosa del occiso en los términos del art. 1078 del Código Civil. (39)

Siguiendo esta tesitura la sala II de la CNCiv. Federal consideró que es improcedente conceder una indemnización por daño moral al concubino de la víctima fallecida, pues, el art. 1078 del Código Civil no puede tener otra interpretación que la de referirse a los herederos forzosos que revisten ese carácter al momento de la muerte, lo que excluye al concubino por no reunir dicha condición y no existen razones para sostener una interpretación que resulte "contra legem". (40)

Es por ello, que resulta procedente la excepción de falta de legitimación activa contra quien reclama una indemnización por el daño moral padecido debido a la muerte de su concubino, ya que, como postula de la sala G de la CNCiv. el art. 1078 del Cód. Civil limita la legitimación para reclamar el rubro pretendido a los ascendientes y descendientes del occiso, sin perjuicio de los derechos correspondientes al cónyuge supérstite, situación que en modo alguno reviste la concubina y a la cual no cabe asimilar. (41)

8. Colofón.

El art. 1078, plenamente vigente en la actualidad, dispone de manera textual que "... *la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.*

La acción por indemnización del daño moral solo competerá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos...".

A poco que se aprecie, la letra de la ley es clara y denota el camino a seguir por el judicante. Pero obviamente dicha disposición debe ser analizada en su contexto porque como explica Alf Ross, el derecho está unido al lenguaje como vehículo para transmitir significado. Para interpretar el sentido de las normas jurídicas generales como el significado de las normas elaboradas con base en las mismas hay que estudiarlas en el contexto del orden positivo en el que están ubicadas, orden que se halla a su vez inmerso en la tradición de cultura o sea el código social que rodea por igual al legislador y al juez. (42)

Ahora bien, teniendo en cuenta el campo donde se halla regulado el art. 1078 se aprecia que los preceptos vinculados disponen un espectro más amplio de acción que éste, siendo la legitimación activa más abarcativa. En este sentido, debemos señalar que el art. 1078 debe ser entendido *como una excepción a esos supuestos dado por las características propias que le ha querido dar el creador de la norma en consideración al bien jurídico protegido.*

Por ello, no advertimos motivos para que la magistratura se abstraiga de lo previsto expresamente por el legislador, debiendo comprimirse la función del magistrado a la aplicación de la norma vigente, habida cuenta que, como enseña el profesor español De Castro, el juez tiene la tarea de averiguar lo que tiene valor normativo, y ello debe ser así porque precisamente, como sostiene López Mesa la ley constituye la principal fuente de nuestro derecho. (43)

En este sentido, la amplitud de la legitimación pretendida por cierta doctrina y jurisprudencia carece de valor normativo habida cuenta que, —como hemos visto—, no se sustenta en la legislación vigente.

En este orden, apunta el maestro italiano Betti que el proceso interpretativo en general responde al problema epistemológico del entender. (44) Pero en el caso de análisis ni siquiera se trata de una cuestión de interpretación, —que presupone una contradicción semántica entre dos o más preceptos—, porque el enunciado de la ley es claro y denota específicamente los supuestos de procedencia del daño moral y los legitimados para peticionar en cada uno de ellos.

Por lo expuesto podemos concluir que:

* En nuestro sistema el daño moral goza de una concepción amplia que abarca la afección de las diferentes facetas de los derechos personalísimos y cualquier trasgresión a las justas susceptibilidades sentimentales del sujeto.

* Constituye un menoscabo extrapatrimonial, que encierra una serie de supuestos, entre los que se encuentra el daño psíquico en su faceta inmaterial, ya que éste no tiene recepción autónoma en la normativa de nuestro país.

* Goza de un carácter estrictamente resarcitorio, cuya finalidad consiste en compensar a la víctima por el menoscabo sentimental producido.

* El daño moral solo legitima al damnificado directo, y ello es acorde a los principios de la lógica jurídica que impiden abrir una abanico indefinido de sujetos que pueden verse perjudicados por el daño moral acaecido a su amigo, familiar, conocido, profesor, artista, sacerdote, etc.

* El hecho de que la acción *competa al damnificado directo* no afecta la legitimidad de la norma, ya que el hecho ilícito causado a una persona, puede afectar a un número cuantiosamente importante de sujetos que pueden verse lesionados sentimentalmente por éste, y en este orden, sería difícil explicar por qué a uno y no a otro se le concedería la acción, si en definitiva el sufrimiento interno puede que sea el mismo, por ello es necesario poner un corte a dicha extensión como lo ha hecho el articulado.

* Con relación a la legitimación de los herederos forzosos en caso de muerte de la víctima, el art. 1078 tampoco deviene inconstitucional porque, —como en el caso anterior—, constituye un modo de limitar la acción desmedida en torno a los damnificados por la muerte de una persona.

* Entonces, el damnificado indirecto goza de legitimación activa en la medida que cumpla con los recaudos que emergen de la ley, es decir, por un lado con la *causa habilitante* que está constituida por el deceso de quién ha sufrido el daño directo, y por otro lado con el carácter de *heredero forzoso*, el cual no consiste en un mero supuesto abierto y abarcativo, sino que se trata de una exigencia literal que deviene de la *propia letra de la ley*, la cuál debe ser respetada por la magistratura.

* Los herederos forzosos no se excluyen entre sí y concurren en la legitimación de manera personal e indistinta.

* Con relación a la concubina, la ley pretende privilegiar las relaciones de derecho por sobre las de hecho, y es por ello que la acción concebida al cónyuge no lo es tal con relación a la concubina, quien en definitiva detentaba con el causante una mera vinculación de hecho.

Bibliografía.

(1) JALIL, Julián Emil, "La legitimación activa del concubino para el resarcimiento del daño moral a la luz del art. 1078 del código civil" (Dossier). LLP. (Febrero) 2011.

(2) LE TOURNEAU, Philippe, La Responsabilidad Civil. Trad. de Javier Tamayo Jaramillo. Legis. Bogotá. 2004, p. 33.

(3) JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Tomo II. Vol. I. Ed. Bosch y Cía. Buenos Aires, p. 330.

(4) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 07/12/2009, Bassan, Aída Aurora c. Jurena, Carlos Aníbal y otros AR/JUR/63545/2009.

(5) En este sentido la sala B de la CNCiv. dijo que corresponde indemnizar el daño moral sufrido por quien resultó lesionado en un accidente de tránsito, pues este detrimento comporta una lesión a los sentimientos o afecciones legítimas, perturbador de su tranquilidad y del ritmo normal de vida, constituyéndose en una alteración desfavorable en la capacidad del individuo para sentir, querer y entender. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 23/05/2007, Semento, Ricardo Osvaldo c. Ferraris, Marcelo Alberto y otros, La Ley Online; AR/JUR/11334/2007. En igual sentido ver: CNCiv, sala B, "D., M. G. y otro c. Muñoz, Mariano Raúl y otros", 2007/10/31, LLO.

(6) Juzgado en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 4 de San Juan, 07/10/2008, Pereira Demarchi, José Luis c. Super Vea - Disco S.A., La Ley Online; AR/JUR/27217/2008.

(7) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 11/09/2007, Recabarren, Julio Camilo c. Transportes Larrazabal y otro C.I.S.A. y acumulados, La Ley Online; AR/JUR/8867/2007, es decir, la modificación disvaliosa del espíritu no debe ser identificada exclusivamente con el dolor, porque como consecuencia de la interferencia antijurídica pueden suceder otras conmociones espirituales como preocupación intensa, depresión, inseguridad y otras alteraciones anímicas que hieren el equilibrio espiritual protegido por el orden jurídico, resultando perjudiciales y originando derecho al resarcimiento. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala I, 05/03/2008, Godoy, Aída del Valle y otras c. Mattiuzzi, Gustavo y otro, LLNOA 2008 (junio), 510, AR/JUR/755/2008. En igual sentido: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, sala II, 13/03/2007, "Buttarelli, María del Valle c. Veloso, Marcos Antonio y otro", LLBA 2007 (julio), 697 ; Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala II, 15/08/2006, "Fitipaldi, Ariel C. J. c. Huber, Carlos A. y otros", LLLitoral 2007 (febrero), 132; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 26/05/2006, "Montalbetti, Carlos F. y otros c. Microómnibus Sur S.A.C. y otros", DJ 30/08/2006, 1265 ; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 10/02/2006, "C., M. A. c. R., H. O. y otros", La Ley Online.

(8) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 26/05/2006, Montalbetti, Carlos F. y otros c. Microómnibus Sur S.A.C. y otros, DJ 30/08/2006, 1265, AR/JUR/3098/2006.

(9) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 28/04/2006, Presta, Jorge H. y otro c. Turismo Río de la Plata S.A. y otros, La Ley Online; AR/JUR/10640/2006.

(10) Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 17/03/2009, V., V. C. c. Ciudad de Buenos Aires, LLCABA 2009 (agosto), 391. (Del voto del Dr. Centenaro). Idem. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, "C. de A., M. A. y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 07/07/2008, LLOnline.

(11) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 04/12/2009, Barros, Juan Carlos y otros c. Trenes de Buenos Aires S.A. y otros, RCyS 2010-V, 171, con nota de Tomás Ignacio González Pondal; AR/JUR/57748/2009. Ver También: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, "F. de G., N. S. y otros c. F., M. A. y otros s/ordinario", 04/02/2009, La Ley Online; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, "Pradella, María Alejandra y otro c. Almafuerte SATA y otros", 29/10/2008, La Ley Online.

(12) TRIGO REPRESAS, Feliz A. LOPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2004, p. 503.

(13) TRIGO REPRESAS, Feliz A. LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado... ob. cit., p. 496.

(14) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 07/03/1983, Herzovich c. Edificadora Canning 2940, AR/JUR/1540/1983.

(15) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 01/03/1979, Tomasetti, Luis A. y otra c. Empresa Ferrocarriles Argentinos y otros, AR/JUR/286/1979.

(16) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 19/10/1990, Escudero, José G. c. Da Costa, Lauro A., LA LEY, 1992-C, 243, AR/JUR/236/1990.

(17) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 29/08/1983, Israel, Carlos R. y otra c. Denaro, Graciela B. y otra, LA LEY, 1984-B, 75, con nota de Jorge Bustamante Alsina; AR/JUR/603/1983.

(18) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 30/05/2008, Pepe, Raúl Jorge c. Erlich, Juan Pablo y otros, DJ 19/11/2008, 2091 - DJ 2008-II, 2091, AR/JUR/4401/2008. En igual sentido: CNCiv., sala C, "Benítez, Inés c. Compañía Financiera Argentina", 21/11/2006, DJ 2007-II, 424; "López, Carlos c. Banco Roca Coop. Ltdo.", 12/10/1994, LLO; "García, Jorge I. y otros c. Palarea, Julio M. L.", 22/02/1994; sala G, "Suraniti, Juan S. c. Ranz, Mónica A. y otro", 18/10/2002, DJ 2003-1, 247; sala E, "Sola, Carlos N. c. Modo, S. A. de Transporte Automotor y otros", 15/02/1990, LA LEY, 1992-D, 107. En sentido contrario: CNCiv., sala J, "Palavecino, Alexis c. Microómnibus S.A.C. y otro", 19/07/2007, LLO; sala M, "Torres de Peralta, Elsa B. c. Fernández, Anastacio V. y otros", 05/02/2001, ED 194, 198; sala D, "Escudero, José G. c. Da Costa, Lauro A.", 19/10/1990, LA LEY, 1992-C, 243, con nota de Juan José Casiello - ED 140, 390.

(19) MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Jean, MAZEAUD, León, CHABAS, Fancois. Derecho Civil. Obligaciones. Tomo. I. Ed. Zavalia. Pág. 551.

(20) TRIGO REPRESAS, Feliz A. LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado..., ob. cit., p. 499.

(21) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala I 10/10/2009 A., S. c. Plaza, Juan Domingo, La Ley Online; AR/JUR/45288/2009. CNCiv., sala L, "E., A. M. c. Transportes Metropolitanos Gral. San Martín y otro", 27/03/2007, RCyS 2007, 1020 - RCyS 2007, 591, con nota de Juan Carlos Boragina y Jorge Alfredo Meza; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, "Poy, Cristian M. c. Automóviles San Jorge S.A. y otro", 21/05/2007: DT 2007 (julio), 801 - LA LEY, 2007-E, 301, con nota de David Duarte. CNCiv., sala L, "E., A. M. c. Transportes Metropolitanos Gral. San Martín y otro", 27/03/2007, RCyS 2007, 1020 - RCyS 2007, 591, con nota de Juan Carlos Boragina y Jorge Alfredo Meza; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, "Poy, Cristian M. c. Automóviles San Jorge S.A. y otro", 21/05/2007: DT 2007 (julio), 801 - LA LEY, 2007-E, 301, con nota de David Duarte.

(22) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 26/12/2007, Camargo, Mónica Viviana y otro c. Lima, Roberto y otra, La Ley Online; AR/JUR/12685/2007.

(23) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, sala I en lo civil, comercial y laboral, 23/10/2007, C., S. R. y otros c. Moreno, Eduardo y/u otros, LLLitoral 2008 (marzo), 168 - DJ 27/08/2008, 1156, con nota de Néstor E. Solari; DJ 2008-II, 1156, con nota de Néstor E. Solari; AR/JUR/9178/2007. En sentido contrario: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, "Palma, Francisco y otros c. Fonseca, Miguel Ángel y otros", 2007/09/20, La Ley Online Ver También: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "Coria, Alberto y otros c. Salvatierra, Gastón y otro", 2006/07/18, La Ley Online ; Cámara Nacional de

Apelaciones en lo Civil, sala J, "Martínez Mosquera, Germán y otro c. Ciudad de Buenos Aires", 2004/09/20, LA LEY 26/01/2005.

(24) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 23/10/2009, Botti, Adela Elena y otros c. Aguilar, Marcos Javier y otro, RCyS, 2010-V, 135, con nota de Juan M. Papillú; AR/JUR/47232/2009. CNCiv., sala K "A., C. B. c. Fernández, Ángel Enrique" 2009/07/01, RCyS 2009-X, 92, con nota de F.A.S.; LA LEY 10/11/2009, 7, con nota de Néstor E. Solari; LA LEY 19/11/2009, 4, con nota de Graciela B. Ritto; CNCiv., sala K, "B., O. B. y otros c. Línea 60 Microómnibus Norte S.A. y otros" 2008/06/10, RCyS 2009-X, 81, con nota de F.A.S. En sentido contrario: CNCiv., sala G "S., M. c. Cabrera, Carlos y otro" 2007/12/04, LA LEY, Online. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en M., E. G. c. Edersa S.A. 2007/11/28, -LLPatagonia 2009 (abril), 745, con nota de María Belén Delucchi; Richar F. Gallego- sostuvo que, es inconstitucional el art. 1078 del Código Civil en cuanto impide a la concubina de quien perdiera la vida en un accidente de trabajo reclamar una indemnización en concepto de daño moral, ya que negar de pleno, el derecho a obtener una reparación, aun cuando se pueda invocar un perjuicio espiritual, serio, grave y relevante, viola el principio de igualdad ante la ley y solo parece reposar en una concepción sacralizada de la institución matrimonial que no se condice con los parámetros valorativos de la sociedad del tiempo que nos toca vivir.

(25) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 10/06/2008, B., O. B. y otros c. Línea 60 Microómnibus Norte S.A. y otros, RCyS 2009-X, 81, con nota de F.A.S.; AR/JUR/7024/2008.

(26) RITTO, Graciela B., "Acerca del daño moral de la concubina del causante. Un fallo innovador en la Jurisprudencia de la Cámara de Nacional de Apelaciones en lo Civil". LA LEY, 2009-F, 668.

(27) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, 28/11/2007, M., E. G. c. Edersa S.A., LLPatagonia 2009 (abril), 745, con nota de María Belén Delucchi; Richar F. Gallego; AR/JUR/13439/2007. En igual sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, "E., A. M. c. Transportes Metropolitanos Gral. San Martín y otro", 27/03/2007: RCyS 2007, 1020 - RCyS 2007, 591, con nota de Juan Carlos Boragina y Jorge Alfredo Meza; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, "Poy, Cristian M. c. Automóviles San Jorge S.A. y otro", 21/05/2007: DT 2007 (julio), 801 - LA LEY, 2007-E, 301, con nota de David Duarte.

(28) Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, 26/12/2007, Camargo, Mónica y otro c. Lima, Roberto y otra, RCyS 2008, 449, con nota de Edgardo I. Saux; LA LEY 30/05/2008, 5, con nota de Graciela B. Ritto; LA LEY, 2008-C, 553, con nota de Graciela B. Ritto; AR/JUR/10011/2007. En igual sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, "E., A. M. c. Transportes Metropolitanos Gral. San Martín y otro", 27/03/2007: RCyS, 2007, 1020 - RCyS, 2007, 591, con nota de Juan Carlos Boragina y Jorge Alfredo Meza; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, "Poy, Cristian M. c. Automóviles San Jorge S.A. y otro", 21/05/2007, DT 2007 (julio), 801 - LA LEY, 2007-E, 301, con nota de David Duarte.

(29) MÉNDEZ SIERRA, Eduardo Carlos, La legitimación activa en el daño moral. Crisis del art. 1078 CC, LLC 2010 (diciembre), 1204.

(30) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 26/12/2007, Camargo, Mónica Viviana y otro c. Lima, Roberto y otra, La Ley Online; AR/JUR/12685/2007.

(31) DE CUPIS, Adriano, El Daño, 2ª edición, Trad. Ángel MARTINEZ SARRIÓN. Bosch, p. 344.

(32) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 09/08/2007, Z., J. P. c. P., J. J. y otros , La Ley Online; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, "S., C. O. c. G., F. M. y otro", 2006/05/08, La Ley Online; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "C., M. A. c. R., H. O. y otros", 2006/02/10, La Ley Online; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, "Montane, Juan Manuel y otros c. Vispo, Carlos Mario y otros", 2005/05/23, DJ 01/03/2006, 566.

(33) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, sala II, 13/03/2007, Buttarelli, María del Valle c. Veloso, Marcos Antonio y otro, LLBA 2007 (julio), 697, AR/JUR/1417/2007. Con similar tesitura véase: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, "Goncalves, Franklin A. y otro c. Villafañe, Claudia R. y otro", 2005/05/03, DJ 11/01/2006, 102; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, "Scaglia, Alicia F.D. c. La Delicia Felipe Fort S.A.", 1997/05/06, LA LEY, 1998-A, 5 - DJ 1998-2, 968; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "T., E. A. y otro c. F., L. S.", 1997/03/04, LA LEY, 1997-F, 95 - DJ, 1998-3, 129.

(34) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 19/09/2005, M. de P., A. M. y otros c. Supermercados Mayoristas Makro S.A. y otro, La Ley Online; AR/JUR/6393/2005. En igual sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Montalbetti, Carlos F. y otros c. Microómnibus Sur S.A.C. y otros",

2006/05/26, DJ 30/08/2006, 1265 ; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, "Goncalves, Franklin A. y otro c. Villafañe, Claudia R. y otro", 2005/05/03, DJ 11/01/2006, 102 ; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, "De la Iglesia, Daniel A. c. Álvarez, César", 1997/11/14, LA LEY, 1998-C, 637. En este sentido se entendió que la cuantificación del daño moral producido por un accidente de tránsito queda librada al criterio prudente de los magistrados, aunque ellos deben computar la entidad y magnitud de la lesión o agravio en función de las proyecciones de la persona en sus esferas existencial y psíquica, de sus padecimientos, de su dolor físico, de sus miedos, angustias y sufrimientos y su reparación integral no puede resolverse sino en términos de aproximación, tanto desde la perspectiva del daño mismo, como desde la perspectiva de la indemnización, pues el monto que se fije no puede representar ni traducir el perjuicio ni sustituirlo por un equivalente. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 23/05/2005, Montane, Juan Manuel y otros c. Vispo, Carlos Mario y otros, DJ 01/03/2006, 566, AR/JUR/1690/2005. En igual sentido: CNCiv., sala H, "H., F. G. c. Gómez, Carlos S.", 17/02/2005, LA LEY 26/05/2005, 14.

(35) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 14/06/2007, Avedaño, José L. c. Galán, Juan Salvado y otro, La Ley Online; AR/JUR/4738/2007. Idem: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, "Montane, Juan Manuel y otros c. Vispo, Carlos Mario y otros", 23/05/2005, DJ 01/03/2006, 566 - ED 215, 533; CNCiv., sala H, "H., F. G. c. Gómez, Carlos S.", 17/02/2005, LA LEY 26/05/2005, 14.

(36) Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala II, 15/08/2006, Fitipaldi, Ariel C. J. c. Huber, Carlos A. y otros, LLLitoral 2007 (febrero), 132, AR/JUR/5674/2006. Entonces, entendido el daño moral como cualquier lesión a los sentimientos o afecciones legítimas de una persona, o cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos, o cuando de una manera u otra se han perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado, a los fines de ponderarse el quantum del mismo, deben tenerse en cuenta diversos factores, entre otros la gravedad de la culpa del autor del hecho, la existencia y cuantía de los perjuicios materiales, la condiciones personales de aquél y de la víctima, factores todos que quedan librados al arbitrio judicial. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 10/02/2006, C., M. A. c. R., H. O. y otros, La Ley Online; AR/JUR/78/2006. En igual sentido: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, "Ramondelle, Mónica G. c. Bianchi, Juan C.", 2006/05/18, La Ley Online; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, "Montane, Juan Manuel y otros c. Vispo, Carlos Mario y otros", 2005/05/23, DJ 01/03/2006, 566; Tribunal Colegiado de Instancia Unica en lo Civil de 6a Nominación de Rosario de Responsabilidad Extracontractual, "Martino, Diego C. c. Capotosti, Franco y otro", 2006/03/27, La Ley Online.

(37) PREVOT, Juan Manuel, Legitimación activa de los concubinos y otros damnificados indirectos para reclamar daño moral por muerte. LLLitoral 2010 (octubre), 1045. Ahora bien ¿resulta satisfactorio este sistema? Algunos así lo han considerado, sosteniendo que la solución adoptada es correcta y debiera mantenerse. En tal sentido se ha dicho que se ha buscado una pauta precisa, que en la mayor parte de los casos resulta razonable. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en BELLUSCIO A.C. (dir.), ZANNONI Eduardo A (Coord.). Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Tomo 5. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 118. Compartimos esta tesitura, de la cual surge la limitación en torno a la legitimación activa, tal como lo dispone la norma, la cual en principio aparece como justa y adecuada a derecho.

(38) Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial, 19/09/2008, Romero, Rita Mariela Soledad c. Superior Gobierno de la Pcia. de Entre Ríos, LLLitoral 2009 (marzo), 199 LLLitoral 2009 (setiembre), 853, con nota de Luis Armando Carello; AR/JUR/18202/2008.

(39) Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 62, 14/02/2008, T., N. E. c. Mancini, Pablo Andrés, La Ley Online; AR/JUR/178/2008. En igual sentido: CNCiv, sala D, "Palma, Francisco y otros c. Fonseca, Miguel Ángel y otros", 20/09/2007, LLOnline; sala J, "Coria, Alberto y otros c. Salvatierra, Gastón y otro", 18/07/2006, LLOnline.

(40) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 25/08/2010, P., R. O. y otro c. Quiroga, Julián Arturo y otro, RCyS 2010-XI, 59, con nota de Félix A. Trigo Represas; AR/JUR/49956/2010. En sentido Contrario: CNCiv., sala L, "E., A. M. c. Transportes Metropolitanos Gral. San Martín y otro", 27/03/2007, RCyS 2007, 1020 - RCyS 2007, 591, con nota de Juan Carlos Boragina y Jorge Alfredo Meza; Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata "Camargo, Mónica y otro c. Lima, Roberto y otra" 2007/12/26, RCyS 2008, 449, con nota de Edgardo I. Saux; LA LEY 30/05/2008, 5, con nota de Graciela B. Ritto. Ver También: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G "S., M. c. Cabrera,

Carlos y otro", 2007/12/04, La Ley Online; CNCiv., sala D, "Palma, Francisco y otros c. Fonseca, Miguel Ángel y otros", 20/09/2007, LLOnline.

(41) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 04/12/2007, S., M. c. Cabrera, Carlos y otro, La Ley Online; AR/JUR/10856/2007. En igual sentido: CNCiv, sala D, "Palma, Francisco y otros c. Fonseca, Miguel Ángel y otros", 2007/09/20, LLOnline; sala J, "Coria, Alberto y otros c. Salvatierra, Gastón y otro", 2006/07/18, LLOnline.

(42) ROSS, Alf, Sobre el derecho y la justicia. Trad. de Genaro Carrió, Eudeba, p. 95.

(43) LOPEZ MESA, Marcelo, "Interpretación de la ley. De la exégesis al finalismo y un poco más allá en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia", LA LEY, 1996-A, 1116. DE CASTRO, Federico, Derecho civil de España, Civitas. Madrid. 1984, p. 438.

(44) BETTI, Interpretación de la ley y de los actos jurídicos, Trad. De Los Mozos, Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957, p. 40.

Los orígenes de la eugenesia como ciencia y su inmiscuición normativa en el Derecho de Familia

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2011 (agosto), 230
Cita Online: AR/DOC/2164/2011
[Consultado el: 29/06/2020]

Sumario.

1. A modo introductorio. 2. Los cimientos de la eugenesia. 3. La ciencia en construcción. 4. La ciencia ya construida. 5. La posición de la Iglesia Católica a través de la Encíclica "Casti Connubii" 6. Diferencias sustanciales entre la llamada eugenesia positiva y eugenesia negativa 7. Impacto de los descubrimientos científicos en el derecho. 8. Conclusión.

"La existencia de una prohibición nupcial basada en argumentos eugenésicos trae aparejada diferentes posiciones éticas, jurídicas, biológicas, y filosóficas, las cuales han llamado la atención del hombre desde los tiempos más pretéritos hasta la actualidad y han trascendido las fronteras de los países y continentes para tornarse un tema de índole mundial, principalmente creemos, por la importancia que reviste para la humanidad la preservación su propia especie."

"...Hay algunos, en efecto, que, demasiados solícitos de los fines eugenésicos, no se contentan con dar ciertos consejos saludables para mirar con mas seguridad por la salud y vigor de la prole, lo cual desde luego, no es contrario a la recta razón sino que anteponen el fin eugénico a todo otro fin, aun de orden mas elevado, y quisieran que se prohibiesen por la pública autoridad contraer matrimonio a todos los que según las normas y conjeturas de su ciencia, juzgan que habrían de engendrar hijos defectuosos por razón de la transmisión hereditaria, aun cuando sean de suyo aptos para contraer matrimonio..." (Enciclica Casti Conubii de Pío XI)

1. A modo introductorio.

Centraremos nuestro análisis en el artículo 13 de la ley de profilaxis, el cual en su último párrafo, establece la prohibición de contraer matrimonio a las personas afectadas de *enfermedad venérea en periodo de contagio*. Para comprender la exigencia legal de no padecer de una enfermedad contagiosa o transmisible como requisito para celebrar las nupcias es necesario abordar el tema de la Eugenesia.

Como ciencia la Eugenesia reconoce los aportes de Mendel quien formuló las leyes sobre los mecanismos de la herencia, pero fue Francisco Galton quién a través de sus obras bibliográficas crea la disciplina con dicho nombre, cuyo estudio se centra en los factores sociales que pueden mejorar o debilitar los caracteres hereditarios de las generaciones futuras.

La existencia de una prohibición nupcial basada en argumentos eugenésicos trae aparejada diferentes posiciones éticas, jurídicas, biológicas, y filosóficas, las cuales han llamado la atención del hombre desde los tiempos más pretéritos hasta la actualidad y han trascendido las fronteras de los países y continentes para tornarse un tema de índole mundial, principalmente creemos, por la importancia que reviste para la humanidad la preservación su propia especie.

Atendiendo a razones políticas, éticas o netamente eugenésicas los diferentes Estados han legislado con relación al supuesto de enfermedad transmisible de los contrayentes, tomando una posición más o menos

intervencionista, nuestro país adopta una forma radical y en el año 1936 incorpora en la ley 12.331 (Adla, 1920-1940, 703) o ley de profilaxis, un párrafo que reza "...*No podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedad venérea en periodo de contagio*...", aun hoy cuando los tiempos han cambiado, dicho artículo permanece intacto en la legislación nacional aunque numerosos proyectos de reforma pretendieron modificarlo.

Como se aprecia entran en colisión dos aspectos de gran jerarquía, por un lado el derecho individual a la libertad del hombre comprensivo del derecho a contraer matrimonio y por otro el poder del Estado para limitar la autonomía de la voluntad, imponiendo un nuevo impedimento matrimonial, sustentado en razones de interés general.

El tema ha motivado el interés de la Iglesia Católica, la cual a través de la Encíclica "*Casti Connubii*" deja en clara su posición al respecto, consideramos de importancia el análisis e interpretación de la doctrina católica puesto que nuestra institución matrimonial civil tiene como gen al derecho canónico y por nuestra parte, en sus concepciones hemos vislumbramos la solución al conflicto mencionado.

Por último la frase "enfermedad venérea en periodo de contagio" que consagra la ley 12.331 en su artículo 13 no parece ser muy feliz por dos razones bien determinadas, primero por lo difícil que es en ciertos casos establecer si al momento de las nupcias la persona enferma está en periodo de contagio. Y por otro lado aparece el tema del sida, este terrible flagelo se ve comprendido, en principio, dentro del concepto de enfermedad venérea, pero el periodo de contagio no desaparece nunca ya que no existe cura para esta enfermedad en la actualidad. De esta manera el Estado ejerce una potestad abusiva al prohibir a ciertas personas contraer matrimonio por el resto de sus vidas.

2. Los cimientos de la Eugenesia.

Vale señalar que en épocas prístinas de la historia de Grecia se practicó el infanticidio con los recién nacidos cuya conformación era considerada no adecuada a los parámetros de normalidad que circunscribía la época. En ese ámbito, uno de los principales pensadores de la antigüedad que aborda el tema de la Eugenesia es Platón, en su libro República, quien resaltando lo controvertido e importante de la cuestión se plantea "...*debemos formar los matrimonios más santos que nos sea posible; y los más ventajosos para el Estado serán los más santos pero: ¿cuáles serán los más ventajosos?*...". (1)

De esta manera Platón sugiere propuestas para mejorar los seres humanos a través de cruzamientos selectivos o calificados. (2) Es claro y evidente que el gran pensador tomaba partida por considerar que debía existir una especial tendencia para unir en matrimonio a personas bien dotadas biológicamente, (3) para lograr de ellas el mejor resultado posible, esto es candente en otros párrafos de su obra, por ejemplo cuando aduna "...*en cuanto a los jóvenes que se hayan distinguido en la guerra o en otras cosas, se les concederá, entre otras recompensas, permiso para ver con mayor frecuencia a las mujeres. Este será un pretexto legítimo para que el Estado sea en gran parte poblado por ellos*...". (4)

Hacemos contacto con un *animus* manifiesto, de lograr, a través de la selección de sujetos una mejora de la especie, un exaltamiento de la humanidad desde la perspectiva física, consideraciones que, como veremos oportunamente, repudiamos con gran ahínco.

Por último, en la obra analizada aparece una visión cautelosa y temeraria que paradójicamente no se desenvuelve dentro del ámbito de la arbitrariedad estatal sino, por el contrario, se circunscribe a la autonomía del sujeto. En este sentido se dice: que fuera de la edad para procrear (de los veinte a los cuarenta en la mujer, y hasta los cincuenta y cinco en el varón), debe haber libertad para tener acceso carnal pero "...*no se les permitirá sino después de habérseles prevenido expresamente, que no han de dar a luz ningún fruto concebido mediante tal unión, y si a pesar de sus precauciones naciese alguno deberán abandonarlos porque el estado no se encargará de alimentarle*..."(5) consideración, esta

última, que aun antaña, se vuelve a reflejar en la Encíclica de Pío XI y, en cierta media, seduce nuestras conclusiones.

Tomás Moro en su libro *Utopía* enuncia concepciones que a nuestro entender se sustentan en el tema de estudio, a saber: "...*Los Ulpianos toman enserio la elección del cónyuge..., una dama honrada y modesta muestra al pretendiente a su prometida completamente desnuda, sea virgen o viuda. A su vez un varón pobo exhibe ante la novia al joven desnudo... Ellos sin inmutarse, hicieron ver su admiración ante la colosal tontería de los demás países tomáis infinitas precauciones a la hora de comprar un potrillo, asunto en verdad de poca monta. Os negáis a comprarlo aunque está casi en pelo, si antes no se le quita la silla y todos sus arreos, por miedo a que bajo todo esto haya alguna matadura. Y cuando se trata de elegir una mujer, elección que va a ser la delicia o el asco de toda la vida, obráis con negligencia dejáis el cuerpo cubierto con sus vestidos y juzgáis a la mujer entera por una parte de su persona tan grande como la palma de la mano. En defecto solo su cara está descubierta y la lleváis con vosotros no sin riesgo de encontrar un defecto oculto hasta entonces, que os impide congeniar con ella...*". (6) Royo Martínez, al comentar la obra de este autor, entiende que en el texto trascripto no se hallan acogida de los pensamientos de Platón sobre eugenesia, considera que Tomas Moro advierte otra clase de cuestión, (7) por nuestra parte creemos que esto no es así, puesto que desde un análisis específico se exterioriza un claro contenido eugenésico basado en la necesidad que pone de manifiesto el autor de advertir el estado íntegro de la persona con quien el contrayente celebrará las futuras nupcias.

Esto es comprensivo, no solo de los aspectos ligados a la identidad de la persona con quien se contraerá matrimonio, sino también en cuanto se refiere a las características físicas y psíquicas del futuro cónyuge y a la posibilidad de que conforme a ello pueda resultar perjudicada la prole. (8)

Vale la pena señalar que se vislumbra en el contenido de las aseveraciones de Tomás Moro la existencia de dos institutos con vigencia en nuestra legislación actual, el error "*in qualitatem*", y el dolo, ambos integrantes de los denominados vicios del consentimiento que operan en materia matrimonial. (9) Cabe resaltar que si bien tanto el dolo como el error son conceptos que tienen su esfera de acción dentro de un campo específico de los vicios del consentimiento matrimonial contemplando situaciones determinadas por la doctrina o la jurisprudencia, los mismos no escapan a los problemas jurídicos que emergen de la Eugenesia, a tal punto que en todo caso los resuelven de una manera mas práctica y sencilla ante las deficiencias de la ley.

El *Código indio de Manú* en su el libro III contiene prescripciones según las cuales el Brahman debe evitar, al unirse en matrimonio, el enlace con mujer perteneciente a diez tipos de familia en donde existiesen determinadas enfermedades o en donde sus miembros tuvieran características fisiológicas disvaliosas. (10)

Las *leyes hebraicas*, obra de Moisés, prohibieron las nupcias de epilépticos, leprosos, alcohólicos y tuberculosos. Por su parte, las *leyes de Esparta* impusieron el sacrificio de los recién nacidos enfermos, degenerados o mal conformados. (11) La *ley romana de las XII tablas* permitió que el padre matara al hijo gravemente deforme.

En *las partidas*, precisamente en la II, título XX, se hace específica mención a la necesidad de que el marido elija una mujer sana para evitar que los hijos nazcan enfermos.

Todos estos ejemplos constituyen la prueba cabal de que la eugenesia existió en el pensamiento del hombre desde los cimientos mismos de la civilización.

3. La ciencia en construcción.

Prestigiosos pensadores abordaron estas concepciones, así López Montoya decía "...*Si el prudente labrador, para coger buen fruto, considera y escoge con cuidado la tierra que ha de sembrar, grandísima imprudencia será del que pretende tener buena sucesión si primero no hace examen de la compañía que ha de tomar para este fin...*". (12) Por su parte Huarte De San Juan revela a través de párrafos de su obra el contenido eugenésico de sus consideraciones, (13) en este orden

dice: "...*¿No sería una locura casar a vuestra hija con un tritón, o con un jimio o sátiro, que todos tienen figura de hombre y son animales de otra especie, y tener nietos o descendientes tritones o jíminios?, pues no es menos yerro el que el vulgo hace cada día en los casamientos, no mirando más de la hacienda y riqueza, olvidando lo principal, que es la perfección de la naturaleza en la persona...*"(14) *...y así verá el hombre cuando cuánto va en la compañera que toma por mujer para la perfección de sus hijos, y la mujer cuánto va en el compañero que toma por el semejante...*". (15)

El propio Charles Darwin hace referencia a ella en diferentes párrafos de sus obras. Los aportes de este autor a la eugenesia como ciencia constituyen una herramienta indispensable de la cual se iría a nutrir mas adelante Francisco Galton quien fuera su primo. Son numerosos los pasajes de sus obras *El Origen de la Especies* y *El origen del hombre y la selección en relación al sexo* en donde se mencionan cuestiones que luego servirán de fundamento a las teorías de Mendel y Galton. Entre otros se puede mencionar un pasaje de la primera donde se señala que la posibilidad de obtener razas distintas por cruzamiento ha sido exagerada pues existen numerosos ejemplos que demuestran que una raza puede ser modificada por cruzamientos de cuando en cuando, si estos están ayudados por la cuidadosa selección de los individuos que presentan el distintivo que se desea. (16)

4. La ciencia ya construida.

Aún cuando Hipócrates en la antigüedad se refería a la herencia o Darwin escribía sobre la evolución el tema de Eugenesia es abordado con total integridad y especificidad por Mendel quien formula las leyes de la herencia o leyes de Mendel.

De 1857 a 1868 Juan Gregorio Mendel, modesto religioso agustino del Konigskloster de Brunn (ciudad que los checos llaman Brno) hizo unas experiencias cruzando gizantes de olor vulgar que tienen de seis a siete pies de altura con su forma enana, que solo tiene de tres a cuatro pies y medio de altura. (17) Aquellas observaciones quedaron sepultadas en las revistas técnicas y cayeron en el más absoluto olvido, hasta que en 1900 fueron redescubiertas casualmente. (18)

Mendel estudió detenidamente las obras de Darwin, descubrió graves errores en su teoría y quiso rectificarlos con sus indagaciones en punto a la doctrina de la herencia, pero la ciencia era favorable a Darwin, aun cuando los postulados de Mendel gozaban de gran sustento empírico, no pudo obtener aquella conversión necesaria que exigía Khun para cambiar el paradigma vigente. (19)

Por su parte Francisco Galton en sus Obras "*hereditary genius*", publicada en 1869 y "*Inquieies inton human faculty and its development*" aparecida en 1884 hace un análisis minucioso de los factores hereditarios y en la última de ellas da nombre a la nueva disciplina: "*Eugenics*", palabra de estructura griega y con antecedentes en la palabra *genea* (cuidado de la raza) y en sus derivados "*eugeneia*" y "*eugenes*", el vocablo pasó a nuestro idioma como "eugenesia". (20) Para Galton el objeto de la Eugenesia *es el estudio de los factores sociales que pueden mejorar o debilitar los caracteres hereditarios de las generaciones futuras.* (21)

Es fácil apreciar lo valioso que resultó para la ciencia biológica esta nueva disciplina pero resulta muy difícil advertir el destino social que Galton tuviera en mente para la misma. Pese a ello Monseñor Toth nos acerca una interpretación al manifestar que "*...los fanáticos de la Eugenesia no habrían de olvidar que Galton, el promotor de todo el movimiento, no quiso que la Eugenesia fuese independiente de la ética, sino antes bien quiso encontrarla con ella. En 1905 escribe que la Eugenesia es "un factor de la religión" ("as a factor in religión"). Y extiende la obligación de amar al prójimo hacia la generación venidera, aumentando así la importancia del matrimonio...*". (22) De esta manera se puede inferir que el padre de ésta ciencia, con la autoridad que le confiere la profundidad que le ha dedicado a su estudio, actualmente sería un claro opositor del impedimento matrimonial basado en sus fundamentos eugenésicos.

Resulta interesante destacar que Galton no consiguió en vida que sus postulados alcanzasen la popularidad deseada pero, con posterioridad a su muerte, éstos tuvieron una alta difusión en diversos países —

quizás superior a la que él mismo proyectara—, por ello, como dice Soutulo aun cuando sus ideas pueden parecer hoy en día las ensoñaciones de un loco, sus opiniones fueron compartidas, en mayor o menor medida, por importantes personalidades científicas y literarias, (23) y en la actualidad se recrean y debaten inmersas en un número considerable de controversias bioéticas.

5. La posición de la Iglesia Católica a través de la Encíclica "Casti Connubii".

La existencia de esta nueva ciencia trae aparejadas diferentes posturas, las cuales se recrean entre la conveniencia o inconveniencia de su aplicación en los diferentes campos fácticos. En este orden, adquiere gran trascendencia el debate en torno a las prohibiciones nupciales basadas en argumentos eugenésicos, como la vigente en nuestra legislación en el art. 13 de la ley de profilaxis.

Es de gran importancia hacer referencia a la posición de la Iglesia sobre este tema ya que la institución del matrimonio que reconoce nuestro derecho positivo, tiene su origen en el derecho canónico, es verdad que nuestra ley de matrimonio civil (incorporada al Cód. Civ.) con todas sus modificaciones es la que rige los impedimentos que vedan la celebración de las nupcias ya que en nuestro Estado esta materia es estrictamente civil, pero también es real que la posición de la Iglesia *nos brinda un rayo de luz a un tema que se encuentra en penumbras, siendo los fundamentos en los que sustenta el repudio a la prohibición de las nupcias de contenido altamente profundo y seductores para el encausamiento en dicha tesitura.*

En este sentido, la Iglesia Católica ha manifestado su opinión contraria a las prácticas eugenésicas, por medio del Estado, a través de Pío XI y su Encíclica "Casti Connubii", esta expresa:

"...*Es, pues, necesario que sea reprobado este uso pernicioso que, próximamente, en verdad, se relaciona con el derecho natural del hombre a contraer matrimonio, pero que también pertenece, en cierto sentido verdadero, al bien de los hijos.*

Hay algunos, en efecto, que, demasiados solícitos de los fines eugenésicos, no se contentan con dar ciertos consejos saludables para mirar con mas seguridad por la salud y vigor de la prole, lo cual desde luego, no es contrario a la recta razón sino que anteponen el fin eugénico a todo otro fin, aun de orden mas elevado, y quisieran que se prohibiesen por la pública autoridad contraer matrimonio a todos los que según las normas y conjeturas de su ciencia, juzgan que habrían de engendrar hijos defectuosos por razón de la transmisión hereditaria, aun cuando sean de suyo aptos para contraer matrimonio.

Más aún: quieren privarlos por la ley hasta contra su voluntad, de esa facultad natural que poseen mediante intervención médica; esto no para solicitar de la pública autoridad una prueba cruenta por delito cometido o para precaver futuros crímenes de reo, sino contra todo derecho y licitud, atribuyendo a los gobernantes civiles una facultad, que nunca tuvieron ni pueden legítimamente tener.

Cuantos obran de este modo perversamente se olvidan que es más santa la familia que el Estado, y de que los hombres no se engendran principalmente para la tierra y el tiempo, sino para el cielo y la eternidad. y de ninguna manera se puede permitir a hombres, de suyo capaces del matrimonio, se los considere gravemente culpables si le contraen aunque se conjeture que aun empleando el mayor cuidado y diligencia, han engendrado hijos defectuosos.

De ordinario, eso sí, hay que aconsejarles que no lo contraigan. Los gobernantes no tienen potestad alguna directa en los miembros de sus súbditos; así, pues, jamás pueden dañar ni aun tocar directamente la integridad corporal donde no medie culpa alguna o causa de pena cruenta, y esto ni por causa eugénicas, ni por otras causas cualesquiera...". (24)

Pero entonces: ¿debemos entender que la Iglesia católica a través de esta encíclica toma partida por desechar la eugenesia como ciencia encaminada a evitar la transmisión de determinadas enfermedades? Monseñor Toth asevera que este fin "...*no se ve afectado*...", ya que la Iglesia "...*no condena el gran esfuerzo que intenta asegurar una generación humana más valiosa, más sana, más fuerte, más resistente en el trabajo*...". (25)

Otra de las cuestiones que surgen es determinar qué consejos toma la Iglesia de la Eugenesia, es decir, cuales son compatibles con su idiosincrasia. Sobre ello Toth dice "...*Si en la misma eugenesia negativa encontramos pensamientos aceptables, con mayor razón podemos tener por cierto que el sentir católico saluda con alegría todas las sanas orientaciones de la Eugenesia positiva y les presta ayuda*...", (26) coincidimos en este sentido, que las legislaciones no deben a través de normas prohibir efusivamente la celebración de matrimonios entre personas afectadas de enfermedades porque es fácilmente apreciable que una prohibición nupcial absoluta no puede resolver un problema de esta índole. (27)

6. Diferencias sustanciales entre la llamada eugenesia positiva y eugenesia negativa.

Cuando Galton introduce a fines del siglo XIX el término "*eugenics*" distingue entre la Eugenesia positiva que apunta a favorecer la reproducción de los individuos más dotados, y es en esta en la que insiste Galton y la eugenesia negativa, que pretende limitar la reproducción de individuos tarados, socialmente inadaptados. (28)

Entonces dentro del concepto de *eugenesia negativa* podemos encontrar: *el impedimento de la concepción*, suprimiendo la vida en el umbral mismo de ella; *el aborto artificial*, a través de la muerte provocada; *la prohibición de casarse para los que sufren de una grave transmisión hereditaria*, este es quizás la cuestión más polémica que ha despertado nuestro interés personal por esta investigación, *la esterilización eugenésica* por la cual se intenta evitar, a través de mutilaciones genitales o biológicas, la posibilidad de procrear, (29) *la Eugenesia penal*, el estado para defender el bien común mutila a determinadas personas que cometen ciertos delitos para impedir que sus descendientes sigan el mismo obrar.

Mientras la eugenesia negativa sirve de obstáculo para la procreación o retroalimentación de la especie, *la eugenesia positiva* edifica e intenta fortalecer la raza pero a través de ciertos consejos o principios implícitos. Se puede sintetizar esta idea mencionando a *la educación de la humanidad* para un conciencia seria de responsabilidad en relación a los males intrínsicos y extrínsicos existentes en la faz en la tierra; *la abstención del comercio carnal promiscuo*; este es un mal de nuestros días, aunque, en cierta medida, ya era conocido en la antigüedad, sus consecuencias son altamente nocivas y la eugenesia aparece entonces como un medio idóneo para la gestación de una nueva conciencia sexual.

La postura de la eugenesia positiva pude ser válidamente resumida por una frase de Jonas, que si bien no se refiere expresamente al tema, su idea rectora es aplicable a ella "...*cada ser vivo es su propio fin, no está necesitado de ulterior justificación, y en esto el hombre no tiene ninguna ventaja sobre los demás seres vivos, excepto que solo él puede tener también responsabilidad por ellos, es decir, por la salvaguardia de su fin intrínsico*...". (30)

7. Impacto de los descubrimientos científicos en el derecho.

Si bien los descubrimientos y adelantos tecnológicos, (entre los que ocupa un lugar relevante los producidos en el campo de la biología y la medicina), han abierto amplias perspectivas para el progreso económico, social y cultural, esta evolución puede, sin embargo comprometer los derechos y libertades de los individuos y por ello requerirá una atención permanente. (31)

Es así, que la evolución de determinadas ciencias, especialmente las del campo biológico, generan la duda a los juristas en relación a la manera en que el derecho debe constreñir los nuevos avances en las disciplinas, porque en plazos no muy lejanos la nueva realidad supera la normativa existente.

De esta manera, como mencionamos en la parte introductoria, los diferentes estados han dado una aplicación normativa a los principios que emergen de la nueva disciplina: *la eugenesia*. Esto ha ocurrido de manera

divergente, en nuestro país, como ya indicamos, se crea una legislación denominada "Ley de profilaxis de las enfermedades venéreas" que es una ley ómnibus porque abarca diferentes cuestiones, entre ellas su artículo 13 establece la prohibición de contraer matrimonio a las personas *afectadas de enfermedad venérea en periodo de contagio*. La finalidad mediata de la norma consiste en evitar a través de ella que determinadas personas (afectadas por enfermedades venéreas) contagien la misma a su descendencia. (32)

La pregunta consististe en determinar si es esta la respuesta que el derecho debe aportar al estado de la ciencia, y mas precisamente si la eugenesia exige realmente una reacción del derecho o si debe circunscribir su aporte a un mero conocimiento particular de los interesados.

Hoyos Vásquez dice, en este sentido, que más allá de explicaciones acerca del próximo mercado genético o de su efecto dominó, del diseño de bebes, no se excluye el peligro de un eugenismo positivo, una eugenesia que supere la simple terapia preventiva. Esto significaría que los padres y especialistas tendrían el derecho tanto de clonar como de actuar antes del nacimiento sobre características y aptitudes del futuro niño, quien como adolescente al tomar conocimiento de dicha manipulación se sentiría limitado de su libertad, podría pedir cuentas a quienes lo diseñaron y de todas formas no podría reconocerse como único autor de su biografía. La manera como nos comportemos con respecto a la vida humana prenatal determina en cierta forma si nos podemos autocomprender en un futuro como personas morales y si podemos comportarnos social y públicamente como tales. (33)

Entonces nos encontramos con el siguiente dilema, ahora no solo la descendencia podría criticar desde un punto de vista moral los caracteres que le han transmitido sus padres sino también desde una perspectiva jurídica, habida cuenta que, si se burlaría la prohibición que venimos analizando, los padres tendrían un comportamiento antijurídico, del cual deberían responder ante la justicia, (34) la situación se torna altamente peligrosa existiendo ya en el extranjero precedentes jurisdiccionales al respecto.

8. Conclusión.

Una vez exteriorizada la síntesis de las situaciones de conflicto que pueden esgrimirse en relación a esta cuestión es menester dejar plasmada nuestra postura sobre el tema, sabemos que en el campo de las ciencias sociales es muy difícil arribar a lo verdadero o exacto, pero consideramos que el discurso dialéctico interdisciplinario e ínter ideológico es, sin duda, la mejor opción, (35) y a través de este trabajo queremos dejar plasmado nuestro aporte ético-jurídico a estos dilemas.

El artículo 13 de la ley 12.331 (Adla, 1920-1940, 703) tiene vigencia desde hace más de 70 años, pero la realidad de entonces era muy diferente a la actual, y es harto sabido que la falta de actualización normativa, especialmente en el ámbito matrimonial, puede crear una disfuncionabilidad entre los enunciados normativos y la realidad.

En este sentido, hacemos mención de las personas afectadas de SIDA, enfermedad cuya vía de contagio mas saliente son las relaciones sexuales, y pese a que cierta parte de la doctrina la consideran excluida del impedimento regulado en el artículo 13 de la ley 12.331, otros autores entienden que se halla ciertamente incluida en los términos de "enfermedad venérea"; sin entrar a analizar profundamente esta cuestión, *consideramos que no debería estarlo por los inconvenientes jurídicos y prácticos que ello produciría.* (36)

La situación se torna confusa y los resultados ilógicos o incongruentes, entonces la cuestión consiste en saber cuál es el precio que debemos pagar por mantener en el ordenamiento jurídico una norma de esta índole que no resuelve el conflicto sino que lo profundiza y que atenta contra uno de los principios jurídicos y bioéticos mas importantes en la actualidad: *el de autonomía*.

En este sentido creemos que la ley no debe prohibir matrimonios por la existencia de enfermedades, habida cuenta que ello pertenece al plano de lo autónomo, si sería valedero el consejo o la necesidad del conocimiento acerca de la enfermedad a través de los certificados prenupciales, pero no la prohibición. En definitiva, este es un tema que debe resolverse dentro del fuero íntimo del matrimonio pero bajo ningún modo a través de impedimentos nupciales, por ello y conociendo la existencia de los actuales proyectos legislativos de reforma que no difieren demasiado del argumento normativo actual, pregonamos por la preferencia de la autonomía por sobre la inmiscución estatal, y desde esta perspectiva robustecemos las aseveraciones vertidas por la encíclica Casti Conubii, siendo éste nuestro aporte.

Bibliografía.

(1) PLATON, República. Obras Competas. Argentina. Bibliográfica Ameba. 1967, t. III. Libro V. p. 236. El filósofo griego acude a la idoneidad práctica de su discípulo para arribar a una conclusión más valedera y dice refiriéndose a los matrimonios: a ti te corresponde decírmelo Glauco, veo que crías perros de caza y pájaros para la cetrería en gran número. ¿Has reparado en lo que se hace cuando se quiere aparearlos y que tengan crías? ¿Te has fijado lo que se les hace cuando se los quiere aparear para tener hijos con ellos? ¿No hay siempre entre estos animales, aunque todos sean de buena raza alguno que supera a los demás?... ¿y es indiferente para ti tener hijos de todos o prefieres tenerlos de los que superan a los demás?

(2) En este sentido decía "...en calidad de legislador, harás una selección entre las mujeres, como la has hecho entre los hombres, y aparearás estos con ellas, teniendo en cuenta todas las semejanza posibles. Poner en manos del azar los apareamientos carnales y demás actos de una sociedad en donde los cuidados traten de ser dichosos, es cosa que ni la religión ni los magistrados permitirán...". Si bien en los aspectos precedentemente mencionados aparecen notorios elementos que demuestran una relación entre la selección de personas y la descendencia, consideramos que no hay mayor evidencia sobre la postura de Platón en relación a la eugenesia que en los párrafos siguientes de su libro República, en donde señala "...Es preciso, según nuestros principios, que las relaciones de los sujetos selectos de entre ambos sexos sean frecuentes, y la de los sujetos inferiores muy raras; además es preciso criar los hijos de los primeros y no los de los segundos, si queremos que no degenere el rebaño...".

(3) Decimos dotadas biológicamente en el sentido de que las personas debían ser las mas aptas para crear la mejor descendencia posible, lo cual es evidente porque PLATON requiere las más frecuentes relaciones entre esta clase de individuos y las mayor escasez en los individuos inferiores.

(4) PLATON, ob. cit. p. 236.

(5) PLATON, ob. cit. p. 243.

(6) MORO, Tomás, Utopía. Traducción de Pedro Rodríguez Santidrián. Alianza Editorial S.A. Madrid 1997. p. 121.

(7) ROYO MARTINEZ, Miguel, "Prohibiciones nupciales en razón de enfermedad" Publicado en Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Instituto Editorial Reus. Centro de enseñanza y publicaciones. Madrid, 1950. p. 4.

(8) El motivo por el cual se presenta la mujer desnuda y se tiene muy en cuenta sus atributos físicos, no es otro, sino el mejoramiento del hombre desde la perspectiva biológica ya sea para la obtención de mejores guerreros, una raza mas digna o u robustecimiento físico de la ciudad. En igual sentido en las Civitas solis de Campanella se establecía que en los hombres y mujeres se presentan desnudos, y los magistrados determinaban cuales eran los más y los menos aptos para las uniones sexuales. Las mujeres bellas eran unidas tan solo con hombres bellos y altos, y los magistrados combinan las uniones según la constitución de los sujetos para que contemplándose, den buena raza.

(9) El dolo puede aparecer por la ocultación maliciosa de una enfermedad, dolencia o defecto, que de haber sido conocido por el esponsal sano este no habría accedido a las nupcias, y el error surge en relación a las cualidades personales del sujeto, entre las que se configura su estado físico, es decir aquí no se exige malicia o engaño, solo basta el dato objetivo de la existencia del mal u defecto (físico o psíquico).

(10) Entre les cuales se mencionaba a "...la familia que no produce hijos varones... y aquellas cuyos miembros tienen el cuerpo cubierto de largos pelos o sufren de tisis, dispepsia, epilepsia, lepra blanca o elefantitis.

Que el Brahman no se case con una muchacha que tenga los cabellos rojizos o... que esté a menudo enferma, o sea demasiada velluda..., o que tenga los ojos rojos...", "...que escoja una mujer bien formada..., que tenga el modo de caminar gracioso de un cisne o de un pequeño elefante, cuyo cuerpo esté revestido de un ligero vello, cuyos cabellos sean finos, cuyos dientes pequeños...". DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, Matrimonio y Eugenesia. El impedimento matrimonial de enfermedad. Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraf Ltda. 1944. p. 8.

(11) SOUTULLO, Daniel, La Eugenesia desde Galton hasta hoy, Talasa. Literatus. p. 11. Se presentaba al recién nacido a los ancianos que examinaban al niño, si estaba bien conformado y fuerte estos ordenaban criarlo, si había nacido mal y deforme lo llevaban al lugar llamado de los "Apostatas", precipicio situado cerca de Tiageto. Incluso antes de esta presentación, las mujeres lavaban con vino, agua helada u orina a los recién nacidos para probar su carácter, y practicaban en ocasiones el infanticidio dejando morir al niño sin alimento ni cuidados.

(12) Especial importancia le ha dado Jimenez de Asúa, en este sentido invitamos a verlo más desarrollado en la obra del notable tratadista. Véase JIMENEZ DE ASUA, Luis, Libertad de amar y derecho a morir. Buenos Aires, Losada S.A., 1942. p. 47.

(13) Este autor, en su libro "Examen de ingenios para las ciencias", dedica 5 capítulos (XVII al XXI, ambos inclusive) al estudio de la eugenesia. Los capítulos que sirven al presente estudio son: Capítulo XVII: Donde se trata la manera donde los padres han de engendrar los hijos sabios, y el ingenio que requieren las letras. Capítulo XVIII: Donde se declara con qué señales se conoce en qué grado de calor y sequedad está cada hombre. Capítulo XIX: Donde se declara qué mujer con que hombre se ha de casar para que pueda concebir. Capítulo XX: Donde se declara que diligencia se han de hacer para que salgan varones y no hembras. Capítulo XXI: Donde se ponen las diligencias que se han de hacer para que los hijos salgan ingeniosos y sabios.

(14) HUARTE J. de SAN JUAN, Examen de ingenios, Catedra, 1989. p. 322.

(15) HUARTE J. de SAN JUAN, ob. cit., p. 341.

(16) DARWIN, Charles. El Origen de las Especies, Longseller. 2004. p. 118.

(17) El descubrimiento fue este: si se cruzan los guisantes de olor de forma vulgar, con los enanos en la generación inmediata todos son altos; en la segunda una cuarta parte es ya enana y otra cuarta parte pura, con lo que ya en la generación segunda, una mitad ha vuelto a la estirpe pura de las progenitoras. En las generaciones sucesivas se mantiene aproximadamente esta proporción, aunque no es invariable. También se experimentó con otras plantas roedores y aves. Los caracteres que se manifiestan aparentes desde la primera hora se designan con el título de dominantes y los que quedan amadrigados, para reaparecer luego, se llaman recesivos. Por herencia parece que se eliminan los primeros, pero se conservan los segundos.

(18) JIMENEZ DE ASUA, Luis, ob. cit., p. 40.

(19) Este destacado autor explicaba que las etapas en una revolución científica son a) la pre-científica, b) el logro o descubrimiento inédito, c) la conversión o aceptación de la comunidad científica, d) el paradigma o patrón aceptado d) la etapa de ciencia normal, e) la crisis y f) la revolución o cambio del paradigma por otro. KHUN, Tomás, La estructura de las revoluciones científicas. Editorial Fondo de Cultura Económica México. p. 178.

(20) Cuan curioso resulta señalar que tanto Galton como Mendel nacieron en el mismo año y nunca se conocieron ni supieron de sus obras, aun cuando eran contemporáneos y sus investigaciones sobre la Herencia y la Eugenesia además de ser coetáneas se vinculan estrechamente.

(21) DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, ob. cit. p. 11.

(22) THOT, Tihamer, "Eugenesia y Catolicismo". Traducción de M. I. Dr. Antonio Sancho de Mallorca, 1ª edición, Editor Sociedad de Educación Atenas S.A., Madrid, 1942, p. 44.

(23) Como H. G. Wells, George Bernard Shaw, Kart Pearson o el propio Charles Darwin. Asimismo, durante la primera mitad del siglo XX, las ideas eugenésicas llegaron a tener muchos seguidores entre la clase política y en la comunidad científica internacional, y fueron llevadas a la práctica en algunos países. Científicos como el físico William Shockley o el genetista Hermann Muller eran eugenistas convencidos. El primero, Premio Nobel de Física e inventor del transistor, propuso la esterilización de todas aquellas personas cuyo cociente de inteligencia fuera inferior a 100. El segundo, Premio Nobel de Fisiología y Medicina. SOUTULO, Daniel, La Eugenesia desde Galton hasta hoy, ob. cit. p. 12.

(24) Carta Encíclica Casti Connubii del Papa Pío XI sobre el matrimonio cristiano, véase en este sentido la interpretación de VIDAL TAQUINI, en VIDAL TAQUINI, Carlos, "Matrimonio Civil. Ley 23.515", 1ª edición, Astrea, Buenos Aires. 1991, p. 84 (Nota a pie de página).

(25) THOT, Tihamer, "Eugenesia...", ob. cit., p. 57.

(26) THOT, Tihamer, "Eugenesia...", ob. cit., p. 58.

(27) En este sentido se dice que la encíclica "Casti Connubii" acepta y pregona propiamente todo cuanto aconseja la eugenesia positiva bien orientada. Por ejemplo, subraya vigorosamente los deberes que tienen los padres de educar a los hijos, y con ello la vida de familia es más ordenada y sana. Aprueba el examen médico practicado antes del matrimonio. Aunque no sea lícito prohibir el matrimonio a los enfermos, se puede y se debe educar la conciencia de los jóvenes para que ellos aprecien más que una rica dote el organismo no gastado y vigoroso, la valiosa materia de herencia, que ambos contrayentes llevan al matrimonio, y se abstengan espontáneamente del matrimonio, si de este han de nacer con toda probabilidad hijos enfermos o contrahechos. La Iglesia hace importante labor eugénica, al predicar que no se contraiga matrimonio a impulsos de una pasión ciega, por efecto de un flirteo o de una conversación habidos en la sala de baile o por causas sociales y materiales. THOT, Tihamer, "Eugenesia...", ob. cit., p. 62.

(28) Diccionario de ética y de filosofía moral, t. I. A-J. Publicación dirigida por Monique Canto-Sperber, Fondo de Cultura Económica, México D. F. 2001.

(29) La ley alemana del 25 de junio de 1933 con el título de "Gesetz zur Verhutung erbkranken nachwuchses" (ley de prevención de una prole enferma por herencia) que entrara en vigor el 1 de enero de 1934 establecía la esterilización obligatoria en los siguientes casos: 1° Si según los datos de la ciencia médica, es probable que los descendientes sufran de graves enfermedades corporales o espirituales. 2° Si piden tal operación o los mismos interesados o los colegios oficiales de médicos, o instituciones curativas o penales; 3° Si la Erbegesundheits-Gericht" (Tribunal de sanidad hereditaria) la decreta. Así entre las enfermedades comprendidas se encontraban: Imbecilidad heredada, esquizofrenia, depresión maniaca, epilepsia hereditaria, El baile de San Vito, Ceguera transmisible, Sordera transmisible, graves contorciones corporales, alcoholismo grave.

(30) JONAS, Hans, El principio de Responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Erder, Barcelona, 1995.

(31) Proclamación de Teherán, declaración fruto de las deliberaciones de las Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho. En HOOFT, Pedro Federico, "Bioética y Derecho", ED, 132-877.

(32) En realidad este era una de las finalidades de la norma la otra que era más inmediata consistía en que quien intentaba contraer nupcias, a través del certificado médico prenupcial obligatorio tomara conocimiento de la enfermedad que adolecía e intentara su curación.

(33) HOYOS VASQUEZ, Guillermo, "Moral Comunicativa y Bioética", JA, 2004-IV-1123.

(34) Vale aclarar que decimos caracteres en el sentido que no solo la transmisión de enfermedades estaría comprendida sino que una persona podría bajo argumentos Eugenésicos reprochar a sus padres la existencia de una prolongada nariz, ojos demasiado grandes, pera voluptuosa, etc. Y lo que es peor se plantea en el caso que, por ejemplo, una persona pueda acceder a las nupcias sin presentar el certificado que establece su aptitud nupcial desde el punto de vista físico porque el Oficial del Registro omite pedirlo. Así accede al matrimonio y trasmite una enfermedad a su prole. La pregunta se plantearía de la siguiente manera ¿podría el hijo, llegado a una determinada edad demandar a su padre por su acto negligente de no presentar el correspondiente certificado cuando sabía que debía hacerlo?

(35) Entendemos, siguiendo a LOLAS STEPKE que como en el caso de la medicina que comparte con el derecho el ser disciplina y profesión y nutrirse de determinada ciencia para sus conceptos y técnicas, el ideal de objetividad absoluta, de la búsqueda de la verdad y de la infalibilidad del método y sus resultados pueden ser objetados radicalmente. Aun el más objetivo de los conocimientos —el del mundo sensible— para serlo ha de hacerse discurso. LOLAS STEPKE, Fernando, "El derecho la cientificidad y la sociedad de riesgo: un comentario bioético". JA, 1999-IV-923. En igual sentido afirma MALIANDI que "...se hace cada vez más la clara la necesidad que los problemas morales sean sometidos a instancias dialógicas, porque se cobra conciencia de que la razón misma es dialógica, y esto significa que solo mediante la institucionalización de los discursos prácticos es posible alcanzar las soluciones más razonables, aunque estas, debido a la estructura irremisiblemente conflictiva

de lo social, nunca sean perfectas...". MALIANDI, Ricardo, Etica Conceptos y Problemas, 3ª edición, Biblos, Buenos Aires, 2004, p. 211.

(36) El inconveniente práctico es claro: la existencia de un impedimento de esta naturaleza no obsta para que la transmisión del mal se produzca, con lo cual, la norma pierde la virtualidad que le dio razón de ser como tal.

La acción de amparo contra las obras sociales para cubrir tratamientos de fertilización "in vitro"

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LA LEY 31/08/2011, 7 • LA LEY 2011-E, 73
Cita Online: AR/DOC/2791/2011
[Consultado el: 29/06/2020]

Sumario.

I. A modo de introducción. El caso comentado.- II. Fertilización in vitro, el derecho a la salud y constitución nacional.- III. Argumentos a favor de la procedencia de la acción de amparo y del reconocimiento de los gastos devinientes del tratamiento de fertilización asistida.- IV. Supuestos de inadmisibilidad de la acción de amparo.- V. La inexistencia de normas que regulen el tratamiento de fecundación in vitro.- VI. Nuestras conclusiones.

I. A modo de introducción. El caso comentado.

La sentencia de grado condenó a una empresa de salud a brindar cobertura integral a una pareja para que efectúe hasta cuatro procedimientos de fertilización *in vitro*, según sus miembros precisaron, a realizarse en un centro de salud neuquino, a fin de lograr un embarazo, en tanto se tuvo por acreditado que la mujer padece disminución de la reserva ovárica, mientras que el hombre astenoteratozoospermia severa, lo que les impide procrear.

La Cámara revocó la mencionada resolución considerando que ni en el PMO ni las demás normas infraconstitucionales se contemplan prácticas como las reclamadas y que ello no satisface el estándar de racionabilidad exigido en el art. 28 de la CN por cuanto en tal caso se suprime en forma absoluta el derecho de los actores a obtener asistencia médica, insistiendo en que la absoluta ausencia de toda norma que disponga alguna práctica orientada a superar la esterilidad es lo que demuestra lo irrazonable de la reglamentación del derecho constitucional a la salud reproductiva, ya que nada dispone al respecto.

El tema de la fecundación *in vitro* ha despertado serios debates por las cuestiones adyacentes que de ello se suscitan, (1) las cuales han llamado la atención de la doctrina en el ámbito mundial tomando una posición más o menos radical según el campo ideológico en el que reposan sus postulados.

En nuestro país, ante la ausencia de una norma precisa que imponga a las obras sociales contemplar la fecundación *in vitro* como tratamiento obligatorio, y no estando ella comprendida dentro del PMO, la magistratura se debate en torno a dirimir la procedencia o improcedencia de la acción de amparo que obliga a las obras sociales a que lleven adelante los tratamientos de fertilización *in vitro*, aunque ellos no estén dispuestos en las respectivas cartillas.

II. La fertilización *in vitro*, el derecho a la salud y constitución nacional.

II.1. El PMO como cobertura mínima: Expone AYUSO que el derecho a la salud no puede estar limitado a si la prestación se encuentra consagrada o no en el Programa Médico Obligatorio (PMO), dado que el desarrollo del mismo resulta ser mucho más amplio. En definitiva, las coberturas del PMO son coberturas mínimas que no pueden ser dejadas de lado por los prestadores del sistema, pero el derecho a la salud se encuentra por encima de éstas, pudiendo hacer efectivo aun sin norma reglamentaria que lo establezca. (2)

II.2. El derecho a la Salud por encima del PMO: Con relación a ello, se ha resuelto jurisdiccionalmente que corresponde hacer lugar a la acción de amparo impetrada por un matrimonio a efectos de obtener de su obra social la cobertura de un tratamiento de fecundación *in vitro*, pues más allá que en el Programa Médico Obligatorio (PMO) no se haga una mención expresa referida a la reproducción asistida, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que el derecho de la preservación de la salud no debe sino ser apreciado desde una perspectiva amplia, en tanto remite a un concepto integral de bienestar psicofísico de la persona, que tiene a su vez vinculación con el principio de la dignidad humana, sumado a que la Organización Mundial de la Salud considera a la infertilidad como una enfermedad (Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Sala II, 14/05/2010, "S., G. H. G., y C., G. L., c. Medifé", La Ley Online; AR/JUR/15975/2010. (del voto en disidencia del doctor Argañaraz. CFed. Mar del Plata, "B, C y otra c. UP", 2009/12/17, IMP 2010-6, 273, AR/JUR/61279/2009; "U., V. C. c. OSDE", 2010/01/12, La Ley Online; AR/JUR/207/2010; TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "A., M. R. y otros c. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires", 2009/08/26, La Ley Ciudad Autónoma Buenos Aires, 2009 (octubre), 553 - La Ley Ciudad Autónoma Buenos Aires, 2009 (diciembre), 633, con nota de María Soledad Webb; AR/JUR/30351/2009).

II.3. La prevalencia de la CN sobre el PMO: Aduna WEBB que es indudable que el apego estricto al mentado programa colisiona con el derecho a la vida y a la salud, a la formación de una familia sin ningún tipo de discriminación y a gozar de los adelantos científicos que la Medicina incorpora día a día en pos de lograr vencer los trastornos de fertilidad que posee un importante sector de la población en edad reproductiva, sustentados por una pluralidad de normas de génesis nacional como supranacional, que a partir de la reforma de nuestra Carta Magna de 1994 se encuentran junto a ella en la cúspide de nuestro derecho interno. Siendo el meollo de esta disputa disipar cuál de las normas quedará desplazado por la aplicación de la otra. Siendo la única respuesta jurídicamente posible la prevalencia de nuestra Ley Fundamental por el lugar que ocupa en nuestra pirámide legislativa, restándole valor a una resolución ministerial. (3)

III. Argumentos a favor de la procedencia de la acción de amparo y del reconocimiento de los gastos devinientes del tratamiento de fertilización asistida.

III.1. El resguardo al derecho de igualdad, el de formar una familia y corregir un estado de salud impediente para acceder al embarazo: Siguiendo estos parámetros, se ha dicho que corresponde hacer lugar a la acción de amparo incoada por un matrimonio, a fin de que la obra social demandada cubra los gastos de un tratamiento de fertilización asistida, en resguardo del derecho a la igualdad, el de formar una familia y el de corregir un estado de salud impediente para el embarazo y nacimiento de un hijo por método quirúrgico. (Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Sala I, 13/05/2010, "F., E. H. y C., F. A. c. O.S.P.E.C.O.N." La Ley Buenos Aires, 2010, (agosto), 780, AR/JUR/16036/2010).

III.2. La arbitrariedad e ilegalidad de la negativa a brindar el tratamiento: Bajo esta tesitura, numerosa jurisprudencia sostuvo que, teniendo en cuenta los tratados internacionales de derechos humanos, los arts. 14 bis y 41 de la Constitución Nacional y la Ley 25.673, así como las recomendaciones contenidas en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994, celebrada en El Cairo, la negativa de la obra social a dar cobertura a la actora a la fecundación *in vitro* solicitada revela arbitrariedad e ilegalidad, tornando procedente la acción de amparo deducida, pues el objetivo de la política de salud no es

ofrecer iguales prestaciones para todos, sino prestaciones según necesidades que representen una igual posibilidad de gozar de buena salud dentro de un sistema universal y solidario y el equilibrio no se rompe por otorgar cobertura a un tratamiento de fertilización *in vitro*, único método posible para que los amparistas puedan lograr un embarazo, son por no otorgarla (Vg. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 04/05/2010, A., L. y Otro c. Obra Social de Empleados Cinematográficos Mar del Plata, La Ley Buenos Aires, 2010 (noviembre), 1159 - La Ley Buenos Aires, 2011 (marzo), 173, (del voto del doctor Ferro). Con nota de Paola Alejandra Urbina; AR/JUR/16251/2010. Ver también: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala I, 30/07/2010, "M., M. A. y otros c. I.A.P.O.S. y otro", La Ley Online, AR/JUR/39596/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 29/04/2010, "L. P., M. C. y otro c. OSDE.", La Ley Online, AR/JUR/28217/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 18/03/2010, "V. M. C. c. OSDE organización de servicios directos empresarios", AR/JUR/9848/2010; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 12/01/2010, "U., V. C. c. OSDE", La Ley Online, AR/JUR/207/2010; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 29/12/2009, "R., M. V. y otro c. OSPE y OMINT", La Ley Buenos Aires, 2010 (junio), 570, AR/JUR/59272/2009).

III.3. La prestación de un adecuado servicio de salud: El "*adecuado servicio de salud*" también constituye un fundamento sólido en el cual han reposado diferentes precedentes nacionales. En este orden, se consideró que correspondía condenar a la obra social accionada a cubrir en su totalidad el tratamiento de fertilización asistida prescripto a una pareja afiliada por su médico tratante, si pudieron acreditar su calidad de afiliados y su dificultad para procrear, siendo que la circunstancia de que la prestación no se encuentre contemplada en el Programa Médico Obligatorio no basta para eximir a la accionada de su obligación de prestar un adecuado servicio de salud. (Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 22/04/2010, "C., N. B. y otro c. DIBA y otro" La Ley, Buenos Aires, 2010, (diciembre), 1284, AR/JUR/16048/2010. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, "B, C y otra c. UP", 17/12/2009, IMP 2010-6, 273, AR/JUR/61279/2009; Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de Mar del Plata, "R., N. B. c. I.O.M.A.", 03/11/2009, La Ley Buenos Aires, 2009 (diciembre), 1242 - IMP 2010-3, 300; Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de San Martín, "Q. M. T. c. I.O.M.A.", 30/12/2008, La Ley Online; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, "N.N. y otra c. I.O.M.A. y otra", 29/12/2008, La Ley Buenos Aires, 2009 (febrero), 100 - La Ley 13/03/2009, 7; La Ley 2009-B, 297; La Ley Buenos Aires, 2009 (abril), 252).

III.4. La imposibilidad de acceder al tratamiento por falta de recursos económicos por parte del afiliado: La Cámara Federal de Mar del Plata concluyó que si el acceso a las técnicas de fertilización asistida constituye un aspecto del derecho a la salud, no puede encontrarse reservado a las personas que poseen los medios económicos para solventar los tratamientos más sofisticados y eficaces contra la esterilidad, y resultar vedado para quienes carecen de recursos suficientes. (Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 22/04/2010, "C., N. B. y otro c. DIBA y otro", La Ley Buenos Aires, 2010 (diciembre), 1284, AR/JUR/16048/2010).

III.5. La falta de perjuicio de la obra social por la onerosidad del tratamiento: El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro dispuso que corresponde hacer lugar a la acción de amparo intentada por un matrimonio, a fin de obtener la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida por parte de su obra social, dado que ésta no logra demostrar que el excesivo valor de la prestación requerida pudiera redundar en la afectación ilegítima del derecho que también asiste al resto del universo de los afiliados al agente de salud, esto es, que por los gastos que una cobertura en particular demanda, las necesidades de otros beneficiarios pudieran quedar indebidamente satisfechas. (En autos: "M., V. A. y otro", 18/12/2008, La Ley Patagonia, 2009 (abril), 781 - DJ 08/07/2009, 1871),

III.6. La infertilidad como enfermedad: Algunos precedentes argumentan la viabilidad de la acción de amparo al considerar a la infertilidad como *una enfermedad*. En este sentido, se dijo que es procedente el amparo incoado por los afiliados a una obra social tendiente a obtener la cobertura de un tratamiento de fertilización *in vitro*, pues teniendo en cuenta que la Organización Mundial de la Salud considera a la infertilidad como una enfermedad y que en el caso la aplicación de las técnicas de reproducción son requeridas debido a la infertilidad producida por

una obstrucción en las trompas del falopio, resulta evidente que la obra social deba cubrir dentro de las prestaciones médicas obligatorias el tratamiento de la enfermedad, el procedimiento terapéutico de reproducción asistida, el embarazo, el parto, e inclusive el cuidado neonatal del recién nacido. (Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 29/12/2009, "R., M. V. y otro c. OSPE y OMINT", La Ley Buenos Aires, 2010 (junio), 570, AR/JUR/59272/2009. (Voto del doctor Ferro).

III.7. La obligación de las obras sociales de incorporar dentro de su cobertura las prestaciones médicas y farmacológicas sobre métodos conceptivos: La Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de San Martín resolvió que corresponde hacer lugar a la acción de amparo impetrada por una afiliada a efectos de obtener de su obra social la cobertura del tratamiento de fecundación *in vitro* prescripto por su médico pues, el art. 6 de la Ley 13.066 de la Provincia de Buenos Aires impone a las obras sociales incorporar dentro de su cobertura las prestaciones médicas y farmacológicas sobre métodos conceptivos, y la falta de reglamentación sobre los métodos de fertilización asistida no justifica la denegatoria de la cobertura de los mismos. Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de San Martín, 30/12/2008, "Q. M. T. c. I.O.M.A.", La Ley Online; AR/JUR/17949/2008).

III.8. La obligación del Estado de paliar las deficiencias que impiden la reproducción natural de una persona: En varios precedentes se hizo hincapié en el deber del Estado de velar por la salud de aquellos que se encuentran impedidos de ejercer su función reproductora. Así se ha dicho que es procedente el amparo incoado por los afiliados a una obra social contra ésta, tendiente a obtener la cobertura económica de un tratamiento de fertilización *in vitro*, pues la infertilidad que padece la actora y por la que se ve impedida de procrear representa un desmedro a su salud pasible de protección, siendo el Estado el obligado a paliar las deficiencias que impiden la reproducción natural de una persona, y no solamente a sostener a aquellos que no se ven afectados por impedimentos en su función reproductora. (Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 26/05/2008, "Ayuso, Marcelo Roberto y otros c. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires", IMP 2008-15 (agosto), 1348 - La Ley Ciudad Autónoma Buenos Aires, 2008 (agosto), 131 - La Ley Ciudad Autónoma Buenos Aires, 2008 (octubre), 188, con nota de Adriana N. Krasnow; Sup. Const. 2009 (junio), 65, con nota de Darío E. Kusinsky; La Ley 2009-D, 274, con nota de Darío E. Kusinsky; AR/JUR/3290/2008)

III.9. Irrelevancia en torno a que se trate de una pareja del mismo sexo: Con relación a este tema se consideró que corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada por una pareja compuesta por dos mujeres a fin de que la obra social demandada cubra los costos del tratamiento de fertilización *in vitro* que les permitirá tener un hijo de ambas, ya que la verosimilitud del derecho se sustenta en el derecho a la salud y en la igualdad, y el peligro en la demora surge de la edad de una de las integrantes de la pareja. (Juzgado en lo Contenciosoadministrativo y Tributario N° 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 24/11/2009, "P., M. E. y otros c. Oscba", La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010 (febrero), 114 - La Ley Ciudad Autónoma Buenos Aires, 2010 (abril), 170, con nota de Catalina Elsa Arias de Ronchietto; DFyP //2010 (enero, 255, con nota de Adriana N. Krasnow; María Isabel Benavente; DFyP 2010 (abril), 278, con nota de Catalina Elsa Arias de Ronchietto; AR/JUR/44264/2009).

IV. Supuestos de inadmisibilidad de la acción de amparo.

IV.1. No es viable si existe un tratamiento o terapia superadora que evite la fertilización in vitro: En este orden se ha señalado que es procedente revocar la sentencia que condenó a obra social demandada a brindar a los accionantes la cobertura de un tratamiento de fecundación *in vitro*, si ante la falta de certeza sobre la situación médica de la actora y de la pertinencia del tratamiento médico a aplicar como terapia superadora de la infertilidad, el juez de grado rechazó la prueba pericial y el examen de consultor técnico solicitado a fin de verificar dichos extremos, pues se trataba de elementos de fundamental importancia probatoria, cuya denegatoria afectó el derecho de defensa de la demandada. (Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 26/08/2009, "A., M. R. y

otros c. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires", La Ley Ciudad Autónoma Buenos Aires, 2009 (octubre), 553 - La Ley Ciudad Autónoma Buenos Aires, 2009 (diciembre), 633, con nota de María Soledad Webb; DFyP 2009 (octubre), 229, con nota de Javier Indalecio Barraza; AR/JUR/30351/2009. Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de San Martín, "Q. M. T. c. I.O.M.A.", 30/12/2008, La Ley Online; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, "L., H. A. y otra c. I.O.M.A. y otra", 29/12/2008, La Ley Online; Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, "S.A.F. y A.H.A.", 15/12/2008, Sup. Adm. 2009 (febrero), 37 - La Ley 2009-A, 408; Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial, Minería y Sucesiones N° 5, "M., V. A. y otro", 07/10/2008, La Ley Patagonia, 2009 (febrero), 703 - La Ley Patagonia, 2009 (junio), 843, con nota de Griselda Isabel Bard).

IV.2. El tratamiento expresamente excluido de la póliza contratada: Acaudalada jurisprudencia consideró que debe rechazarse la acción de amparo incoada contra la empresa de medicina prepaga codemandada a la cual estaban afiliados voluntariamente los accionantes, a fin de que preste cobertura para la realización de una fertilización *in vitro*, si la cobertura de dicho tratamiento se encontraba expresamente excluida en la póliza contratada. (Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B, 08/09/2010, "V., C. M. y otro c. O.S.I.M. y otra", La Ley Córdoba, 2010 (noviembre), 1157 - La Ley Córdoba, 2011 (febrero), 26, Con nota de María Soledad Webb; AR/JUR/47321/2010. En igual sentido: Cámara Federal de Apelaciones de Salta, "Rovedatti, Noelia Fernanda - Ortiz, Nicolás c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación", 03/09/2010, La Ley Online; AR/JUR/46134/2010; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, "N.N. y otra c. I.O.M.A. y otra", 29/12/2008, La LEY, 2009-B, 297; AR/JUR/20467/2008; Juzgado en lo Contenciosoadministrativo y Tributario N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "A., M. R. y otros c. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires", 20/11/2007, LA LEY, 2008-A, 148, AR/JUR/7499/2007).

IV.3. La finalidad del sistema de salud no se lesiona: Bajo esta tesitura se consideró que procede rechazar la acción de amparo incoada por un matrimonio a fin de que la obra social a la que se encuentran afiliados cubra totalmente los gastos de un tratamiento de fertilización *in vitro*, pues el sistema de salud, del que son agentes las obras sociales, está estructurado para asegurar a todas las personas el disfrute del más alto nivel de salud física y mental, mediante la mejor asignación posible de sus recursos, pero no contempla otras situaciones que no pongan en riesgo la vida de los solicitantes (Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Sala I, 13/05/2010, "F., E. H. y C., F. A. c. O.S.P.E.C.O.N.", La Ley Buenos Aires 2010 (agosto), 780, AR/JUR/16036/2010. (del voto en disidencia del doctor Fernández).

IV.4. Las medidas cautelares en superposición con el objeto de la acción: Con relación a las *medidas cautelares* con las que comúnmente se acompaña este tipo de acciones, es menester señalar que en la mayoría de los casos ellas se superponen con el objeto mismo de la demanda, por lo cual su improcedencia resulta manifiesta en gran parte de los planteos, así ha dicho la Sala III de la CNFed. que debe denegarse la medida cautelar tendiente a que se ordene a una empresa de medicina prepaga otorgar a la afiliada peticionante la cobertura económica del 100% de una prestación de fertilización *in vitro*, pues la precautoria coincide con el objeto de la acción de amparo deducida, de modo que hacer lugar a lo requerido implicaría adelantar un pronunciamiento sobre el fondo de la materia en litigio; y no habiéndose acreditado la necesidad imprescindible de iniciar el tratamiento con anterioridad al dictado de la sentencia. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 31/03/2009, "H., N. y otro c. Galeno S.A.", DJ 07/10/2009, 2844, AR/JUR/8099/2009).

V. La inexistencia de normas que regulen el tratamiento de fecundación *in vitro.*

V.1. La obligación tácita de la obra social: Algunos precedentes han sostenido que si bien no existe una obligación legal por parte de la obra social accionada de cubrir el tratamiento de fertilización *in vitro* requerido por los amparistas, por razones de equidad corresponde ordenar su cobertura de forma limitada ponderando que la pareja que acreditó una larga convivencia no puede procrear debido a la enfermedad severa que padece uno de sus integrantes, no cuentan con recursos económicos para costear dicho tratamiento y el reconocimiento del

derecho a la salud reconocido por diversos tratados con jerarquía constitucional. (Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B, 08/09/2010, "V., C. M. y otro c. O.S.I.M. y otra", La Ley Córdoba, 2010 (noviembre), 1157 - La Ley Córdoba, 2011 (febrero), 26, Con nota de María Soledad Webb; AR/JUR/47321/2010. Cámara Federal de Apelaciones de Salta, "Rovedatti, Noelia Fernanda -Ortiz, Nicolás c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación", 03/09/2010, La Ley Online; AR/JUR/46134/2010; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, "N.N. y otra c. I.O.M.A. y otra", 29/12/2008, LA LEY, 2009-B, 297; AR/JUR/20467/2008; Juzgado en lo Contenciosoadministrativo y Tributario N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "A., M. R. y otros c. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires", 20/11/2007, LA LEY, 2008-A, 148, AR/JUR/7499/2007).

V.2. La iniciativa jurisdiccional ante la ausencia de normas: Expone FAMÁ que los progresos biotecnológicos conllevan logros espectaculares, pero enfrentan también a los operadores del derecho con situaciones inéditas que cuestionan las categorías jurídicas elaboradas por la dogmática y promueven su revisión mediante soluciones actualizadas. A la zaga de los problemas emergentes de la casuística cotidiana, las disposiciones normativas no resultan suficientes. El activismo judicial se alza entonces como generador de respuestas tendientes a garantizar el acceso a los derechos fundamentales. (4)

V.3. La falta de atribuciones del Poder Judicial en la materia: En sentido contrario a lo expuesto, se juzga que no constituye una función del Poder Judicial la creación de normas que regulen la materia, pues ello compete al Poder Ejecutivo, así la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca dispuso que corresponde rechazar la acción de amparo impetrada por un matrimonio a fin de que se ordene a una obra social a cubrir el tratamiento de fecundación *in vitro*, pues ante la inexistencia de normas que regulen la cobertura de dichos tratamientos, no se puede desde el poder judicial tomar la decisión de ampliar el alcance del Plan Médico Obligatorio (PMO), condenando a cubrir esa prestación, sin invadir esferas propias de otros poderes del Estado, máxime tratándose de un caso en el cual la afiliada no corre riesgo de vida. (Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Sala II, 14/05/2010, "S., G. H. G., y C., G. L., c. Medifé", La Ley Online; AR/JUR/15975/2010. En igual sentido: CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Enia, Gabriela Susana y Otro c. IOMA y otro", 2009/11/19, La Ley 30/03/2010, 7, AR/JUR/57857/2009).

VI. Nuestras conclusiones.

Como primera consideración, es preciso señalar que este tipo de requerimientos se plantean normalmente a través de la *acción de amparo.* Pues, *por nuestra parte, creemos que en la mayoría de los casos no se configuran los minuciosos recaudos exigidos por la ley para su procedencia*, principalmente en lo que atañe a su *ilegalidad manifiesta* y a la *urgencia.* En este sentido, se recomienda la lectura del impecable fallo de la C. Apel. de Puerto Madryn en los autos: *Waimann, Vanesa y Hernandez Moresino, Rodrigo Daniel s. acción de amparo"*, (SIF, Registrada bajo el N° 01/10), donde se percibe la fina pluma del Mag. VIVAS, y donde pueden apreciarse, en detalle, los recaudos exigidos para la acción amparo en este tipo de casos. Ellos, —como señalamos—, *son estrictos, precisos y de difícil adecuación a esta clase de pretensiones.*

Analizando la cuestión de fondo, consideramos que si bien es cierto que el PMO constituye una cobertura mínima, y el derecho de salud se encuentra por encima de éste, porque las normas de nuestra Carta Magna son jerárquicamente superiores al primero, *admitir que "cualquier tratamiento" se encuentra comprendido dentro de "cualquier cobertura" de las ofrecidas por la Obra Social, constituye una clara injusticia que resiente considerablemente el sistema de salud.*

Los argumentos de la jurisprudencia argentina que admiten la viabilidad de la acción de amparo, sustentados en el resguardo al derecho de igualdad, el de formar una familia y corregir un estado de salud impediente para acceder al embarazo (Vg. 3.1); la arbitrariedad e ilegalidad de la negativa a brindar el tratamiento (Vg. 3.2); la prestación de un adecuado servicio de salud (Vg. 3.3); la imposibilidad de acceder al tratamiento por falta de recursos económicos por parte del afiliado (Vg. 3.4); la falta de perjuicio de la obra social por la

onerosidad del tratamiento (Vg. 3.5); la infertilidad como enfermedad. (Vg. 3.6); la obligación de las obras sociales de incorporar dentro de su cobertura las prestaciones médicas y farmacológicas sobre métodos conceptivos (Vg. 3.7); la obligación del Estado de paliar las deficiencias que impiden la reproducción natural de una persona (Vg. 3.8); *ceden ante la falta de previsión del tratamiento en la póliza contratada, porque admitir el criterio opuesto significaría aceptar que cualquier afiliado reclame el máximo tratamiento ante la mínima cobertura*.

Además, nos preguntamos: *¿cuáles serían los límites?*; o por ejemplo, *¿Por qué la fertilización asistida sí y una cirugía estética mamaria no?*, (5) si al fin y al cabo el concepto de "enfermedad" de la OMS es completamente amplio, y dentro de éste pueden verse incorporados una serie de tratamientos y enfermedades por las cuales la obra social debe responder, aun cuando no se encuentren incluidas en el plan contratado.

La lógica de este razonamiento nos lleva a *resultados absurdos*, pues bajo estas premisas podemos incorporar una gran cantidad de enfermedades o tratamientos. Entonces; *¿qué sentido tendría la escisión de planes dentro de las obras sociales, si al fin y al cabo quedarían comprendidos en cualquier tratamiento con cualquier cobertura, y éstas estarían compelidas a cubrirlos ante el más mínimo requerimiento del afiliado?*

Es por ello que coincidimos plenamente con el fallo comentado cuando dispone que "*...las únicas obligaciones asumidas por la demandada se ciñen a las del contrato —invocado por los amparistas como título por el que pretendieron conseguir de la empresa las coberturas descriptas ab initio—, contra el pago de la cuota mensual al que se obligaron y que responde, quiérase o no, a lo que se obligaron mutuamente (art. 1198, Cód. Civ.). La regla del "pacta sunt servanda" sobre el que reposa el régimen obligacional de los contratos en el derecho nacional puede y debe ser morigerada al trasluz del derecho del consumidor, mas la Ley 24.240 no ha venido a derogar la piedra angular en materia de contratos y, pienso, tampoco puede ser opuesta en el caso de autos como herramienta que tenga por no escrita la cláusula que excluyó las prácticas que aquí se reclaman. Para sostener esto último alcanza con pensar que, de ser correcto el razonamiento del fallo, bastaría con contratar el plan más económico de una empresa de medicina prepaga y, con la sola invocación del art. 37 de la Ley 24.240, gozar de la cobertura del programa con las mayores y más extensas prestaciones. Es que no se trata, en el fondo, de una cláusula sorpresiva u oculta que ocasiona perjuicio al consumidor, o que genere una duda interpretativa que deba resolverse a favor de éste: cualquier persona de entendimiento medio sabe que un plan de salud más barato genera menos prestaciones e inferiores beneficios que el más caro, tanto como cuando se adquiere, de entre una gama del mismo producto, uno más costoso, porque tiene mayores prestaciones o tecnología...*"

Por último, —como es sabido—, nuestra Constitución en su art. 19 establece que "*...nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda...*", por ello, la obligación de la obra social de prestar un servicio, en este caso fertilización *in vitro*, —al cual no se ha comprometido—, sería violatorio de dicho precepto como asimismo del art. 1197 del Cod. Civil.

En este orden, *no es una tarea de incumbencia de la magistratura, sino del poder administrativo incorporar la disposición que obligue a esta última a cumplir con la prestación requerida, pues nuestro país se sustenta en un sistema codificado y quien dice "codificación" dice adoptar el principio en razón del cual el único encargado de crear la ley es el legislador.*

Bibliografía.

(1) En este sentido, como explica Rabinovich, producida la fecundación in vitro y concebido el ser humano, cualquier decisión que lo involucre debe respetar su dignidad y el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 03/12/1999, Rabinovich, Ricardo D., LA LEY, 2001-C, 824 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General - Director: José W. Tobías, La Ley, 2003, 33, con nota de José W. Tobías; Gonzalo Lavalle; AR/JUR/1589/1999. Es decir la cuestión trae aparejadas concepciones disímiles en la jurisprudencia, incluso foránea: así la CSJ de Costa Rica ha dicho que la aplicación de la técnica de Fecundación in vitro y Transferencia de Embriones, aun con las restricciones que contiene el decreto 24029-S (Costa Rica), atenta contra la vida, ya que el embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de

investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelamiento, y expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte, siendo por ello ilegítimo constitucionalemente (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala constitucional, 15/03/2000, Navarro Del Valle, Hermes c. Decreto Ejecutivo 24.029-S, AR/JUR/5814/2000). En sentido opuesto el Tribunal de Roma sostuvo que el contrato de maternidad sustituta —en el caso, el embrión que se implantará a la donante fue obtenido in vitro con los gametos de los actores— concertado por razones solidarias y libremente otorgado, es lícito y merece tutela al constituir la afirmación del derecho primario a la procreación y del derecho de los miembros de su pareja a la realización como padres, que encuentra fundamento en el derecho de manifestación y desarrollo de la personalidad. Tribunal de Roma, 14/02/2000, "G. D. Schettini - A c. P. B.", RcyS, 2001, 1451, AR/JUR/5657/2000.

(2) AYUSO, Luis Emilio, "El derecho a la salud por sobre el Programa Médico Obligatorio", La Ley Litoral 2010 (octubre), 969.

(3) WEBB, María Soledad, "¿El PMO al excluir a la medicina reproductiva impide el real ejercicio del derecho a la salud?", LA LEY, 2010-E, 287.

(4) FAMÁ, María Victoria, "La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano", LA LEY, 2009-D, 78.

(5) Con relación a este último interrogante, y partiendo de las premisas esgrimidas por la magistratura nacional que impone a la obra social el tratamiento de fertilización in Vitro, se llegaría a los mismos resultados partiendo del mismo silogismo lógico:

* La OMS entiende por enfermedad a la que ocasiona un trastorno psico-físico.

* Evidentemente, en la sociedad moderna, hay mujeres que pueden verse afectadas psicológicamente por no tener las medidas *standard* de senos.

* Ello denota una enfermedad en la consideración de la OMS.

* El derecho a la salud tiene jerarquía constitucional.

* Las obras sociales no pueden sustentarse en sus propias pólizas, ni mucho menos en el PMO, porque ellos son repulsivos "al derecho a la salud" consagrado en nuestra Carta Magna.

La culpa penal y su injerencia en la apreciación de la culpa civil

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: http: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2011-VII, 257
Cita Online: AR/DOC/1886/2011
[Consultado el: 29/06/2020]

Sinopsis.

La variedad de precedentes seleccionados denotan un sinfín de situaciones en torno al campo de aplicación de los lineamientos exteriorizados en sede penal al ámbito civil, haciendo especial hincapié en torno a la apreciación diferencial de la culpa en ambos sistemas jurídicos.

Dos aristas normativas centran el interés jurisprudencial y doctrinal en la materia, por un lado el artículo 1102 del Código Civil y la disputa subyacente en torno a la expresiones "hecho principal" y "culpa del demandado" las cuales han abierto diferentes apreciaciones interpretativas, y por otro lado aparece el artículo 1103 en donde, conforme a la prescripción normativa, la absolución en sede penal cierra el debate en torno al hecho principal en sede civil, no obstante la claridad de la ley en esta cuestión, se han discutido asiduamente aspectos conexos tales como la entidad de la naturaleza y graduación de la culpa penal y civil, la apreciación diferencial en torno al fundamento represivo o resarcitorio de ambos régimen, la posibilidad de que existan variables intermedias según los estatutos procesales locales, tales como la suspensión del juicio a prueba, el sobreseimiento provisorio, etc.).

En definitiva, como veremos en los párrafos venideros, aún cuando sendos preceptos jurídicos denotan una peculiaridad diáfana, su alcance interpretativo, como así también su aplicación y extensión, aparecen como una "obra en construcción constante" a la cuál la justicia y los autores de derecho día a día van aportando "la materia" para lograr el fortaleciendo de los cimientos sobre los cuales reposa.

I. Virtualidad del artículo 1102 del Código Civil.

Casuística.

I. 1. Graduación de la culpa.

Si bien el art. 1102 del Cód. Civil establece que luego de la condenación del acusado en el juicio criminal no se podrá contestar en el civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar su culpa, ello no impide discutir la graduación de la misma cuando son varios los condenados y no medió discriminación, ni que aquel alegue la culpa del damnificado para disminuir proporcionalmente la indemnización a su cargo.

CNCiv., sala E, 28/05/2007, S., D. R. y otro c. Nieto, Raúl Rodolfo y otros, DJ 2007-III, 693.
Contexto Doctrinario:

— Compagnucci de Caso, Rubén H. Relación entre la sentencia penal y la sentencia civil. LA LEY 1990-D, 55 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 411.

Ante una resolución del juez en lo penal el jurista se plantea el interrogante acerca de cuál es su valor en la otra jurisdicción, y si verdaderamente debe o no existir esta interconexión, o resulta preferible dejar como independizadas ambas cuestiones judiciales.

— Tobías, José W. Las causas de justificación en la sentencia penal y su influencia en el proceso civil. LA LEY 1992-E, 393-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 417

Explica el autor la influencia de la sentencia penal condenatoria sobre la acción de responsabilidad civil, el ámbito de aplicación del art. 1102, como así también el contenido de la expresión "culpa del demandado" y de la frase "existencia del hecho principal" a la que se refiere la normativa civil vigente.

Biblioteca.

Creus, Carlos: "Influencia del proceso penal sobre el proceso civil" Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1981.

Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", T. 3, Ed. Hammurabi, Buenos Aires.

Casuística.

I. 2. Concurrencia de culpabilidad.

Si bien en virtud de lo previsto en el art. 1102 del Código Civil, el condenado en sede penal como autor penalmente responsable por los daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, no puede discutir en sede civil, la existencia del hecho, ni impugnar su culpabilidad, nada obsta a que alegue y pruebe la culpa concurrente de la víctima.

CNCiv., sala G, 29/02/2008, Luna, Marcelo Sebastián c. Collia, Pablo Walter y otro, LA LEY 06/05/2008, 06/05/2008, 7 - LA LEY 2008-C, 274.

Contexto doctrinario.

— Agoglia, María M. Relación de causalidad y cocausación. LA LEY 2004-B, 1-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 1005

El autor mantiene candente el debate doctrinario actual suscitado en relación a la expresión "existencia del hecho principal", el cual tiene en miras considerar si la locución involucra la materialidad del hecho, las circunstancias de tiempo y de lugar, la autoría, la tipicidad y la antijuridicidad.

— Peralta Reyes, Víctor. Efectos de la cosa juzgada penal sobre el juicio civil. El supuesto de sentencia. LA LEY 2005-B, 1266-DJ 2005-1, 1085

El autor analiza el caso de la sentencia penal absolutoria, la noción de hecho principal sobre el cual recayó la absolución, la calificación de los hechos efectuada en sede criminal, la falta de autoría, la absolución basada en el "principio in dubio pro reo", el problema de la culpabilidad, el tipo de resolución penal donde anida la absolución, y el caso del sobreseimiento.

Biblioteca.

Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J., en "Tratado de la Responsabilidad Civil", La Ley, 2004.

Orgaz, Alfredo, "La culpa", Ed. Lerner, Buenos Aires, 1970

Casuística:

I. 3. La culpa de la víctima en el proceso civil.

Si bien la sentencia condenatoria dictada contra el imputado en sede penal no impide analizar la culpabilidad de la víctima o de un tercero en el fuero civil —en el caso, el conductor del vehículo en el que viajaba la damnificada por el accidente de tránsito—, la idéntica naturaleza del argumento utilizado en una y otra sede impide su nueva consideración, pues ello importaría la revisión de circunstancias ya juzgadas en sede penal, alterando el valor de cosa juzgada de una sentencia condenatoria firme en violación del art. 1102 del Código Civil.

CNCiv., sala B, 20/07/2007, Negri, Analía Elizabeth c. Transporte Latapie S.A. y otros, La Ley Online.

Contexto doctrinario.

— Correa, José Luis. Culpa grave del conductor no asegurado. LA LEY 2009-C, 315.

El jurista explica la influencia de las sentencias penales (sean éstas absolutorias o condenatorias), en los procesos civiles, con la finalidad principal de evitar sentencias contradictorias, poniendo de resalto que dicha influencia resulte no ser absoluta sino relativa conforme a los lineamientos esbozados por nuestro codificador.

— Bustamante Alsina, Jorge. Responsabilidad civil en caso de pluriparticipación profesional en acto médico. LA LEY 1983-B, 314-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 137

El jurista expone los mecanismos en razón de los cuales se genera la influencia de la cosa juzgada penal sobre el proceso civil y el funcionamiento de las omisiones en ambos planos jurídicos.

Biblioteca.

Clariá Olmedo, J., "Tratado de Derecho Procesal Penal"; Vélez Mariconde, A., "Acción resarcitoria", Córdoba, 1965.

Chiovenda, José, "Principios de derecho procesal civil"; Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, España, 1.977

II. Virtualidad del artículo 1103 del Código Civil.

Casuística.

II.1. Criterio de la Corte Suprema de la Nación.

La autoridad de la cosa juzgada reconocida por el artículo 1103 del Código Civil a la sentencia absolutoria queda limitada a la materialidad de los hechos y a la autoría, sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa, por lo que llevada la cuestión a los estrados de la justicia civil, puede indagarse —en la medida en que la culpa civil es distinta en grado y naturaleza de la penal—, si no ha mediado de parte del procesado una falta o culpa civil que lo responsabilice pecuniariamente.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/11/2008, Mendizábal de Etchart Edita c. Kenndy, Aldo Federico, LA LEY 05/02/2009, 05/02/2009, 5 - LA LEY 2009-A, 363 - DJ 12/08/2009, 2205, con nota de Graciela Messina de Estrella Gutiérrez.

Contexto doctrinario.

— Rodríguez Saiach, Luis A. Vitale, Carlos A. Las cuestiones previas a la demanda y las cuestiones prejudiciales. LA LEY 23/09/2009, 1.

El autor plantea en este trabajo la necesidad de no confundir las cuestiones previas a la interposición de una demanda con las cuestiones prejudiciales. Las primeras representan una actividad no jurisdiccional mientras que las cuestiones prejudiciales, en cambio, atañen a la competencia y son aquellas conexas con la cuestión de fondo, planteada en el proceso civil, que por su naturaleza están atribuidas al conocimiento de juzgados y tribunales de distinto orden jurisdiccional, en el que pueden dar lugar a un proceso y resolución propia. Destaca, así también, que la culpa civil se informa de criterios distintos al de la culpa penal y explica dichas diferencias.

— Gregorini Clusellas, Eduardo L. La responsabilidad colectiva. Alcance y efectivización. LA LEY 2007-F, 841-LLP 2008 (febrero), 40.

El jurista analiza la apreciación de la culpa en sede penal con relación a casos en donde intervienen varios participes y su influencia en la sede civil, planteándola viabilidad o procedencia de las responsabilidad colectiva en estos casos.

Biblioteca.

López Mesa, Marcelo. Curso de las Obligaciones. Tomo III. Editorial Depalma. Buenos Aires. 2002.
Mosset Iturraspe, Jorge. Responsabilidad por daños. Parte General. Tomo I. Editorial Ediar S. A. Argentina. 1971.

Casuística.

II.2. Criterio de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Toda vez que la absolución del imputado no se sustentó en la inexistencia del hecho principal ni en la ausencia de autoría, sino en la situación de duda respecto de la conducta culposa que le fue imputada y en la falta de adecuación de aquella al tipo penal, no existe vulneración al art. 1103 del Código Civil, si el juez civil dispuso su culpa en el hecho dañoso, pues lo que limita al sentenciante del fuero civil es el hecho principal como suceso histórico, ceñido a sus características de tiempo, forma y modo (Del voto del Dr. Soria).

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 15/07/2009, R., G. V. c. Lisi, Juan Carlos y otros, La Ley Online.

Contexto Doctrinario.

— Ibarlucía, Emilio A. Influencia de la absolucion penal en sede civil (Con especial referencia a la jurisprudencia de la S.C.B.A.). LLBA 2007 (febrero), 1

El trabajo de este autor gira en torno a tres interrogantes básicos: en principio se pregunta si el sobreseimiento es equiparable a la absolución que el artículo menciona, en segundo término, cuál es el alcance de la expresión "existencia del hecho principal" y por último plantea la influencia que tiene la absolución cuando se ha dictado por aplicación del beneficio de la duda.

— Galdós, Jorge Mario. La culpa en la Suprema Corte de Buenos Aires. LA LEY 1994-D, 744 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 511

El magistrado bonaerense analiza el criterio de la Corte sobre la influencia prejudicial en sede civil de la sentencia dictada en el fuero penal, especialmente al referirse al caso de la absolución o del sobreseimiento del acusado que prevé el art. 1113 del Cód. Civil, y los alcances o efectos que este tiene en la valoración de las pruebas recogidas en ambos fueros.

Biblioteca.

Ghersi, Carlos Alberto. "Obligaciones Civiles y Comerciales" Editorial Astrea. Tomo I. Tercera edición. Buenos Aires. 1994.

Borda, Guillermo A. "Derecho Civil. Obligaciones" 20 ° edición. Editorial Astrea. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2003.

Casuística.

II.3. Fundamentos en los que reposa la culpa penal y la culpa civil.

La falta de culpa penal determinada en tal sede no impide que se juzgue la existencia de culpa en el plano civil respecto de los autores del hecho, sobre la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados, toda vez que la primera procura reprender al autor del hecho, en tanto que la segunda propende a lograr una efectiva reparación del daño sufrido por la víctima.

CCiv. y Com. Rosario, sala I, 10/09/2007, Oliva, Angel y otro c. Unigift S.A. y Otro, LLLitoral 2008 (febrero), 118.

Contexto Doctrinario.

— Della Malva, Claudia Lemos Arias, Roberto A. La acción civil en el proceso penal. Alcances. LA LEY 2000-B, 156

La autora pone de resalto las vías para lograr un resarcimiento económico sin necesidad de entablar un juicio civil posterior, de esta manera demuestra como la acción civil dentro del proceso penal mantiene su independencia en cuanto a su esencia y contenido, y de tal forma, se procura fortalecer un sistema que ayude a la economía procesal y permita, asimismo, una mejor administración de justicia.

— Sánchez Torres, Abel G. Articulación de la acción civil en el proceso penal. Algunos inconvenientes. LLC 1999, 1443

Demuestra la escritora como cada acción puede articularse en su respectiva sede o bien confluir en un solo proceso, cuando el damnificado voluntariamente inicie la acción resarcitoria ante el juez penal, en este orden de ideas, exterioriza los matices salientes de este último supuesto.

Biblioteca.

Cazeaux. P. N.; Trigo Represas, F. A. "Derecho de las obligaciones", t. IV. Ed. Platense, La Plata, 1976.

Casuística.

II.4. Ausencia de culpa penal y viabilidad de la responsabilidad civil.

El sobreseimiento definitivo resuelto en sede penal, no impide que al tratar la responsabilidad en el fuero civil se llegue a resultados distintos, ya que se trata de culpas que difieren en grado y naturaleza; además, el juicio penal tiene por objeto la eventual imposición de una pena, en tanto el civil tiende a obtener una reparación de distinta índole.

Cámara Federal de Apelaciones de San Martín 08/11/1991 B., J. O. c. Transportes Automotores Luján S. A. LA LEY 1992-C, 570 - DJ 1992-2, 708.

Contexto Doctrinario.

— Mosset Iturraspe, Jorge. Decisión del juez penal sobre la responsabilidad civil sin culpa (Los arts. 1096, Cód. Civil, 29, Cód. Penal y la tesis procesalista). LA LEY 1979-D, 300-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 461

El jurista santafesino explica el funcionamiento de la responsabilidad civil que prescinde de la tutela penal, la responsabilidad "por culpa" y la responsabilidad "por riesgo," el funcionamiento del art. 1096 del Cód. Civil y su independencia sustancial o adjetiva. El art. 29 del Cód. Penal y la frase "la sentencia condenatoria podrá ordenar", para terminar expidiéndose sobre la conveniencia o inconveniencia de una decisión penal cuando estamos frente a un supuesto de responsabilidad civil sin culpa.

— Leiva, Miguel J. Reflexiones sobre "el traslado de pruebas" del proceso penal al civil y algunas cuestiones vinculadas con la "concurrencia de culpas" en los juicios por mala praxis. LLNOA 2008 (setiembre), 749

En este trabajo se analizan las relaciones entre el proceso penal y el proceso civil y las "pruebas trasladadas" de este punto de vista, si bien no es posible dar una respuesta única en cuanto al valor probatorio en sede civil de las actuaciones penales, ya que varias son las situaciones que pueden presentarse, en general, la doctrina ha sostenido que la validez y eficacia de la prueba trasladada de un proceso a otro, queda supeditada a la posibilidad que haya tenido de controvertir tal prueba, aquél contra quien ésta intenta hacerse valer.

Biblioteca.

Arazi, Roland, "La prueba en el proceso civil" Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1986.
Devis Echandía, Hernando, "Compendio de la prueba judicial", Rubinzal-Culzoni, Sta Fe.

Casuística.

II.5. La culpa en la falsa denuncia penal y la acusación calumniosa.

Corresponde rechazar la acción por la que se reclama el resarcimiento de los daños y perjuicios por acusación calumniosa —art. 1090, Código Civil— deducida por quien resultó sobreseído por el delito de hurto, si de la prueba obrante en autos puede concluirse que no resulta ilógico ni irrazonable que el denunciante supusiera que el aquí actor hubiera sido quien sustrajo ciertos elementos personales del interior de su vehículo —en el caso, se acreditó que se hallaba muy cerca del rodado del denunciante, que se detuvo a mirarlo sin motivo aparente, y entraba y salía del edificio en cuyo frente se encontraba estacionado el automotor—, por lo que no puede sostenerse que el demandado haya actuado dolosamente o con imprudencia grave al realizar la denuncia.

CNCiv., sala B, 12/03/2008, Pacileo, César Osvaldo c. Van Kerckhoven Feliz.

Contexto Doctrinario.

— Aita Tagle, Fernando Cornet, Santiago. Algunos aspectos sobre la responsabilidad civil por denuncia penal culposa: influencia del proceso penal, prueba de la culpa y pautas para la valoración y cuantificación del daño moral. LLC 2009 (abril), 267

Los autores analizan la responsabilidad civil por acusación calumniosa del art. 1090 del CC. y la emergente de una denuncia penal culposa con base en el art. 1109 del CC, la absolución o sobreseimiento penales como requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria por denuncia penal culposa como asi también explican cuándo una denuncia penal es considerada culposa, por último realizan un importante análisis jurisprudencial de la cuestión.

— Bustamante Alsina, Jorge. La acusación calumniosa y el hecho culposo "in genere" como fuentes diversas de responsabilidad civil. LA LEY 1994-E, 37-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 837

Se pondera en este trabajo de doctrina la funcionalidad de la acusación calumniosa en relación a la culpa civil y su correlato en la sede penal, como así también los requisitos de la absolución penal o sobreseimientos para configurarse la responsabilidad que emerge de los términos del artículo 1090 del CC.

Biblioteca.

De Cupis, Adriano. "El Daño. Teoría General de la Responsabilidad" Traducción de Angel Martínez Sarriión. Editorial Bosch S. A. Barcelona. 1975.

Bueres, Alberto J. (Director). Highton, Elena I. (Coordinadota). "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial". Tomo de Obligaciones. 3 A. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1999.

El consentimiento informado y la responsabilidad civil deviniente de su falta de otorgamiento (Consideraciones en torno a los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud en la ley 26.529)

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: http://www.eldial.com
Publicado en: El Dial el 11/07/2011
Cita Online: elDial.com - DC164B
[Consultado el 30/06/2020]

"...La autonomía de la voluntad es el principio supremo de la moralidad..." (Immanuel KANT). [1]

Sumario.

1. Introducción. 2. A modo de conceptualización. 3. La estructura del consentimiento informado: simbiosis entre el acto volitivo y el deber de información. 4. El consentimiento informado como un supuesto de asunción expresa de riesgos. 5. La responsabilidad objetiva deviniente de la falta de información precisa y acabada. 6. Requisitos de validez del consentimiento prestado por el paciente. 7. La incidencia de la reciente ley 26.529 en el marco jurídico aplicable al instituto analizado.8. La obligación legal de prestar el consentimiento informado y las consecuencias jurídicas ante el incumplimiento de dicho deber. 9. Formalidades exigidas para la manifestación positiva del acto médico. 10. Colofón.-

1. Introducción.

Si bien en pasajes prístinos de nuestra historia jurisdiccional los juicios de mala praxis constituían "rarezas jurisprudenciales", la realidad contemporánea de nuestros días nos plantea un escenario distinto, en donde la responsabilidad del galeno -en su comprensión amplia y junto con otros supuestos- ocupa el escenario principal del derecho de daños. Desde esta perspectiva, el consentimiento informado cobra su matiz más saliente, al configurarse como el documento en donde reposa un indubitable elemento de convicción del cual el Magistrado debe valerse al momento de analizar y valorar el accionar del galeno.-

El tema ha cobrado notable interés actual y despertó la atención gran parte de los juristas más comprometidos de nuestro país. El deterioro de la binomia médico-paciente consagra la necesidad del cumplimiento de recaudos cada vez más rigurosos para preservar el buen desenvolvimiento medico. En este marco, la historia clínica y el consentimiento informado operan como las principales herramientas defensivas a través de las cuales se puede probar el correcto cumplimiento de la *lex artis*.-

La ley 26.529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e Instituciones de la salud, sancionada el 21 de octubre de 2009, recoge precisiones por las que clamaban juristas de nuestro ámbito, muchas de las cuales -como se verá a continuación- ya eran vertidas por la jurisprudencia nacional.[2]

2. A modo de conceptualización.

El consentimiento informado ha sido definido como la declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento, intervención,[3] o a un determinado tratamiento.[4]

Entonces, constituye un proceso que surge en la relación médico - paciente, por el cual, el paciente expresa su voluntad y ejerce por tanto su libertad al aceptar someterse o rechazar un plan, diagnóstico, terapéutico, de investigación, etc., propuesto por el médico para actuar sobre su persona y todo ello tras haber recibido información suficiente sobre la naturaleza del acto o actos médicos, sus beneficios y riesgos, y las alternativas que existan a la propuesta. El consentimiento informado supone de hecho un proceso de comunicación del sujeto capaz o competente, que tras recibir la información precisa y suficiente, decide, participa o acepta la decisión de llevar a cabo en su persona una actuación médica de la naturaleza que sea. [5]

Desde la perspectiva normativa el consentimiento informado fue conceptualizado por la ley 26.529 como 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.-

3. La estructura del consentimiento informado: simbiosis entre el acto volitivo y el deber de información.

En la determinación de la responsabilidad médica, el consentimiento informado constituye la declaración de voluntad del paciente luego de habérsele brindado suficiente información sobre el procedimiento o intervención quirúrgica propuesta como médicamente aconsejable. En efecto, como el paciente es quien debe sufrir las consecuencias y soportar los gastos del tratamiento médico, debe conocer cuáles son los riesgos que encierra el tratamiento propuesto, las alternativas posibles y cuántas y cuáles son las probabilidades de éxito. Tal consentimiento comprende dos deberes por parte del médico: la obtención de dicho consentimiento y la información al paciente, a fin de que pueda participar inteligentemente en la aceptación o no del tratamiento.[6]

Entonces, se trata de una operación compleja que consta de dos aspectos directa e íntimamente vinculados entre sí: por un lado, la información que debe brindar el facultativo acerca del estado de salud del paciente, su dolencia, pronóstico de su evolución, tratamiento aconsejado, etcétera. Por el otro, el consentimiento de este último con la estrategia propuesta para neutralizar, combatir o mitigar la patología que motiva la consulta.

Y el estrecho contacto entre ambas facetas es evidente pues no puede existir un consentimiento válido si el médico ha fallado en su deber de información; de manera que aquel funciona como la contracara o anverso de éste.[7] La contracara de la imprescindibilidad del consentimiento informado es su ausencia, que embozadamente permite el nacimiento de una presunción, es decir, dada la ausencia de un consentimiento expreso (manuscrito o impreso), el mismo podría presumirse ("la falta de" no constituiría culpa alguna). Bien vista, la presunción de consentimiento viene a ser la puerta de escape del médico que actúa ignorando (avasallando) la voluntad del paciente, ya que no tendrá que responder por ello.[8]

Lo expuesto no significa que el paciente debe reiterar su consentimiento ante cada médico que participa en el tratamiento, porque ello no se condice con la perspectiva teleológica del deber de informar. En este orden

de ideas ha dicho nuestro Máximo Tribunal que es arbitraria la exigencia de la Cámara -a los fines de admitir una demanda de daños y perjuicios- de que el consentimiento del paciente, frente a la propuesta de un tratamiento médico mediante prácticas que puedan entrañar un riesgo, se exteriorice frente al médico tratante y se reitere ante el profesional que lo lleva a cabo, pues, infundadamente, traduce una distorsionada comprensión de los alcances y finalidad del instituto del consentimiento informado, máxime cuando -como en el caso- la exigencia no se apoya en la necesidad de alertar al paciente acerca de nuevos o diferentes riesgos de los que pudiese informar el médico que ordenó el estudio.[9]

La justificación de los cambios de técnica quirúrgica o de intervención que el médico disponga sobre la marcha, sin consentimiento del interesado ni autorización de éste para tales cambios, debe ser analizados caso por caso. Y la regla de análisis debe ser el beneficio del estado de salud del paciente. Si el paciente se ha visto beneficiado con el cambio, difícilmente pueda responsabilizarse al médico.[10] En este orden de ideas el consentimiento prestado no es pétreo sino mutable y queda reservado a la autonomía del paciente, es por ello que la ley autoriza a éste para revocar posteriormente la su manifestación de la voluntad.-

4. El consentimiento informado como un supuesto de asunción expresa de riesgos.

Es una verdad indudable que todo consentimiento a un acto medical comporta en parte una aceptación de riesgos. Es por ello que el paciente debe estar convenientemente informado sobre aquello a que brinda su consentimiento.[11] En el plano jurídico el consentimiento informado actúa como causa de justificación de la conducta médica, legitimando el accionar galénico ante la intromisión en la integridad física del paciente.[12]

Pero, aún cuando se debe tener en cuenta que siempre existe peligro frente a una intervención quirúrgica y que no es posible sobrecargar al paciente, asustado o ansioso por la situación, la aceptación de riesgos por parte de éste no importa un "bill" de indemnidad para el médico ya que no exonera su responsabilidad por negligencia, ni puede considerarse como una autorización de someter al paciente a prácticas injustificadas.[13]

Sabido es que resulta fundamental que el paciente, quien debe padecer los resultados de la práctica médica, se encuentre esclarecido sobre cuáles son los riesgos que encierra el tratamiento propuesto, cuáles son las alternativas posibles, y cuántas y cuáles son las probabilidades relativas de éxito.[14] Por cuanto es el paciente quien debe sufrir las consecuencias y gastos de un tratamiento médico determinado, un principio de esclarecimiento resulta fundamental, a efectos de que aquél pueda conocer cuáles son los riesgos que encierra el tratamiento propuesto, cuáles son las alternativas posibles y cuántas y cuáles las posibilidades relativas de éxito.[15]

5. La responsabilidad objetiva deviniente de la falta de información precisa y acabada.

Hoy se acepta sin duda alguna que un médico puede ver comprometida su responsabilidad sin haber actuado en forma imperita, ni negligente, ni imprudente. Simplemente, habiendo omitido solicitar el consentimiento del paciente o habiendo informado a éste en forma parcial o insuficiente sobre la práctica propuesta, el médico puede ver comprometida su responsabilidad. Ello ha sucedido porque el respeto de la voluntad del paciente ha alcanzado alturas que hace años no tenía, generando —primero— y acrecentando -después- el deber informativo y de solicitud de consentimiento del paciente a la práctica que él le propone realizar.[16] Es esta información, la clave que restituye la posición de equilibrio contractual frente al galeno, y torna válido su consentimiento frente al tratamiento propuesto o indicado, garantizándose de esta forma el pleno goce y ejercicio del derecho a la autodeterminación.[17]

Normalmente, la responsabilidad de un médico por los daños sufridos a un paciente se basa en el fracaso del profesional en el ejercicio del grado de habilidad y cuidado requeridos. En cambio, bajo la doctrina del consentimiento informado, se puede llegar a cuestionar al médico en circunstancias en las cuales se halle libre de

negligencia en el tratamiento del paciente, pero actuando sin su consentimiento, más allá del dado o sin haberlo informado acerca de los riesgos de un tratamiento en particular, de tal manera que éste pudiera decidir si quería, o no, someterse al mismo.

6. Requisitos de validez del consentimiento prestado por el paciente.

LOPEZ MESA, siguiendo al Maestro italiano BILANCETTI enunció brillantemente los diez requisitos del consentimiento válido del paciente. Según estos autores, el consentimiento debe ser:

1) *Personal:* No se admite la representación si no se da un caso de incapacidad de quien debe consentir.-

2) *Consciente e informado:* Debe estar precedido de una adecuada información, que implique la completa exposición y comparación de ventajas, por una parte, y de posibles riesgos y complicaciones del tratamiento, por la otra; en una formulación compatible con ésta que referimos, la Corte de Casación francesa exige un consentimiento esclarecido, bajo pena de nulidad del mismo;

3) *Actual:* Debe ser dado antes y permanecer por la íntegra duración del tratamiento. El paciente tiene la facultad de revocarlo en cualquier momento.-

4) *Manifiesto:* El consentimiento puede manifestarse verbalmente o por escrito, pero debe expresarse de modo claro y unívoco.-

5) *Libre:* La libertad con que el enfermo adhiere a una propuesta terapéutica del médico, no debe estar afectada, no siendo válido el consentimiento que ha sido obtenido bajo presión o coerción;

6) *Completo:* El paciente debe haber expresado una aceptación completa de la propuesta terapéutica del médico. Sin embargo, en ocasiones, puede existir un consentimiento emitido bajo condición. Ello ocurriría, cuando el paciente diese su consentimiento, subordinado a que se presentare o evidenciare determinado evento que puede presentarse en el curso del tratamiento, por ejemplo, en el caso de que en el curso de la intervención quirúrgica se comprobase determinada patología no diagnosticable con precisión previamente a la intervención. En este caso, el consentimiento condicionado sería válido;

7) *Gratuito:* El consentimiento al tratamiento no puede ser prestado a título oneroso o como contraprestación a algún favor o ventaja. La gratuidad deviene elemento esencial para su validez;

8) *Recepticio:* Como todo acto unilateral, el consentimiento debe ser recepticio. El legitimado para prestarlo debe manifestarlo a quien lo solicita, no siendo admisibles en principio las intermediaciones en esta materia;

9) *Solicitado o requerido:* Es deber del médico, solicitar el consentimiento al paciente, no pudiéndose extraer el mismo de alguna manifestación espontánea y aislada que hiciera éste.-

10) *Específico:* Al paciente debe solicitársele un consentimiento para un acto determinado, individualizado, justificado por determinada patología que se le informa. Dicho consentimiento debe tener límites y precisiones, no pudiendo ser genérico o vago. Tampoco puede hallarse el documento en blanco al momento de firmar el paciente. Si al paciente se le pusiese a la firma un documento en blanco y éste lo firmase, claramente demostrada la firma en blanco el valor de la signatura sería nulo. Pero enfatizamos la obvia conveniencia de que los pacientes no firmen ni éste ni ningún otro tipo de documentos en blanco, dado que si luego no lograse demostrar tal abuso de firma, su consentimiento al acto médico debiera tenerse por válido, como se resolvió en una sentencia española donde se consideraron insuficientes un par de indicios sobre el abuso de firma para revertir los efectos de ésta puesta al pie del documento de consentimiento.[19]

Si estos recaudos no son cumplimentados el acto carecería de validez y nulificaría la declaración de voluntad.

7. La incidencia de la reciente ley 26.529 en el marco jurídico aplicable al instituto analizado.

Ley 26.529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, sancionada el 21 de octubre de 2009 y promulgada de hecho el 19 de noviembre de 2009 reguló lo concerniente al derecho del paciente a la información del acto médico y el deber del galeno de suministrarla. Esta normativa

dispone que el ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica, se rige por ella.-

Se instituyen una serie de derechos del paciente,[20] y se regula los alcances, destinatarios y efectos de la información sanitaria, en este sentido dispone la ley que la información sanitaria sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente (art. 4 de la ley), entendiéndose por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos. (art.3) En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.-

8. La obligación legal de prestar el consentimiento informado y las consecuencias jurídicas ante el incumplimiento de dicho deber.

El consentimiento informado representa en la actualidad una *obligación legal* destinada a que el paciente conozca los riesgos a los que se expone ante un determinado acto médico, desde esta perspectiva la ley dispone que toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.-

Pero dicha obligación legal ¿determina que su falta de cumplimiento genera el deber de responder ante el paciente?, es decir ¿el incumplimiento del deber legal es suficiente por si mismo para poner en marcha el sistema resarcitorio?

En este sentido, AIZENBERG y ROITMAN manifiestan que se impone la respuesta afirmativa, máxime en aquellos supuestos en que se ha hecho manifiesto alguno de los riesgos previsibles no informados y, más aún, luego de la sanción de la Ley Nº 26.529 que consagra a la información, como uno de los derechos esenciales del paciente.[21]

No estamos convencidos de esta posición, por el contrario no oponemos a ella, habida cuenta que el mero incumplimiento de la obligación legal no es un recaudo suficiente y autónomo para generar responsabilidad civil, es menester que se cumplan con los demás presupuestos para la procedencia del deber de resarcir, principalmente acreditar el menoscabo que la falta de información ha producido y consecuentemente la relación causal entre ambos aspectos.-

En este sentido la CNCiv. resolvió que la circunstancia de que el médico que realizó el implante de una prótesis mamaria que presentó una fisura, hubiera incumplido su obligación de obtener el consentimiento informado de la paciente, no genera per se responsabilidad, si al mismo tiempo no se configuran —derivados de aquella omisión—, los restantes requisitos de la responsabilidad.[22] Con similar criterio se dijo que resulta improcedente otorgar una indemnización en concepto de daño moral por la pérdida del embarazo que transitaba una paciente que fue sometida a una práctica médica —en el caso, una mielografía— sin haber otorgado el consentimiento informado, pues quedó suficientemente acreditada la inexistencia del daño físico, así como la ausencia de peligrosidad a la vida del estudio realizado.[23]

9. Formalidades exigidas para la manifestación positiva del acto médico.

El consentimiento o expresión de voluntad es un *acto no formal*, salvo que la ley prevea en un caso específico formalidades especiales (ejemplo, operaciones mutilantes —conforme ley de ejercicio de la medicina 17.132, artículo 19 inciso 3—; o la constancia documentada a la que alude el artículo 13 de la ley 24.193 de trasplantes de órganos y materiales anatómicos). Aun así, debe recordarse que la forma puede ser exigida ad - probationem y no ad - solemnitatem. Obviamente, con sólo pensar en razones de prueba, la forma escrita es la más aconsejable.[24] El art. 7º de la ley 26.529 prescribe que el consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación.-

Con relación a las excepciones mencionadas precedentemente, la ley determina que el profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos:

a) Cuando *mediare grave peligro para la salud pública*; aquí las circunstancias de orden público prevalecen sobre el interés privado, no es ni más ni menos que la aplicación del estado de necesidad con fuente legal a través del cual se protege el interés general de la comunidad.-

b) Cuando mediare *una situación de emergencia*, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo. Como ha sostenido la CNCiv., si por medio de la cirugía se produce una disminución permanente de la integridad corporal, no basta el consentimiento por escrito del paciente, o de sus representantes, en el caso, para que aquella sea lícita, sino que es necesario que concurran circunstancias que ubiquen el caso dentro del "estado de necesidad". La ausencia de consentimiento y la inexistencia de razones de urgencia tornan ilegítimo el acto médico.[25] Pero si las circunstancias lo ameritan el galeno puede desplegar su accionar sin la necesidad de recurrir al consentimiento del paciente así la Sala A de la CNCiv. Sostuvo que si en el curso de una intervención surge una lesión más grave o distinta de la prevista y hay razones de urgencia, debe seguirse adelante, interpretando que el consentimiento del paciente manda al cirujano a obrar en procura de la curación, salvo que tal situación devenga por un deficiente estudio de diagnóstico.[26]

Entendemos con LOPEZ MIRÓ que el consentimiento informado del paciente y el cumplimiento del deber de informar por parte del galeno están (deben estar) sujetos únicamente a las excepciones ya contempladas en la legislación vigente y a las que dicta el buen sentido común y de justicia. Salvo estas situaciones verdaderamente singulares, el consentimiento informado del paciente deber ser condición previa —sine qua non— a la implementación de cualquier práctica médica sobre su cuerpo, y el cumplimiento del deber de informar debe exigirse siempre, sin dejarlo expuesto a más excepciones que aquellas taxativamente contempladas por la ley.[27]

Vale señalar, que también podría plantearse la excepción cuando el consentimiento informado colisiona con el deber legal que emerge de otra normas que se sustentan en la salud pública, en este sentido ha señalado la SCBA que el carácter imperativo del régimen de vacunación oficial desplaza la exigencia del previo consentimiento informado al que aluden los arts. 5 y siguientes de la ley 26.529.[28]

10. Colofón.

La ley 26.529 viene a ratificar una serie de principios que ya habían sido insinuados por la doctrina nacional y materializados por la judicatura de nuestro país. Dichos apotegmas descansan sobre un hilo conductor

unívoco que es el respeto a la *autodeterminación del paciente*, porque, como dice KANT la autonomía de la voluntad es un principio supremo de la moralidad,[29]y sin el respeto a ésta se lesiona la *dignidad humana*.-

No caben dudas que el consentimiento informado se presenta como una *arista defensiva* de la cual puede valerse el galeno ante una imputación de responsabilidad sustentada en la falta o escasa información brindada al paciente ante el acto médico desarrollado. Posee una doble acción, por un lado *obliga al médico a suministrar la información técnica necesaria para el tratamiento o estrategia a seguir*, y por otro genera en el paciente *el derecho de aceptar o no someterse a dicho tratamiento o intervención*.-

Dentro del esquema de la responsabilidad civil podemos ubicar al consentimiento informado como una causa de justificación deviniente de la *asunción expresa de los riesgos* que se presentan ante una intervención o tratamiento médico, legitimando al galeno a intrometerse en la integridad física del paciente.-

Desde esta arista, representa para el galeno una específica *obligación de resultado* dentro de la obligación genérica asumida por éste que es *de medios*, lo que incide radicalmente en el factor de atribución, el cual en este caso se *objetiviza*. Es decir, para la viabilidad de la responsabilidad civil, es menester probar *la falta de cumplimiento del recaudo legal exigido*, -siempre que se cumplan con los demás presupuestos para la procedencia de la misma-, *sin necesidad de acreditar un obrar negligente o imprudente del médico*.-

No obstante ello, el mero incumplimiento de la obligación legal no es un recaudo suficiente y autónomo para generar responsabilidad civil, es preciso, -como dijimos-, que se configuren los demás presupuestos para la procedencia del deber de resarcir, principalmente acreditar el *menoscabo* que la falta de información ha producido y consecuentemente la *relación causal* entre ambos aspectos.-

De lo expuesto se colige que resulta extremadamente necesario para el galeno un sutil y eficaz cumplimiento de la obligación legal que pesa sobre éste de obtener el consentimiento informado por parte del paciente, respetando su autonomía individual, ya que en estos casos, -siguiendo las dicciones de los Maestros franceses RIPERT y BOULANGER-, la voluntad del hombre hace su ley. [30]

Bibliografía.

(*) Secretario de la Excelentísima Cámara de Apelaciones de Pto. Madryn. Doctor en Derecho (UCES).

[1] KANT, Immanuel *Fundamentos de una metafísica de la costumbre*. Traducción de A. ZOZAYA. Editorial Banca económica filosófica. Madrid. 1904. Pág. 95.

[2] **JALIL**, Julián **Emil**. "El consentimiento informado: una de las aristas rectoras del buen ejercicio médico". Publicado en RCyS 2011-II, 245.

[3] HIGHTON, Elena I. - WIERZBA, Sandra M., "La relación médico-paciente: El consentimiento informado", Ad Hoc, Buenos Aires, 1991, p. 11.

[4] M. S. A. vs. S., G. s. Daños y perjuicios /// Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala G; 02-07-2010; RC J 14337/10. Rev. Rubinzal –Culzoni.

[5] CALCAGNO, Liliana; VALENTE, Luis Alberto. Consentimiento informado y bioética práctica, UNLP 2008 (agosto), 102-LA LEY 2008-E, 996 Idem. RODRIGUEZ LOPEZ, Pedro: "La autonomía del paciente. Información, consentimiento y documentación clínica"; Dilex, p.69.

[6] CNCiv., sala F, 1998/02/05; M.A.N. c. Fernández, Elisa S.; La Ley, 1998-E, 96, Voto de la Dra. HIGHTON. Con nota de Jorge BUSTAMANTE ALSINA.

[7]MIZRAHI, Mauricio Luis; RUBIO, Juan Manuel, Responsabilidad civil de los psicoanalistas, RCyS 2007, 169. KRAUT, Alfredo Jorge, "Responsabilidad profesional de los psiquiatras", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1991. Pag. 159.

[8] LÓPEZ MIRÓ, Horacio G, Acerca de un fallo que presume la existencia de consentimiento informado, La Ley Online.

[9] Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/08/2008, Godoy, Aguirre Marta c. Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro, La Ley Online; Voto de los Dres. HIGTON DE NOLASCO y PETRACCHI.

[10] LÓPEZ MESA, Marcelo J. Pacientes, médicos y consentimiento informado, LA LEY 2007-B, 867-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 619

[11] LE TOURNEAU, Philippe - CADIET, Loïc, "Droit de la responsabilité", Dalloz, Paris, 1998, p. 319, N° 991. Cita de LÓPEZ MESA, Marcelo J. Pacientes, médicos y consentimiento informado, LA LEY 2007-B, 867-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 619.

[12] López, Ángela Virginia vs. Hospital Alfredo Italo Perrupato y otros s. Daños y perjuicios /// Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Mendoza, Mendoza; 30-05-2008; RC J 2979/08. Rev. Rubinzal –Culzoni.

[13] A., G. N. vs. G., P. M. s. Daños y perjuicios /// Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala M; 25-07-2008; RC J 874/09.

[14] COMPIANI, María Fabiana. Las dificultades de la prueba en los juicios de mala praxis médica, LA LEY 2007-A, 467-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 625. Mimica, Adriana Nilda vs. Fernandez, Elsa Susana s. Daños y perjuicios - Responsabilidad profesional de médicos y auxiliares /// Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F; 05-02-1998; Rev. Rubinzal-Culzoni. RC J 10442/07.

[15] Mimica, Adriana Nilda vs. Fernandez, Elsa Susana s. Daños y perjuicios - Responsabilidad profesional de médicos y auxiliares /// Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F; 05-02-1998; Rev. Rubinzal-Culzoni. RC J 10442/07.

[16] LÓPEZ MESA, Marcelo J. Pacientes, médicos y consentimiento informado, LA LEY 2007-B, 867-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 619

[17] AIZENBERG, Marisa; ROITMAN, Adriel J. Algunas reflexiones acerca de la responsabilidad de los médicos frente a los tratamientos de embellecimiento, RCyS 2010-VIII, 84

[18] Mimica, Adriana Nilda vs. Fernandez, Elsa Susana s. Daños y perjuicios - Responsabilidad profesional de médicos y auxiliares /// Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F; 05-02-1998; RC J 10442/07.

[19] BILANCETTI, Mauro, "La responsabilità penale e civile del medico", 5ª ed., Cedam, Padova, 2003, p. 336 y siguientes. En LÓPEZ MESA, Marcelo J. Pacientes, médicos y consentimiento informado, LA LEY 2007-B, 867-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 619.

[20] Así la ley dispone que 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 Nº 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 Nº 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.

[21] AIZENBERG, Marisa; ROITMAN, Adriel J. Algunas reflexiones acerca de la responsabilidad de los médicos frente a los tratamientos de embellecimiento, RCyS 2010-VIII, 84. Sostienen los autores que debe ser restituido a este documento, el valor trascendental que como prueba ha tenido desde sus orígenes, toda vez que refleja el proceso de comunicación que ha tenido una determinada relación asistencial, y permite al paciente ejercer plenamente el derecho a la autonomía, a la autodeterminación y a su propio proyecto autorreferente de vida.

[22] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 26/06/2008, L. L., M. Y. c. Medic S.A. y otros, La Ley Online; AR/JUR/9233/2008.

[23] Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 12/05/2009, Pereyra Delgado Lilia Ramona c. Sociedad Española De Beneficencia Hospital Español Y Otros, LLC 2010 (abril), 320, AR/JUR/31134/2009.

[24] CALCAGNO, Liliana; VALENTE, Luis Alberto Consentimiento... Ob. Cit. Pag. 999.

[25] CNC, sala I, octubre 25-990; Favilla, Humberto c. Piñeyro, José y otro; La Ley, 1991-D, 117

[26] P., S. M. vs. Obra social AMSA y otros s. Daños y perjuicios /// Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala A; 30-04-2004; Rev. Rubinzal-Culzoni, RC J 2806/04.

[27] LÓPEZ MIRÓ, Horacio G, Acerca de un fallo que presume la existencia de consentimiento informado, La Ley Online.

[28] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 06/10/2010, N.N. o U., V. Protección y guarda de personas, La Ley Online; AR/JUR/58570/2010. Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, "Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar Alende (HIGA)", 09/05/2005, LLBA 2005(julio), 641, con nota de Augusto M.; Morello, Guillermo C. Morello; AR/JUR/900/2005.

[29] KANT, Immanuel *Fundamentos de una metafísica de la costumbre*. Traducción de A. ZOZAYA. Editorial Banca económica filosófica. Madrid. 1904. Pág. 95.

[30] RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol.* Tomo IV. Las Obligaciones. Volumen I. Ed. La Ley. Buenos Aires. Pág. 21.

Daños causados por cosas inertes y su virtualidad a la luz del art. 1113 de Código Civil

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2011-VIII, 132
Cita Online: AR/DOC/261/2011
[Consultado el: 30/06/2020]

Sumario.

I. A modo de introducción: El fallo de la Corte Suprema de Mendoza. II. El concepto de cosa inerte en la prístina jurisprudencia francesa. III. La aplicabilidad del art. 1113 del Código Civil a las cosas inertes. IV. La importancia de la relación causal. V. La prueba del carácter riesgoso de la cosa. VI. El análisis ex post ipso del carácter riesgoso de la cosa. VII. La atenuación de la responsabilidad en virtud de la presencia de factores de incidencia en la relación causal. VIII. Colofón.

I. A modo de introducción: El fallo de la Corte Suprema de Mendoza.

Los actores interponen demanda contra el consorcio de propietarios de un country de Mendoza, por la muerte de su hija dejando a salvo que reconocen culpa concurrente, con fundamento en que fue dejada por su padre en la casa de una amiga, pero que confiaron porque se trataba de un barrio cerrado con seguridad privada donde estaba la madre de la amiga.

La niña junto a otras chicas subieron a sus bicicletas y comenzaron a bajar por una calle empinada y la misma pendiente hizo que aumentaran notoriamente la velocidad, perdiendo la causante el control de la bici, produciéndose una caída que le ocasionó un golpe en la cabeza que determino finalmente su muerte. La sentencia de primera instancia rechaza la demanda por considerar que el carácter riesgoso de la calle no fue probado. En Cámara se reafirma que no ha quedado probado el riesgo o vicio de la cosa inerte en relación causal necesaria y adecuada con el lamentable deceso de la menor, por lo que se comparte la conclusión de la sentencia que desestima la demanda. Llega a la Suprema Corte de la provincia de Mendoza, la cual hace lugar, parcialmente, a la demanda de daños y perjuicios interpuesta considerando que la calle del country presenta un carácter riesgoso notorio que no necesita ser probado.

II. El concepto de "cosa inerte" en la prístina jurisprudencia francesa.

En un primer momento la doctrina y jurisprudencia francesa fueron reacias a aplicar la responsabilidad por el hecho de las cosas a aquellos objetos que presentaban la calidad de inertes. Como explica Josserand se había dibujado una corriente bastante acusada en la jurisprudencia y en la doctrina que tendía a excluir de la aplicación del art. 1384 del CC francés las cosas inertes desde el momento en que la cosa no ha desempeñado en la realización del daño más que un papel pasivo, la responsabilidad de pleno derecho no incumbía ya a su guardador, a quién no se podía hace responsable sino de la culpa efectuada y probada (1)

Esta tesitura fue superada, dando lugar a una nueva problemática que ya no se vinculaba con el carácter estático de la cosa sino con la participación específica en el hecho. En este orden de ideas exponen Ripert y Boulanger que una vez admitido que el art. 1384 se aplica aún a las cosas inertes, la jurisprudencia se encuentra con casos en los que la cosa ha desempeñado una función puramente pasiva. Los más numerosos son aquellos en los que una persona se ha herido al caer en una escalera, se ha resbalado sobre un peldaño o un guijarro, hoja chocado con un objeto que se hallaba en un lugar normal. Numerosas decisiones han descartado en estas hipótesis la responsabilidad por el hecho de las cosas en razón del papel puramente pasivo de la cosa (2).

III. La aplicabilidad del art. 1113 del Código Civil a las cosas inertes.

El párr. 2º del art. 1113 del Cód. Civil no legisla un supuesto de riesgo genérico, extrínseco y excepcional, tal el que puede presentar cualquier cosa en un cierto contorno de tiempo, modo y lugar. Por el contrario, el legislador ha tenido en vista un riesgo "específico" en tanto pertenece a determinadas especies de cosas, "*intrínseco*" por ser inherente a la cosa, "*normal*" por ser constante y "*extraordinario*", ya que su peligrosidad es más intensa de aquella que surge de las cosas no riesgosas en sí mismas (3).

Bajo esta tesitura, diversos son los objetos que han sido considerados riesgosos por la jurisprudencia de nuestro país, (4) a modo de mención podemos citar: la rama de un árbol, (5) productos de fumigación, (6) una caja de alto voltaje, (7) el combustible, (8) los electrodomésticos, (9) una amoladora, (10) los vehículos, (11) un cartel publicitario, (12) la energía eléctrica, (13) un calefón, (14) etc.

Como señalan Trigo Represas y López Mesa la inercia de una cosa no puede apreciarse con un carácter permanente suyo sino como su estado o situación en el momento del hecho dañoso (15). Puede afirmarse que las cosas inertes gozan, como principio, de una presunción de inofensivas, inocentes o dóciles. Y esa es la presunción que la víctima debe descartar con la prueba en contrario. Juega, sin lugar a dudas, la experiencia de la vida, el conocimiento de la realidad (16).

En este orden de ideas, apuntan Ripert y Boulanger que la cosa incriminada se presume generadora del daño desde el momento en que, inerte o no, ha intervenido en su realización, el guardián puede destruir esa presunción probando que la cosa no ha desempeñado más que una función puramente pasiva, que solamente ha soportado la acción ajena generadora del daño (17).

Nosotros consideramos, que la aplicación de las prescripciones del art. 1113 del Cód. Civil conduce a desestimar la distinción entre cosas inertes y aquellas que no lo son, pues tal distinción no encuentra fundamento en la letra de la ley. En consecuencia, el criterio de operatividad dañosa del objeto según sus circunstancias concretas es el que más se adecua a la fórmula legal, toda vez que ella indica "riesgo de la cosa" y no "cosa riesgosa"(18).

IV. La importancia de la relación causal.

Como explica Betti la responsabilidad puede definirse como la posición creada a un sujeto por la necesidad jurídica de sufrir la pérdida de un bien a título de sanción (reparación o penal) dependiente de un suceso determinado y, sobre todo, en razón de un daño que se le imputa a él, (19) y siguiendo a Enneccerus y Lehmann decimos que solo se ha de indemnizar aquél daño que constituya una consecuencia del hecho que se obliga a la indemnización (20).

Como vemos, la relación casual denota un papel relevante para dirimir la procedencia del derecho de daños, *y en el campo de la responsabilidad por el riesgo de las cosas esa función se enaltece al punto de gravitar directamente en la viabilidad del resarcimiento*. Como apuntan los Mazeaud y Chabas en la teoría del riesgo que niega la culpa como

requisito de la responsabilidad civil, el análisis de la relación de causalidad juega un papel primordial, pues como los jueces no tienen la posibilidad de fundarse en la conducta del demandado para rechazar las acciones que estiman inoportunas, no tienen otro recurso que negar la existencia de una relación de causalidad entre el hecho del demandado y el daño (21). Vale señalar con Betti que es necesario que el nexo causal presente el carácter de adecuación, univocidad y de inmediación para anudar una responsabilidad al acontecimiento lesivo (22).

Tanto el fallo de primera instancia como el de Cámara hacen especial mención al carácter inerte de la cosa como aspecto saliente que va a sellar el destino de la acción y —como vimos— nuestro art. 1113 no hace disquisiciones entre ese carácter y el de la cosa en movimiento. Creemos siguiendo a Josserand que esta concepción restrictiva descansa en una confusión enojosa: trata ella de resolver apelando a la naturaleza intrínseca de la cosa, una dificultad que tiene su asiento y debe encontrar su solución en la noción de causalidad, toda cuestión estriba en saber si el daño ha sido, en la especie, causado por la cosa verdaderamente, ahora bien la existencia de dicha relación de causalidad es independiente del papel inerte o activo de esta última (23).

Entonces, lo trascendente será evaluar *la participación de la cosa inerte o no en el suceso y la relación causal entre ésta y el daño, teniendo en cuenta los posibles eximentes y las concausas*, allí recaerá el aspecto determinante para dilucidar la viabilidad de la acción. En este sentido se ha dicho que la relación de causalidad configura un presupuesto de procedencia de la acción por la cual se reclaman daños y perjuicios derivados de la responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa, pues comprobada la causalidad física entre el hecho y el daño y no probada por el demandado la interrupción del nexo causal, aquél no puede liberarse de responder por los perjuicios causados a la víctima (24).

V. La prueba del carácter riesgoso de la cosa.

Se desprende del fallo que el carácter riesgoso de la pendiente que posee la calle de ingreso al barrio privado donde se produjo el suceso, *"...debe ser calificado de "notorio", ya que no amerita de pruebas específicas o científicas que lo avalen..."* El art. 1113 del Cód. Civil requiere la demostración de que la cosa tiene propiedades o características virtuales para producir un daño, (25) ello obedece a la necesidad de adecuar la situación de hecho a la tipicidad descripta por la norma.

Entonces, en los supuesto de daños ocasionados por el riesgo o vicio de la cosa, incumbe a la víctima o a sus causahabientes demostrar la existencia del riesgo o vicio y la relación de causalidad entre uno y otro, además del perjuicio sufrido, no siendo exigible la prueba de la culpa del dueño o guardián, quienes podrán eximirse total o parcialmente acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deban responder (26).

Por ello, la víctima que invoca el riesgo de la cosa deberá, salvo excepciones, demostrarlo. No deberá probar que un automotor puesto en la circulación es "cosa riesgosa", porque así lo considera, sin hesitación y pacíficamente, la doctrina; pero sí deberá probar, por vía de ejemplos, que un arco de fútbol es una cosa riesgosa o que los es un piso muy lustrado y resbaladizo o la escalerilla de un avión, o un andamio colocado de tal o cuál manera, etc. (27).

VI. El análisis ex post facto del carácter riesgoso de la cosa.

Como sostienen Trigo Represas y Lòpez Mesa si nos atenemos a la naturaleza intrínseca de las cosas, ninguna es en sí misma peligrosa o inofensiva, son o no son peligrosas según las circunstancias del caso. Un fusil descargado o un automóvil estacionado no son peligrosos, aunque pudieran serlo y mucho, si el fusil estuviese cargado o el automóvil en marcha o a elevada velocidad; y a la inversa cosas que no revisten ninguna peligrosidad especial y que parecen completamente inofensivas, como una silla o un tiesto de flores, son susceptibles de causar daño, si la primera está rota sin perecerlo y se vence al sentarse alguien en ella, o si la meseta ha sido puesta en un balcón de tal forma que pueda caer a la vereda y lesionar algún transeúnte (28).

Explica Pizarro que las cosas pueden tener un peligro estático o dinámico. En el primer supuesto, es menester la presencia de un factor extremo para desencadenar el daño, en tanto que el peligro dinámico es propio de las cosas que llevan el riesgo latente. Lo estático es el peligro que la cosa puede llevar en sí misma, pero no la cosa misma. Las cosas inertes pueden normalmente tener un peligro estático, como la pólvora o no tenerlo, por excepción, si la pólvora estuviese húmeda. Una escalera que es inerte y normalmente no peligrosa, puede excepcionalmente tener un peligro estático si sus escalones fuesen resbalosos o se hallasen en mal estado de conservación (29).

En este orden de ideas Ripert y Boulanger enseñan que el hecho de la cosa sería el hecho activo en oposición a la inercia de la cosa. La actividad permitiría presumir la falta del guardián; la inercia demostraría que la cosa es solamente el obstáculo contra el cuál ha venido a estrellarse otra fuerza. No es la cosa la causa del perjuicio (30).

Como venimos señalando, esta distinción, hecha por los maestros franceses entre cosa inerte o activa no incide capitalmente en torno al carácter riesgoso de la cosa, porque dicho carácter surge del análisis *a posteriori* del hecho. Una vez producido éste y probada la relación causal y el daño cobra virtualidad el artículo 1113 responsabilizando al dueño o guardián.

Es decir, no existen cosas riesgosas por sí mismas, (31) solo que en ciertos casos, debido a los reiterados resultados arribados, existe una presunción de riesgo de éstas. Para que exista "riesgo", la cosa debe contener una potencialidad dañosa que no genera responsabilidad hasta que la misma se materializa en el daño. Provocado éste y comprobado el carácter riesgoso de la cosa opera la responsabilidad, siempre que se cumplan con los demás presupuestos exigidos para su procedencia.

Desde esta perspectiva, la víctima que invoca el riesgo de la cosa deberá, salvo excepciones, demostrarlo.

Entonces, en algunos casos el carácter riesgoso de la cosa no requiere de su prueba, porque debido a las características de ésta el mismo surge a todas luces; y en otros la víctima deberá acreditarlo a través de los medios legales que autoriza el código de rito. Desde la perspectiva jurisprudencial el peligro de la cosa surge de un examen *ex post facto* y no *a priori*, sin olvidar —como dijimos— que en determinados casos dicho carácter se presume por las características intrínsecas del objeto que interviene en el desenlace.

En conclusión, de la *ratio legis* del art. 1113 del CC se desprende que éste regula un concepto genérico de *riesgo de las cosas*, por lo cual, la potencialidad riesgosa del objeto debe ser evaluada en el caso concreto y una vez producido el suceso, ello es así porque la norma presenta un *contenido dogmático facultativo para el juzgador*. En este sentido, dice Cossio que cuando el contenido dogmático de la norma legal es un facultamiento, resulta particularmente visible que el deber consecutivo se constituye por vía empírico dialéctica sobre las circunstancias dadas directamente por la experiencia, buscando de establecer el sentido inmanente del caso en ella en juego (32).

VII. La atenuación de la responsabilidad en virtud de la presencia de factores de incidencia en la relación causal.

a) Los guardianes del menor: Sostiene el fallo —con buen criterio— que "*...si algún reproche cabe, es a la conducta de la familia que tenía a cargo el cuida-do de la menor durante las horas de la visita, pero ello no ha sido objeto de debate en estos autos...*" Si bien ello no fue objeto de la pretensión de los actores evidentemente se exterioriza un incumplimiento en el deber de custodia que pesaba sobre la familia a quién se le encomendó la guarda del menor.

Es decir, desde el momento en que el menor es dejado en manos de la familia, incumbe a ésta última el deber de vigilancia sobre el primero. Como sostiene Puig Brutau la razón de ser de tal obligación reside en la

culpa de quién ha de elegir o de vigilar a ciertas personas, su eficacia práctica solo se logra a base de presumirla en todos los casos en que media la relación que la ley señala con carecer típico como base de la responsabilidad (33).

Entonces, la falta de cumplimiento del deber de cuidado que pesaba sobre la familia mencionada va a tener una injerencia directa en la relación causal ya que se configura como una causa eficiente que coparticipa en el resultado dañoso. Ello opera independientemente de que —el o los guardadores— no hayan sido legitimados pasivos de la pretensión.

b) La culpa de la víctima: considera el Máximo Tribunal de Mendoza que *"...la conducta de la menor inimputable, de andar en bicicleta por una calle con pendiente peligrosa, sin utilizar un casco protector, más la impericia propia de la edad que se pone en evidencia ante el choque que sufren las dos menores, constituyen hechos que inciden en la relación causal adecuada y eximen, parcialmente, al sindicado como responsable..."*

Como enseñan Diez Picazo y Guillón la obligación de reparar del agente puede verse disminuida en su intensidad o cuantía al concurrir la culpa del propio perjudicado con fundamento en del Código Civil, que faculta a los tribunales para moderar la responsabilidad. A la misma conclusión se podría llegar partiendo de los postulados de la doctrina jurisprudencial acerca de la concurrencia de varias causas en la producción del daño, ya que aquí nos encontramos ante un supuesto claro de aplicación, lo que permite una distribución proporcional del daño (34).

Cuando el daño es atribuible, —total o parcialmente al damnificado—, el vínculo causal se quiebra por la interferencia de la propia víctima (35).

Ahora bien, la culpa de la víctima debe ser analizada en este caso en consideración al carácter imputable o no del menor, en este sentido explica Puig Peña que la culpabilidad pertenece a la imputabilidad. Sin imputabilidad no puede haber culpabilidad y por lo tanto, tampoco puede haber responsabilidad. El término imputabilidad es una expresión jurídica que denota aquella propiedad o condición del hombre, en virtud de la cual pueden serle atribuidos los actos que realiza como a su causa formal, eficiente y libre. Por consiguiente si la imputabilidad falta sobreviene la irresponsabilidad (36).

No se desprende del texto del fallo que edad tenía la menor, pero debemos señalar que la inimputabilidad de la conducta en estos casos debe ser apreciada a la luz del art. 921 del CC que prescribe que *"...los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fuesen actos lícitos practicados por menores impúberes..." Como es sabido, los menores impúberes son aquellos que "...no tuviesen la edad de 14 años..."* (conf. art. 127 del CC). Esa edad se configura como el límite temporal en razón del cuál la culpa de la víctima -como concausa del resultado- adquiere o no relevancia jurídica en el análisis de la responsabilidad.

VIII. Colofón.

A modo de cierre debemos señalar nuestra profunda coincidencia con el fallo analizado, cuyos magistrados votantes han cumplido con la difícil misión de adecuar la norma al caso de análisis y con otra más dificultosa aún que es mantener vigente el prestigio dado a ese Alto Tribunal por la presencia de la distinguida jurista Kemelmajer de Carlucci (37).

Creemos que siendo la calle en pendiente una cosa riesgosa, el consorcio de copropietarios debe responder objetivamente por la muerte causada a la menor. Pero, como bien se señala en el fallo, la cosa riesgosa no ha sido la única causa que ha llevado al fatal desenlace. En este sentido, el deber de vigilancia que pesaba sobre la familia en donde se hospedaba la menor opera como concausa de dicho resultado.

Del fallo comentado podemos extraer las siguientes conclusiones:

— El art. 1113 del CC no hace diferencia alguna entre las cosas inertes y aquellas que no lo son, por ello la viabilidad de la acción no depende de esta distinción sino del análisis en el caso concreto del carácter riesgoso de la cosa, sea ésta inerte o móvil.

— Lo trascendente desde este punto de vista es evaluar la participación de la cosa inerte o no en el suceso y la relación causal entre ésta y el daño, teniendo en cuenta los posibles eximentes, atenuantes y las concausas.

— Por su parte, constituye una carga de la víctima probar el carácter riesgoso de la cosa, el cuál solo en algunos casos excepciones se presume.

— Desde la perspectiva jurisdiccional dicho carácter surge de un examen *ex post facto* y no *a priori*.

— El consorcio de propietarios del country debe responder en los términos del art. 1113 por la producción del desenlace fatal.

— La falta de cumplimiento del deber de vigilancia de la familia en la cuál recaía la guarda de la menor se configura como una concausa que participa en el resultado final, por ello la responsabilidad del consorcio de copropietarios debe verse atenuada.

— La culpa de la víctima —en este caso la menor— debe ser apreciada en relación a la edad en la cuál se entiende practicado con discernimiento sus actos (Art. 921 del CC).

Bibliografía.

(1) JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Tomo II. Vol. I. Ed. Bosch y Cía. Buenos Aires. 418.

(2) RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Tomo V. Ed. La Ley. Buenos Aires.

(3) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 08/04/1996, Ramos, Angel S. J. c. Rimidan S. A., LLLitoral 1997, 857, con nota de Jorge Mosset Iturraspe; AR/JUR/621/1996

(4) Ver nuestro trabajo titulado "El riesgo de la cosa y las cosas riesgosas" LLLitoral. 2011.

(5) Así se dijo que la Municipalidad demandada debe ser responsabilizada por el daño sufrido por una persona que se encontraba en un parque y fue lesionada al caer sobre ella una rama de árbol de grandes dimensiones, pues, no habiéndose registrado en esos momentos vientos fuertísimos ni lluvia ni rayos que dañaran la especie arbórea, es procedente concluir que aquella no estaba en óptimas condiciones y que debió ser extraída, es decir, podada de modo que no constituyera peligro alguno. Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual Nro. 2 de Rosario, 12/06/2008, Suárez, Marcela Alejandra c. Municipalidad de Rosario, LLLitoral 2008-803.

(6) Se consideró que el propietario de un campo es responsable por la pérdida de cultivo que sufrió el actor en su predio, como consecuencia de la expansión de un producto de fumigación por él utilizado, toda vez que resulta aplicable el criterio objetivo de atribución de responsabilidad —riesgo de la cosa— debido a su carácter de dueño o guardián de la cosa riesgosa y no se demostró la ruptura total o parcial del nexo de causalidad. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto, 13/05/2009, Magnante, Armando c. Eduardo Cernadas S.A., LLLitoral 2009-816.

(7) Se entendió que corresponde responsabilizar en los términos del artículo 1113 del Código Civil al propietario de la obra por el fallecimiento de un operario por la electrificación de la escalera sobre la que se encontraba trabajando, al tomar contacto con instalaciones —en el caso, una caja de alto voltaje— que carecían de un aislamiento adecuado, pues el daño causado por electricidad debe atribuirse al riesgo de la cosa. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1a Nominación de Santiago del Estero, 23/10/2008, Gutiérrez, Miguel y otra c. O.S.E.P. y/u otros, La Ley Online; AR/JUR/23781/2008.

(8) Se sostuvo que la responsabilidad de una estación de servicio por los daños ocasionados al propietario de un automóvil, al cual un empleado de aquélla cargó un combustible equivocado, surge tanto desde la perspectiva del art. 1113 del Cód. Civil en cuanto el producto constituye una cosa "riesgosa", como de la derivada de la especial relación de consumo entablada. Juzgado de 1a Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 5a Nominación de Rosario, 22/11/2007, SJ c. XXX S.A., LLLitoral 2008-468.

(9) Se resolvió que es improcedente considerar arbitraria la sentencia que condenó al comerciante y al importador de un electrodoméstico por los daños derivados de la muerte de un menor que sufrió una electrocución al limpiar el aparato, ya que ninguno de los argumentos empleados por el tribunal para rechazar la culpa de la víctima han sido refutados, en tanto aquél concluyó que cualquiera hubiese sido el modo de utilización del bien, apagado o encendido, la víctima hubiese recibido una descarga eléctrica al tocar alguna de sus partes metálicas, debido a los defectos de fabricación que presentaba. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala I, 10/09/2007, Oliva, Angel y otro c. Unigift S.A. y Otro, LLLitoral 2008-118, AR/JUR/7928/2007.

(10) En este sentido se dispuso que de conformidad con lo establecido en el artículo 1113 del Código Civil, corresponde responsabilizar al demandado por los daños sufridos por el actor mientras trabajaba utilizando una maquinaria de su propiedad —en el caso, una amoladora—, pues, en su carácter de propietario de la cosa riesgosa debió haber acreditado el caso fortuito, la culpa de la víctima o de un tercero por quienes no debería responder, o bien que la máquina fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 22/06/2007, Maidana, Juan Carlos c. Micheluk, Marcelo, La Ley Online; AR/JUR/12886/2007.

(11) Se dijo que tratándose de una colisión entre dos vehículos en movimiento —un camión y un móvil policial— resulta de aplicación el art. 1113, segundo párrafo del Código Civil, por lo cual, siendo uno solo de los partícipes del accidente quien acciona, no está obligado a probar la culpa del dueño o guardián de otro automotor, ni éste puede eximirse de responsabilidad alegando que de su parte no hubo culpa, dado que la responsabilidad del demandado se presume y no puede ser relevada, salvo la presencia de eximentes que la propia norma contempla Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala II, 15/08/2006, Fitipaldi, Ariel C. J. c. Huber, Carlos A. y otros, LLLitoral 2007-132.

(12) Se entendió que cabe responsabilizar, solidariamente con la Municipalidad codemandada, a la Institución deportiva que estampó su nombre y su logo en el cartel publicitario colocado en la vía pública, que ocasionó un accidente de tránsito, dado que dicho ente con su obrar antijurídico colocó una cosa riesgosa susceptible de afectar la circulación vehicular. Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial III, 18/04/2006, Almeida, Nora I. c. Club Regatas de Concordia y otra, LLLitoral 2006-1200.

(13) Se sostuvo que corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda interpuesta contra una empresa de electricidad a raíz de la muerte del hijo de los actores al recibir una descarga eléctrica toda vez que sus dependientes al anular la llave de corte bipolar y realizar una conexión directa de los cables actuaron en forma antijurídica e imprudente violando normas legales, por lo cual su responsabilidad surge de lo dispuesto por los arts. 43 y 1113 del Código Civil. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, 06/08/2004, Ortega, Juan R. y otro c. Empresa Provincial de la Energía, LLLitoral 2005-92.

(14) Se entendió que un calefón no configura en sí mismo y en abstracto una cosa peligrosa. Empero, si el artefacto ha sido antirreglamentariamente instalado, es indudable que reviste la doble condición de cosa viciosa y riesgosa. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 22/03/1999, Hallanib, Alberto J. A. y otros c. Grandinetti de Muraca, Raquel y/u otros, LLLitoral 2000-644.

(15) TRIGO REPRESAS, Félix A. LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo III. Ed. La Ley. Buenos Aires. Pág. 308.

(16) MOSSET ITURRASPE, Jorge, PIEDECASAS, Miguel A. Código Civil Comentado. Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 334.

(17) RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. Tratado... Ob. Cit., pág. 132.

(18) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, 18/09/1996, Barengo, Roberto A. c. Clorindo Appo S.R.L., LLLitoral 1997-551, con nota de Angel González del Cerro; AR/JUR/1406/1996 (Del voto del doctor Berger).

(19) BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Tomo I. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 254.

(20) ENNECCERUS y LEHMANN. Derecho de las obligaciones. Tomo I. Vol. I. Trad. Pérez González y Alguer. 11ª ed. Ed. Bosch. Barcelona. 1948. Pág. 65.

(21) MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Jean, MAZEAUD, León. CHABAS, Francois. Derecho Civil. Tomo II. Ed. Zavalia, pág. 277

(22) BETTI, Emilio. Teoría... ob. cit., pág. 175.

(23) JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Tomo II. Vol. I. Ed. Bosch y Cía. Buenos Aires, pág. 418.

(24) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, sala II, 13/11/1997, Duarte, Manuel c. Cassino, Raúl O. y otro, LLLitoral 1998-2, 275. Es decir, el art. 1113 del Cód. Civil generaliza la responsabilidad del dueño o guardián, independizándola del fundamento o arranque inicial, sin permitir la indagación de la inculpabilidad, pero sí de la causalidad. Ello posibilita el resarcimiento, aún cuando la causa verdadera del daño permanezca desconocida y sólo aparezca exteriormente como tal, el riesgo o vicio de la cosa. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala III, 20/11/1995, Galarza, Irma E. y otro c. Supercemento S.A. y otros, LLLitoral 1997, 262, con nota de Luis O. Andorno; AR/JUR/3859/1995.

(25) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, 31/05/1999, Suárez, Sergio R. c. Alfredo Williner S. A., sucs., LLLitoral 2000, 1001, AR/JUR/2515/1999.

(26) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, sala II, 05/11/1996, B., E. J. y otra c. Instituto Provincial de Desarrollo Habitacional, LLLitoral 1997, 979.

(27) MOSSET ITURRASPE, Jorge, PIEDECASAS, Miguel A. Código Civil Comentado. Ed. Rubinzal Culzoni. Pág. 334.

(28) TRIGO REPRESAS, Félix A. LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado... Ob. Cit. Pág. 311.

(29) PIZARRO, Ramón Daniel. Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de la Empresa. Contractual y extracontractual. Tomo II. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2006. Pág. 121. MAIJER, Les choses dangereuses (repport general) en Travaux de L Associatión Henri Capitant, T XIX, año 1967, Ps. 10 y ss. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, págs. 360/1.

(30) RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. Tratado... ob. cit., pág. 131.

(31) Ver el desarrollo de este tema en nuestro trabajo: JALIL, Julián E. "La energía eléctrica como cosa riesgosa". LA LEY 2010. Tomo B. Pág. 627.

(32) COSSIO, Carlos. La causa y la comprensión del derecho. Estudios Egológicos fundamentales N° 7. 4° edición. Ed. Juárez editor S.A. 1949. Pág. 29.

(33) PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Vol. II. Ed. Bosch, pág. 689.

(34) DIEZ PICAZO, Luis, GUILLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol. II. 9° edición. Ed. Tecnos. Madrid. 2001, pág. 553.

(35) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 22/02/2008, Etcheverri, Emma Elena c. Alto Palermo S.A. (APSA) Abasto de Buenos Aires y otro, LA LEY 23/04/2008, 23/04/2008, 10 - LA LEY 2008-C, 44, AR/JUR/490/2008. En igual sentido véase: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, "Aristizabal, Julio Alberto c. Fast Food Sudamericana", 2007/10/31, La Ley Online; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, "Boghossian, Carlos E. c. Alto Palermo S.A.", 2006/10/26, DJ 28/02/2007, 482 - JA 2007-I, 227.

(36) PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Vol. I. Ed. Revista de derecho Privado. Madrid. Pág. 328.

(37) A poco tiempo de su jubilación dedicamos estas dicciones a modo de homenaje por su constante aporte doctrinal al derecho argentino.

La encíclica Casti Connubii: un rayo de luz para las penumbras normativas (abordaje de la eugenesia desde sus cimientos hasta la actualidad en la ley de profilaxis)

Por Julian Emil Jalil

Disponible en: www.elderecho.com.ar/
Publicado en: El derecho 2011- Diario, Tomo 243, 837
Cita Online: ED-DCCLXXII-299
[Consultado el: 30/06/2020]

"...*Los hombres no se engendran principalmente para la Tierra y el tiempo, sino para el cielo y la eternidad*..."
(Encíclica *Casti Connubii* de Pío XI)

Sumario.

1. Introducción. – 2. La eugenesia en la Antigüedad. *2.1. Platón (República). 2.2. Tomás Moro (Utopía). 2.3. Código indio de Manú. 2.4. Leyes de Moisés. 2.5. Leyes de Esparta. 2.6. Ley romana. 2.7. Rey Sabio*. – 3. Escritores que abordaron el tema. *3.1. Pedro López Montoya. 3.2. Huarte de San Juan. 3.3. Charles Darwin.* – 4. La eugenesia como ciencia. *4.1. Mendel. 4.2. Francisco Galton*. – 5. Encíclica *Casti Connubii.* – 6. Eugenesia positiva y negativa. – 7. El problema: los descubrimientos científicos, el derecho y su reacción frente a la realidad. – 8. Colofón.

1. Introducción.

Centraremos nuestro análisis en el art. 13 de la ley de profilaxis, el cual en su último párrafo establece la prohibición de contraer matrimonio a las personas afectadas de *enfermedad venérea en período de contagio*. Para comprender la exigencia legal de no padecer de una enfermedad contagiosa o transmisible como requisito para celebrar las nupcias es necesario abordar el tema de la eugenesia.

Como ciencia, la eugenesia reconoce los aportes de Mendel, quien formuló las leyes sobre los mecanismos de la herencia; pero fue Francisco Galton quien a través de sus obras bibliográficas crea la disciplina con dicho nombre, cuyo estudio se centra en los factores sociales que pueden mejorar o debilitar los caracteres hereditarios de las generaciones futuras.

La existencia de una prohibición nupcial basada en argumentos eugenésicos trae aparejadas diferentes posiciones éticas, jurídicas, biológicas y filosóficas, las cuales han llamado la atención del hombre desde los tiempos más pretéritos hasta la actualidad y han trascendido las fronteras de los países y continentes para tornarse un tema de índole mundial, principalmente, creemos, por la importancia que reviste para la humanidad la preservación de su propia especie.

Atendiendo a razones políticas, éticas o netamente eugenésicas, los diferentes Estados han legislado con relación al supuesto de enfermedad transmisible de los contrayentes, tomando una posición más o menos intervencionista. Nuestro país adopta una forma radical, y en el año 1936 incorpora en la ley 12.331, o ley de profilaxis, un párrafo que reza: "No podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedad venérea

en período de contagio...". Aún hoy, cuando los tiempos han cambiado, dicho artículo permanece intacto en la legislación nacional, aunque numerosos proyectos de reforma pretendieron modificarlo.

Como se aprecia, entran en colisión dos aspectos de gran jerarquía; por un lado, el derecho individual a la libertad del hombre comprensivo del derecho a contraer matrimonio y, por otro, el poder del Estado para limitar la autonomía de la voluntad, imponiendo un nuevo impedimento matrimonial, sustentado en razones de interés general.

El tema ha motivado el interés de la Iglesia Católica, la cual, a través de la encíclica *Casti Connubii*, deja en claro su posición al respecto. Consideramos de importancia el análisis e interpretación de la doctrina católica, puesto que nuestra institución matrimonial civil tiene como gen el derecho canónico y, por nuestra parte, en sus concepciones hemos vislumbrado la solución al conflicto mencionado.

Por último, la frase "enfermedad venérea en período de contagio", que consagra la ley 12.331 en su art. 13, no parece ser muy feliz por dos razones bien determinadas: primero, por lo difícil que es en ciertos casos establecer si al momento de las nupcias la persona enferma está en período de contagio. Y, segundo, aparece el tema del SIDA. Este terrible flagelo se ve comprendido, en principio, dentro del concepto de enfermedad venérea, pero el período de contagio no desaparece nunca, ya que no existe cura para esta enfermedad en la actualidad. De esta manera, el Estado ejerce una potestad abusiva al prohibir a ciertas personas contraer matrimonio por el resto de sus vidas.

2. La eugenesia en la Antigüedad.

2.1. Platón (República)

En Grecia se practicaba el infanticidio con los recién nacidos cuya conformación era considerada no adecuada. Uno de los principales pensadores de la Antigüedad que aborda el tema de la eugenesia es Platón, en su libro *República*, quien resaltando lo controvertido e importante de la cuestión se plantea: "Debemos formar los matrimonios más santos que nos sea posible; y los más ventajosos para el Estado serán los más santos pero: ¿cuáles serán los más ventajosos?"(2).

En este sentido, el gran autor griego acude a la idoneidad práctica de su discípulo para arribar a una conclusión más valedera y dice, refiriéndose a los matrimonios: "A ti te corresponde decírmelo Glauco, veo que crías perros de caza y pájaros para la cetrería en gran número. ¿Has reparado en lo que se hace cuando se quiere aparearlos y que tengan crías? ¿Te has fijado lo que se les hace cuando se los quiere aparear para tener hijos con ellos? ¿No hay siempre entre estos animales, aunque todos sean de buena raza, alguno que supera a los demás? (...) ¿y es indiferente para ti tener hijos de todos o prefieres tenerlos de los que superan a los demás?"(3).

De esta manera, Platón sugiere propuestas para mejorar a los seres humanos a través de cruzamientos selectivos o calificados (4). Es claro y evidente que el gran pensador tomaba partido por considerar que debía existir una especial tendencia para unir en matrimonio a personas bien dotadas biológicamente (5), para lograr de ellas el mejor resultado posible. Esto es candente aún más en cuanto dice: "En cuanto a los jóvenes que se hayan distinguido en la guerra o en otras cosas, se les concederá, entre otras recompensas, permiso para ver con mayor frecuencia a las mujeres. Éste será un pretexto legítimo para que el Estado sea en gran parte poblado por ellos"(6).

Hacemos contacto con un *animus* manifiesto de lograr, a través de la selección de sujetos, una mejora de la especie, un exaltamiento de la humanidad, pero sólo desde la perspectiva física, consideraciones que, como veremos oportunamente, repudiamos con gran ahínco.

Por último, aparece una visión cautelosa y temeraria que paradójicamente no se desenvuelve dentro del ámbito de la arbitrariedad estatal sino, por el contrario, surge un mero consejo. En este sentido, se dice que fuera de la edad para procrear (de los veinte a los cuarenta en la mujer, y hasta los cincuenta y cinco en el varón), dejaremos libertad para tener acceso carnal pero "no se les permitirá, sino después de habérseles prevenido expresamente, que no han de dar a luz ningún fruto concebido mediante tal unión, y si a pesar de sus precauciones naciese alguno deberán abandonarlo porque el Estado no se encargará de alimentarle..."(7), consideración, esta última, que aun antaña se vuelve a reflejar en la encíclica de Pío XI, y en cierta medida, acata nuestras conclusiones.

2.2. Tomás Moro (Utopía)

Tomás Moro, en su libro *Utopía*, enuncia concepciones que a nuestro entender se sustentan en el tema de estudio, a saber: "Los ulpianos toman en serio la elección del cónyuge (...) una dama honrada y modesta muestra al pretendiente a su prometida completamente desnuda, sea virgen o viuda. A su vez un varón probo exhibe ante la novia al joven desnudo (...) Ellos sin inmutarse, hicieron ver su admiración ante la colosal tontería de los demás países (...) tomáis infinitas precauciones a la hora de comprar un potrillo, asunto en verdad de poca monta. Os negáis a comprarlo aunque está casi en pelo, si antes no se le quita la silla y todos sus arreos, por miedo a que bajo todo esto haya alguna matadura. Y cuando se trata de elegir una mujer, elección que va a ser la delicia o el asco de toda la vida, obráis con negligencia, dejáis el cuerpo cubierto con sus vestidos y juzgáis a la mujer entera por una parte de su persona tan grande como la palma de la mano. En efecto sólo su cara está descubierta y la lleváis con vosotros no sin riesgo de encontrar un defecto oculto hasta entonces, que os impide congeniar con ella..."(8).

Royo Martínez, al comentar la obra de este autor, entiende que en el texto transcripto no se halla acogida de los pensamientos de Platón sobre eugenesia. Considera que Tomás Moro advierte otra clase de cuestión (9). Por nuestra parte, creemos que esto no es así, puesto que desde un análisis genérico se advierte un claro contenido eugenésico basado en la necesidad que pone de manifiesto el autor de advertir el estado íntegro de la persona con quien el contrayente celebrará las futuras nupcias.

Esto es comprensivo, no sólo de los aspectos ligados a la identidad de la persona con quien se contraerá matrimonio sino también en cuanto se refiere a las características físicas y psíquicas del otro futuro cónyuge y a la posibilidad de que conforme con ello pueda resultar perjudicada la prole (10).

Si es cierto que se vislumbra en el contenido de las aseveraciones de Tomás Moro la existencia de dos institutos con vigencia en nuestra legislación actual, el error *in qualitatem*, y el dolo, ambos integrantes de los denominados vicios del consentimiento que operan en materia matrimonial(11), cabe resaltar que si bien tanto el dolo como el error son conceptos que tienen su esfera de acción dentro de un campo específico de los vicios del consentimiento matrimonial contemplando situaciones determinadas por la doctrina o la jurisprudencia, los mismos no escapan a los problemas jurídicos que emergen de la eugenesia, a tal punto que en todo caso los resuelven de una manera más práctica y sencilla ante las deficiencias de la ley.

2.3. Código indio de Manú

En el libro III contiene prescripciones según las cuales el brahmán debe evitar, al unirse en matrimonio, el enlace con una mujer perteneciente a diez tipos de familia en donde existiesen determinadas enfermedades o en donde sus miembros tuvieran características fisiológicas disvaliosas (12).

2.4. Leyes de Moisés

Las leyes hebraicas, obra de Moisés, prohibieron las nupcias de epilépticos, leprosos, alcohólicos y tuberculosos.

2.5. Leyes de Esparta

Impusieron el sacrificio de los recién nacidos enfermos, degenerados o mal conformados. Se presentaba al recién nacido a los ancianos que examinaban al niño. Si estaba bien conformado y fuerte, éstos ordenaban criarlo; si había nacido mal y deforme, lo llevaban al lugar llamado de los "*Apostatas*", precipicio situado cerca de Tiageto. Incluso antes de esta presentación, las mujeres lavaban con vino, agua helada u orina a los recién nacidos para probar su carácter, y practicaban en ocasiones el infanticidio dejando morir al niño sin alimento ni cuidados (13).

2.6. Ley romana

La ley romana de las XII tablas permitió que el padre matara al hijo gravemente deforme.

2.7. Rey Sabio

En la partida II, título XX, se hace específica mención a la necesidad de que el marido elija una mujer sana para evitar que los hijos nazcan enfermos.

3. Escritores que abordaron el tema.

3.1. Pedro López Montoya

Sus enseñanzas con respecto a la eugenesia se sustentan en esta opinión: "Si el prudente labrador, para coger buen fruto, considera y escoge con cuidado la tierra que ha de sembrar, grandísima imprudencia será del que pretende tener buena sucesión, si primero no hace examen de la compañía que ha de tomar para este fin"(14).

3.2. Huarte de San Juan

Algunos párrafos de esta obra son resaltados como evidenciales en cuanto al contenido eugenésico de sus consideraciones (15). Ellos son: "¿No sería una locura casar a vuestra hija con un tritón, o con un jimio o sátiro, que todos tienen figura de hombre y son animales de otra especie, y tener nietos o descendientes tritones o jimios?, pues no es menos yerro el que el vulgo hace cada día en los casamientos, no mirando más de la hacienda y riqueza, olvidando lo principal, que es la perfección de la naturaleza en la persona"(16).

"Y así verá el hombre cuando cuánto va en la compañera que toma por mujer para la perfección de sus hijos, y la mujer cuánto va en el compañero que toma por el semejante"(17).

3.3. Charles Darwin

Los aportes de este autor a la eugenesia como ciencia constituyen una herramienta indispensable de la cual se iría a nutrir más adelante Francisco Galton, quien fuera su primo. Son numerosos los pasajes de sus obras *El origen de la especie* y *El origen del hombre y la selección en relación al sexo,* en donde se mencionan cuestiones que luego servirán de fundamento a las teorías de Mendel y Galton. Entre otros, se puede mencionar un pasaje de la primera donde se señala que la posibilidad de obtener razas distintas por cruzamiento ha sido exagerada, pues existen numerosos ejemplos que demuestran que una raza puede ser modificada por cruzamientos de cuando en cuando, si éstos están ayudados por la cuidadosa selección de los individuos que presentan el distintivo que se desea (18).

4. La eugenesia como ciencia.

4.1. Mendel.

Aún cuando Hipócrates en la antigüedad se refería a la herencia o Darwin escribía sobre la evolución, el tema de eugenesia es abordado con total integridad y especificidad por Mendel, quien formula las leyes de la herencia o leyes de Mendel.

De 1857 a 1868, Juan Gregorio Mendel, modesto religioso agustino del Konigskloster de Brunn (ciudad que los checos llaman Brno), hizo unas experiencias cruzando guisantes de olor vulgar, que tienen de seis a siete pies de altura, con su forma enana, que sólo tiene de tres a cuatro pies y medio de altura (19). Aquellas observaciones quedaron sepultadas en las revistas técnicas y cayeron en el más absoluto olvido, hasta que en 1900 fueron redescubiertas casualmente (20).

Mendel estudió detenidamente las obras de Darwin, descubrió graves errores en su teoría y quiso rectificarlos con sus indagaciones en punto a la doctrina de la herencia, pero la ciencia era favorable a Darwin, y aun cuando los postulados de Mendel gozaban de gran sustento empírico, no pudo obtener aquella conversión necesaria que exigía Khun para cambiar el paradigma vigente (21).

4.2. Francisco Galton.

En sus obras *Hereditary genius*, publicada en 1869, y *Inquieies inton human faculty and its development,* aparecida en 1884, hace un análisis minucioso de los factores hereditarios y en la última de ellas da nombre a la nueva disciplina: "eugenics", palabra de estructura griega y con antecedentes en la palabra "genea" (cuidado de la raza) y en sus derivados "eugeneia" y "eugenes". El vocablo pasó a nuestro idioma como "eugenesia" (22). Para Galton, el objeto de la eugenesia *es el estudio de los factores sociales que pueden mejorar o debilitar los caracteres hereditarios de las generaciones futuras* (23).

Es fácil apreciar lo valioso que resultó para la ciencia biológica esta nueva disciplina, pero resulta muy difícil advertir el destino social que Galton tuviera en mente para la misma. Pese a ello, Monseñor Toth nos acerca una interpretación al manifestar que "los fanáticos de la eugenesia no habrían de olvidar que Galton, el promotor de todo el movimiento, no quiso que la eugenesia fuese independiente de la ética, sino antes bien quiso encontrarla con ella. En 1905 escribe que la eugenesia es "un factor de la religión" ("*as a factor in religion*"). Y extiende la obligación de amar al prójimo hacia la generación venidera, aumentando así la importancia del matrimonio" (24). De esta manera se puede inferir que el padre de la eugenesia, con la autoridad que le confiere la profundidad que le ha dedicado a su estudio, actualmente sería un claro opositor del impedimento matrimonial basado en fundamentos eugenésicos.

Por otro lado, es interesante destacar que Galton no consiguió en vida que sus postulados alcanzasen la popularidad deseada, pero, con posterioridad, tuvieron una alta difusión en diversos países quizás superior a la que él mismo proyectara; por ello, como dice Soutullo, aun cuando sus ideas pueden parecer hoy en día las ensoñaciones de un loco, sus opiniones fueron compartidas, en mayor o menor medida, por importantes personalidades científicas y literarias(25), y en la actualidad se recrean y debaten inmersas en un número considerable de controversias bioéticas.

5. Encíclica Casti Connubii.

La existencia de esta nueva ciencia trae aparejadas diferentes posturas o posiciones sobre la conveniencia o inconveniencia de su aplicación en cualquier campo fáctico, y especialmente en lo relacionado con las prohibiciones nupciales basadas en argumentos eugenésicos.

Es de gran importancia hacer referencia a la posición de la Iglesia sobre este tema, ya que la institución del matrimonio que reconoce nuestro derecho positivo tiene su origen en el derecho canónico. Es verdad que nuestra ley de matrimonio civil (incorporada al Código Civil) con todas sus modificaciones es la que rige los impedimentos que vedan la celebración de las nupcias, ya que en nuestro Estado esta materia es estrictamente civil, pero también es real que la posición de la Iglesia *nos brinda un rayo de luz sobre un tema que se encuentra en penumbras, siendo los fundamentos en los que sustenta el repudio a la prohibición de las nupcias de contenido altamente profundo y seductor para el encausamiento en dicha tesitura*.

En este sentido, la Iglesia Católica ha manifestado su opinión contraria a las prácticas eugenésicas, por medio del Estado, a través de Pío XI y su encíclica *Casti Connubii*. Ésta expresa: "Es, pues, necesario que sea reprobado este uso pernicioso que, próximamente, en verdad, se relaciona con el derecho natural del hombre a contraer matrimonio, pero que también pertenece, en cierto sentido verdadero, al bien de los hijos.

"Hay algunos, en efecto, que, demasiados solícitos de los fines eugenésicos, no se contentan con dar ciertos consejos saludables para mirar con más seguridad por la salud y vigor de la prole, lo cual, desde luego, no es contrario a la recta razón sino que anteponen el fin eugénico a todo otro fin, aun de orden más elevado, y quisieran que se prohibiese por la pública autoridad contraer matrimonio a todos los que según las normas y conjeturas de su ciencia, juzgan que habrían de engendrar hijos defectuosos por razón de la transmisión hereditaria, aun cuando sean de suyo aptos para contraer matrimonio.

"Más aún: quieren privarlos por la ley, hasta contra su voluntad, de esa facultad natural que poseen mediante intervención médica; esto no para solicitar de la pública autoridad una prueba cruenta por delito cometido o para precaver futuros crímenes de reo, sino contra todo derecho y licitud, atribuyendo a los gobernantes civiles una facultad, que nunca tuvieron ni pueden legítimamente tener. Cuantos obran de este modo perversamente se olvidan (de) que es más santa la familia que el Estado, y de que los hombres no se engendran principalmente para la tierra y el tiempo, sino para el cielo y la eternidad. Y de ninguna manera se puede permitir a hombres, de suyo capaces del matrimonio, se los considere gravemente culpables si lo contraen aunque se conjeture que aun empleando el mayor cuidado y diligencia, han engendrado hijos defectuosos.

"De ordinario, eso sí, hay que aconsejarles que no lo contraigan. Los gobernantes no tienen potestad alguna directa en los miembros de sus súbditos; así, pues, jamás pueden dañar ni aun tocar directamente la integridad corporal donde no medie culpa alguna o causa de pena cruenta, y esto ni por causas eugénicas, ni por otras causas cualesquiera"(26).

Pero entonces: ¿debemos entender que la Iglesia Católica a través de esta encíclica toma partido por desechar la eugenesia como ciencia encaminada a evitar la transmisión de determinadas enfermedades? Monseñor Toth asevera que este fin "no se ve afectado", ya que la Iglesia "no condena el gran esfuerzo que intenta asegurar una generación humana más valiosa, más sana, más fuerte, más resistente en el trabajo" (27).

Otra de las cuestiones que surgen es determinar qué consejos toma la Iglesia de la eugenesia, es decir, cuáles son compatibles con su idiosincrasia. Sobre ello, Toth dice: "Si en la misma eugenesia negativa encontramos pensamientos aceptables, con mayor razón podemos tener por cierto que el sentir católico saluda con alegría todas las sanas orientaciones de la eugenesia positiva y les presta ayuda" (28). Coincidimos, en este sentido, en que las legislaciones no deben, a través de normas, prohibir efusivamente la celebración de

matrimonios entre personas afectadas de enfermedades, porque es fácilmente apreciable que una prohibición nupcial absoluta no puede resolver un problema de esta índole (29).

6. Eugenesia positiva y negativa.

Cuando Galton introduce a fines del siglo XIX el término "*eugenics*", distingue entre la eugenesia positiva, que apunta a favorecer la reproducción de los individuos más dotados, y es en ésta en la que insiste Galton, y la eugenesia negativa, que pretende limitar la reproducción de individuos tarados, socialmente inadaptados(30).

Entonces, dentro del concepto de *eugenesia negativa* podemos encontrar *el impedimento de la concepción*, suprimiendo la vida en el umbral mismo de ella; *el aborto artificial*, a través de la muerte provocada; *la prohibición de casarse para los que sufren de una grave transmisión hereditaria*. Ésta es quizás la cuestión más polémica que ha despertado nuestro interés personal por esta investigación; *la esterilización eugenésica* por la cual se intenta evitar, a través de mutilaciones genitales o biológicas, la posibilidad de procrear (31); la *eugenesia penal*, cuando el Estado, para defender el bien común, mutila a determinadas personas que cometen ciertos delitos para impedir que sus descendientes sigan el mismo obrar.

Mientras la eugenesia negativa sirve de obstáculo para la procreación o retroalimentación de la especie, *la eugenesia positiva* edifica e intenta fortalecer la raza, pero a través de ciertos consejos o principios implícitos. Se puede sintetizar esta idea mencionando *la educación de la humanidad* para una conciencia seria de responsabilidad en relación con los males intrínsecos y extrínsecos existentes en la faz en la tierra; *la abstención del comercio carnal promiscuo*; éste es un mal de nuestros días, aunque, en cierta medida, ya era conocido en la antigüedad; sus consecuencias son altamente nocivas y la eugenesia aparece entonces como un medio idóneo para la gestación de una nueva conciencia sexual.

La postura de la eugenesia positiva puede ser válidamente resumida por una frase de Jonas, que si bien no se refiere expresamente al tema, su idea rectora es aplicable a ella: "Cada ser vivo es su propio fin, no está necesitado de ulterior justificación, y en esto el hombre no tiene ninguna ventaja sobre los demás seres vivos, excepto que solo él puede tener también responsabilidad por ellos, es decir, por la salvaguardia de su fin intrínseco" (32).

7. El problema: los descubrimientos científicos.

Si bien los descubrimientos y adelantos tecnológicos (entre los que ocupan un lugar relevante los producidos en el campo de la biología y la medicina) han abierto amplias perspectivas para el progreso económico, social y cultural, esta evolución puede, sin embargo, comprometer los derechos y libertades de los individuos y, por ello, requerirá una atención permanente (33).

Es así que la evolución de determinadas ciencias, especialmente las del campo biológico, generan la duda a los juristas en relación con la manera en que el derecho debe constreñir los nuevos avances en las disciplinas, porque en plazos no muy lejanos la nueva realidad supera la normativa existente.

De esta manera, como mencionamos en la parte introductoria, los diferentes Estados han dado una aplicación normativa a los principios que emergen de la nueva disciplina: la eugenesia. Esto ha ocurrido de manera divergente. En nuestro país, como ya indicamos, se crea una legislación denominada "Ley de profilaxis de las enfermedades venéreas", que es una ley ómnibus porque abarca diferentes cuestiones, entre ellas, su art. 13 establece la prohibición de contraer matrimonio a las personas *afectadas de enfermedad venérea en período de contagio*. La finalidad mediata de la norma consiste en evitar a través de ella que determinadas personas (afectadas por enfermedades venéreas) contagien la misma a su descendencia (34).

La pregunta consististe en determinar si es ésta la respuesta que el derecho debe aportar al estado de la ciencia, y más precisamente si la eugenesia exige realmente una reacción del derecho o si debe circunscribir su aporte a un mero conocimiento particular de los interesados.

Hoyos Vásquez dice, en este sentido, que más allá de explicaciones acerca del próximo mercado genético o de su efecto dominó, del diseño de bebés, no se excluye el peligro de un eugenismo positivo, una eugenesia que supere la simple terapia preventiva. Esto significaría que los padres y especialistas tendrían el derecho tanto de clonar como de actuar antes del nacimiento sobre características y aptitudes del futuro niño, quien, como adolescente, al tomar conocimiento de dicha manipulación se sentiría limitado de su libertad, podría pedir cuentas a quienes lo diseñaron y de todas formas no podría reconocerse como único autor de su biografía. La manera como nos comportemos con respecto a la vida humana prenatal determinará en cierta forma si nos podremos autocomprender en un futuro como personas morales y si podremos comportarnos social y públicamente como tales (35).

Entonces, nos encontramos con el siguiente dilema, ahora no sólo la descendencia podría criticar desde un punto de vista moral los caracteres que le han transmitido sus padres sino también desde una perspectiva jurídica, habida cuenta de que, si se burlara la prohibición que venimos analizando, los padres tendrían un comportamiento antijurídico, del cual deberían responder ante la justicia (36). La situación se torna altamente peligrosa, existiendo ya en el extranjero precedente jurisdiccionales al respecto.

8. Colofón.

Una vez exteriorizada la síntesis de las situaciones de conflicto que pueden esgrimirse en relación con esta cuestión, es menester dejar plasmada nuestra postura sobre el tema. Sabemos que en el campo de las ciencias sociales es muy difícil arribar a lo verdadero o exacto, pero consideramos que el discurso dialéctico interdisciplinario e interideológico es, sin duda, la mejor opción (37), y a través de este trabajo queremos dejar plasmado nuestro aporte ético-jurídico a estos dilemas.

El art. 13 de la ley 12.331 tiene vigencia desde hace más de 70 años, pero la realidad de entonces era muy diferente a la actual, y es harto sabido que la falta de actualización normativa, especialmente en el ámbito matrimonial, puede crear una disfuncionabilidad entre los enunciados normativos y la realidad.

En este sentido, hacemos mención de las personas afectadas de SIDA, enfermedad cuya vía de contagio más saliente son las relaciones sexuales, y pese a que cierta parte de la doctrina la considera excluida del impedimentos regulado en el art. 13 de la ley 12.331, otros autores entienden que se halla ciertamente incluida en los términos de "enfermedad venérea"; sin entrar a analizar profundamente esta cuestión, *consideramos que no debería estarlo por los inconvenientes jurídicos y prácticos que ello produciría*(38).

La situación se torna confusa y los resultados, ilógicos o incongruentes, entonces la cuestión consiste en saber cuál es el precio que debemos pagar por mantener en el ordenamiento jurídico una norma de esta índole que no resuelve el conflicto sino que lo profundiza y que atenta contra uno de los principios jurídicos y bioéticos más importantes en la actualidad: *el de autonomía. En este sentido, creemos que la ley no debe prohibir matrimonios por la existencia de enfermedades, habida cuenta de que ello pertenece al plano de lo autónomo, sí sería valedero el consejo o la necesidad del conocimiento acerca de la enfermedad a través de los certificados prenupciales, pero no la prohibición. En definitiva, este es un tema que debe resolverse dentro del fuero íntimo del matrimonio pero bajo ningún modo a través de impedimentos nupciales. Por ello y conociendo la existencia de los actuales proyectos legislativos de reforma que no difieren demasiado del argumento normativo actual, pregonamos por la preferencia de la autonomía por sobre la inmiscución estatal, y desde esta perspectiva robustecemos las aseveraciones vertidas por la encíclica* Casti Connubii*, siendo éste nuestro aporte.*

Bibliografía.

(2) Platón. República. Obras completas, Editorial Bibliográfica Ameba, 1967, t. III, Libro V, pág. 236.

(3)Ibídem, pág. 237.

(4) En este sentido decía: "En calidad de legislador, harás una selección entre las mujeres, como la has hecho entre los hombres, y aparearás a éstos con ellas, teniendo en cuenta todas las semejanza posibles. Poner en manos del azar los apareamientos carnales y demás actos de una sociedad en donde los ciudadanos traten de ser dichosos, es cosa que ni la religión ni los magistrados permitirán...". Si bien en los aspectos precedentemente mencionados aparecen notorios elementos que demuestran una relación entre la selección de personas y la descendencia, consideramos que no hay mayor evidencia sobre la postura de Platón en relación con la eugenesia que en los párrafos siguientes de su libro República, en donde señala: "Es preciso, según nuestros principios, que las relaciones de los sujetos selectos de entre ambos sexos sean frecuentes, y la de los sujetos inferiores muy raras; además es preciso criar los hijos de los primeros y no los de los segundos, si queremos que no degenere el rebaño".

(5) Digo dotadas biológicamente en el sentido de que las personas debían ser las más aptas para crear la mejor descendencia posible, lo cual es evidente porque Platón requiere las más frecuentes relaciones entre esta clase de individuos y la mayor escasez en los individuos inferiores.

(6) Platón, República. Obras..., cit., pág. 236.

(7) Ibídem, pág. 243.

(8) Moro, Tomás, Utopía, traducción de Pedro Rodríguez Santidrián, Madrid, Alianza Editorial, 1997, pág. 121.

(9) Royo Martínez, Miguel, Prohibiciones nupciales en razón de enfermedad, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1950, pág. 4.

(10) El motivo por el cual se presenta la mujer desnuda y se tienen muy en cuenta sus atributos físicos no es otro sino el mejoramiento del hombre desde la perspectiva biológica, ya sea para la obtención de mejores guerreros, una raza más digna o un robustecimiento físico de la ciudad. En igual sentido, en las Civitas solis de Campanella se establecía que los hombres y mujeres se presentaban desnudos, y los magistrados determinaban cuáles eran los más y los menos aptos para las uniones sexuales. Las mujeres bellas eran unidas tan sólo con hombres bellos y altos, y los magistrados combinaban las uniones según la constitución de los sujetos para que contemplándose, den buena raza.

(11) El dolo puede aparecer por la ocultación maliciosa de una enfermedad, dolencia o defecto, que de haber sido conocido por el esponsal sano, éste no habría accedido a las nupcias, y el error surge en relación con las cualidades personales del sujeto, entre las que se configura su estado físico, es decir, aquí no se exige malicia o engaño, sólo basta el dato objetivo de la existencia del mal o defecto (físico o psíquico).

(12) Entre les cuales se mencionaba a "la familia que no produce hijos varones (...) y aquellas cuyos miembros tienen el cuerpo cubierto de largos pelos o sufren de tisis, dispepsia, epilepsia, lepra blanca o elefantitis. Que el brahman no se case con una muchacha que tenga los cabellos rojizos o (...) que esté a menudo enferma, o sea demasiada velluda (...) o que tenga los ojos rojos (...) que escoja una mujer bien formada (...) que tenga el modo de caminar gracioso de un cisne o de un pequeño elefante, cuyo cuerpo esté revestido de un ligero vello, cuyos cabellos sean finos, cuyos dientes pequeños". Díaz de Guijarro, Enrique, Matrimonio y eugenesia. El impedimento matrimonial de enfermedad, Buenos Aires, Guillermo Kraf, 1944, pág. 8.

(13) Soutullo, Daniel, La eugenesia desde Galton hasta hoy, Talasa, Literatus, pág. 11.

(14) Especial importancia le ha dado Jiménez de Asúa. En este sentido invitamos a verlo más desarrollado en la obra del notable tratadista. Véase Jiménez de Asúa, Luis, Libertad de amar y derecho a morir, Buenos Aires, Losada, 1942, pág. 47.

(15) Este autor, en su libro Examen de ingenios para las ciencias, dedica cinco capítulos (XVII al XXI, ambos inclusive) al estudio de la eugenesia. Los capítulos que sirven al presente estudio son: Capítulo XVII: donde se trata la manera en que los padres han de engendrar a los hijos sabios, y el ingenio que requieren las letras. Capítulo XVIII: donde se declara con qué señales se conoce en qué grado de calor y sequedad está cada

hombre. Capítulo XIX: donde se declara qué mujer con qué hombre se ha de casar para que pueda concebir. Capítulo XX: donde se declara qué diligencia se ha de hacer para que salgan varones y no hembras. Capítulo XXI: donde se ponen las diligencias que se han de hacer para que los hijos salgan ingeniosos y sabios.

(16) Huarte de San Juan, Juan, Examen de ingenios, Cátedra, 1989, pág. 322.

(17) Ibídem, pág. 341.

(18) Darwin, Charles, El origen de las especies, Longseller, 2004, pág. 118.

(19) El descubrimiento fue éste: si se cruzan los guisantes de olor de forma vulgar con los enanos, en la generación inmediata todos son altos; en la segunda, una cuarta parte es ya enana y otra cuarta parte, pura, con lo que ya en la generación segunda, una mitad ha vuelto a la estirpe pura de las progenitoras. En las generaciones sucesivas se mantiene aproximadamente esta proporción, aunque no es invariable. También se experimentó con otras plantas, roedores y aves. Los caracteres que se manifiestan aparentes desde la primera hora se designan con el título de dominantes, y los que quedan amadrigados, para reaparecer luego, se llaman recesivos. Por herencia, parece que se eliminan los primeros, pero se conservan los segundos.

(20) Jiménez de Asúa, Luis, Libertad de amar..., cit., pág. 40.

(21) Este destacado autor explicaba que las etapas en una revolución científica son: a) la pre-científica; b) el logro o descubrimiento inédito; c) la conversión o aceptación de la comunidad científica; d) el paradigma o patrón aceptado; e) la etapa de ciencia normal; f) la crisis, y g) la revolución o cambio del paradigma por otro. Khun, Tomás, La estructura de las revoluciones científicas, Fondo de Cultura Económica, México, pág. 178.

(22) Cuán curioso resulta señalar que tanto Galton como Mendel nacieron en el mismo año y nunca se conocieron ni supieron de sus obras, aun cuando eran contemporáneos y sus investigaciones sobre la herencia y la eugenesia, además de ser coetáneas, se vinculan estrechamente.

(23) Díaz de Guijarro, Enrique, Matrimonio y eugenesia..., cit., pág. 11.

(24) Thot, Tihamer, Eugenesia y catolicismo, traducción de Antonio Sancho de Mallorca, 1ª ed., Editor Sociedad de Educación Atenas S.A., Madrid, 1942, pág. 44.

(25) Como H. G. Wells, George Bernard Shaw, Kart Pearson o el propio Charles Darwin. Asimismo, durante la primera mitad del siglo XX, las ideas eugenésicas llegaron a tener muchos seguidores entre la clase política y en la comunidad científica internacional, y fueron llevadas a la práctica en algunos países. Científicos como el físico William Shockley o el genetista Hermann Muller eran eugenistas convencidos. El primero, Premio Nobel de Física e inventor del transistor, propuso la esterilización de todas aquellas personas cuyo cociente de inteligencia fuera inferior a 100. El segundo, Premio Nobel de Fisiología y Medicina (Soutullo, Daniel, La eugenesia..., cit., pág. 12).

(26) Carta encíclica Casti Connubii del Papa Pío XI sobre el matrimonio cristiano, vésase en este sentido la interpretación de Vidal Taquini, en Vidal Taquini, Carlos, Matrimonio civil, ley 23.515, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1991, pág. 84.

(27) Thot, Tihamer, Eugenesia..., cit., pág. 57.

(28) Ibídem, pág. 58.

(29) En este sentido, se dice que la encíclica Casti Connubii acepta y pregona propiamente todo cuanto aconseja la eugenesia positiva bien orientada. Por ejemplo, subraya vigorosamente los deberes que tienen los padres de educar a los hijos, y con ello la vida de familia es más ordenada y sana. Aprueba el examen médico practicado antes del matrimonio. Aunque no sea lícito prohibir el matrimonio a los enfermos, se puede y se debe educar la conciencia de los jóvenes para que ellos aprecien más que una rica dote el organismo no gastado y vigoroso, la valiosa materia de herencia que ambos contrayentes llevan al matrimonio, y se abstengan espontáneamente del matrimonio, si de éste han de nacer con toda probabilidad hijos enfermos o contrahechos. La Iglesia hace importante labor eugenésica, al predicar que no se contraiga matrimonio a impulsos de una pasión ciega, por efecto de un flirteo o de una conversación habidos en la sala de baile o por causas sociales y materiales. Thot, Tihamer, Eugenesia..., cit., pág. 62.

(30) Diccionario de ética y de filosofía moral, t. I, A-J. Publicación dirigida por Monique Canto-Sperber, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2001.

(31) La ley alemana del 25 de junio de 1933 con el título de "Gesetz zur Verhutung erbkranken nachwuchses" (ley de prevención de una prole enferma por herencia) que entrara en vigor el 1 de enero de 1934 establecía la esterilización obligatoria en los siguientes casos: 1º Si según los datos de la ciencia médica era

probable que los descendientes sufrieran de graves enfermedades corporales o espirituales. 2º Si pedían tal operación o los mismos interesados o los colegios oficiales de médicos, o instituciones curativas o penales; 3º Si la Erbegesundheits-Gericht (Tribunal de Sanidad Hereditaria) la decretaba. Así, entre las enfermedades comprendidas se encontraban: imbecilidad heredada, esquizofrenia, depresión maníaca, epilepsia hereditaria, el baile de San Vito, ceguera transmisible, sordera transmisible, graves contorsiones corporales, alcoholismo grave.

(32) Jonas, Hans, El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica, Barcelona, Erder, 1995.

(33) Proclamación de Teherán, declaración fruto de las deliberaciones de las Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho. En Hooft, Pedro F., Bioética y derecho, ED, 132-877.

(34) En realidad, éste era una de las finalidades de la norma. La otra, que era más inmediata, consistía en que quien intentaba contraer nupcias, a través del certificado médico prenupcial obligatorio, tomara conocimiento de la enfermedad que adolecía e intentara su curación.

(35) Hoyos Vasquez, Guillermo, Moral comunicativa y bioética, JA, 2004-IV-1123.

(36) Vale aclarar que decimos caracteres en el sentido de que no sólo la transmisión de enfermedades estaría comprendida sino que una persona podría bajo argumentos eugenésicos reprochar a sus padres la existencia de una prolongada nariz, ojos demasiado grandes, pera voluptuosa, etc. Y lo que es peor se plantea el caso en que, por ejemplo, una persona pueda acceder a las nupcias sin presentar el certificado que establece su aptitud nupcial desde el punto de vista físico porque el oficial del Registro omite pedirlo. Así, accede al matrimonio y trasmite una enfermedad a su prole. La pregunta se plantearía de la siguiente manera: ¿podría el hijo, llegado a una determinada edad, demandar a su padre por su acto negligente de no presentar el correspondiente certificado cuando sabía que debía hacerlo?

(37) Entendemos, siguiendo a Lolas Stepke que, como en el caso de la medicina que comparte con el derecho el ser disciplina y profesión y nutrirse de determinada ciencia para sus conceptos y técnicas, el ideal de objetividad absoluta, de la búsqueda de la verdad y de la infalibilidad del método y sus resultados pueden ser objetados radicalmente. Aun el más objetivo de los conocimientos –el del mundo sensible–, para serlo ha de hacerse discurso (Lolas Stepke, Fernando, El derecho la cientificidad y la sociedad de riesgo: un comentario bioético, JA, 1999-IV-923). En igual sentido, afirma Maliandi: "Se hace cada vez más clara la necesidad de que los problemas morales sean sometidos a instancias dialógicas, porque se cobra conciencia de que la razón misma es dialógica, y esto significa que sólo mediante la institucionalización de los discursos prácticos es posible alcanzar las soluciones más razonables, aunque éstas, debido a la estructura irremisiblemente conflictiva de lo social, nunca sean perfectas (Maliandi, Ricardo, Ética. Conceptos y problemas, 3ª ed., Buenos Aires, Biblos, 2004, pág. 211).

(38) El inconveniente práctico es claro: la existencia de un impedimento de esta naturaleza no obsta para que la transmisión del mal se produzca, con lo cual, la norma pierde la virtualidad que le dio razón de ser como tal.

Certificados médicos prenupciales y responsabilidad civil emergente del incumplimiento de su presentación

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2011-VI, 31
Cita Online: AR/DOC/1486/2010
[Consultado el: 02/07/2020]

Sumario.

I. Introducción.- II. La configuración de la antijuridicidad: la falta de presentación del certificado prenupcial como incumplimiento objetivo.- III. El daño actual y el daño futuro como perjuicios ciertos susceptibles de reparación. La cuestión del sida.- IV. El factor de atribución y su antinomia probatoria en las relaciones de hecho y de derecho.- V. Algunas consideraciones preliminares sobre la presunción de culpa.- VI. Reflexiones en torno a la relación de causal.- VII. Sobre la dificultad de la prueba en el ámbito extramatrimonial o de las relaciones de hecho.- VIII. El beneficio probatorio de nuestra propuesta en el ámbito matrimonial o de las relaciones de derecho.- IX. Carácter de la obligación de presentar el certificado médico prenupcial.- X. Colofón.

"Pesa sobre cada uno de lo potenciales esposos la obligación de presentar el correspondiente certificado, configurándose una obligación determinada o de resultado, porque ahora será aquél que ha omitido la presentación quien deba probar un hecho extraño que le impidió cumplir con su obligación".

"No hagáis mal a nadie, ya sea perjudicándole, o ya omitiendo el hacer el bien a que os obliga nuestro deber". Benjamín FRANKLIN.

I. Introducción.

La ley 12.331 sancionada en 1936, en su artículo 13 establece que las autoridades sanitarias deberán propiciar y facilitar la realización de exámenes médicos prenupciales. Los jefes de los servicios médicos nacionales y los médicos que las autoridades sanitarias determinen, estarán facultados para expedir certificados a los futuros contrayentes que lo soliciten. Estos certificados, que deberán expedirse gratuitamente, serán obligatorios para *los varones* que hayan de contraer matrimonio. Este artículo en su última parte crea un impedimento matrimonial a estipular que no podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedades venéreas en período de contagio (1).

Por otro lado en el año 1965 entra en vigencia la ley 16.668 cuyo articulado, en la parte pertinente establece la obligatoriedad del examen médico prenupcial a las personas de sexo femenino. En su artículo 1 dispone: declárese obligatorio en todo el territorio de la Nación la obtención del certificado prenupcial para los contrayentes del sexo femenino.

En el artículo 2 de esa norma se establece que los exámenes médicos respectivos deberán ser practicados por los organismos dependientes del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública de la Nación, de la Municipalidad de la Capital Federal y los servicios asistenciales provinciales y municipales, en iguales condiciones

que los practicados *a las personas del sexo masculino*. En todos los casos los certificados deberán ser elevados a la pertinente superioridad para su visación, antes de ser exhibidos en las oficinas del Registro Civil.

Por último, el artículo 3 remite a la ley 12.331 en relación a las penalidades, al estipular que los que contravinieren las disposiciones de la ley se harán pasibles de las penalidades impuestas por la ley 12.331 y su reglamentación.

Difícilmente se encuentre en esta última ley penalidad alguna más que aquella administrativa que pesa sobre el Oficial del Registro que permite el casamiento omitiendo la diligencia del examen médico. Es decir, entre las partes celebrantes no existe disposición especial que determine la o las alternativas jurídicas en caso de que se omita la diligencia del artículo 13 de la ley 12331 y del artículo 1 de la ley 16.668.

Entonces la cuestión consiste en determinar lo siguiente: si uno de los contrayentes omite presentar el certificado médico prenupcial o lo presenta en forma falsificada: *¿puede el otro contrayente demandar por daños y perjuicios, en caso de que éste le contagie una enfermedad venérea, habida cuenta que la ley exigía una previsión al respecto*?

Por otra parte, el hecho de que ambos cónyuges deban presentar los correspondientes certificados demostrando que no padecían de enfermedad venérea alguna al momento de acceder a las nupcias *¿tiene algún efecto jurídico ante la presencia posterior de una enfermedad de esta índole en algunos de los contrayentes una vez que han accedido al matrimonio?* Dicho en otros términos, debemos desentrañar qué incidencia jurídica va a tener el certificado médico prenupcial desde la perspectiva probatoria para determinar la posibilidad o imposibilidad de aplicar los principios generales sobre responsabilidad civil y para evidenciar el contagio anterior o posterior al matrimonio. Nos hemos propuesto analizar la situación a la luz de los presupuestos generales de la responsabilidad civil para denotar la viabilidad en cuanto a la aplicación del derecho de daños.

II. La configuración de la antijuridicidad: la falta de presentación del certificado prenupcial como incumplimiento objetivo.

Por un lado no presenta problemas afirmar que quien transmite una enfermedad venérea a otro provoca un daño y viola la norma general, de todas maneras, como se verá más adelante, siempre será necesario juzgar acerca de la negligencia o malicia con la que se ejecutó esa conducta. Por otro lado la omisión del certificado médico exigido en forma obligatoria es efectivamente un incumplimiento objetivo, *la norma no es un mero consejo sino que establece la obligatoriedad del certificado prenupcial con un carácter evidentemente preventivo.*

Es evidente que la no presentación del certificado prenupcial es claramente un supuesto de trasgresión de la norma, estos parámetros denotan los diferentes supuestos de incumplimiento que pueden devenir en responsabilidad civil; es de particular relevancia el mencionado precedentemente que configura un una verdadera violación de la conducta debida *cuando el agente ejerce el derecho de forma disyuntiva con la finalidad del mismo*, como reseña Ghersi, parafraseando a Josserand, los derechos tienen un espíritu que es la razón por la cual la ley los ha concebido, y tienen una misión que cumplir contra la cual no pueden revelarse, (2) es decir la norma no expresa un mero consejo, sino que genera *un recto deber de cumplimiento*.

III. El daño actual y el daño futuro como perjuicios ciertos susceptibles de reparación. La cuestión del sida.

Como sabemos, la existencia del daño, menoscabo o perjuicio es un presupuesto esencial para la procedencia del derecho de daños, su ausencia excluye la atribución de responsabilidad y no obliga a la reparación material, porque justamente no existe nada que subsanar.

Nos inclinamos por la definición más amplia de daño, en este sentido expresan Cifuentes y Sagarna que, el concepto jurídico de daño, salvo restricciones queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley, comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecta en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, sus derechos o facultades, (3) éste es el alcance que le ha dado el art. 1068 del Código Civil, el cual dispone que "*habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades*".

El daño que se configura al contraer una enfermedad de transmisión sexual consiste precisamente en el menoscabo a la salud, que en algunos casos tendrá reparación por tratamiento médico y en otros puede llegar a ser terminal, pero que en todos los supuestos provocan una disminución en la integridad física (4). Aseveraba Josserand que el daño material puede alcanzar a la víctima tanto en su patrimonio como en su persona física y entre los casos que menciona dentro de este supuesto hace especial hincapié en el "*contagio de una enfermedad, sobre todo de una enfermedad venérea*"(5).

En el caso del contagio de sida, dice Bustamante Alsina, el daño debe ser probado por la víctima, si esta ha desarrollado el sida o estado previo (ARC), ello mismo constituye la prueba del daño. Este consiste en el perjuicio moral que resulta evidente por el dolor y la pena de padecer la enfermedad y también el daño patrimonial, como los gastos de asistencia médica, pérdida del salario etc. Las víctimas seropositivas portadoras del virus, también pueden demandar daño moral, pues la contaminación aparece como una bomba de tiempo que causa problemas psicosociales (6).

En este caso, el perjuicio es evidente, habida cuenta que el contagio de esta enfermedad venérea produce un daño que a su vez puede ser actual o futuro, es decir puede consistir en secuelas o daños biológicos, fisiológicos o corporales, o bien pueden estar sujetos al curso del tiempo, como el caso de aquellos daños que indefectiblemente se producirán, en definitiva como dice Puig Peña, el resultado es el daño causado, o sea la modificación que en la armonía del mundo perteneciente al damnificado se produce a consecuencia de aquella acción u omisión (7).

En la enfermedad del HIV, conforme el estado actual de la ciencia, la muerte a pocos años de su contagio es un resultado que, lejos de ser eventual, además de posible es muy probable, en este sentido dice Le Torneau que la noción de perjuicio cierto es relativa, basta que sea muy probable, tal sería evidentemente el caso del daño que ya se ha producido cuando el juez falla. Esa distinción se impone en cuanto al perjuicio futuro, (8) asimismo explican Trigo Represas y López Mesa que el perjuicio virtual es aquel que existe en potencia en el acto incriminado, que conlleva en sí todas las condiciones de su realización (ejemplo; en presencia de una incapacidad permanente, la disminución de la capacidad de trabajo inherente a las lesiones de la víctima, incluso si su remuneración ha sido reducida por el momento), (9) y como enseña Le Torneau el perjuicio eventual, no es más que una expectativa: es hipotético (10).

Como hemos expuesto en el caso del contagio del sida nos encontramos frente a un daño actual y otro futuro, y éste último lejos de ser eventual o hipotético, se configura como un daño cierto y de gran envergadura, la cual queda evidenciada por sus consecuencias funestas.

IV. El factor de atribución y su antinomia probatoria en las relaciones de hecho y de derecho.

La persona imputada pudo haber actuado intencionalmente, o sea con dolo, cometiendo así un delito (art. 1072 del CC), o pudo hacerlo ignorando su estado, aunque presentase un comportamiento riesgoso o síntomas de la enfermedad, por lo cual su actuar resulta imprudente, es decir, culposo (art. 1109 del CC) (11).

Con respecto al HIV y en cualquier caso *ajeno al matrimonio es decir, ante una relación de hecho*, la ausencia de certeza sobre la presencia de la enfermedad por la carencia de síntomas no haría responsable a quien trasmite la misma, en este sentido se dice que el accionar no sería culposo si el imputado seropositivo ignoraba su estado y no podía conocerlo por la inexistencia de síntomas; el daño era imprevisible y por lo tanto no habría responsabilidad de quien, en esas condiciones, trasmitió la enfermedad (12).

Creemos que muy diferente a lo reseñado es la situación que se configura cuando nos encontramos *dentro de la institución matrimonial, o ante una relación de derecho*; Como hemos dicho oportunamente, siendo que el sida está comprendido en los certificados médicos prenupciales, esa situación se modifica sustancialmente, en este caso si los contrayentes padecen de la enfermedad *lo sabrían, o lo deberían haber sabido y no podrían alegar su desconocimiento por falta de síntomas.*

V. Algunas consideraciones preliminares sobre la presunción de culpa.

La idea de una persona que omitiendo presentar el certificado médico prenupcial le transmite una enfermedad a su cónyuge hace que pensemos inmediatamente en un obrar negligente, es decir, el sujeto desarrolla su accionar o conducta de una manera menos diligente a lo esperado por los demás. Lo cual indica o advierte la presencia del elemento subjetivo culposo, es evidente que como dice De Cupis, dicho accionar configura una omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuyo empleo podría haberse evitado un resultado no querido, la realización no querida del supuesto de hecho legal (13).

Entendemos que la negligencia en este caso reposa en el conocimiento que el individuo debe tener en relación a examinarse para saber si padece o no una enfermedad transmisible, en el conocimiento mismo acerca de la obligación de presentar un certificado médico al Registro, trámite que la ley 16.668 ha calificado de obligatorio; cuya omisión hace previsible las consecuencias: probable existencia de una enfermedad y transmisión de un mal al cónyuge o a la prole, y una vez producido este se pone en relación causal con dicha omisión.

En este sentido el artículo 904 es claro, y el conocimiento de la cosa también aludido por ese artículo, es presupuesto de previsibilidad puesto que no se puede prever lo que no se conoce, como enseña Mosset Iturraspe, a veces una persona con su comportamiento concurre a la producción de un resultado dañoso, sin poder prever que este podía derivarse de su propia conducta; pues no conoce ni podía conocer la ley física que crea la derivación causal, (14) como se advierte este no es el caso de quien por falta de diligencia en su actuar no presenta un certificado prenupcial es evidente que prevé la posibilidad de un resultado dañoso.

VI. Reflexiones en torno a la relación de causal.

Vale decir que el vínculo de causalidad exige una relación afectiva y adecuada (normal), entre una acción u omisión y el daño; este debe haber sido ocasionado o causado por aquella, (15) en los casos donde los contrayentes han realizado el examen médico prenupcial que determina su estado de salud, la existencia de una enfermedad venérea, por parte de alguno de ellos, durante la vigencia de la sociedad conyugal, junto con una inversión probatoria que propondremos oportunamente, van a constituirse como elementos determinantes para establecer la relación de causalidad. Ahora bien, ¿se podría decir que la falta de presentación del certificado médico prenupcial antes del matrimonio pudo haber provocado un daño?, consideramos que la funcionalidad de la respuesta debería ser analizada de esta manera:

a) La omisión del cónyuge determina una falta de previsión o lo que es peor una obligación de resultado atenuada incumplida;

b) La presencia de una enfermedad venérea en el cónyuge que presentó el correspondiente certificado prenupcial y se encontraba sano determina una presunción de contagio que solo puede ser desarticulada por la persona a quien se le imputa;

c) Por ello, la carga de la prueba en estos casos debería pesar sobre quien omitió la presentación, a quien siempre le quedaría la posibilidad de demostrar que no padece ni padecía de enfermedad alguna; que el contagio de la misma no le es reprochable a modo de culpa, que se contagio mediando culpa de un tercero por quien no debe responder, que el otro cónyuge no se contagió por vía sexual, el caso fortuito o la fuerza mayor.

VII. Sobre la dificultad de la prueba en el ámbito extramatrimonial o de las relaciones de hecho.

La información en relación al estado de salud de una persona es fundamental para evitar la propagación de males infecto-contagiosos. Este conocimiento acerca del estado de salud, como se ha visto, puede devenir al momento de contraer matrimonio de la presentación de los correspondientes certificados prenupciales obligatorios.

En las *relaciones extramatrimoniales* compartimos la posición de Minyerrsky y Lambois quienes sostienen que si bien puede parecer que, quien toma todos los recaudos para cuidar a su pareja no necesita informarla de su enfermedad, pensamos que el deber de informar por cuanto la gravedad del riesgo impone considerar su negligencia al no prevenir a su pareja, (16) *como el derecho no debe quedarse en las meras intenciones, sino que debe contemplar las realidades ejecutadas*, es menester señalar que en muchos casos es realmente difícil comprobar el contagio sexual (17), mucho más difícil es probar la debida información prestada por quienes acceden al acto carnal.

Entonces se advierte que la obligación de informar en el ámbito extramatrimonial es fundamental pero existe una falencia en relación a su comprobación, así las mencionadas juristas entienden que la prueba del cumplimiento de esta obligación es prácticamente imposible, en tanto se trata de conductas que se desarrollan en la más absoluta intimidad. En este sentido abogan por una inversión en las cargas probatorias sosteniendo que la prueba de haber informado a su pareja del hecho de padecer de una enfermedad infecto-contagiosa de transmisión sexual debe ser soportada por el agente, en consonancia con la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Así podrá el demandado probar que quien le reclama la indemnización pertinente conocía de antemano su condición o que lo anotició debidamente por cualquier medio, es decir que el actor se va a encontrar relevado de la carga de probar que no fue informado o que desconocía el riesgo a que se exponía al mantener la relación sexual (18).

VIII. El beneficio probatorio de nuestra propuesta en el ámbito matrimonial o de las relaciones de derecho.

En lo que llamaríamos el *campo matrimonial* entendemos que la situación que se configura es diferente a la de aquellos que trasmiten enfermedades en relaciones extramatrimoniales, ello es lógico que sea así habida cuenta que la institución familiar *tiene una razón de ser* en nuestro ordenamiento jurídico, y esa razón de ser la *distingue* de las uniones de hecho, es por ello que la ley le confiere ciertas protecciones legales y una tutela jurídica.

Si hay algo, en este punto, que consideramos va a diferenciar una unión de hecho de una de derecho va a ser que en esta última existe la obligación de presentar el certificado médico prenupcial obligatorio, lo cual, como ya veremos, va a tener una gravitación muy importante en relación a la prueba.

IX. Carácter de la obligación de presentar el certificado médico prenupcial.

Hemos mencionado, que la obligación de presentar el certificado prenupcial a que hacen referencia la ley 12.333 y 16.668 no pesa exclusivamente sobre el Oficial del Registro sino que configura una obligación para los futuros contrayentes.

La cuestión surge en determinar que carácter tiene esa obligación, si se trata de una obligación de diligencia, de prudencia o de medios; o si se trata de una obligación determinada o de resultado. Siguiendo a los Mazeuad y Chabas, se puede decir que, si la obligación es determinada, y el resultado no ha sido obtenido se debe probar que la inejecución proviene de una causa que le es extraña (19).

En estas obligaciones, con prescindencia de la fuente que la origine, al acreedor le basta con demostrar la existencia de la obligación o el acontecimiento dañoso, para que se presuma la culpa del deudor, (20) si la obligación que pesa sobre el deudor es la de conducirse con prudencia o diligencia, hay que demostrar que el deudor no se ha comportado con la diligencia y prudencia a las cuales está obligado. La prueba de una imprudencia o negligencia del deudor está a cargo del acreedor, como dicen los maestros franceses, el interés práctico de la distinción es capital en el campo de la prueba (21).

Es evidente que pesa sobre cada uno de lo potenciales esposos la obligación de presentar el correspondiente certificado, configurándose una obligación determinada o de resultado, porque ahora será aquél que ha omitido la presentación quien deba probar un hecho extraño que le impidió cumplir con su obligación.

Como vemos, no existe *aleatoriedad* alguna en relación a la conducta impuesta por la ley que prescribe la mencionada diligencia, (22) esto también tiene relevancia práctica para la transmisión posterior de una enfermedad venérea, pues ante la presencia de este daño en la salud, consideramos que pesa sobre quien omitió el certificado una presunción en su contra que solo puede ser desarticulada demostrando la falta de culpa o la interrupción del nexo causal que se presume.

No quiere decir ello que existe un factor de atribución objetivo, por el contrario se trata de una atribución subjetiva sustentada en la idea de culpa o dolo, (23) en este sentido coincidimos con De La Fuente, quien sostiene que el solo hecho de que se acrediten las circunstancias objetivas que acreditan el incumplimiento, esto es la disconformidad entre la conducta debida y la obrada, no es suficiente para considerar al deudor culpable de ese incumplimiento, quien siempre puede probar su inculpabilidad a través del "casus"(24). Nos resistimos a la idea de creer que la obligación de resultado arroja indiscriminadamente un factor objetivo de responsabilidad, es necesario analizar cada caso puntual para determinar el factor que corresponde independientemente del carácter de la obligación.

Por último, nos interesa soslayar que se podría haber llegado a una solución similar en cuanto a los efectos, abogando por el llamado principio de la carga dinámica de la prueba, el cual, al decir de López Mesa, hace descansar la actividad acreditante de un hecho, en quien se encuentra en mejores condiciones de demostrarlo (25). Sostiene el autor, que consiste llanamente explicada, en imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado. La superioridad técnica, la situación de prevalencia o la mejor aptitud probatoria de una de las partes o la índole o complejidad del hecho a acreditar en la litis, generan el traslado de la carga probatoria hacia quien se halla en mejores condiciones de probar, (26) como señala Puig Brutau el criterio normal es el de considerar que incumba al actor la carga de probar la culpa del demandado. Por esta prueba puede resultar verdaderamente difícil por cuya razón se manifiesta en este punto una doble tendencia reformadora de la regla general de que la prueba incumbe al actor. El daño se habrá producido en ciertos casos de una manera o en tales circunstancias que lo razonable será presumir la culpa del demandado (*res ipsa loquitur*) (27).

X. Colofón.

Los certificados médicos prenupciales tuvieron al momento de su inclusión legislativa una finalidad protectoria, en muchos casos esta finalidad se desnaturalizó, es decir, los certificados no se presentaron al Registro conforme lo establece la normativa vigente, ello pudo haber ocurrido por diferentes razones: por la omisión involuntaria del Oficial del Registro, por omisión voluntaria basada en amiguismo o aceleración de los trámites o por la adulteración de los certificados por los mismos contrayentes.

Desde el plano jurídico se plantea la duda en relación a saber si el contagio de un cónyuge a otro de una enfermedad venérea puede traer aparejada responsabilidad civil, teniendo en cuenta que la ley 12.331 y la 16.668 establecen la exigencia de presentar un certificado prenupcial obligatorio donde conste el estado de salud (especialmente si se padece de una enfermedad venérea).

Como ha sido exteriorizado en este trabajo consideramos que la obligación de presentar esos certificados es una obligación de resultado para ambos cónyuges cuyo principal efecto sobre el tema consiste en la inversión de las cargas probatorias ante la presencia de una enfermedad posterior al matrimonio, de esta manera, pesa sobre el cónyuge que no ha presentado el correspondiente certificado, la carga de probar su inocencia., es decir, si trasmite una enfermedad venérea debería probar que de su parte no hubo culpa, o la culpa de un tercero, o un suceso externo por el cual no deba responder (28).

Por otro lado, y desde una perspectiva simplista, (29) no habría inconvenientes de atribuir responsabilidad a quien ha alterado el estado de salud del otro cónyuge, por haber transmitido una enfermedad venérea habida cuenta que como hemos puesto de manifiesto todos los requisitos para la configuración de ésta se cumplen con creces, pero la cuestión no es tan sencilla, es sabido que la institución familiar es de *características particularísimas*: todos los presupuestos de responsabilidad serían aplicables al caso pero se toparían con la barrera del *régimen de especialidad* que rige la materia.

En este sentido hay que tener una visión de abstracción, la cuál en este caso consistiría en incorporar, en la parte pertinente a la materia matrimonial (art. 187 inciso 4 del CC, según ley 23.515) la obligatoriedad de la presentación al Registro de los certificados médicos prenupciales "*al solo efecto de hacer conocer el estado de salud del otro contrayente* (30)" donde conste la ausencia de cualquier enfermedad de transmisión venérea "*incluso el sida*", y su consecuencia ante la trasgresión, que sería la aplicación del régimen de responsabilidad civil previsto en el Código, por ello proponemos que, en el inciso reformado, se incorpore la siguiente prescripción: *el cónyuge que transmitiese una enfermedad venérea a otro quedará sujeto a las normas referentes a la responsabilidad civil de este Código* (31) ello guardaría coherencia con el régimen especial del derecho de familia.

De todas maneras, sabemos que no resolverá el problema de fondo una indemnización pecuniaria deviniente de una acción de daños y perjuicios por configurarse un supuesto de responsabilidad civil, pero consideramos que sería viable para el caso la aplicación de ésta de conformidad a lo que hemos planteado, ya que de todas maneras se ha producido una frustración y como dice Le Torneau, de toda frustración deviene un perjuicio que clama por un responsable (32).

(*) El presente trabajo hace referencia al matrimonio entre personas del mismo sexo como del sexo opuesto, siendo sus efectos análogos en ambos casos en virtud de la ley 26.618. En este orden, las normas analizadas se encuentran alcanzadas por el nuevo apotegma que dispone que todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por 2 personas del mismo sexo como al constituido por 2 personas de distinto sexo.

(1) Se discute arduamente entre los autores del derecho de familia si dentro de la frase "enfermedad venérea en periodo de contagio" está incluido el SIDA, y lo que es más profundo si debería estarlo. Si bien no constituye objeto de esta investigación queremos dejar plasmada nuestra posición al respecto. Aún cuando

formamos parte de la opinión minoritaria tomamos partido por entender que dicho mal se halla comprendido en el enunciado. Quienes profesan lo contrario entienden que el HIV no es una enfermedad venérea porque puede ser contagiada por otras vías, y que no existe un periodo de contagio porque el mismo es permanente. Respondemos a ello diciendo, por un lado, que la OMS ha determinado que el Sida es una enfermedad de transmisión sexual entre otras vías, con lo cual evidentemente es una enfermedad venérea, independientemente que la forma venérea no sea la única manera de contagio.

Ahora bien, es mas complicada la cuestión del período de contagio que menciona la ley porque, haciendo una interpretación gramatical, se puede alegar que el mismo no existe con respecto a esta enfermedad porque no hay tal cosa como período sino que la posibilidad de contagio es permanente. No coincidimos con esta aseveración, el período existe, por más que cueste reconocerlo por lo drástico, y está determinado por ese espacio de tiempo que comprende el momento en que la enfermedad se contagia hasta que se produce la muerte del sujeto portador de la misma, con lo cual entendemos que el HIV esta comprendido en el enunciado de la ley.

Bibliografía.

(2) GHERSI, Carlos Alberto. "Contratos Civiles y Comerciales. Parte general y especial". Editorial Astrea. Tomo I. Tercera edición. Buenos Aires. 1994, p. 261.

(3) SANTOS CIFUENTES, SAGARNA, Fernando Alfredo. Código Civil. Comentado y Anotado. Editorial LA LEY, p. 776. En igual sentido CNCiv. Sala D, 1997/05/14, LA LEY, 1997-E, 54.

(4) MINYERRSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana. "Responsabilidad por Transmisión de enfermedades". En Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XIX. Homenaje al profesor Roberto M. LOPEZ CABANA. AMEAL, Oscar (Director), J. y TANZY, Silvia (Coordinadora) Abeledo - Perrot. Buenos Aires, p. 260.

(5) JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Teoría General de la Obligaciones. Revisado y completado por André BRUN. Tomo II. Volumen I. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterota. Ediciones Jurídicas Europa - América. Bosch Editores. Buenos Aires. 1950, p. 330.

(6) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Novena Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, p. 640.

(7) PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Obligaciones y Contratos. Vol. II. 2° Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, p. 678.

(8) Es lo que se conoce como un daño futuro, que en definitiva, "se trata de un hecho ocurrido pero cuyas consecuencias dañosas no han cerrado aún todo su ciclo, y se sabe que, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos, en el futuro aumentarán sus repercusiones perjudiciales".

(9) TRIGO REPRESAS, Félix A., LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica. Tomo I. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2004, p. 451.

(10) Por ejemplo dice el autor, la perdida de la posibilidad de entrar en una gran escuela, por el hecho de un accidente, cuando la víctima es solo un niño. Y sostiene que la oposición entre los dos conceptos es una cuestión de grado más que de naturaleza pero las consecuencias son importantes. El perjuicio actual y el perjuicio virtual son ciertos, mientras que el perjuicio eventual no puede ser calificado de igual forma. LE TORNEAU, Philippe. La Responsabilidad Civil. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Editorial Legis, p. 68. Es decir lo que no sería indemnizable es el perjuicio eventual o contingente. En este sentido sostienen MAZEUAD y TUNC que exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético o eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se hubiera encontrado en una mejor situación si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha. Entienden los juristas franceses que el perjuicio cierto es con mucha frecuencia, aquel tan verosímil, que el derecho lo toma en consideración, y el perjuicio eventual, aquel de tal modo eventual, que no cabe tomarlo en consideración. MAZEAUD, Henri y León. TUNC, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo I. Volumen I. Quinta edición. Traducción Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1961, p. 301. (Nota al pie). En este sentido se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil al sostener que resulta improcedente indemnizar el rubro "peligro de vida", ya que el daño para ser indemnizable debe ser

cierto, pues no se indemnizan los peligros de daño que constituyen situaciones perjudiciales, eventuales o hipotéticas, máxime cuando no se ha probado que las lesiones sufridas por el actor pudieran haber puesto en peligro su vida. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 21/06/2007, Zibecchi, Pablo c. Trama, Fabián y otros, LLBA 2007. Por eso no hay que distinguir entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro, sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio, eventual, hipotético. MAZEAUD, Henri y León. TUNC, André. "Tratado... ob. cit., p. 301.

(11) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría...ob. cit., p. 639.

(12) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría... ob. cit., p. 640.

(13) DE CUPIS, Adriano. El Daño. Teoría General de la Responsabilidad. Traducción de Angel Martínez Sarriión. Editorial Bosch S. A. Barcelona España. 1975.

(14) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños. Parte General. Tomo I. Editorial Ediar S. A. Argentina, p. 62.

(15) SANTOS CIFUENTES, SAGARNA, Fernando Alfredo. Código Civil. Comentado y Anotado. Editorial LA LEY. Buenos Aires, p. 778. En igual sentido SC Buenos Aires. 1988/05/17, LA LEY, 1999-F, 388.

(16) MINYERRSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana. "Responsabilidad por Transmisión de enfermedades". En Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XIX. Homenaje al profesor Roberto M. LOPEZ CABANA. AMEAL, Oscar (Director), J. y TANZY, Silvia (Coordinadota) Abeledo - Perrot. Buenos Aires. 2001, p. 263.

(17) Es sabido que en la mayoría de los casos en donde se configura la causal subjetiva de divorcio del adulterio, los abogados demandan por otra causal subjetiva como son las injurias graves, y ello es así no por la inexistencia del casus sino por la dificultad en la prueba.

(18) MINYERRSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana. "Responsabilidad por Transmisión de enfermedades". En Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XIX. Homenaje al profesor Roberto M. LOPEZ CABANA. ob. cit., p. 263.

(19) MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, Francois. Derecho Civil. Obligaciones". Tomo I. Traducción de Luis Adorno. Editorial Zavalía, p. 26.

(20) TRIGO REPRESAS, Félix A., LOPEZ MESA, Marcelo J. "Tratado.... ob. cit., p. 751.

(21) MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, Francois. Derecho... ob. cit., p. 27.

(22) En este sentido se ha sostenido como criterio para diferenciar una obligación de medios de una de resultados, que "el parámetro de separación entre una y otra clase es la aleatoriedad del resultado". TRIGO REPRESAS, Félix A., LOPEZ MESA, Marcelo J. "Tratado... ob. cit., p. 739.

(23) Consideramos valiosas las palabras de PUIG BRUTAU, al comentar un fallo de la magistratura española, el autor sostuvo que este fenómeno (desplazamiento de la carga de la prueba) puede advertirse claramente en la sentencia del 10 de Julio de 1043. Aunque reitera que el derecho positivo español no proclama el principio de responsabilidad objetiva o sin culpa, añade que tal principio subjetivista "no excluye que en los casos en que resulta evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa, pueda presumirse esta y cargar el autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción, mediante demostrar que el autor del hecho causal del daño ha procedido con el debido cuidado y diligencia" PUIG BRUTAU, José. "Fundamentos de Derecho Civil" Contratos en Particular, Enriquecimiento Injusto, Responsabilidad Civil. ob. cit., p. 683.

(24) DE LA FUENTE, Horacio, Héctor. "Obligaciones de medio y de resultado. Lo positivo y lo negativo de la clasificación" Revista La Ley. Tomo 1990 A. Sec. Doctrina, p. 714.

(25) LOPEZ MESA, Marcelo". La doctrina de las cargas probatoria dinámicas. (Su actualidad en la jurisprudencia argentina y española)" Revista ZEUS, Colección jurisprudencial. Rosario, Enero-Abril, 1998, Volumen 76. Ubicación D- 4.

(26) LOPEZ MESA, Marcelo". La doctrina... ob. cit., p. D-5. Cita Cámara de Apel. Neuquén. Sala 1 "Ortuño c/Panou S.A." PS 1994-III 474/9, Sala I: idem "Gaillard c/Casa Tía S.A.", PS 1995-1-137/140, Sala I; CS Santa Fe, 8/9/92 "Torres Rosalinoc/Comuna de Colonia Aldao" DJ 1993-1-1060.

(27) PUIG BRUTAU, José. "Fundamentos... ob. cit., p. 681/2.

(28) Que no hubo culpa: por ejemplo en el caso donde la enfermedad fue adquirida por vía no sexual, podría ser por la sangre ante una transfusión. La culpa de un tercero: en el caso que el examen médico haya sido mal hecho o existiera un error o defecto de diagnóstico, y con posterioridad a que el mal haya sido contagiado

adrede por un tercero. Un suceso externo por el cual no se deba responder: puede ocurrir que la enfermedad venérea transmitida provenga de un factor completamente externo al accionar de quien la trasmite. Por ejemplo aún cuando en la actualidad está desvirtuada esta concepción, durante mucho tiempo se investigó sobre la posibilidad de que el HIV se transmita por las picaduras de mosquitos. Este sería un claro supuesto que podría destruir el nexo de causalidad. Por ultimo la culpa de la víctima (cónyuge), curando esta contrajo la enfermedad con un tercero, caso en el cual, como dice JOSSERAND, desaparece completa o parcialmente la relación de causalidad, de suerte que la responsabilidad del demandado queda descartada o atenuada. JOSSERAND, Louis. "Derecho Civil". Teoría... ob. cit., p. 338. De configurarse esta última situación, probada que fuera, padeciendo ambos cónyuges de la enfermedad venérea podría darse la paradójica situación de la inversión en la legitimación procesal activa para reclamar por el daño acaecido por parte del cónyuge inocente.

(29) Nos enseña LOPEZ MESA que "En el derecho la extrema simplicidad es la manifestación suprema del arte"... pero, como sostiene el autor, obviamente debe distinguirse entre la simplicidad y el simplismo, correlato disvalioso de ésta. LOPEZ MESA, Marcelo J. "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas. (Su actualidad en la jurisprudencia argentina y española)", ob. cit., p. D-1, Nota al pie. La primera frase es extraída por este autor de Lisandro SEGOVIA, con cita de IHERING, en "Código Civil argentino anotado" Buenos aires 1894, Félix Lajouane editor, p. 1.

(30) Es decir, no como un impedimento, sino al efecto de hacer conocer el estado de salud del contrayente.

(31) Esto guardaría coherencia con el despacho de la Comisión 1 en las Jornadas de Derecho Civil Familia y Sucesiones celebradas en Santa Fe, en homenaje a la doctora María Josefa MENDEZ COSTA donde se sostuvo que para aplicar la responsabilidad civil en el derecho de familia se deben tener en cuenta los intereses superiores en la constitución de una familia y en su estabilidad y en el sentimiento de justicia de la comunidad. Este clamor doctrinario avalado por prestigiosos docentes no hace más que abogar por una cautela y una seguridad jurídica en la aplicación del régimen de responsabilidad a la institución matrimonial. Dicho en términos coloquiales se pregona la no aplicación desmedida o discrecional de dicho régimen por los resultados disvaliosos que ello conlleva. Pues entendemos siguiendo nuestra posición que si en cada caso puntual una norma permite dicha aplicación, el espíritu del despacho mayoritario de la Comisión sería cumplido con creces.

(32) LE TORNEAU, Philippe. La Responsabilidad... ob. cit., p. 73. Este perjuicio, como se vio en la parte pertinente de este trabajo, no se agota en los daños patrimoniales sino que impregna profundamente las justas susceptibilidades morales del damnificado.

Acerca del sustento epistemológico de las enfermedades comprendidas en los impedimentos matrimoniales eugenésicos

Por Julian Emil Jalil

Disponible en: www.elderecho.com.ar/
Publicado en: El Derecho- Diario, Tomo 241, 653
Cita Online: ED-DCCLXXII-55
[Consultado el 02/07/2020]

"La búsqueda de la verdad solo es posible si hablamos sencilla y claramente, evitando complicaciones y tecnicismos innecesarios. Para mí buscar la sencillez y lucidez es un deber moral de todos los intelectuales, la falta de claridad es un pecado y su presunción un crimen".

Karl Raimund Popper (1902-1994)

Sumario.

1. Introducción. – 2. Enfermedades comprendidas. *2.1. Enfermedades de transmisión vertical. 2.2. Enfermedades de transmisión hereditaria.* 2.2.1. Cáncer. 2.2.2. Epilepsia. *2.3. Enfermedades de transmisión sexual.* – 3. Interrelación científica entre el derecho y la biología. – 4. El derecho frente a un nuevo paradigma. – 5. La reacción del Estado frente a lo científicamente novedoso. – 6. La necesidad de la certeza en las ciencias jurídicas. – 7. El Estado-legislador frente a la ciencia. – 8. Colofón.

1. Introducción.

Durante principios del siglo XX, diversas legislaciones adoptaron prohibiciones nupciales sustentadas en aspectos biológicos de los seres humanos, especialmente en relación con la bondad física de quienes tenían intenciones de acceder con las nupcias, es decir, aquellas personas que padecían de determinadas enfermedades, establecidas arbitrariamente por el legislador del estado pertinente, no podían acceder al matrimonio, precisamente, para evitar la transmisión de estas a la descendencia y a su pareja.

En nuestro país, se crea la llamada Ley de Profilaxis de las Enfermedades Venéreas (ley 12.331) y en su art. 13, último párrafo, se establece la prohibición de contraer matrimonio a las personas afectadas de enfermedad venérea en período de contagio.

La existencia de esta norma es consecuencia del nacimiento de la eugenesia como ciencia, en este sentido, si bien Hipócrates y Darwin escribían sobre la evolución, el tema de la eugenesia fue abordado universalmente por Juan Gregorio Mendel, y Francisco Galton, quien dio nombre y teorizó la nueva ciencia, la definía como *aquella que estudia los factores sociales que pueden mejorar o debilitar los caracteres hereditarios de las generaciones venideras.* De esta manera y con esta finalidad, se crean determinadas normas que contienen prohibiciones nupciales para evitar a través de ellas la propagación de determinadas enfermedades a la prole.

Con sustento en esta nueva disciplina, los sistemas jurídicos incorporan diversas disposiciones prohibitivas, *cuya particular característica radica en la multiplicidad de enfermedades que fueron comprendidas dentro de esta concepción eugenésica* (2).

Como trataremos de demostrar, el exiguo sustento científico que existía en aquella época sobre la transmisión de determinados males a la prole siembra un manto de duda sobre la correcta o incorrecta posición

que el legislador debe adoptar frente a la aparición de un nuevo paradigma en la ciencia, máxime cuando dichas normas paradójicamente siguen vigentes en los países donde fueron llamadas a ser ley.

Esta incertidumbre se acrecienta más aún cuando se analiza que tampoco el estado actual de la ciencia brinda certezas sobre el modo de transmisión de las enfermedades que forman parte de estas prohibiciones, pero antes de inmiscuirnos en el marco epistemológico, comenzaremos mocionando y analizando algunos de los diversos males que han sido comprendidos como impedimentos para acceder al matrimonio.

2. Enfermedades comprendidas.

Como primera cuestión, es necesario abordar este tema haciendo mención de todas las enfermedades que históricamente las diversas legislaciones, bajo pretextos eugenésicos, entendieron comprendidas en la prohibición nupcial(3); para una comprensión más exacta del tema comenzaremos manifestando que la transmisión de una enfermedad puede devenir: de una *transmisión vertical*, es decir, por vía transplacentaria la madre infecta al feto, y el hijo nace con la enfermedad en su estado congénito (nace infectado) (por ejemplo, sífilis, gonorrea); de una *transmisión hereditaria,* donde se transmite genéticamente de ascendientes a descendientes, o de una *transmisión sexual*, o por contacto sexual (por ejemplo, sífilis, gonorrea, HIV).

2.1. Enfermedades de transmisión vertical.

Consisten justamente en la posibilidad de contagio que media cuando la madre de la persona por nacer se encuentra afectada por una dolencia transmisible.

Conforme al tipo de enfermedad de que se trate, las madres infectadas pueden transmitir la infección a sus hijos por tres vías: dentro del útero, mediante propagación transplacentaria; durante el parto, a través del canal del parto infectado, o después del nacimiento por ingestión de leche.

El principal flagelo de la actualidad que, entre otras formas, se transmite de esta manera es el SIDA. Esta enfermedad admite los tres supuestos contemplados precedentemente como vías de infección vertical, de esta manera resultaría de sólidos fundamentos la opinión de que quienes padecen de esta enfermedad no puedan contraer matrimonio, puesto que el peligro del contagio a la descendencia justificaría el fundamento eugenésico de la prohibición nupcial.

Pero esta cuestión lejos está de resolverse de esta forma, ya que el grado de certeza exigido para esta afirmación no es evidente en la transmisión vertical del SIDA Las estadísticas sustentan nuestra postura:

Como señalamos antes, existen tres supuestos de transmisión vertical. De estas tres vías la más frecuente en Estados Unidos es la transmisión durante el parto (intraparto) y en el periodo inmediatamente posterior (puerperal).

En el año 2001, las tasas de transmisión publicadas variaban entre el 7% y el 49% en las distintas partes del mundo; en la mayoría de los lugares de Norteamérica, la tasa de transmisión perinatal oscilaba en torno al 25%. El riesgo de transmisión más elevado se asocia a una gran carga viral en la madre (4); hoy los números han variado considerablemente y podemos decir que, teniendo los debidos cuidados y diagnosticando precozmente la enfermedad, se evidencia una disminución importante en la posibilidad de transmisión, que hace muy bajo dicho riesgo; así, empleando cesárea electiva y AZT, el riesgo de transmisión disminuye a un 1%.

En Argentina, se realizó un estudio piloto con 19 mujeres embarazadas HIV + con carga viral > que fueron tratadas con AZT/3TC/NVP y cesárea electiva hemostática, AZT intravenoso en el parto y 6 semanas de

AZT oral al recién nacido. En este caso, las pruebas realizadas a los niños resultaron negativas en un 100% de los casos (5).

Creemos, entonces, que existe una falta de certeza biológica precisa para incluir al SIDA como comprendido en el impedimento por su posible transmisión vertical, más aún cuando las estadísticas demuestran que existen más posibilidades de que la descendencia sea sana de que la misma se infecte.

El tema adquiere gran relevancia jurídica, puesto que en el caso del 51%, del 93% o del 99% (según el supuesto que se tome) cuya descendencia sea sana la prohibición nupcial contenida en el art. 13 de la ley 12.331 *violaría el principio constitucional de igualdad ante la ley,* ya que el fin mediato perseguido por la misma (lograr una descendencia sana) sería cumplido tanto por el enfermo de HIV como por una persona sana; vale aclarar que el fin inmediato, es decir, el profiláctico, no se cumple con esta enfermedad.

2.2. Enfermedades de transmisión hereditaria.

El padre enfermo transmite la carga genética a sus hijos, los cuales corren el riesgo de adquirir la enfermedad por herencia. Las enfermedades que se ajustan a este concepto y que han sido objeto de impedimento basado en razones eugenésicas son: el cáncer y la epilepsia.

2.2.1. Cáncer.

La pregunta que surge con respecto a este tema es saber si el cáncer es hereditario, es decir, si el hijo de un enfermo de cáncer adquirirá la enfermedad en algún periodo de su vida, o si por el contrario es irrelevante, siendo esta cuestión determinante para deducir si esta enfermedad puede estar incluida en las prohibiciones nupciales con fundamento eugenésico.

Históricamente han existido leyes que la han consagrado como impedimento, basándose en la influencia genética que el portador de la misma puede tener con respecto a su descendencia.

Primero, haremos un análisis biológico de la enfermedad para luego arribar a conclusiones jurídicas sobre la misma; así dicen Robbins, Cotran, Kumar y Collins, con respecto a la pregunta inicial, que "de acuerdo a los conocimientos actuales, la respuesta ha de matizarse con gran cuidado, las pruebas indican que en un gran número de tipos de cáncer, entre ellos los más frecuentes, no solo son importantes las influencias ambientales, sino que también existe una predisposición hereditaria" (6).

Entre estos síndromes se encuentran varios cánceres bien definidos, en los que la transmisión hereditaria de un solo gen mutante aumenta mucho el riesgo de desarrollar un tumor; la predisposición a sufrir estos cánceres siguen patrón de herencia autosómico dominante. El ejemplo más espectacular de este grupo es el retinoblastoma infantil. Aproximadamente el 40% de los retinoblastomas son familiares. El riesgo de desarrollar este tumor es 10.000 veces mayor en los portadores de este gen que en los no portadores. Además, corren un riesgo mayor de desarrollar otro cáncer como el sarcoma osteogénico (7).

2.2.2. Epilepsia.

Esta enfermedad se manifiesta en un 75% de los casos antes de los 15 años; en muchos casos, los síndromes que originan la crisis epiléptica en los niños desaparecen en la edad adulta.

El 30% de los casos de epilepsia son de origen genético, otro 30% son de causa desconocida (criptogenéticas), alrededor del 40% están originadas por malformaciones cerebrales, traumatismos craneoencefálicos, infecciones del sistema nervioso, meningitis, hemorragias intracraneales, tumores cerebrales o trastornos metabólicos.

Como ocurre en los supuestos anteriores, las cifras en los porcentajes de transmisión hereditaria no son muy elevadas (30% en este caso) (8).

2.3. Enfermedades de transmisión sexual.

Este, actualmente, constituye el grupo de enfermedades que más interesa, puesto que, conforme a la redacción del art. 13 de la ley 12.331 en Argentina, serían las enfermedades que en el presente formarían parte del impedimento matrimonial basado en fundamentos eugenésicos. Es decir, al prescribir el artículo "enfermedades venéreas", y conceptualizadas estas por el diccionario como "enfermedades contraídas generalmente por el trato sexual" (9), se advierte que, en principio, estas constituirían el objeto de la prohibición nupcial(10).

3. Interrelación científica entre el derecho y la biología.

Es loable destacar que la interrelación entre el derecho y la ciencias biológicas adquiere una simbiosis particular pues, si bien ambas se interrelacionan funcionalmente, en muchos puntos entran en una colisión considerable.

Pero consideramos que, en este caso, el conflicto recae no en dicha inconexidad científica general sino en relación con el carácter científico que debe tener "el derecho" en lo particular, especialmente, cuando se nutre de elementos foráneos a su disciplina.

Se ha dicho que difícil y discutido resulta el concepto de ciencia; más complicada se torna la cuestión cuando la epistemología tiene que habérselas con el derecho (11).

4. El derecho frente a un nuevo paradigma.

Como hemos expuesto, el nacimiento de la eugenecia produce un efecto vacilar: esta nueva disciplina de Galton y Mendel, basada en el estudio de la herencia, trae un desajuste con relación al estado de ciencia normal que afecta considerablemente al conocimiento empírico de la época, como dice Khun: "...la ciencia normal, la actividad de la resolución de enigmas, es una empresa altamente acumulativa que ha tenido éxito eminente en su objetivo, la extensión continua del alcance y la precisión de los conocimientos científicos...", en este sentido, enseña que "...la ciencia normal no tiende hacia novedades fácticas o teóricas y cuando tiene éxito, no descubre ninguna. Sin embargo, la investigación científica descubre repetidamente fenómenos nuevos e inesperados y los científicos han inventado, de manera continua, teorías radicalmente nuevas..." (12).

Siguiendo el esquema de Khun, es que la nueva concepción eugenésica produce un quiebre en relación con las ideas existentes, que a su vez engendra un impacto en las demás disciplinas (13), donde el derecho se configura como una de ellas, aunque, como veremos, la actividad que ha surgido dentro de este ámbito goza de inestabilidad.

En este orden de ideas, nos preguntamos si es necesario mantener disposiciones prohibitivas sustentadas en la existencia de un aparente cambio de paradigma que no ha logrado alcanzar el grado de certeza necesaria que requiere el reconocimiento legislativo del mismo.

Señala Zaffore que "tanto las sociedades como las personas –*son lo que fueron*–, pero principalmente porque pueden constituir una forma útil para mostrar de una manera más concreta que la adquisición y la construcción de conocimiento y creencias forma parte del proceso evolutivo de construcción de la mente y por

ende de conciencia y de la conducta humana que en definitiva, no se puede escindir del conocimiento científico del de la vida, pues los hombres nacemos con la capacidad y la necesidad imparables de conocer"(14).

Si bien entendemos la necesidad del científico, en el ámbito del derecho, de aferrarse y nutrirse de la experiencia y de las circunstancias en las cuales surge una disposición legal, éste no debe olvidar el espíritu crítico y la revisión constante de la experiencia, esta necesidad de conocer debe mantener alerta al jurista, pero no disponerlo a admitir posturas drásticas al contemplar el estado general de las cosas –en este caso, la creación del artículo que estamos analizando– porque ello puede producir –entendemos que ya se ha producido– un desequilibrio cronológico entre el derecho y la medicina.

5. La reacción del Estado frente a lo científicamente novedoso.

Ante la existencia de una nueva concepción científica, como la que venimos analizando, el legislador de 1936 entendió que debía tomar partida por la inclusión en nuestro ordenamiento legal de un impedimento matrimonial que estableciera una prohibición nupcial; parecería que a través de esta decisión legislativa el interés del Estado se antepuso a cualquier interés particular.

Esta posición absolutista encuentra cierto asidero en las palabras de Ihering, cuando sostenía que todo lo que se halla sobre el terreno del derecho ha sido creado por el fin y existe por causa de un fin, el derecho entero no es más que una creación final en la que la mayoría de los actos individuales se remontan a un pasado tan lejano que la humanidad ha perdido el recuerdo de ello. Desde esta arista, parecería que el tan anhelado fin del Estado se debe superponer a todo principio, aun al de la autodeterminación individual, porque esta no sería posible sin la tutela paternal del Estado; es quizás en Aristóteles y su autarquía que esta noción advierte su umbra l (15).

Ahora bien, este espectro citado ha sido el motivo de controversias profundas entre los juristas desde tiempos remotos pero ¿tan tajante debe ser la distinción entre el interés privado y el público? ¿O tienen una perspectiva de interrelación y dependencia que no hace unilateral sus exigencias?

Entendemos que el interés positivo particular no hace más que cumplir con la finalidad del Estado cuando se desenvuelve dentro de los límites que este ha impuesto en forma genérica. Esto no sucede cuando el autoritarismo se desenvuelve como forma de gobierno creando límites especiales que no permiten el ejercicio de la autonomía del sujeto. Grocio advierte que las normas positivas presuponen la observancia de un conjunto de normas universales, dictadas por la recta razón (*dictatum rectae rationis*) e independientes del consentimiento humano. Por ejemplo, quienes establecen voluntariamente cualquier convención y la pueden hacer valer como norma del derecho positivo dentro de un estado necesitan admitir, al menos implícitamente, la norma del derecho natural que ordena que se deban cumplir los pactos. Los escépticos sostienen que la satisfacción de la utilidad privada es el único móvil de la acción humana; para el autor la satisfacción del interés privado presupone la satisfacción de vivir en una sociedad pacífica y organizada con arreglo al entendimiento (16).

Henkel plantea un interrogante muy interesante en este sentido, dice: "Nuestra investigación ha de llegar a mayores profundidades, en cuanto que se plantea la pregunta de si –y hasta qué punto– le corresponde a los fines reales de la coactuación humana la significación de los datos previos del derecho..."(17).

6. La necesidad de la certeza en las ciencias jurídicas.

Tenemos dos cuestiones centrales con relación a este tema, por un lado, se plantea el problema de la falta de certeza para determinar qué enfermedades pueden estar comprendidas como impedimentos matrimoniales, es decir, la ciencia no adquiere el grado de certidumbre necesaria para determinar el carácter transmisible de

determinadas enfermedades, solo se sustenta en estadísticas, y por otro, el derecho toma esas estadísticas para convertirlas en verdades universales con los riesgos que ello puede producir.

Parece que el temor se apodera de la sapiencia del legislador y la respuesta se traduce en una prohibición universal para subsanar un problema de transmisión genética (como en ciertos países) o sexual (como en el caso de la ley argentina), esto es así porque solo atañe a un grupo reducido y el rigor científico que se necesita para prohibir un matrimonio y así evitar que un mal se transmita a la descendencia brilla por su ausencia. En este sentido, Bidart Campos explica que "...bastante difundido y aceptado es el criterio que enuncia que la ciencia, bajo cualquiera de sus formas, es siempre de lo universal y necesario, no hay ciencia de lo particular o individual..." (18).

La existencia de esta norma viola la igualdad, si bien reconocemos las divergencias empíricas sustentadas, en el caso, en la existencia de determinadas enfermedades. No es nuestra intención incurrir en un absolutismo de la igualdad, porque, como dice Ross, analizando el concepto de justicia, la falta de reconocimiento de todas las diferencias reales significaría que todo el mundo ocuparía una posición jurídica idéntica (19), pero entendemos que, al no existir consideración genérica que determine la previsibilidad del fenómeno –entiéndase la transmisión hereditaria–, no puede el derecho recepcionar el mismo con criterio de verdad.

7. El Estado-legislador frente a la ciencia.

Por último, la acción impositiva del Estado es un fiel reflejo de su impotencia, la ecuación es la siguiente: *no podemos determinar en forma fehaciente la posibilidad real de transmisión hereditaria de ciertas enfermedades, o el contagio venéreo por vía sexual o vertical, entonces creamos una disposición para evitar que estas enfermedades se transmitan aun previendo que, en la mayoría de los casos, como mencionamos anteriormente, estas dolencias no se heredan ni contagian*.

Entendemos que hasta el propio Galton no tuvo en miras este destino ante su nuevo descubrimiento, porque advertía las deficiencias del mismo en su terreno fáctico, esto se evidencia en la propia definición de la nueva disciplina cuando dice que es aquella que estudia los *factores sociales* que pueden *mejorar o debilitar* los caracteres hereditarios de las generaciones venideras. De esta manera, se advierte que el padre de la eugenesia, conociendo las limitaciones humanas de la época, no aspiraba a determinar al Estado en forma directa para tomar partida drástica, por el contrario, consideramos que al hablar de "factores sociales" existe cierta tendencia a admitir la aplicación del nuevo paradigma científico especialmente al plano de la autonomía individual o particular.

Evidentemente, esta no es la concepción seguida por la mayoría de las legislaciones mundiales y mucho menos por la nuestra, pero a través de este trabajo intentamos poner en conciencia que *la limitación existente en la actualidad dentro del campo biológico humano no permite establecer las certezas necesarias para admitir en nuestro ordenamiento jurídico una disposición universal que prohíba contraer matrimonio a quienes padecen de enfermedades venéreas en periodo de contagio.*

Mas aún entendemos que el estado de la ciencia actual en este punto revive la posición de Vico; este autor, en su ambiciosa idea de formular una *Scienza Nuova* del mundo civil, sostenía que "la naturaleza solo puede ser conocida científicamente por Dios y que la mente humana es capaz de conocer solo su propia obra"(20).

8. Colofón.

Como mencionamos durante el desarrollo del presente trabajo, parecería que el derecho intenta darle una solución moralista a un conflicto que requiere una objetivización científica para su realización empírica. A poco de que se analice, se evidencia el peligro de intentar arribar, a través de la ley, a una perfección ética; en este sentido, decía Henkel: "...no menos peligroso es fijarle al derecho el fin remoto de la realización de la moral,

entendiendo por ello la perfección moral del individuo en el sentido de la doctrina de virtudes de una ética superior..." (21).

Al no poder establecer una generalidad aceptable, se pierde, desde la perspectiva epistemológica, *el grado de certeza que se requiere para que determinadas afirmaciones puedan ser consideradas científicamente puras*, así, sin este grado de certeza, la norma prohibitiva expresa simplemente un anhelo: no contraigan matrimonio porque si ello ocurre el derecho infiere, *sin sustento real ni científico,* que se trasmitirá el mal a la prole; por lo tanto, se deben prohibir los matrimonios de aquellos sujetos que adolecen de enfermedades venéreas.

¿Qué pasa si, como mencionamos en la parte pertinente, se demuestra todo lo contrario? Los cimientos de esta falsa idea ceden de tal manera que ponen en peligro de derrumbe la razón científica de la norma. Es nuestro anhelo, a través del presente trabajo, dar ese golpe final para que la metáfora lingüística mencionada precedentemente se materialice, mediante la inmediata derogación de dicha disposición legal.

Bibliografía.

(2) Vale indagar, a modo de ejemplo, la diversidad de enfermedades que comprendía la ley alemana, algunas de las cuales hasta nos resultan irrisorias. En Alemania se sanciona la "Ley para la protección de la salud de las generaciones futuras del pueblo alemán" (1935), en esta ley se prohíbe contraer matrimonio cuando uno de los novios padece una enfermedad contagiosa que hace temer que el otro o la descendencia sufra daños considerables en su salud; cuando uno de los novios, sin estar bajo tutela, adolece de una perturbación mental considerable, en virtud de la cual sea indeseable para la comunidad del pueblo que se contraiga el matrimonio; cuando uno de los novios padece una enfermedad hereditaria, en el sentido de la ley para impedir la procreación de enfermos con taras hereditarias. La ley citada, en la parte aludida, dispone que cualquier persona que se encuentre enferma de una dolencia transmisible por herencia podrá ser sometida a la operación quirúrgica necesaria para convertirla en estéril si, conforme a la experiencia de la ciencia médica, es de esperar con gran probabilidad que su descendencia habrá de sufrir taras graves corporales o psíquicas y, a los efectos de esta ley, se comprenderán bajo la expresión de enfermos con dolencias transmisibles o por herencia, los que adolezcan de alguna de las siguientes: 1º Debilidad mental de nacimiento, 2º Esquizofrenia, 3º Locura circulante, 4º Epilepsia hereditaria, 5º Baile de San Vito, 6º Ceguera hereditaria, 7º Sordera hereditaria, 8º Deformidades corporales graves transmisibles. Dicha diversidad de enfermedades se evidencia en todas las legislaciones europeas; así, en Portugal el impedimento consta en el art. 4º, inc. 4º, del decreto portugués del 25-12-1910, para los divorciados por motivo de enfermedad contagiosa reconocida como incurable. El decreto 20.121, del 28-7-1931, prohíbe el matrimonio de los militares de la armada internados en sanatorios de tuberculosos, en estaciones climaterias o auxiliados de cualquier modo por el Estado, salvo cuando la unión tiene por fin legalizar situaciones irregulares, y siempre que preexistan desde un año antes de recibir subsidios o auxilios del Estado, o cuando se trate de casamientos en artículo de muerte de cualquiera de los contrayentes. En Francia, por ley del 15-2-1942, destinada a proteger la familia y especialmente la natalidad, se ha establecido con carácter obligatorio el certificado médico prenupcial. En Suiza y Dinamarca, el impedimento de enfermedad se encuentra legislado en las leyes de 1918 y de 1922, respectivamente, pero su eficacia se atenúa enormemente porque la unión es viable cuando se comunica la existencia de enfermedad al otro cónyuge, así como también porque basta la declaración jurada para celebrar las nupcias. Suecia tiene una ley de 1920 que conforme a su articulado se asemeja a las de Suiza y Dinamarca antes comentadas; en Turquía por ley de 1921, se ha impuesto el certificado prenupcial para ambos contrayentes; el Código Civil armenio exige el certificado médico prenupcial en el art. 438 del mencionado cuerpo; en Bulgaria por ley de 1897, se prohibió el matrimonio a los epilépticos; en Rusia por el art. 132 de código de familia de 1927, se exige, como trámite previo al registro de los matrimonios, que los pretendientes declaren que se han informado recíprocamente de su estado de salud, sobre todo en cuanto a enfermedades pulmonares y venéreas; en Estonia por ley de 1922, se impide que se vinculen enfermos venéreos, leprosos y quienes padezcan afecciones crónicas, incurables y transmisibles.

(3) Esto no significa que la totalidad de las legislaciones hayan incluido el conjunto de estas enfermedades,

sino que haremos mención a las enfermedades que las distintas leyes han creído "peligrosas" para la pareja y la descendencia por su transmisibilidad.

(4) Robbins, Cotran, Kumar y Collins, Patología estructural y funcional, 9ª ed., Mc Graw-hill Interamericana, pág. 253.

(5) Puga, Liliana - Puentes, Teresita, Transmisión vertical de la infección por HIV, en Benetucci, Jorge A. Sida y enfermedades asociadas. Diagnóstico, clínica y tratamiento, 2ª ed., Buenos Aires, FUNDAI, pág. 537.

(6) Robbins, Cotran, Kumar y Collins, Patología estructural..., cit.

(7) En términos más simples, una persona portadora de un gen mutante (primer golpe) lo transmite a su descendencia, y esta a su vez a la propia, y así sucesivamente, mientras las personas portadoras de este gen posean genes normales no habrá peligro de desarrollar la enfermedad, pero la existencia en la misma de otro gen mutante (segundo golpe), provocará cáncer. La idea de prohibir los matrimonios de aquellas personas que padecen de esta enfermedad es francamente inadmisible, ya que nunca se podría cumplir el fin eugenésico con precisión, puesto, que, como manifestamos, en este caso tampoco hay una certeza en cuanto a la transición del mal a la prole. Por otro lado, tampoco existe un fundamento profiláctico que dé razón de ser al impedimento, ya que la enfermedad, actualmente, es incurable.

(8) Por lo que se entiende que esta enfermedad tampoco puede verse comprendida en un impedimento basado en argumentos eugenésicos, ya que los mismos solo son eficaces, en este supuesto, en el 30% de los casos y como es sabido la ley no puede contemplar casos concretos e individuales, sino que debe ser genérica y abstracta. El otro 70% hábil para procrear descendencia sana se vería afectado inútilmente con la existencia del impedimento, constituyendo un trato desigualitario con respecto al resto de las personas sanas, ya que tanto estas últimas, como este 70% pueden engendrar hijos sanos.

(9) Gran Ameba. Diccionario Enciclopédico, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1969, t. 12.

(10) Como enseña Labal: "...las enfermedades de transmisión sexual, son infecciones que se adquieren por contacto sexual. Cuando me refiero a infecciones en realidad quiero decir enfermedades infecciosas, o sea infecciones en las cuales existe daño funcional y estructural del huésped. De una u otra forma, las enfermedades de transmisión sexual, traen como consecuencia una alteración, más o menos grave de la salud del individuo. Las enfermedades infecciosas son causadas por microorganismos, y estos se transmiten de un huésped enfermo portador, a otro sano. La virulencia, o sea el grado de patogenicidad que puede causar al huésped infectado, depende en gran medida del estado inmunológico del paciente. Los agentes etiológicos de las enfermedades de transmisión sexual pueden ser muy diferentes entre sí, según las características microbiológicas que los definen, como por ejemplo: bacterias, virus, hongos, protozoarios y artrópodos. Dentro de cada uno de estos tipos de microorganismos, se pueden nombrar distintos agentes etiológicos específicos. Si además consideramos como enfermedad de transmisión sexual, las que se transmiten en la heterosexualidad, y en la homosexualidad". Labal, Emilio - Mas Colombo, Eduardo - Valenzuela, Amelia - Racca, José N. - Abella, María fernanda - Risueño, Alicia E., Enfermedades de transmisión sexual y SIDA, Editor Enrique Santiago Rueda, 1997, pág. 30 y sigs.

(11) Bidart Campos, Germán J., Epistemología del Derecho. En honor a Werner Goldschmidt en sus 70 años. LL,. 1980-D-1128

(12) Khun, Thomas, La Estructura de las Revoluciones Científicas, México, Fondo de Cultura, págs. 92 y 93.

(13) Dice Khun que la asimilación de un hecho de tipo nuevo exige un ajuste más aditivo de la teoría, en tanto no se ha llevado a cabo ese ajuste –hasta que la ciencia aprende a ver la naturaleza de una manera diferente– el nuevo hecho no es completamente científico.

(14) Zaffore, Jorge J., Dos mundos, una epistemología, Buenos Aires - Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2003, pág. 25.

(15) Como enseña Castaño, "Aristóteles llama ciudad a la comunidad perfecta formada por varias aldeas, una vez alcanzado el nivel de autarquía completa, habiendo nacido para la vida, existe para la vida buena". Explica el autor que para Aristóteles "la causa final es lo mejor, la autarquía es el fin y algo excelente. En efecto, es precisamente gracias a la autarquía de la polis por lo que el hombre alcanza la suficiencia de vida, o la vida buena". Castaño, Sergio R., El imperio de la ley y los principios del orden político en Aristóteles, en ¿Es peligroso argumentar? Estudios sobre política y argumentación, Damiani A.; Maliandi, R. (comps), Mar del Plata, Suárez, 2002, págs. 285/286.

(16) Damiani, Alberto M., El nuevo animal político, en Revista Devis Morales. Cuaderno de Filosofía

Política, nº 1, 2002, pág. 265.

(17) Henkel, Heinrich, Introducción a la Filosofía del Derecho: Fundamentos del Derecho, traducción de Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid, Taurus, 1968, pág. 374.

(18) Bidart Campos, Germán J., Epistemología del Derecho..., cit., pág. 1128.

(19) Ross, Alf, Sobre el derecho y la justicia, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pág. 262.

(20) Damiani, Alberto M., La dimensión política de la scienza nuova y otros estudios sobre Giambattista Vico, Buenos Aires, Eudeba, 1998, pág. 312.

(21) Henkel, Heinrich, Introducción a la Filosofía del Derecho..., cit., pág. 595.

Omisión culposa y abusividad de las cláusulas Claims Made en el contrato de seguro médico

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DJ 23/11/2011, 5
Cita Online: AR/DOC/2731/2011
[Consultado el: 30/06/2020]

Sumario.

I. A modo de introducción. II. La responsabilidad de los galenos desde la óptica de la culpa calificada del art. 902 del C.C. y la prueba de la relación causal entre la omisión y el daño. III. La relación de causalidad entre la omisión antijurídica y el menoscabo acaecido. IV. La responsabilidad del equipo médico y la indeterminación del autor del daño. V. La responsabilidad del estado a la luz del deber de seguridad que pesa sobre el nosocomio público. VI. Las cláusulas claims made en el contrato de seguro médico. VII. Colofón.

I. A modo de introducción.

Si bien en pasajes prístinos de nuestra historia jurisdiccional los juicios de mala praxis constituían *rarezas jurisprudenciales*, la realidad contemporánea de nuestros días nos plantea un escenario distinto, en donde la responsabilidad del galeno —en su comprensión amplia y junto con otros supuestos— ocupa uno de los escenarios principales del derecho de daños (1).

El deterioro de la bionomía médico-paciente consagra la necesidad del cumplimiento de recaudos cada vez más rigurosos para preservar el buen desenvolvimiento medico, que sirvan de acorazamiento para repeler las acciones judiciales ante la existencia de potenciales menoscabos producidos en la *praxis* médica.

En caso opuesto, ante el obrar negligente o imprudente del profesional y probada que fuera la existencia del daño y la relación causal surge la responsabilidad del médico contemplada en su faz individual o bien en su campo colectivo.

II. La responsabilidad de los galenos desde la óptica de la culpa calificada del art. 902 del C.C. y la prueba de la relación causal entre la omisión y el daño.

II.1. La culpa agravada por el mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento.

Estos tipos de daños, como el que reposa en nuestro objeto de análisis, han sido absorbidos por la entidad del hecho médico, esto es, por la actuación profesional. Desde esta arista, corresponde reafirmar que la responsabilidad es subjetiva y, por lo tanto, deberá existir culpa del médico en su desempeño durante el parto, es decir, impericia, negligencia o imprudencia en el ejercicio profesional (2).

Como decía el Maestro Goldschmidt imputar significa atribuir un hecho a alguien, (3) y por ello, la imputación concreta al galeno ante el daño debe reposar en la culpa de éste, es decir, debe imputársele un accionar reprochable que haya ocasionado un daño, (4) en este sentido, el comportamiento del médico debe ser

analizado desde la perspectiva de una conducta calificada, que se desenvuelve acorde al nivel de conocimientos y compromiso con la sociedad.

Como apuntan Planiol y Ripert no puede compararse con el hombre medio, prudente y diligente, a quien actúa en un orden de cosas en que posee, con conocimientos o aptitudes superiores al grado medio, (5) por ello, ha sostenido la CNCiv. que el recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales (6). Así, en nuestro derecho, este tipo de culpa debe ser contemplada a la luz del art. 902 del Cod. Civil que sienta el *principio de responsabilidad proporcionalidad al nivel de conocimientos, en estos casos, se trata de una culpa calificada por las características particulares del autor del perjuicio.*

II.2. La omisión culposa y la antijuridicidad del accionar médico.

El juez Zannoni consideró que se encontraba acreditada la existencia de "...un sufrimiento fetal agudo detectable mediante un control de sus latidos fetales, que fue pasado por alto por haberse desatendido el control de sus parámetros clínicos y obstétricos...".

Siguiendo a Le Torneau entendemos que es culposo desde la perspectiva omisiva el hecho de abstenerse cuando existía una obligación de actuar, legal o reglamentaria, aún por costumbre. Como dice el autor toda omisión es reprochable si un buen padre de familia, colocado en la misma circunstancia, hubiera actuado de una manera más adecuada (7).

En este orden, vale señalar con Ripert y Boulanger que la falta constituye un acto contrario a la ley, pero como no es necesario que exista la violación de una disposición legal expresa para que haya responsabilidad, la palabra falta designa tanto el acto contrario a la legalidad como el acto contrario a la moralidad o a la habilidad (8).

Entonces, la inobservancia de las normas que imponen a los galenos el deber de custodiar y controlar al paciente guarda estricta relación causal con el desenlace producido. Como explica De Cupis el perjuicio puede ser padecido por una persona determinada a causa de la inobservancia de una norma, que para obtener un resultado favorable le impone una determinada conducta, por lo que, precisamente el efecto desfavorable ha sido querido por el derecho, a raíz de la falta de matización de tal comportamiento, o sea, de la inobservancia por él mismo de aquella norma. Y que se traduce en un alcanzar las consecuencias favorables, subordinadas a la observancia de la norma. (9).

En este orden, la Sala H de la CNCiv. ha dicho que debe tenerse por acreditada la culpa del médico demandado por mala praxis, si la conducta que desplegó denota la omisión de llevar a cabo las diligencias apropiadas que el caso exigía, los cuales debieron ser extremados a fin de velar por la salud del paciente (10).

III. La relación de causalidad entre la omisión antijurídica y el menoscabo acaecido.

Como enseña Betti el suceso es razón de responsabilidad en cuanto constituye el objeto de una precedente expectativa —positiva o negativa— en aquél en cuyo favor se constituye la responsabilidad, (11) desde esta perspectiva el resultado desfavorable debe ser analizado en un cálculo probabilístico que surja de la consideración del curso normal y ordinario de los acontecimientos aunque no exista certeza y precisión al respecto por tratarse de una rama de la ciencia donde las reacciones del cuerpo son aleatorias (12).

Siguiendo este orden de ideas, resulta necesario para atribuir responsabilidad probar una directa relación de causalidad entre el daño acaecido y la ausencia de las adecuadas medidas de precaución y/o de contralor que debieron adoptarse por parte del equipo médico y/o de los auxiliares que los asistieron (13).

En el caso de análisis, la relación de causalidad ha quedado acreditada a través de presunciones (Art. 163 del CPCCN), es decir ha quedado adherido causalmente el hecho omisivo —*los médicos no controlaron los latidos fetales durante 30 minutos*— y el daño efectivamente acaecido, es por ello que, como aduna el fallo "...el sufrimiento fetal agudo detectable mediante el control de los latidos fetales sobrevino en algún momento de los treinta minutos en que los profesionales desatendieron el control de parámetros...".

Este es el criterio seguido por numerosos fallos, en donde la prueba de indicios y presunciones adquiere gran trascendencia ante la imposibilidad de que existan otros medios probatorios más específicos, en este orden, se sostuvo reiteradamente que los dictámenes médicos que demuestran la existencia de un *sufrimiento fetal prolongado e intenso* previo al parto, crean una fuerte presunción acerca de que la dolencia producida con posterioridad (14).

IV. La responsabilidad del equipo médico y la indeterminación del autor del daño.

En el fallo comentado se dispuso que *"...todos los integrantes del equipo médico deben responder cuando no puede individualizarse al responsable directo del hecho dañoso, ello en razón de la complejidad de la labor desarrollada y de la interrelación existente entre las diversas conductas concretas de los distintos partícipes, salvo que alguno de ellos acredite que su participación no fue causa del perjuicio...".*

Cuando se hace referencia al equipo médico, es menester señalar que dentro de éste, existe un cirujano jefe, médicos o personal paramédico que son dependientes del primero, y otros profesionales que poseen autonomía científica o intelectual (el anestesista, el hemoterapeuta, etc.). En el primer supuesto el cirujano jefe deberá responder por el actuar de sus acólitos o subordinados; en el segundo caso, las responsabilidades en juego han de ser independientes, de donde cada cual responde por su propio hecho contractual y directamente (15).

Desde esta arista, la historia clínica constituye el arma defensiva de mayor calibre para el galeno que integra el equipo médico, la cual en buen estado de conservación y detentando la prolijidad del caso configura la mejor defensa para probar la buena praxis médica individualizando el accionar de cada uno de los sujetos intervinientes en el acto médico (16).

En este sentido, resulta imperiosa la existencia de culpa de cada uno de los integrantes del equipo médico, la cual es plausible en el caso comentado porque la omisión culposa se encuentra en relación causal adecuada e inmediata con el triste desenlace producido.

Pero: *¿a quien incumbe la carga de probar la culpa de los sujetos intevinientes*? vale la pena precisar que en estos casos de responsabilidad colectiva se genera una presunción culpabilística que debe ser desvirtuada individualmente por los integrantes del grupo que han incurrido en la omisión mencionada, no existiendo, —en este caso—, prueba alguna de ninguno dichos galenos, que acredite su accionar diligente durante esos treinta minutos trágicos, por lo tanto, no hay tampoco causal que permita la eximición de responsabilidad analizada de manera individual.

Entonces, pese a que se trate de un supuesto de responsabilidad del "equipo", el accionar de cada eslabón intervieniente en el cuerpo médico debe ser analizado a la luz de la culpa, la cual detenta una función negativa de eximente de responsabilidad a quién acredite su obrar acorde a la *lex artis* (17). Como exponen los hermanos Mazeaud y Chabas se presume la relación de causalidad entre la actividad del demandado y la inejecución, e incumbe, por lo tanto, al demandado demostrar que la inejecución de la obligación a su cargo no es un hecho suyo, sino el resultado de una causa extraña. En efecto, normalmente, cuando una obligación que pesa sobre una persona no se ejecuta, ello es el hecho de esa persona (18).

Por ello, en este tipo de *responsabilidad colectiva* el derecho de daños opera como un salvataje a la victima, quién ante la imposibilidad de individualizar al autor del daño se beneficia a través de este tipo de sistema en donde todos los médicos responden por la potencialidad de su participación en el hecho. Ello es así, enseñan Trigo Represas y López Mesa, en razón de no estar identificado el real causante del daño entre los componentes del grupo o conjunto humano y atento además a que, probada la relación de causalidad entre el perjuicio y la intervención del equipo, se presume el nexo causal con el hecho de cada miembro del mismo, salvo que alguno de ellos demuestre que su participación no fue causa del daño o de donde provino este (19).

Como señala Larenz sería suficiente para fundamentar la responsabilidad que se de la posibilidad de que una persona haya podido causar un daño, o sea, cuando han participado otros varios en una acción susceptible de producir daños, en cuyo desarrollo estos se han realizado, sin que pueda averiguarse quién fue el verdadero autor, cada uno de los verdaderos partícipes responde por la totalidad del daño (20). En este orden, cada uno puede eximirse de responsabilidad demostrando que no participó en el hecho o que su conducta fue diligente, pero como aduna De Angel Yagues si esta prueba no existe a todos los partícipes se les tendrá como responsables aunque uno solo de ellos, que se desconoce, haya sido el autor del daño y los demás, quizás no hubiesen cooperado (21).

V. La responsabilidad del estado a la luz del deber de seguridad que pesa sobre el nosocomio público.

Un paciente que es atendido en establecimientos asistenciales, tanto públicos como privados, además de contar con una acción directa contra el médico, para supuestos en que el referido profesional incumpla con los deberes a su cargo, tiene también una acción directa en contra de la entidad hospitalaria o sanatorial (22).

Es decir, en materia de servicios médicos y aunque nada se estipule en el contrato respectivo, la obligación de seguridad existe, de modo que junto a la obligación principal que se tiene de brindar al paciente la asistencia y los tratamientos necesarios e idóneos para lograr la cura del mal que lo aqueja, se tiene otra obligación, similar a aquella pero no igual, consistente en velar para que el cumplimiento de la obligación primera no sea causa generadora de otros daños en el paciente (23).

La carga de la prueba en estos casos reposa sobre la demandada quién, como explica Bustamante Alsina, para eximirse de responsabilidad deberá demostrar que se han cumplido todos los extremos necesarios para asegurar el deber de seguridad, que como obligación tácita se halla comprendida en el contrato asistencial, y cuya omisión genera la responsabilidad directa de la entidad contratante, además en ese orden, se resolvió que debe responsabilizarse al ente de asistencia médica demandado pues, correspondía a aquél demostrar que se habían cumplido todos los extremos necesarios para asegurar el deber de seguridad que como obligación tácita se hallaba comprendido en el contrato asistencial, (25) es decir, la accionada tenía la carga de probar alguna causal que la eximiera de la responsabilidad que se le endilgó y ninguna prueba aportó al respecto (26).

VI. Las cláusulas *claims made* en el contrato de seguro médico.

La cláusula *claims made* se pensó esencialmente para enfrentar los efectos de los denominados siniestros tardíos, es decir, supuestos en los que el daño del tercero se produce o manifiesta con posterioridad a la acción u omisión del responsable de la que tal daño deriva, pudiendo a su vez transcurrir largos períodos de tiempo entre la manifestación del daño, y el reclamo del tercero perjudicado (27).

Como expone Lorenzetti dichas cláusulas disponen que la cobertura ampara los eventos ocurridos durante el plazo de vigencia de la póliza (por ejemplo: un año), siempre y cuando el "reclamo" se efectúe dentro de ese mismo período. En algunas hipótesis se agrega un año o cinco años posteriores a partir de la finalización

del plazo de la póliza (28). Es decir, como señala López Saavedra suelen contener un "período extendido" y conforme a él, el asegurador cubre los reclamos que se le formulen al asegurado después de vencida la vigencia de la cobertura, si es que los mismos se presentan dentro de dicho período (29).

En el fallo comentado se dijo que *"...las cláusulas Claims Made resultan abusivas, aún cuando hubieran sido autorizadas por la Superintendencia de Seguros de Salud, puesto que desnaturalizan las obligaciones relativas al objeto del contrato de seguro de responsabilidad civil y amplían inequitativamente los derechos del asegurador...*".

La jurisprudencia de nuestro país ha sido vacilante en cuanto a la validez atribuida a dichas cláusulas, y aunque la mayoría de los precedentes han declarado su nulidad por el carácter abusivo de las mismas, (30) otros la han considerado válidas (31).

Por nuestra parte, creemos que si bien la ilicitud de las cláusulas abusivas es formal cuando contrarían prohibiciones expresas de la ley, existe también la ilicitud o antijuridicidad material, que se halla constituida por pautas jurígenas dogmáticas, como ser el ejercicio regular de los derechos, el orden público, la buena fe, la regla moral, la equidad y las buenas costumbres, cuya violación a través de la incorporación de dichas cláusulas importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual, (32) aspecto que se exterioriza claramente en este tipo de dispositivo contractual.

VII. Colofón.

El fallo analizado acaricia diferentes facetas de la responsabilidad médica, cuyos alcances y contenidos difieren en su tratamiento jurídico. Hemos tratado de comprimir los mismos en el análisis de tres factores importantes: la responsabilidad del equipo médico, del nosocomio público y la funcionalidad de las cláusulas claims made.

Con relación a la primera cuestión, consideramos que ante determinadas circunstancias el derecho debe servir de herramienta útil y eficaz para contribuir a la consecución de su fin último: el de arribar a la solución justa ante a la situación fáctica que se presenta. Dicha misión ha sido encomendada en nuestro país a la magistratura nacional que, como sostiene Carnelutti debe *hilar normativamente* (33) en el ordenamiento jurídico para construir la solución más equilibrada. Desde esta arista, nos parece justo el desarrollo lógico que se exterioriza en el voto del Magistrado Zannoni habida cuenta que la omisión de los integrantes de un equipo médico que trajo aparejada un daño genera una presunción de que todos los miembros de éste han sido un eslabón causal en el trágico desenlace. Como explica Hegel un suceso o situación que se produce, es una concreta realidad externa, que tiene en sí muchas circunstancias en forma indeterminable. Todo momento singular que se presenta como condición, fundamento o causa, de una determinada situación y que ha contribuido a ello parcialmente, puede considerarse que sea su razón o que, al menos tenga parte en ella (34).

En este orden, la culpa exterioriza una funcionalidad inversa, porque *la prueba del comportamiento diligente y prudente del galeno aparece como un elemento defensivo eficiente para destruir la presunción de culpabilidad generada por el mismo hecho*. Es por ello, que siempre quedará la posibilidad de que cada uno de los integrantes del equipo médico pruebe su *falta de culpa*.

Por su parte, el nosocomio estatal ha incumplido con su *deber de seguridad*. A diferencia del caso anterior, en este supuesto la responsabilidad se objetiviza y el ente asistencial solo puede eximirse de ella demostrando aspectos externos, como la culpa de la víctima, el caso fortuito o la fuerza mayor, supuestos que no han podido acreditarse en el precedente comentado.

Por último, y pese a que ameritaría un desarrollo más profundo, por las razones expuestas oportunamente, consideramos que las cláusulas claims made revisten el carácter de abusivas por su "ilicitud material" que *importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual.*

Bibliografía.

(1) Ver el desarrollo de estas ideas en nuestros trabajos: JALIL, Julián Emil. "El consentimiento informado: una de las aristas rectoras del buen ejercicio médico", RCyS 2011-II, 245. JALIL, Julián Emil. "Cirugía plástica: ¿obligación de medios o de resultado?", RCyS 2011-IV, 265.

(2) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 12/06/2006, Bezzi, Walter Amadeo c. M., N. P. y otros, La Ley Online; AR/JUR/7240/2006.

(3) GOLDSHMIDT, James. La concepción normativa de la culpabilidad. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1943. pag. 174.

(4) En este orden se ha dicho que debe rechazarse la demanda de daños y perjuicios por mala praxis médica incoada por los progenitores de un menor contra un sanatorio, con fundamento en que la deficiente prestación médica durante el embarazo y parto de la madre fue la causa de la incapacidad que padece el niño, pues al no haberse acreditado la culpa del galeno y de su equipo médico, la aludida responsabilidad subsidiaria de garantía no resulta procedente. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 13/03/2008, Rappi, Oscar Antonio y otros c. Policlínico del Docente y otros, DJ 20/08/2008, 1091 - DJ 2008-II, 1091, AR/JUR/2754/2008. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, "S., A. E. c. Hospital Privado San Lucas Sociedad Anónima y otros", 18/09/2006: LA LEY 24/11/2006, 7 - LA LEY 2006-F, 823).

(5) PLANIOL, Marcelo y RIPERT George, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Trad. Mario DIAZ CRUZ, Editorial Cultura. La Habana. Pág. 716.

(6) CNCiv., Sala F, agosto 24-982, Bernal, Samuel A. c. Dirección de Bienestar de la Armada —Diba— y otros, E.D. 102-331; C.N. Fed. Civil y Com., Sala I, octubre 8-982. G., J. V. c. Gobierno Nacional y otros, E. D. 103-578. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 12/06/2006, Bezzi, Walter Amadeo c. M., N. P. y otros, La Ley Online; AR/JUR/7240/2006.

(7) LE TORNEAU, Philippe. La Responsabilidad Civil. Traducción de Javier TAMAYO JARAMILLO. Editorial Legis. 2004. Pág. 130

(8) RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Tomo V. Ed. La Ley. Buenos Aires. Pág. 49.

(9) DE CUPIS, Adriano. El Daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Trad. Angel MARTINEZ SARRION. Ed. Bosch. Barcelona. Pág. 81/82

(10) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 23/05/2007, Sánchez, Patricia Susana y otro c. Obra Social Ostel y otro, La Ley Online; AR/JUR/4004/2007. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, "P. de Q., E. M. y otros c. W., M. y otros", 2006/08/31; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, "Viñas de Ortiz, María y otros c. Instituto de Serv. Soc. Bancarios", 2004/10/05, RCyS, 2004-X, 110 - LA LEY 25/04/2005, 7.

(11) BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Tomo I. Trad. de José Luis DE LOS MOZOS. Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid. Pág. 259.

(12) La sala J de la CNCiv. ha resuelto que si bien no puede afirmarse que la realización de una cesárea hubiera salvado al feto y a la madre, corresponde atribuir responsabilidad al hospital demandado ante el incumplimiento del deber de previsión porque no se tomaron las precauciones que el supuesto exigía de acuerdo a los estudios y tratamientos realizados con anterioridad y a la historia clínica, máxime cuando ofrecer todo el recurso humano y material disponible le hubieran dado la chance de evitar un parto que resultó imposible y la posibilidad de encontrarse asistida por un equipo médico completo desde el primer momento. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 20/09/2004, Martínez Mosquera, Germán y otro c. Ciudad de Buenos Aires, LA LEY 26/01/2005, 4, AR/JUR/3497/2004.

(13) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 01/12/2004, del A. de A., Z. c. Medicus S.A. de Asistencia Médica y Clínica y otros, LA LEY 24/03/2005, 24/03/2005, 5 - LA LEY 2005-B, 465, AR/JUR/4664/2004.

(14) Este es el criterio de diferentes Salas de la Cámara Nacional. Ver en sentido similar los argumentos expuestos en: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 08/08/2002, P. A. de R., M. y otro c. Obra Social del Personal de la Actividad Gastronómica y otros, RCyS 2003, 462, AR/JUR/2469/2002. CNCiv., sala A, "S., B. E. y otras c. Municipalidad de Buenos Aires", 1997/03/07, DJ, 1998-3-677 - La Ley, 1999-A, 508, J. Agrup., caso 13.497, CNCiv., sala E, "A., F. y otro c. G.C.B.A.", 2001/09/17, La Ley, 2002-A, 634, CNCiv., sala F, "M., R. S. y otro c. A., D. y otro", 1997/04/15, La Ley, 1997-F, 796, CNCiv., sala K, "C. T. de A., A. I. c. Baini, Eduardo O. y otros", 1998/10/05, La Ley, 1999-B, 689. Asimismo se recomienda la lectura de: BORDA, Guillermo A., "Naturaleza jurídica de la responsabilidad médica", La Ley, 1995-A, 845; COMPAGNUCCI DE CASO, Ruben H., "La culpa en la responsabilidad médica", La Ley, 1994-A, 268, GALDOS, Jorge Mario, "Responsabilidad profesional y culpa médica (En la doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires)", La Ley, 1995-D, 1090, LORENZETTI, Ricardo L., "Nuevos enfoques en la responsabilidad profesional", LA LEY, 1996-C, 1172, MENEGHINI, Roberto A., "Enjundioso fallo sobre responsabilidad médica", DJ, 2000-2-297.

(15) Sin perjuicio de ello el cirujano jefe podrá coparticipar la responsabilidad con un profesional del equipo con autonomía científica si aquél incurre en culpa en cuanto concierne a sus funciones directamente y vigilancia en relación con el equipo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 24/08/1982, V., N. G. c. Sanatorio A., S. A. AR/JUR/905/1982.

(16) Así se ha sostenido que la historia clínica completa y escrita en forma comprensible, es una de las mayores responsabilidades del equipo de salud y su redacción defectuosa es un elemento agravante en los juicios de responsabilidad legal, por lo que el médico y/o el establecimiento asistencial son sus custodios y su desaparición o falta de conservación entorpecerá la acción judicial, al tiempo que le quita la posibilidad al médico tratante y al mismo sanatorio de una oportunidad invalorable de defensa en juicio. Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de Tucumán, sala II. 12/04/2010. Valdez, Manuel Oscar c. SI.PRO.SA. LLNOA 2010 (julio), 597, AR/JUR/16029/2010. Tal es así que la falta de completividad de la historia clínica pone en cabeza del profesional la prueba de su inculpabilidad. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 25/09/2001, A., J. y otra c. Hospital Español y/u otra, LLLitoral 2002, 387, AR/JUR/1069/2001. A través de ella se puede probar que el galeno ha actuado en función de las técnicas y deberes acordes a los exigidos. En este sentido, la Sala J de la CNCiv. dispuso que debe eximirse de responsabilidad al equipo médico si su actividad fue desplegada en función de las técnicas operatorias elegidas y fueron correctamente empleadas, de acuerdo a sus conocimientos científicos y su idoneidad, y no se probó la intención de dañar ni la violación a sus deberes de médicos. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 28/09/2001, Sauce, Alberto A. c. Hospital Británico de Buenos Aires, LA LEY 17/05/2002, 3, LA LEY 2002-C, 615, AR/JUR/572/2001. Voto de la doctora Brilla de Serrat).

(17) Siguiendo esta tesitura, la Sala K de la CNCiv. resolvió que debe rechazarse la demanda de daños y perjuicios por mala praxis médica incoada por los progenitores de un menor contra un sanatorio, con fundamento en que la deficiente prestación médica durante el embarazo y parto de la madre fue la causa de la incapacidad que padece el niño, pues al no haberse acreditado la culpa del galeno y de su equipo médico, la aludida responsabilidad subsidiaria de garantía no resulta procedente. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 13/03/2008, Rappi, Oscar Antonio y otros c. Policlínico del Docente y otros, DJ 20/08/2008, 1091 - DJ 2008-II, 1091, AR/JUR/2754/2008. Id. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, "S., A. E. c. Hospital Privado San Lucas Sociedad Anónima y otros", 18/09/2006: LA LEY 24/11/2006, 7 - LA LEY 2006-F, 823.

(18) MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Jean, MAZEAUD, León, CHABAS, Francois. Derecho Civil. Obligaciones. Tomo II. Trad. de Luis ANDORNO. Ed. Zavalia. Pág. 278/279.

(19) LOPEZ MESA, Marcelo. TRIGO REPRESAS, Felix. Responsabilidad civil de los profesionales. Ed. Legis. Pág. 515. En igual sentido ver: BUSTAMENTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil. Ed. Abeledo Perrot 8va. Ed. Buenos Aires. Pág. 54. COPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. "Responsabilidad médica y responsabilidad colectiva" Rev. La Ley. Tomo 1991-D. Pág. 467..

(20) LARENZ, Karl. Derecho de las Obligaciones. Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid. Pág. 625.

(21) DE ANGEL YAGUES, Ricardo. "Indeterminación del causante de un daño extracontractual". En Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Pág. 275.

(22) Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de Tucumán, sala II, 12/04/2010, Valdez, Manuel Oscar c. SI.PRO.SA., LLNOA 2010 (julio), 597, AR/JUR/16029/2010. En igual sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 29/12/2005, "V., M. A. c. Valtorta, Viviana", La Ley Online, AR/JUR/7761/2005; Id. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 04/04/2005, "G., O. c. Estado Nacional", LA LEY 20/04/2005, 20/04/2005, 11 - LA LEY 2005-B, 889, AR/JUR/64/2005.

(23) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 11/11/2010, Mendoza, Geraldino y otro c. G.C.B.A., La Ley Online; AR/JUR/77647/2010. Vale señalar que dicha obligación de seguridad puede recaer o bien en el accionar diligente de los integrantes del nosocomio o bien en la completitud y organización de los equipos que posee el hospital. En este orden se ha dicho que de conformidad con el art. 1198 1° párrafo del Código Civil, resulta exigible a los centros de atención médica que posean todos los equipos, instrumental y aparatología propios para brindar este tipo de prestación, y además que ellos funcionen correctamente. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 11/11/2010, Mendoza, Geraldino y otro c. G.C.B.A. La Ley Online; AR/JUR/77647/2010. Con igual criterio se entendió que resulta responsable el establecimiento de asistencia médica pública por el fallecimiento de un paciente luego de ser intervenido quirúrgicamente, toda vez que se acreditó la mala organización del servicio que prestó en lo que hace a la provisión de equipos suficientes. Cámara 3a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 04/03/2009, Barison, Beatriz E. y ots. c. Hospital Central y otros., La Ley Online; AR/JUR/2559/2009. Ver en igual sentido: CNCiv., sala K "González, Fernando J. c. Sanatorio Mater Dei" 2007/02/15 LA LEY 27/10/2008, 5, con nota de Julián JALIL; LA LEY 2008F, 227, con nota de Julián JALIL. En otros precedentes ante similares situaciones se sustentó la responsabilidad en el deber de garantía, así se dijo que la responsabilidad del hospital o sanatorio en que es asistido un paciente —en el caso, se responsabilizó al hospital codemandado porque un obstetra no realizó los controles correspondientes durante el trabajo de parto— se funda en una obligación de garantía de la conducta de los dependientes o subordinados en la ejecución de la prestación, o del hecho de las personas que emplea lícitamente en el cumplimiento de su obligación, o por la circunstancia de que el deudor responde siempre de las diligencias de las personas o persona mediante la cual se debe realizar la prestación. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 18/09/2006, S., A. E. c. Hospital Privado San Lucas Sociedad Anónima y otros, LA LEY 24/11/2006, 24/11/2006, 7 - LA LEY 2006-F, 823, AR/JUR/5755/2006.

(24) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad Civil de los Médicos en el ejercicio de su profesión", Rev. LA LEY, 1976-C, 63; SCBA, 16/VII/91, Ac. 43. Pág. 518.

(25) Cámara 6a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 28/12/2005, Bray, José R. y otros c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, LLC 2006, 481, AR/JUR/7373/2005

(26) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 22/10/2004, Schöder, Ursula A. c. Asociación Francesa, LA LEY 31/03/2005, 31/03/2005, 8, AR/JUR/3915/2004. CNCiv., sala I, "Villalba, Yolanda N. y otros c. Roasio y otros", 05/10/2004, LA LEY 30/12/2004, 7; CNCivil, sala A "Larrosa, Juan C. y otro c. Sanatorio Quintana S.A. y otros" 02/06/2004, DJ 10/11/2004, 805

(27) CZERNIZER, Diego G; WIERZBA, Sandra M. La cláusula "Claims Made" en los seguros contra responsabilidad médica: la experiencia argentina, RCyS 2002, 296.

(28) LORENZETTI, Ricardo L., "Contrato de seguro: La cláusula "Claims made"" LA LEY, 1998-C, 1174. En el Primer Congreso Multidisciplinario sobre "La responsabilidad civil y sus posibilidades asegurativas" (Universidad Notarial, Buenos Aires 3/10/94, Comisión III), se aprobaron las siguientes conclusiones: La cláusula "claims made" en cuanto limita temporalmente la garantía del asegurador, infringe el art. 109 de la ley de seguros (Adla, XXVII-B, 1677), norma que por su letra y naturaleza es totalmente inmodificable. La cláusula "claims made", al importar una desnaturalización del vínculo asegurativo, una restricción a los derechos del asegurado y una ampliación de los derechos del asegurador, es abusiva, en los términos del art. 37 de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) (*). La cláusula "claims made", desnaturaliza la definición del seguro contra la responsabilidad civil, en tanto limita la obligación del asegurador a reclamos efectuados por los damnificados durante la vigencia de la póliza. LORENZETTI, Ricardo L., "Contrato... Ob. Cit. 1176.

(29) LOPEZ SAAVEDRA, Domingo, "Algo más sobre los seguros de responsabilidad civil bajo condiciones 'claims made'", La Ley, 1999-B, 991.

(30) Así la Sala L de la CNCiv. dispuso que corresponde considerar ilícita y abusiva, debiéndose tener por no escrita —art. 37 de la ley 24.240 de defensa del consumidor (Adla, LIII-D, 4125)—, la cláusula tipo "claims made" inserta en un contrato de seguro de responsabilidad médica, toda vez que la misma limita temporalmente los derechos del asegurado de contar con la cobertura de su aseguradora sin darle posibilidad de negociación, de un modo no previsto por la ley, ampliando inequitativamente los derechos del asegurador y restringiendo los del asegurado. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 29/08/2003, R., M. A. c. Obra Social del Personal de la Sanidad y otros, RCyS 2004, 325, con nota de Sandra Wierza; Diego G. Czernizer; LA LEY 2003-F, 371, con nota de Rubén STIGLITZ; AR/JUR/1644/2003 del voto en disidencia de la doctora Lozano)Similar criterio ha sido seguido por la Sala C de dicho Cuerpo, que entendió que debía tenerse por no convenida la cláusula "claims made" inserta en un contrato de seguro de responsabilidad médica, porque tratándose de profesionales de la salud, donde el transcurso del postoperatorio, la consecuente mejoría y la evolución posterior requieren de mayor tiempo para determinar si tal acto y sus circunstancias fueron correctamente ejecutadas, deviene contraria a la naturaleza del evento objeto del seguro y por lo tanto impropio para cumplir su finalidad intrínseca que es la cobertura del álea asegurada atendiendo a las características propias que la definen. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 02/05/2006, Barral de Keller Sarmiento, Graciela c. G., J. A. y otros, RCyS 2006, 1014, LA LEY 16/08/2006, 8, con nota de Domingo M. LOPEZ SAAVEDRA; Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA; LA LEY 2006-E, 2, con nota de Domingo M. LOPEZ SAAVEDRA; Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA; LA LEY 13/09/2006, 4, con nota de Waldo A. R. Sobrino; LA LEY 2006-E, 399, con nota de Waldo A. R. SOBRINO; AR/JUR/1750/2006. CNCiv., sala L, 29/08/2003, "R., M. A. c. Obra Social del Personal de la Sanidad y otros", RCyS, 2004-II, 27 - LA LEY, 2003-F, 371, con nota de Rubén STIGLITZ.Similar tesitura ha sido elaborada por la jurisprudencia mendocina, en donde se ha dicho que resulta improcedente la cláusula de tipo "claims made" invocada por la aseguradora del supermercado en el que se produjo el robo del automóvil del actor, mediante la cual se establece como condición para la cobertura no sólo la ocurrencia del siniestro, sino que además exige que el reclamo del damnificado se realice durante la vigencia de la póliza, pues, los efectos de la aplicación de dicha póliza van a depender de un tercero, lo que implica la desprotección del asegurado en violación de los art. 109 y 158 de la ley 17.418. Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 11/11/2010, Echegaray, Domingo E. y ots. c. Libertad S.A., LLGran Cuyo 2011 (marzo), 173, AR/JUR/77100/2010.

(31) En este sentido, se consideró improcedente la demanda interpuesta contra la citada en garantía por el asegurado y no por la víctima, ya que aquel no denunció el siniestro dentro del plazo de vigencia de la póliza teniendo la posibilidad de hacerlo, obligación ineludible por tratarse de un contrato de seguro claims made o de reclamo, lo que constituye un reclamo en un momento de inexistencia de seguro y no una defensa posterior, y el asegurado no puede posteriormente pretender desconocer los términos del contrato, máxime si se trata de una sociedad comercial de importancia con posibilidad de obtener asesoramiento previo a la firma del contrato en tales condiciones. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 13/03/2007, F., N. G. c. Edesur S.A., AR/JUR/2907/2007.

(32) JALIL, Julián, "Cláusulas abusivas", en RCyS 2009-X, 202. CNCom, sala A, 18/10/2007, Slatapolsky, Jorge Alberto c. Banco do Brasil S.A., La Ley Online.

(33) CARNELUTI, Francesco. Como nace el derecho. Traducción de Santiago SENTIS MELENDO y Marino AYEWRRA REDIN. 3ra. Ed. Temis S.A. Bogotá. Pág. ¾.

(34) HEGEL, Georg W. Friedrich. Filosofía del derecho. Ed. Claridad. Buenos Aires. 2009. Pág. 120.

La obligación de seguridad en los espectáculos públicos

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2011-XII, 223
Cita Online: AR/DOC/5643/2011
[Consultado el: 02/07/2020]

I. Sinopsis.

El derecho de daños actual se enfrenta con la dura misión de delimitar su espectro y el campo de aplicación, especialmente de los institutos que modernamente se inmiscuyen en los fundamentos del deber de resarcir. Ello porque peca tanto quien concede de más o no concede lo que por derecho corresponde que quien lo hace sin argumentación o fundamento real.

La obligación de seguridad constituye uno de estos supuestos, en donde hoy en día no caben dudas de su plena aplicabilidad al campo contractual, pero la jurisprudencia y la doctrina concentran sus esfuerzos por ampliar su ejercicio a los casos en donde se configuren los recaudos para su precedencia.

No caben dudas que los espectáculos públicos constituyen un campo apto y propicio para que la mencionada obligación tácita cobre virtualidad, porque evidentemente además de la obligación principal que pesa sobre el organizador del espectáculo de brindar la obra, función o entretenimiento, se infiltra una obligación accesoria que implica la seguridad del espectador durante el tiempo en que éste se encuentre observando el mencionado espectáculo.

Como se apreciará a continuación este contexto ha tenido sus variantes en la doctrina y jurisprudencia, especialmente la de nuestra Corte federal, que ha ido ampliando el marco de aplicación al que hacíamos referencia en los párrafos preliminares especialmente en lo que hace la legitimación activa y pasiva y a la aplicabilidad de las garantías emergentes de la LDC a este tipo de supuestos.

II. Casuistica.

1. Responsabilidad contractual del organizador de espectáculos públicos.

En el caso de los espectáculos públicos, el organizador tiene una responsabilidad contractual respecto del espectador, cualquiera sea la finalidad del espectáculo de que se trate.

CNCiv., sala E, 03/05/2007, Orellana, Carlos A. c. Club Obras Sanitarias de la Nación y otros, La Ley Online; AR/JUR/1762/2007.

Tiene carácter contractual la responsabilidad del organizador de un espectáculo público respecto del daño sufrido por un agente de policía que fue lesionado por los animales que participaban en el evento -en el caso, fiesta de San Fermín en la cual un novillo derribó una tranquera que cayó sobre el actor-, ya que aun cuando el espectáculo haya sido gratuito, celebrado en la vía pública y el actor no formaba parte del público, el deber de indemnidad del organizador alcanza a todos los asistentes sin distinción de ningún tipo.

Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 16/12/2003, Castrillón, Leandro c. Centro Navarro Sud y otros, RCyS 2004, 829 - LLBA 2004, 314, AR/JUR/4905/2003.

Entre los organizadores de la justa deportiva y el espectador, se formaliza un contrato innominado de "espectáculo público" y, entonces, la responsabilidad de aquéllos es de índole contractual.

CNCiv., sala K, 09/03/1999, Avila, Carlos A. c. Pardo, Julio, AR/JUR/3422/1999.

Cuando ocurren hechos dañosos para los espectadores en el transcurso de un espectáculo público, se está en presencia de una responsabilidad contractual cualquiera sea la finalidad del evento —deportiva, artística, cultural—, cuyo fundamento radica en la asunción de una obligación de resultado —deber de seguridad— por el organizador, respecto de la incolumidad de los asistentes mientras están en el lugar.

CNCiv., sala E, 16/09/2009, Orellana, Angel Roberto c. Dg Entertainment S.R.L., RCyS 2010-II|, 177, con nota de Juan Manuel Prevot; AR/JUR/35009/2009.

2. Carácter comercial del contrato de espectáculos público.

El art. 8º del Cód. de Comercio no incluye expresamente en la enumeración de los actos de comercio a los contratos de las empresas teatrales y de espectáculos públicos en general, pero la doctrina afirma su comercialidad.

CNCom., sala A, 29/08/1997, Gambartes, Beatriz E. C. c. Mitnik, Bernardo y otros, AR/JUR/1705/1997.

3. Fundamento de la responsabilidad contractual: El deber de seguridad.

Habiéndose demostrado mediante presunciones que la actora presenció un partido de fútbol en carácter de espectadora y que en dicha circunstancia se lesionó, ha de concluirse que el organizador del evento incurrió en desatención del deber de seguridad que estaba a su cargo, lo cual permite condenarlo a indemnizar los daños sufridos por aquella.

CNCiv., sala J, 29/05/2008, Alvarez, Karina Elizabeth c. Blanquiceleste S.A. y otro, AR/JUR/9205/2008.

Es responsable la concursada por los daños sufridos por la incidentista al caerse de una escalera cuando intentaba ingresar a un espectáculo que se llevaba a cabo en el complejo de diversiones explotado por aquélla, aunque haya ingresado al evento con posterioridad a su comienzo, pues una vez abonado el ticket correspondiente el contrato se halló en curso de ejecución y con ello el deber de seguridad que fue asumido por el empresario contratante en relación con las circunstancias existentes -salón a oscuras- y con la natural disminución de destrezas normales en el andar de la víctima de avanzada edad.

CCiv. y Com. Lomas de Zamora, sala I, 04/03/2010, Carro, Martín c. Club Atlético Banfield Soc Civil y otros, La Ley Online; AR/JUR/34970/2010.

4. La obligación de seguridad como obligación de resultado.

Dado que la obligación de seguridad que deriva del contrato de espectáculo público y que pesa sobre el organizador del evento, es de resultado, a la víctima le basta probar el daño sufrido y la relación de causalidad, sin necesidad de acreditar la culpa del organizador, en tanto ésta se presume por el solo hecho del incumplimiento

contractual que exterioriza la circunstancia de haber sufrido el espectador un perjuicio durante la realización del evento, subsistiendo dicha obligación aún en casos en que el acceso a las instalaciones haya sido gratuito

CNCom., sala D, 04/05/2005, Yebra de Castaño, María s/ inc. de verif. de créd. en Tren de la Costa S.A. s/conc. Prev, RCyS 2005, 524, con nota de Martín Diego Pirota; AR/JUR/1719/2005.

La responsabilidad contractual del dueño de un local bailable por las lesiones sufridas por un joven que fue atacado dentro de sus instalaciones por otros asistentes, deriva del deber accesorio de seguridad que asume el caracter de obligación de resultado de naturaleza objetiva, por lo que a la víctima le basta probar el daño sufrido y la relación de causalidad, sin necesidad de acreditar la culpa del organizador.

CNCiv., sala G, 05/05/2008, Mariño, Sergio Damián c. Cillo, Paolo Oscar, La Ley Online; AR/JUR/4361/2008. CNCiv, sala H, "Díaz, Fernando F. c. D.G. Producciones S.A. y otro", 2005/08/12, RCyS 2006, 721 - JA 2006-I, 595; sala J, "Ballardo, María C. c. Buby Restaurant Concert y otro", 2003/12/17, RCyS 2004-V, 66.

Corresponde responsabilizar civilmente al organizador de un espectáculo en el que se arrojó una granada de mano de gas lacrimógeno que conmocionó a los asistentes y consecuentemente algunos padecieron lesiones al intentar salir del establecimiento bailable toda vez que, el deber de seguridad insito en el contrato de espectáculo constituye una obligación de resultado y probado que fue el daño, por la víctima, es el organizador quién debió acreditar alguna causal eximente.

CCiv. y Com. Jujuy, sala II, 30/05/2003, Machaca, Claudia Elizabeth c. Salinas, Hugo Luis, La Ley Online; AR/JUR/7530/2003. "Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II, "Sartori, Mónica y Caimi, Daniel c. Cencosud S.A.", 2008/04/08, LLBA 2008 (junio), 565; Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, "Elías Salaj, Ana María c. Municipalidad de Godoy Cruz y ots.", 2008/04/07, LLGran Cuyo 2008 (junio), 496".

Dado que la obligación de seguridad que deriva del contrato de espectáculo público y que pesa sobre el organizador del evento, es de resultado, a la víctima le basta probar el daño sufrido y la relación de causalidad, sin necesidad de acreditar la culpa del organizador, en tanto ésta se presume por el solo hecho del incumplimiento contractual que exterioriza la circunstancia de haber sufrido el espectador un perjuicio durante la realización del evento, subsistiendo dicha obligación aún en casos en que el acceso a las instalaciones haya sido gratuito.

CCiv. y Com. Lomas de Zamora, sala I, 04/03/2010, Carro, Martín c. Club Atlético Banfield Soc Civil y otros, La Ley Online; AR/JUR/34970/2010.

5. La inmiscuición de la obligación de seguridad en los diferentes tipos de espectáculos públicos.

5.1. En los locales bailables.

El explotador de un local bailable debe responder ante el daño sufrido por un asistente que resultó lesionado al ser salvajemente agredido por otro asistente, sin haber dado motivo alguno para tal actitud, puesto que la obligación tácita de seguridad, accesoria al contrato innominado de espectáculo público, es de resultado, por lo cual debió invocar y probar alguna eximente de responsabilidad, lo cual no hizo.

C3ªCiv., Com., Minas, Paz y Tributaria Mendoza, 14/08/2008, Curia, Claudio Sebastián c. Paxi S.A. (La Reserva Pub), LLGran Cuyo 2008 (noviembre), 990, AR/JUR/7878/2008.

El asistente a un local bailable que sufrió lesiones con motivo de una pelea desarrollada en el lugar y el propietario del establecimiento son responsable en forma concurrente —la responsabilidad se distribuyó en un

50% para cada parte—, porque el primero se inmiscuyó voluntariamente en una reyerta que le era ajena pudiendo evitarlo, y el empresario incumplió con la obligación tácita de seguridad a su cargo, derivada del contrato de esparcimiento, toda vez que se encuentra acreditado que el personal de seguridad no llevó a cabo diligentemente su tarea.

CCiv. y Com. Dolores, 27/11/2007, Méndez, Christian c. Complejo Ku-El Alma y otros, LLBA 2008 (febrero), 69, AR/JUR/8767/2007. CNCiv., sala G, "Clemente, Graciela M. c. Abriata Oliver Araoz S.H. y otros", 2004/08/26, RCyS 2004-XI, 108; CNCiv., sala J, "Ballardo, María C. c. Buby Restaurant Concert y otro", 2003/12/17, RCyS 2004-V, 66; CNCiv., sala K, "Fallesen, Christian E. c. Orsogna S.A. y otro", 2003/11/14, LA LEY, 2004/03/09, 5.

5.2. Recitales de música.

La empresa organizadora del espectáculo público en el cual un espectador sufrió lesiones -en el caso, durante un recital de música- es responsable por el incumplimiento contractual en el que incurrió, al soslayar la obligación de garantía asumida a favor de los asistentes, en tanto omitió adoptar todas las medidas de prevención necesarias, en función de lo dispuesto por el art. 902 del Cód. Civil, para evitar actos que puedan producir perjuicios al público asistente.

CNCiv., sala H, 12/08/2005, Díaz, Fernando F. c. D.G. Producciones S.A. y otro, RCyS 2006, 721, AR/JUR/4916/2005. CNComercial, sala D, "Yebra de Castaño, María s/ inc. de verif. de créd. en Tren de la Costa S.A. s/conc. prev.", 4/05/2005, RCyS 2005-IX, 42, con nota de Martín Diego Pirota; CNCiv., Sala H, "Argento, Franco c. Sociedad Rural Argentina", 1998/02/05, LA LEY, 1999-F, 777 (42.174-S) - DJ, 2000-1-597; sala I, "Newton, Stella M. c. Cine Belgrano 2", 1998/03/03, LA LEY, 2000-A, 555 (42.286-S); sala L, "García, Ismael D. c. Club Atlético Obras Sanitarias de la Nación", 1999/02/08, LA LEY, 1999-E, 967, J. Agrup., caso 14.396.

5.3. Carreras de autos.

Corresponde responsabilizar al organizador de una carrera de autos por los daños sufridos por el mecánico de uno de los competidores al ser embestido por un auto mientras se encontraba ubicado en el sector de "boxes", toda vez que siendo la responsabilidad del organizador comprensiva de los espectadores de la competencia y de todo tercero ubicado en el área destinada al efecto, resulta irrelevante que el actor no haya sido un espectador voluntario sino el auxiliar de un competidor, pues no se le puede negar el carácter de tercero ubicado dentro de la superficie destinada a la competencia.

CCiv. y Com. Lomas de Zamora, sala I, 02/11/2004, Angelakis, Nicolás G. c. Tamagno, Sergio C. y otros, RCyS 2005, 388, con nota de Pablo Barbieri; LLBA 2005 (febrero), 83 AR/JUR/3402/2004. CNCiv., sala I, "Failace, Diego c. Fundación Equus Fidei", 2000/05/04

5.4. Espectáculos futbolísticos.

El club de fútbol debe responder por las lesiones que sufrió el espectador de un encuentro deportivo al ser aplastado por una avalancha, pues su responsabilidad es objetiva, de carácter contractual, por lo que debe velar por la indemnidad de los espectadores.

CNCiv., sala E, 28/02/2011, Ramírez, Ricardo Abel c. Club Atlético Boca Juniors y otros, La Ley Online; AR/JUR/1762/2011.

Es responsable la entidad organizadora de un partido de fútbol, por los daños que sufrió un espectador, al caer en la tribuna del estadio, pues, habiéndose acreditado que sufrió una lesión mientras se desarrollaba el

evento deportivo y que ésta no fue provocada por la propia negligencia o inconducta de la víctima, aparece verificado el incumplimiento del contrato de espectáculo público existente entre ambos, máxime si se demostró que había una gran cantidad de gente en la tribuna al momento del infortunio

CCiv. y Com. Lomas de Zamora, sala I, 04/03/2010, Carro, Martín c. Club Atlético Banfield Soc Civil y otros, La Ley Online; AR/JUR/34970/2010.

5.6. Extensión de la responsabilidad a la AFA.

La Asociación de Fútbol Argentino es responsable por los daños que sufrió el espectador de un partido de fútbol, al caer en la tribuna del estadio, pues, todas las entidades o asociaciones que se sirven o aprovechan del espectáculo público, contraen un deber de garantía respecto de la seguridad de los espectadores, que constituye un factor legal objetivo de la atribución de la responsabilidad, inspirado en la idea de riesgo creado.

CCiv. y Com. Lomas de Zamora, sala I, 04/03/2010, Carro, Martín c. Club Atlético Banfield Soc Civil y otros, La Ley Online; AR/JUR/34970/2010.

6. Ampliación de la responsabilidad del organizador al daño acaecido por quién no forma parte del público.

Debe responsabilizarse al club donde se disputó un encuentro deportivo —en el caso, partido de fútbol—, por los daños ocasionados a quien, hallándose en la vía pública y en las inmediaciones del estadio, fue alcanzado por objetos lanzados desde el propio club, aun cuando el art. 51 de la ley 23.184 contemple expresamente la reparación de los perjuicios sufridos por "espectadores", en los estadios y durante el desarrollo del evento, ya que "estadio" es un vocablo de textura abierta que debe interpretarse mediante analogía sustancial, sin que pueda entendérselo de modo tal que se excluya a los sujetos que se encuentran en sus inmediaciones. Debe responsabilizarse al club donde se disputó un encuentro deportivo —en el caso, partido de fútbol—, por los daños ocasionados a quien, hallándose en la vía pública y en las inmediaciones del estadio, fue alcanzado por objetos lanzados desde el propio club, aun cuando el art. 51 de la ley 23.184 contemple expresamente la reparación de los perjuicios sufridos por "espectadores", en los estadios y durante el desarrollo del evento, ya que "estadio" es un vocablo de textura abierta que debe interpretarse mediante analogía sustancial, sin que pueda entendérselo de modo tal que se excluya a los sujetos que se encuentran en sus inmediaciones.

CSJN "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", 06/03/2007, LA LEY 12/03/2007, 12/03/2007, 5 - LA LEY 2007-B, 261 - LA LEY 15/03/2007, 3, con nota de Atilio A. Alterini; LA LEY 2007-B, 363, con nota de Atilio A. Alterini; DJ 2007-I, 690 - IMP 2007-7, 800 - RCyS 2007, 344, con nota de Atilio A. Alterini; LA LEY 10/04/2007, 4, con nota de Guillermo E. Falco; LA LEY 2007-B, 637, con nota de Guillermo E. Falco; LA LEY 2007-C, 122, con nota de Lidia M. R. Garrido Cordobera; DJ 2007-II, 10, con nota de Félix A. Trigo Represas; LA LEY 15/05/2007, 6, con nota de Marcelo Hersalis y Norberto Outerelo; LA LEY 2007-C, 302, con nota de Marcelo Hersalis y Norberto Outerelo; RCyS 2007, 452, con nota de Ramón D. Pizarro; TySS 2007, 416 - LLP 2008 (junio), 640, con nota de Marcelo Hersalis y Norberto Outerelo. CNCiv., sala A, "Barrionuevo, Leonardo A c. Club Atletico Excursionistas", 11/12/2009, RCyS 2010-VI, 157, AR/JUR/59603/2009; CNCiv., sala A, "Zabala,

7. El hecho del tercero o el caso fortuito.

La acción de quienes durante un espectáculo público provocaron lesiones a un espectador -en el caso, durante un recital de música- no puede ser considerada como hecho de terceros, ni convierte al siniestro en caso fortuito, ya que precisamente la admisión masiva de aquellos asistentes crea el riesgo, por lo que la empresa organizadora debe responder por ellos desde el momento en que permite su ingreso y en razón de tener a su cargo la seguridad del evento.

CNCiv., sala H, 12/08/2005, Díaz, Fernando F. c. D.G. Producciones S.A. y otro, RCyS 2006,

Los reiterados conflictos y disputas entre los "hinchas" y "barras bravas" de los clubes participantes de justas deportivas no pueden considerarse como una hipótesis de caso fortuito que permita eximir de responsabilidad al organizador ante los daños sufridos pos los espectadores, máxime cuando son las conductas desplegadas por aquellos las que habitualmente causan daños.

CNCiv., sala J, 29/05/2008, Alvarez, Karina Elizabeth c. Blanquiceleste S.A. y otro, AR/JUR/9205/2008.

El organizador de un espectáculo público debe ser responsabilizado por el daño padecido por un espectador al caer al piso luego de pisar una baldosa o cascote, ya que, sea que se hubiese tratado de un desprendimiento del material con el que se encuentran unidos los escalones o de piedras o baldosas traídas por algún asistente, lo cierto es que su presencia no debió pasar inadvertida a la vigilancia y organizadores del espectáculo multitudinario, dada la peligrosidad potencial que implicaba.

CNCiv., sala E, 03/05/2007, Orellana, Carlos A. c. Club Obras Sanitarias de la Nación y otros, La Ley Online; AR/JUR/1762/2007. CNCiv., sala H, 12/08/2005, Díaz, Fernando F. c. D.G. Producciones S.A. y otro, RCyS 2006-II, 61; CNCom., sala D, 04/05/2005, Yebra de Castaño, María s/ inc. de verif. de créd. en Tren de la Costa S.A. s/conc. prev., RCyS 2005-IX, 42, con nota de Martín Diego Pirota

8. La aplicación de la ley de defensa del consumidor.

Resulta procedente la demanda por incumplimiento de un contrato de espectáculo público —en el caso, debido a la suspensión de un show musical en un local bailable—, si medió por parte del demandado una negligencia y falta de previsión notorias en relación al compromiso asumido, pues, es aplicable la ley de defensa del consumidor en cuanto contempla la responsabilidad del oferente de un producto por la publicidad que emita a tal fin y por ello ninguna precaución podía dejar de lado para garantizar que dicha oferta se cumpliera.

CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 28/06/2007, Coronel, Pedro A. y otro c. La Nueva Bailanta (NB), RCyS 2007, 998 - LLBA 2007 (setiembre), 938, AR/JUR/2520/2007

9. Responsabilidad del fiador del evento público.

Quien asumió el carácter de fiador de todas las deudas y los daños y perjuicios que del contrato de concesión de uso de un estadio deportivo para la realización de un espectáculo musical emerjan con relación a la productora y está estrechamente vinculado a ésta en forma económica y funcional para alcanzar una finalidad común constituida por la actividad empresarial y el interés económico que su ejercicio satisface, debe ser considerado un co-organizador que no puede valerse de los arts. 504, 1161, 1162 y 1177 del Código Civil para evitar la extensión de la condena resarcitoria en los términos del art. 96 del Código Procesal, soslayando su real participación en la preparación y ejecución de un evento de características complejas.

CNCiv., sala E, 16/09/2009, Orellana, Angel Roberto c. Dg Entertainment S.R.L., RCyS 2010-II , 177, con nota de Juan Manuel Prevot; AR/JUR/35009/2009.

10. La reparación del daño moral.

Corresponde otorgar una indemnización por el daño moral derivado del incumplimiento de un contrato de espectáculo público por la suspensión de un show musical en un local bailable, si dicha suspensión no fue un

mero caso fortuito o de fuerza mayor, sino que tuvo que ver la falta de diligencia de los accionados en tomar las precauciones necesarias para que ello no ocurriera.

CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 28/06/200, Coronel, Pedro A. y otro c. La Nueva Bailanta (NB), RCyS 2007, 998 - LLBA 2007 (setiembre), 938, AR/JUR/2520/2007.

III. Contexto doctrinario.

POSCA, Ramón Domingo. Responsabilidad por la organización de carreras cuadreras, LLBA 1999, 773.

La doctrina ha coincidido en clasificar al contrato controvertido como innominado o atípico en la moderna consideración de los autores. Este contrato conlleva implícita una cláusula de incolumidad, por la cual el organizador del espectáculo asume un deber de seguridad que incumplido lo lleva a responder por todos los daños ocasionados a los espectadores.

GHERSI, Carlos A.-WEINGARTEN, Celia. La responsabilidad por organización de espectáculos deportivos, LA LEY 1994-D, 11.

El empresario o promotor de un espectáculo deportivo asume una obligación de seguridad, mediante el cual garantiza que durante el desarrollo de la prestación, ningún daño recaerá a la persona o eventualmente a los bienes de su co-contratante. Se trata de una cláusula implícita de indemnidad, ínsita en toda relación contractual que integra la prestación principal, aún cuando las partes no lo hubieran previsto expresamente. Dicha obligación encuentra fundamento normativo en el art. 1198 del Cód. Civil que consagra el principio de la buena fe en los contratos que no solo obliga al cumplimiento de lo prometido, sino también a las consecuencias implícitas o virtuales. También para un sector de la doctrina, el deber de seguridad es un principio jurídico superior de igual jerarquía que el deber general de no dañar, por lo tanto su aplicación no queda limitada a la materia contractual, para situarse entre los principios generales que gobiernan todas las relaciones jurídicas y que obliga a un comportamiento de colaboración en la preservación de la seguridad en general, sean o no contratantes.

RUBIO**,** Gabriel Alejandro. Responsabilidad contractual directa objetiva por incumplimiento de la obligación de seguridad, LLLitoral 1998-21.

La obligación de seguridad, como factor objetivo de responsabilidad puede estar establecida expresamente por ley, o por voluntad de las partes; o bien puede surgir en forma tácita en algunos contratos donde la prestación genera ciertos riesgos. Su finalidad es preservar a las personas y a las cosas de los contratantes de los daños derivados de la ejecución de los contratos. En estos casos, junto a la obligación principal del contrato, surge una "prestación accesoria de protección" en ciertos contratos.

MAZZINGHI (h.), Jorge Adolfo**.** La responsabilidad de los organizadores de un espectáculo deportivo, LA LEY 1995-B, 969.

Si los espectadores sufren algún daño, no tienen necesidad de invocar y probar la celebración de un contrato. Tampoco están obligados a demostrar los defectos en la organización, ni la falta de diligencia en la distribución o el control del público, ni los vicios en las instalaciones. Les basta con acreditar que sufrieron un daño durante el espectáculo deportivo y, salvo que el perjuicio resultara de la culpa de la propia víctima, las entidades organizadoras están obligadas a responder.

Pirota, Martín Diego. La obligación de seguridad en el contrato de espectáculo público: una garantía a favor del espectador (A propósito de un fallo que reconduce la cuestión hacia el escenario de la responsabilidad contractual), RCyS 2005, 523.

La relación que unía a la víctima con la demandada era la de un contrato innominado de espectáculo público, motivo por el cual no le son aplicables las disposiciones relativas a la responsabilidad surgida de los delitos y cuasidelitos (conf. art. 1107 del Cód. Civil). En consecuencia, se halló la responsabilidad de la requerida en el incumplimiento del deber de seguridad respecto del espectador, inmanente en cabeza del empresario prestador de todo espectáculo público inmanente en cabeza del empresario prestador de todo espectáculo público.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Los concurrentes a los partidos de fútbol están amparados por la obligación de seguridad impuesta a los organizadores del espectáculo por el artículo 33 de la ley 23.184. LA LEY 1994-D, 426 Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 1241.

Este deber de seguridad que emana de la ley se halla implícito en el contrato de espectáculo deportivo, como una obligación de resultado que impone al organizador una responsabilidad objetiva, la cual solamente puede excusarse por la prueba de la culpa exclusiva de la víctima. Contrariamente a la normativa del art. 1113 del Cód. Civil para los actos ilícitos de fuente extracontractual, en la hipótesis de responsabilidad específicamente legislada en el art. 33 de la ley 23.184, no se puede excusar esa responsabilidad probando el hecho de terceros ajenos a las partes y por los cuales no se debe responder.

Desde luego que también puede excusarse la responsabilidad de los organizadores probando que el hecho dañoso fue causado por caso fortuito o fuerza mayor en los supuestos previstos en los arts. 513 y 514 del Cód. Civil, siempre que ellos sean externos o ajenos a los presuntos responsables o al riesgo de las circunstancias o condiciones en que el acontecimiento se desarrolla. Por ejemplo si se produce un desastre en el estadio a causa de un meteoro, una inundación, la propagación de un incendio, la caída de un avión que sobrevolaba, etcétera.

GHERSI, Carlos A. El derecho de admisión. LA LEY 2007-A, 1153

A partir de la construcción de la sociedad, como producto cultural, las personas poseen derechos, que deben ejercer conforme a una teleología social (la causa, art. 2513 C.C.), ya que el mero ejercicio conforme sólo a un interés individualista constituye un ejercicio abusivo del mismo (art. 1071 del CC., Reforma Borda). El derecho de admisión es un derecho que se puede ejercer en el ámbito privado y público, conforme lo sostenemos en el primer párrafo su ejercicio debe corresponder a una causa, es decir, que al negarle el acceso debo informarle (en el ámbito de las relaciones de consumo art. 4, ley 24.240 —Adla, LIII-D, 4125—) sobre las razones de mi fundamento a la prohibición, máxime que el principio general es la admisión (pues la sociabilidad es un derecho personalísimo fundamental de las personas).

FALCO, Guillermo E. La relación de consumo y el contrato de espectáculo público deportivo, LA LEY 2007-B, 634

No cabe duda que el contrato de espectáculo público deportivo está comprendido en una "relación de consumo", con el bagaje protectorio y tuitivo que del ordenamiento constitucional y legal se desprende —art. 42, 43 de la CN y art. 1°, 1° párraf, art. 2, 5, 6, y 40, ley 24.240 y modificatorias. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha jerarquizado el "derecho de seguridad" = "obligación de seguridad" de los consumidores —art. 42 de la CN— actuándolo no sólo respecto del empresario -organizador del espectáculo deportivo, sino que lo ha hecho extensivo al ente o asociación "organizadora (participante) y beneficiaria del espectáculo deportivo", la Asociación del Fútbol Argentino (A.F.A). Las consideraciones del voto de la mayoría del Tribunal cimero me autorizan a afirmar que en materia consumerista la "obligación de seguridad" deja de ser "accesoria" —calificación según visión contractualista— y es "expresa" por imperativo legal —art. 5, 6, ley 24.240— de rango constitucional —art. 42 de la CN.

PREVOT, Juan Manuel**.** Daños y perjuicios acaecidos durante un espectáculo deportivo. Responsabilidad de la Asociación de Fútbol Argentino (AFA), LLLitoral 2006 (febrero), 1.

El Tribunal, luego de un pormenorizado análisis argumental colige que la Asociación de Fútbol Argentino (AFA) no es ajena a la organización de espectáculos deportivos organizados por sus afiliados, ni tampoco resulta extraña a los hechos ilícitos que pueda ocasionar el personal policial de seguridad que de una forma u otra contrata. Para arribar a tales conclusiones considera que:

IV. Biblioteca.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. PIEDECASAS, Miguel, Responsabilidad por daños, t. IV. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2009.

PIZARRO, Daniel, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa (Contractual y extracontractual Editorial: LA LEY, Buenos Aires, 2006.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo. Teoría general de la responsabilidad civil. Ed. Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2006.

PREVOT, Juan Manuel, Daños y perjuicios. Manuales de Jurisprudencia. Parte General y Parte Especial Editorial: LA LEY, Buenos Aires, 2008.

SANSÓ, Paula, Sansó, Miguel, Tratado práctico de responsabilidad civil Ed. Nova Tesis, Municipalidad de Rosario del Talar. 2007.

LORENZETTI, Ricardo L. Digesto práctico La Ley: Daños y perjuicios Ed. LA LEY. Buenos Aires. 1999.

WEINGARTEN, Celia - GHERSI, Carlos, Tratado de daños reparables. Ed. LA LEY. Buenos Aires. 2008.

Prevot, Juan Manuel - Chaia, Rubén A. La obligación de seguridad, Ed, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

Responsabilidad del médico por error de identidad homónima en la historia clínica

Por Julián Emil Jalil
Eliana Pesaresi

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LLGran Cuyo 2011 (diciembre), 1133
Cita Online: AR/DOC/5839/2011
[Consultado el: 30/06/2020]

Sumario.

1. A modo de introducción. — 2. Los hechos que motivan el fallo de la Corte provincial. — 3. Fundamentos esgrimidos por la justicia de primera instancia y de la Cámara de Apelaciones. — 4. El nuevo pronunciamiento de la Corte de Mendoza. — 5. El daño ocasionado no guarda relación causal con el accionar médico. — 6. Nuestras consideraciones.

1. A modo de introducción.

Se nos ha pedido que comentemos el fallo dictado por la Suprema Corte de Mendoza, sala I, 2011/07/29 — M., P. V. y otros c. Gobierno de la Provincia de Mendoza — Hospital T. J. Schesta-kow y C. M., lo cual hacemos gustosos porque en esta resolución se ha comprendido perfectamente la realidad de los hechos, con lo cual se ha logrado cumplir con la difícil misión impartir justicia adecuada a la realidad fáctica en la que ella se propicia.

En el análisis del presente caso, tenemos dos cuestiones de suma importancia, el daño causado a un tercero extraño a la relación profesional establecida entre médicos y centros de salud para con sus pacientes, y la importancia de la historia clínica como documento de prueba, en el que se plasma el proceder de cada una de las partes involucradas en esta compleja relación.

El pronunciamiento judicial mencionado gira entorno a la Historia Clínica, nos transporta una vez más a hablar sobre su importancia, y a determinar de quien es la responsabilidad por los datos en ella registrados, y dilucidar quien debe responder por los errores que de esta surjan.

Es sabido que de la Historia Clínica emanarán las principales conclusiones que los jueces deberán tomar en cuenta al momento de dar su veredicto. Su correcta confección, es el arma primordial de los profesionales de la medicina para comprobar que han actuado conforme debían hacerlo, y según sus obligaciones mandan, también es el elemento de prueba primordial con el que cuenta todo paciente para cuestionar sobre los tratos recibidos en el centro de salud que lo asistió. Su no existencia siempre acarreara una presunción en contrario de quienes estaban a cargo de la confección de la misma.

2. Los hechos que motivan el fallo de la Corte provincial.

Una mujer fue imputada por el supuesto abandono de un recién nacido en una institución hospitalaria, a partir de la denuncia que efectúo el medico a cargo. La misma fue sobreseída en sede penal por determinarse que al momento del nacimiento del niño ella era virgen, en razón de esto, la mujer y sus padres inician contra el

Estado Provincial, el nosocomio y el medico que firmo el informe, demanda de Daños y Perjuicios, sosteniendo que el Dr. M emitió un informe falso, y que su actuar negligente al no constatar la veracidad de los datos esgrimidos en el informe emitido, le provoco daño moral.

De las pruebas obrantes en la causa, se logro determinar que se trataba de un error respecto a la identidad de la accionante, debido a la homonimia existente con la verdadera madre del niño, trastorno que se origino a partir de la incorrecta confección y consiguiente confusión de las Historias Clínicas.

Tanto el Juez de Primera Instancia como la Cámara de Apelaciones consideraron procedente el reclamo, y condenaron al Hospital y al medico interviniente.

El galeno codemandado dedujo recurso de inconstitucionalidad contra dicha resolución, y la Suprema Corte mendocina admitió el recurso.

Sin dudas que la Historia Clínica fue la columna vertebral de esta cuestión, y se ha transformado otra vez en la protagonista principal en toda causa en la que se involucre a un profesional de la medicina.

3. Fundamentos de los esgrimidos por la justicia de primera instancia y de la Cámara de Apelaciones.

En primera Instancia se admitió parcialmente la demanda instaurada por la Srta. P.M., condenando al Hospital y al Dr. M., por una suma menor a la pretendida por la actora.

Apelada la sentencia por todas las partes, el Tribunal de Alzada sostuvo correctamente que el error estuvo en el servicio de admisión de hospital, dado que se confundieron allí las historias clínicas por homonimia entre la accionante y la verdadera madre del niño, y este error ocasiono la falsa denuncia que motivo la demanda de daños y perjuicios aquí tratada. Concluye acertadamente que la responsabilidad del hospital surge a partir del obrar defectuoso de su servicio de admisión, sin embargo, cae en una gran contradicción, dado que siendo esta la principal causa que genero el conflicto y llevo a actuar erróneamente al galeno interviniente, entendió que el profesional también debía responder por lo sucedido porque había cometido un error inexcusable, haciéndolo responsable por el hecho propio, porque había tenido en su poder ambas historias clínicas y no tuvo en cuenta las confusiones existentes, solución incorrecta a nuestro entender porque según las consideraciones expresadas no debía haber sido condenado. Contra dicho pronunciamiento el Medico planteó Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad.

4. El nuevo pronunciamiento de la Corte de Mendoza.

Afirma el Dr. M. que no se demostró su culpa, que mas allá que incurrió en desatención la misma no tiene la gravedad como para merecer reproche que genere responsabilidad. Entiende que su obligación principal era la de denunciar el abandono del menor, y no la de controlar los datos de identidad insertos en la Historia Clínica, cuya actualización no era de su responsabilidad, ni dependían de su desempeño profesional. Además en el informe se consignaron dos posibles domicilios.

Y aquí esta el punto central de la cuestión, no es un acto medico en si, el hecho generador fue provocado por personas distintas al medico demandado, la responsabilidad de mantener los datos del paciente actualizados corresponden al servicio de Admisión y Documentación Clínica del establecimiento sanitario.

Otra cuestión importante a tener en cuenta es que el profesional efectúo la denuncia no como medico de la paciente o del bebe, sino como medico pediatra en el programa Provincial de Prevención y Atención Integral

del Maltrato a la Niñez, Adolescencia y Familia Ley 6651. Es decir, que su obligación era legal de emitir dicho informe, y fueron las autoridades del hospital, las que dieron intervención a la Justicia.

5. El daño ocasionado no guarda relación causal con el accionar médico.

Ahora se debe determinar si el medico actuó con culpa en la redacción del informe, con los datos suministrados por el hospital, cuya responsabilidad ya estaba perfectamente delimitada, en razón de haber quedado acreditado, que la falta la cometió el servicio de admisión del hospital.

Así las cosas, el Tribunal consideró aplicables los principios generales de responsabilidad por los hechos ilícitos del art. 1077 y en particular el art. 1109 de nuestro código civil, conforme ello, la corte entendió que era arbitrario condenar al medico dado que el déficit en la confección de la historia clínica era responsabilidad del área administrativa del Hospital, y que el Dr. M. hizo todo lo que estaba a su alcance como medico a cargo de un plan especial, conforme los datos que le fueron suministrados, y de los que no tenia porque sospechar.

También considero que conforme a la atribución de error inexcusable cometido por el Dr. M, según el Art. 929 de nuestro código civil tal calificación merece una conducta culpable, la cual no se probó. La razón para errar del medico estaba claramente acreditada. Frente a estas conclusiones, se entendió que el Dr. M, hizo todo lo que estaba a su alcance como medico a cargo de un plan especial, conforme los datos le fueron suministrados, revocándose en ese aspecto la sentencia recurrida.

Como expone Savigny en la nota de dicho articulo "...*del favor concedido al error de hecho, porque comúnmente es difícil y aun imposible el evitarlo. Por consiguiente este favor no debe concedérsele al que es culpable de una gran negligencia. Para hacer la aplicación de este esta disposición restrictiva, es necesario tener en consideración las circunstancias particulares de cada caso...*" En la controversia que nos atañe, el acto medico propiamente dicho no ha ocasionado un daño, sino por el contrario, es un acto totalmente secundario a la relación médico paciente, que le ocasiono un perjuicio a un tercero ajeno a esta relación.

6. Nuestras consideraciones.

Merece destacarse primordialmente que aquí no existió responsabilidad derivada de un acto medico, es decir, no hay responsabilidad medica, porque el facultativo no aplico su ciencia ni falto a los deberes especiales que esta le impone, como así tampoco el Hospital brindo algún tipo de prestación medica propiamente dicha.

Con relación al galeno, podemos decir que estamos ante un típico caso de responsabilidad extracontractual o aquiliana (1). Como consecuencia, y en estricta aplicación del art. 1109 del código civil, con la certeza que el hecho generador del daño fue la confusión de historias clínicas por parte del departamento de admisión del centro de salud, lo cual llevo a formular una falsa denuncia contra la Srta. P.M. por hacer incurrir en error al galeno, que ante una situación tal como tener un recién nacido abandonado, tenia la obligación legal de elevar el pertinente informe a las autoridades correspondientes, se llega como correlato a la conclusión que el civilmente responsable por el daño ocasionado, no es otra más que la institución hospitalaria. Así se consagra su responsabilidad y la obligación de indemnizar a la accionante por la lesión sufrida en sus bienes y derechos.

En cuanto a la historia clínica, esta es el elemento útil y primordial para juzgar la conducta de los profesionales de la medicina, dado que a través de ella se pueden calificar los actos médicos, asistir a establecer la relación de causalidad y los eventuales daños sufridos por los pacientes.

Como bien ha señalado la Sala E de la CNCiv. "...la historia clínica es esencial como elemento útil para juzgar la conducta de los profesionales de la medicina, en la medida en que su confección está encomendada a los

mismos autores de los actos luego juzgados -que, razonablemente, la elaboran con anterioridad al surgimiento del litigio- y sus contenidos poseen -en principio- mayor inmediatez que otros medios de prueba..."(2). Con igual tesitura se ha dicho que "...*resulta reprochable que una historia clínica no sea llevada con todos los requisitos de fondo y forma que requiere su importante finalidad y es legítimo, en ciertos casos, formar una presunción en contra del facultativo o del establecimiento asistencial que no respeta esos requisitos*..."(3).

No obstante lo manifestado, seria irrazonable exigir a los médicos que se desempeñan en el colapsado sistema de medicina estatal, responsabilizarse por las cuestiones de mero carácter administrativo, cuando su deber de conocimiento esta referido estrictamente a aspectos que versan sobre el acto médico propiamente dicho, máxime como en este caso el error se debió a la existencia de nombres homónimos.

En suma, estimamos que el criterio adoptado por los jueces de primera instancia y alzada, ha sido desacertado, al responsabilizar al medico por lo datos que ha él le fueron mal suministrados y lo llevaron al error, pues no guardó correlato con la realidad jurídica, aspecto que sí ha encuadrado con absoluta precisión el Juez Romano en el fallo comentado.

Bibliografía.

(1) La jurisprudencia de manera pacífica encausa este tipo de responsabilidad en el campo subjetivo. Ver: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, Reynoso Arellano, Verónica A. y otros c. P., J. C., 07/07/2005, RCyS, 2005-1252; JA, 2005-IV, 556; AR/JUR/3863/2005. CNCivil, sala D, "Armagno, Raúl V. c. Hospital Durand y otros", 11/11/2002, RCyS, 2003-II, 127; CNCiv. y Com. Fed, sala II, "P., A. G. c. Ronchi, Alejandro y otros", 18/04/2000, LA LEY, 2000-D, 336, con nota de Redacción — DJ, 2000-3, 28 . Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, Reynoso Arellano, Verónica A. y otros c. P., J. C., 07/07/2005, RCyS, 2005-1252; JA 2005-IV, 556; AR/JUR/3863/2005. CNCivil, sala D, "Armagno, Raúl V. c. Hospital Durand y otros", 11/11/2002, RCyS 2003-II, 127; CNCiv. y Com. Fed., sala II, "P., A. G. c. Ronchi, Alejandro y otros", 18/04/2000, LA LEY, 2000-D, 336, con nota de Redacción — DJ, 2000-3, 28. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, Reynoso Arellano, Verónica A. y otros c. P., J. C., 07/07/2005, RCyS, 2005-1252; JA, 2005-IV, 556; AR/JUR/3863/2005. CNCivil, sala D, "Armagno, Raúl V. c. Hospital Durand y otros", 11/11/2002, RCyS, 2003-II, 127; CNCiv. y Com. Fed., sala II, "P., A. G. c. Ronchi, Alejandro y otros", 18/04/2000, LA LEY, 2000-D, 336, con nota de Redacción — DJ, 2000-3, 28. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, Reynoso Arellano, Verónica A. y otros c. P., J. C., 07/07/2005, RCyS 2005-1252; JA 2005-IV, 556, AR/JUR/3863/2005. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I, Felippi, Luis y otro c. Provincia de Buenos Aires y otros, 22/06/2004, RCyS, 2005-948; DJ, 2005-1 con nota de Augusto M. Morello; Guillermo C. Morello DJ, 2005-1, 867; JA, 2005-I , 636, AR/JUR/4782/200.

(2) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, Nilssen, Carlos A. c. Vogt, Hans Dieter y otro, 06/11/2000, AR/JUR/3619/2000.

(3) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, Navarro, José M. c. Obra Social del Personal de la Industria Textil Ospit y otro., 06/11/1996, LA LEY, 1997-B, 802; DJ, 1997-1, 953. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, R. G., W. y otros c. Ciudad de Buenos Aires, 28/02/2007, La Ley Online, AR/JUR/237/2007. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 30/11/2006, O., M. C. c. Ciudad de Buenos Aires y otros, La Ley Online; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 20/10/2006, C., L. c. J., J. y otros, La Ley Online; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 31/03/2006, R. de F., J. M. c. Ciudad de Buenos Aires, RCyS, 2006-VII, 93; LA LEY 2006-E, 800; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 26/04/2005, Román de Colombres, María N. c. G., R. G., RCyS, 2005-IX, 101.

Deber de indemnidad del organizador de un espectáculo frente al daño a un espectador

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LA LEY 07/12/2011, 7 • LA LEY 2011-F, 591
Cita Online: AR/DOC/6062/2011
[Consultado el: 30/06/2020]

Sumario.

1. A modo de introducción: el fallo comentado. 2. Responsabilidad contractual del organizador de espectáculos públicos. 3. Fundamento de la responsabilidad contractual: El deber de seguridad. 4. La obligación de seguridad como obligación de resultado. 5. Virtualidad del art. 51 de la Ley 24.192. 6. Supuestos de eximición de la responsabilidad: la culpa de la víctima la culpa del tercero y el caso fortuito. 7. La Jurisprudencia de la Corte Federal en la Materia. 8. Nuestras conclusiones en torno al fallo comentado.

1. A modo de introducción: el fallo comentado.

El derecho de daños actual se enfrenta con la dura misión de delimitar su espectro y el campo de aplicación, especialmente de los institutos que modernamente se inmiscuyen en los fundamentos del deber de resarcir. Ello porque peca tanto quien concede de más o no concede lo que por derecho corresponde que quien lo hace sin argumentación o fundamento real.

La obligación de seguridad constituye uno de estos supuestos, en donde hoy en día no caben dudas de su plena aplicabilidad al campo contractual, pero la jurisprudencia y la doctrina concentran sus esfuerzos por ampliar su ejercicio a los casos en donde se configuren los recaudos para su precedencia.

Los espectáculos públicos constituyen un campo apto y propicio para que la mencionada obligación tácita cobre virtualidad, porque evidentemente además de la obligación principal que pesa sobre el organizador del espectáculo de brindar la obra, función o entretenimiento, se infiltra una obligación accesoria que implica la seguridad del espectador durante el tiempo en que éste se encuentre observando el mencionado espectáculo.

Como se apreciará a continuación este contexto ha tenido sus variantes en la doctrina y jurisprudencia, especialmente la de nuestra Corte federal, que ha ido ampliando el marco de aplicación al que hacíamos referencia en los párrafos preliminares especialmente en lo que hace la legitimación activa y pasiva y a la aplicabilidad de las garantías emergentes de la LDC a este tipo de supuestos.

En el fallo que nos interesa comentar un espectador de un partido de fútbol que sufrió lesiones al ser aplastado por una avalancha entabló acción resarcitoria contra la entidad deportiva. El juez de grado hizo lugar al reclamo. Apelado el fallo, la sala E de la CNCiv. redujo el monto de la condena. Dicho órgano resolvió que el club de fútbol debía responder por las lesiones que sufrió el espectador de un encuentro deportivo al ser aplastado por una avalancha, siendo su responsabilidad de tipo objetiva y de carácter contractual, por lo que debe velar por la indemnidad de los espectadores.

De dicho pronunciamiento se desprenden diferentes matices que merecen ser escindidas para un mejor tratamiento: ellas son la responsabilidad contractual del organizador del evento deportivo, el deber de seguridad,

el carácter de dicho deber, la funcionalidad del art. 51 de la ley 24.192, los supuestos de eximición de la responsabilidad y las premisas esgrimidas por la Corte Federal en la materia.

2. Responsabilidad contractual del organizador de espectáculos públicos.

En el caso de los espectáculos públicos, el organizador tiene una responsabilidad contractual respecto del espectador, cualquiera sea la finalidad del espectáculo de que se trate. (1) Por ello, cuando ocurren hechos dañosos para los espectadores en el transcurso de un espectáculo público, se está en presencia de una responsabilidad contractual, cualquiera sea la finalidad del evento, —deportiva, artística, cultural—, cuyo fundamento radica en la asunción de una obligación de resultado, —deber de seguridad por el organizador—, respecto de la incolumidad de los asistentes mientras están en el lugar. (2)

La relación que una a la víctima con la demandada es la de un contrato innominado de espectáculo público. La doctrina ha coincidido en clasificar este controvertido acuerdo contractual como innominado o atípico en la moderna consideración de los autores. Este contrato conlleva implícita una cláusula de incolumidad, por la cual el organizador del espectáculo asume un deber de seguridad que incumplido lo lleva a responder por todos los daños ocasionados a los espectadores. (3)

Desde esta perspectiva, entre los organizadores de la justa deportiva y el espectador, se formaliza un contrato innominado de "espectáculo público" y, entonces, la responsabilidad de aquéllos es de índole contractual. (4) Vale señalar, que el art. 8º del Cód. de Comercio no incluye expresamente en la enumeración de los actos de comercio a los contratos de las empresas teatrales y de espectáculos públicos en general, pero la doctrina afirma su comercialidad. (5)

Dicho campo contractual se ha ido ampliando de tal forma que sus efectos alcanzan incluso a quien no ha formado parte esencial del contrato, pero por su carácter de asistente le son aplicables sus reglas. En este orden, ha dicho la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata que tiene carácter contractual la responsabilidad del organizador de un espectáculo público respecto del daño sufrido por un agente de policía que fue lesionado por los animales que participaban en el evento, en el caso, en la fiesta de San Fermín en la cual un novillo derribó una tranquera que cayó sobre el actor, ya que aun cuando el espectáculo haya sido gratuito, celebrado en la vía pública y el actor no formaba parte del público, el deber de indemnidad del organizador alcanza a todos los asistentes sin distinción de ningún tipo. (6)

3. Fundamento de la responsabilidad contractual: El deber de seguridad.

La obligación de seguridad, como factor objetivo de responsabilidad puede estar establecida expresamente por ley, o por voluntad de las partes; o bien puede surgir en forma tácita en algunos contratos donde la prestación genera ciertos riesgos. Su finalidad es preservar a las personas y a las cosas de los contratantes de los daños derivados de la ejecución de los contratos. En estos casos, junto a la obligación principal del contrato, surge una "prestación accesoria de protección". (7)

El empresario o promotor de un espectáculo deportivo asume una obligación de seguridad, mediante el cual garantiza que durante el desarrollo de la prestación, ningún daño recaerá a la persona o eventualmente a los bienes de su co-contratante. Se trata de una cláusula implícita de indemnidad, ínsita en toda relación contractual que integra la prestación principal, aun cuando las partes no lo hubieran previsto expresamente.

Dicha obligación encuentra fundamento normativo en el art. 1198 del Cód. Civil que consagra el principio de la buena fe en los contratos que no sólo obliga al cumplimiento de lo prometido, sino también a las consecuencias implícitas o virtuales. También para un sector de la doctrina, el deber de seguridad es un principio

jurídico superior de igual jerarquía que el deber general de no dañar, por lo tanto su aplicación no queda limitada a la materia contractual, para situarse entre los principios generales que gobiernan todas las relaciones jurídicas y que obliga a un comportamiento de colaboración en la preservación de la seguridad en general, sean o no contratantes. (8)

El deber de seguridad tiene su hito inicial desde el mismo momento en que el espectador obtiene el ticket; ése es el instante donde se perfecciona el contrato y comienzan a regir las obligaciones principales y accesorias que de él se derivan. (9) La responsabilidad derivada de los daños acaecidos por la trasgresión del deber de seguridad en los espectáculos públicos tienen una raigambre objetiva. (10)

4. La obligación de seguridad como obligación de resultado.

La cuestión surge en determinar qué carácter tiene esa obligación de seguridad, es decir, si se trata de una obligación de diligencia de prudencia o de medios; o si se trata de una obligación determinada o de resultado. (11) Siguiendo a los Mazeaud y Chabas, se puede decir que, si la obligación es determinada, y el resultado no ha sido obtenido, se debe probar que la inejecución proviene de una causa que le es extraña. (12)

En estas obligaciones, con prescindencia de la fuente que la origine, al acreedor le basta con demostrar la existencia de la obligación o el acontecimiento dañoso, para que se presuma la culpa del deudor. (13)

Si la obligación que pesa sobre el deudor es la de conducirse con prudencia o diligencia, hay que demostrar que el deudor no se ha comportado con la diligencia y prudencia a las cuales está obligado. La prueba de una imprudencia o negligencia del deudor está a cargo del acreedor, (14) es decir, en las obligaciones de medio se compromete la diligencia y la aptitud para cumplir aquellas medidas que son necesarias para lograr un determinado resultado, pero sin asegurarlo, pues no existe posibilidad de hacerlo.

Como dicen los maestros franceses Mazeaud y Chabas, el interés práctico de la distinción es capital en el campo de la prueba. (15) Es evidente que pesa sobre el organizador del evento desvirtuar el incumplimiento del deber de indemnidad cuando el daño se ha producido durante el transcurso del evento público, es decir, en los términos de Trigo Represas y López Mesa no existe *aleatoriedad alguna* (16) en torno al cumplimiento de dicho deber, por lo cual es evidente a todas luces que estamos frente a una obligación de resultado.

Entonces, la obligación de seguridad que deriva del contrato de espectáculo público y que pesa sobre el organizador del evento es de resultado, a la víctima le basta probar el daño sufrido y la relación de causalidad, sin necesidad de acreditar la culpa del organizador, en tanto ésta se presume por el solo hecho del incumplimiento contractual que exterioriza la circunstancia de haber sufrido el espectador un perjuicio durante la realización del evento, subsistiendo dicha obligación aun en casos en que el acceso a las instalaciones haya sido gratuito. (17)

En este orden ha señalado la sala G de la CNCiv. que la responsabilidad contractual del dueño de un local bailable por las lesiones sufridas por un joven que fue atacado dentro de sus instalaciones por otros asistentes, deriva del deber accesorio de seguridad que asume el carácter de obligación de resultado de naturaleza objetiva, por lo que a la víctima le basta probar el daño sufrido y la relación de causalidad, sin necesidad de acreditar la culpa del organizador. (18)

Con similar criterio se dijo que corresponde responsabilizar civilmente al organizador de un espectáculo en el que se arrojó una granada de mano de gas lacrimógeno que conmocionó a los asistentes y consecuentemente algunos padecieron lesiones al intentar salir del establecimiento bailable, toda vez que el deber de seguridad ínsito en el contrato de espectáculo constituye una obligación de resultado y probado que fue el daño, por la víctima, es el organizador quien debió acreditar alguna causal eximente. (19)

La obligación de seguridad se ha inmiscuido en los diferentes tipos de espectáculos públicos y ha servido de argumento para fundar los más variados supuestos de daños acaecidos en eventos de esa índole. Así ha sido aplicada en los daños causados en los locales bailables, (20) en recitales de música, (21) en carreras de autos, (22) en espectáculos futbolísticos, (23) entre otros, pero con idénticas características en todos esos casos en cuanto a su fundamento. Este puede comprimirse, —como ya hemos expuesto— en que *el deber de seguridad constituye un deber accesorio del organizador del evento de la cual emana una obligación de resultado, siendo la responsabilidad que emerge de ella de fuente contractual y de carácter objetiva*.

5. Virtualidad del art. 51 de la Ley 24.192.

El 3 de marzo de 1993 se sanciona la ley 24.192, titulada "Régimen Penal y Contravencional para la Prevención y Represión de la Violencia en Espectáculos Deportivos", publicada en el Boletín Oficial el 26/3/1993. Esta ley subroga a la ley 23.184. El art. 51 de dicha normativa dispone que *"...las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que se generen en los estadios..."*

Este artículo sustituyó el art. 33 de la ley 23.184 que decía: *"...las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo público 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..."*

El prof. Bustamante Alsina consideraba que el deber de seguridad que emana de la ley se halla implícito en el contrato de espectáculo deportivo, como una obligación de resultado que impone al organizador una responsabilidad objetiva, la cual solamente puede excusarse por la prueba de la culpa exclusiva de la víctima.

Contrariamente a la normativa del art. 1113 del Cód. Civil para los actos ilícitos de fuente extracontractual, en la hipótesis de responsabilidad específicamente legislada en el art. 33 de la Ley 23.184, no se puede excusar esa responsabilidad probando el hecho de terceros ajenos a las partes y por los cuales no se debe responder. Desde luego que también puede excusarse la responsabilidad de los organizadores probando que el hecho dañoso fue causado por caso fortuito o fuerza mayor en los supuestos previstos en los arts. 513 y 514 del Cód. Civil, siempre que ellos sean externos o ajenos a los presuntos responsables o al riesgo de las circunstancias o condiciones en que el acontecimiento se desarrolla. Por ejemplo si se produce un desastre en el estadio a causa de un meteoro, una inundación, la propagación de un incendio, la caída de un avión que sobrevolaba, etcétera. (24)

En opinión de Mosset Iturraspe, la supresión por parte de la ley 24.192 del párrafo que explicitaba como causa de liberación la culpa del damnificado y el que se refería a la acción recursoria está plenamente justificada porque ambos eran sobreabundantes; "la culpa de la víctima se rige por el art. 1111 y la acción recursoria por los principios generales que rigen las obligaciones indistintas. (25)

Como explica Kemelmajer de Carlucci el nuevo texto no eliminó la imprecisión del anterior; por el contrario, podría ser utilizado por todas las posiciones (tanto la que admitió la eximente del hecho del tercero, cuanto la que la rechazó). En efecto, la doctrina que rechazó la eximente podría argumentar del siguiente modo: el nuevo texto endurece más la responsabilidad, a punto tal, que ni siquiera menciona la culpa de la víctima. Por su lado, la tesis contraria podría decir: la supresión significa que la norma especial no contiene previsiones específicas, porque se aplica el régimen general de eximentes, que en materia de responsabilidades objetivas alcanza todos los supuestos de rompimiento de nexo causal (culpa de la víctima, hecho del tercero, caso fortuito). (26)

Este es el criterio que pregonamos y es el criterio mayoritario seguido por la magistratura de nuestro país.

Desde esta arista, y como explica Mazzinghi si los espectadores sufren algún daño, no tienen necesidad de invocar y probar la celebración de un contrato. Tampoco están obligados a demostrar los defectos en la organización, ni la falta de diligencia en la distribución o el control del público, ni los vicios en las instalaciones. Les basta con acreditar que sufrieron un daño durante el espectáculo deportivo y, salvo que el perjuicio resultara de la culpa de la propia víctima, las entidades organizadoras están obligadas a responder. (27)

6. Supuestos de eximisión de la responsabilidad: la culpa de la víctima la culpa del tercero y el caso fortuito.

Entonces, la culpa de la víctima constituye un supuesto de eximición de la responsabilidad de la entidad organizadora. En este orden la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora consideró que es responsable la entidad organizadora de un partido de fútbol, por los daños que sufrió un espectador, al caer en la tribuna del estadio, pues, habiéndose acreditado que sufrió una lesión mientras se desarrollaba el evento deportivo y que ésta no fue provocada por la propia negligencia o inconducta de la víctima, aparece verificado el incumplimiento del contrato de espectáculo público existente entre ambos, máxime si se demostró que había una gran cantidad de gente en la tribuna al momento del infortunio. (28) Desde la posición del tribunal y a *contrario sensu* se entiende que probada la culpa de la víctima procede la causal de exclusión de la responsabilidad, de conformidad al régimen general del Código Civil.

Más difícil es el caso de lograr la eximición por el caso fortuito y por la culpa de un tercero. En el primer caso, porque se deben dar los presupuestos esenciales para su procedencia y no cualquier caso de imprevisibilidad material del resultado dañoso y en el segundo supuesto porque en la mayoría de los casos el hecho del tercero constituye la causa eficiente del daño.

En este orden, ha sostenido la sala H de la CNCiv. que la acción de quienes durante un espectáculo público provocaron lesiones a un espectador —en el caso, durante un recital de música— no puede ser considerada como hecho de terceros ni convertir al siniestro en caso fortuito, ya que precisamente la admisión masiva de aquellos asistentes crea el riesgo, por lo que la empresa organizadora debe responder por ellos desde el momento en que permite su ingreso y en razón de tener a su cargo la seguridad del evento. (29)

Con similar criterio resolvió la Sala J del precitado Cuerpo Jurisdiccional que los reiterados conflictos y disputas entre los "hinchas" y "barras bravas" de los clubes participantes de justas deportivas no pueden considerarse como una hipótesis de caso fortuito que permita eximir de responsabilidad al organizador ante los daños sufridos por los espectadores, máxime cuando son las conductas desplegadas por aquéllos las que habitualmente causan daños. (30)

Por su parte la sala E de la CNCiv. consideró que el organizador de un espectáculo público debe ser responsabilizado por el daño padecido por un espectador al caer al piso luego de pisar una baldosa o cascote, ya que, sea que se hubiese tratado de un desprendimiento del material con el que se encuentran unidos los escalones o de piedras o baldosas traídas por algún asistente, lo cierto es que su presencia no debió pasar inadvertida a la vigilancia y organizadores del espectáculo multitudinario, dada la peligrosidad potencial que implicaba. (31)

Como corolario de lo expuesto surge que el organizador difícilmente puede eximirse de la responsabilidad que se le impute con motivo de la eventual participación en el hecho dañoso de un tercero —léase espectador—, porque ese tercero forma parte de los riesgos que el primero debe considerar ante la gestación del espectáculo. No olvidemos que siempre queda en poder el organizador la facultad de hacer valer el derecho de admisión bajo los parámetros que autoriza la ley. (32)

7. La Jurisprudencia de la Corte Federal en la materia.

Nuestra Corte federal antes del año 2007 venía sosteniendo un criterio cada vez más amplio en torno a la responsabilidad de quienes obtenían un beneficio pecuniario a su favor por la organización de un espectáculo deportivo así en el fallo "Di Prisco", (33) dicho Cuerpo jurisdiccional sostuvo que no resulta inconveniente que la ley 23.184 disponga la obligación de garantía a cargo de aquellos que se benefician económicamente de la organización y participación en espectáculos deportivos, a fin de que seleccionen correlativamente las mínimas medidas de seguridad para mantener incólumes a los espectadores. Tiempo después, en el fallo "Zacarías", (34) consideró responsable a una institución deportiva que había organizado un evento, frente a los daños sufridos por un jugador del equipo visitante, puesto que de las constancias de la causa surge la ausencia de medidas de control apropiadas, así como también una manifiesta negligencia en el cumplimiento de los controles de seguridad que es impuesta a los organizadores de espectáculos deportivos.

Hasta que en la año 2007 en el precedente "Mosca"(35) establece generosas pautas de aplicabilidad del régimen resarcitorio a este tipo de daños. En dicho caso una persona fue lesionada mientras se hallaba en la vía pública, en las inmediaciones del estadio donde se disputaba un partido de fútbol profesional, promovió ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en instancia originaria, acción de daños y perjuicios contra el club donde se había realizado el evento y la Asociación de Fútbol Argentino, en su carácter de organizadores y beneficiarios de aquél; y el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, al que imputó la defectuosa prestación del servicio de seguridad a cargo de la Policía local. La Corte admitió la demanda con relación al club y la asociación codemandadas, rechazándola, en cambio, respecto de la Provincia de Buenos Aires. Desde esta perspectiva, los aspectos salientes de este fallo fueron:

1. Condenó a la reparación del daño al club de fútbol organizador del espectáculo futbolístico, (36)
2. Hizo extensiva la responsabilidad por el daño acaecido a la Asociación del Fútbol Argentino, teniendo en consideración su injerencia directa en la organización de los espectáculos y la obtención de un lucro deviniente de los mismos; (37)
3. Dispuso que la responsabilidad se extiende no sólo a quienes se encuentran dentro del estadio, sino también a quien está en las inmediaciones del ámbito real donde se desarrolla el espectáculo deportivo. (38)
4. Eximió de responsabilidad al Estado provincial sosteniendo que el servicio público de seguridad no puede identificarse con una garantía absoluta de indemnidad, y que dicho órgano público había dispuesto de los medios acordes a la envergadura del encuentro que se iba a disputar. (39) Asimismo sostuvo argumentativamente que los hechos acaecidos y los daños producidos eran extraños al obrar de la policía. (40)
5. Extendió el marco protectorio de la LDC incluso a quien no era parte de la relación de consumo. En este orden, admitió la reparación del daño a un sujeto ajeno a la relación contractual propiamente dicha, sustentado en un potencial acuerdo de consumo. (41)

8. Nuestras conclusiones en torno al fallo comentado.

Es correcta la decisión del tribunal en torno a que el club de fútbol debe responder por las lesiones que sufrió el espectador de un encuentro deportivo al ser aplastado por una avalancha, puesto que ha quedado acreditado en el caso por medio de presunciones e indicios que el damnificado se encontraba presenciando la justa deportiva y que el daño se produjo durante la vigencia de dicho encuentro.

En ese orden el organizador debe responder contractualmente ante la mencionada lesión puesto que ha quedado demostrado que el daño se produjo durante el transcurso del espectáculo público, lo que hace presumir la relación causal constituyendo una carga del organizador del evento desnaturalizar dicha presunción.

La obligación de velar por la indemnidad de los espectadores es de resultado y se sustenta en la buena fe contractual. Teniendo el carácter mencionado se objetiviza el factor de atribución no siendo necesario para la

víctima probar negligencia crasa o ignorancia supina del organizador de la justa deportiva. De lo expuesto se colige que pregonamos las ideas en las que reposa el fallo comentado, que no hacen ni más ni menos que robustecer los fundamentos jurídicos esgrimidos por nuestro Tribunal Federal en el caso "MOSCA", y teniendo en cuenta que *dentro de la generalidad de las masas se encuentran corazones individuales escindibles unos de otros de ese gran cuerpo colectivo. Cada uno de ellos, contemplados en su individualidad, merece la protección de la ley ante el más mínimo daño sufrido.*

Bibliografía.

(1) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 03/05/2007, Orellana, Carlos A. c. Club Obras Sanitarias de la Nación y otros, La Ley Online; AR/JUR/1762/2007. Ver el criterio unánime de la doctrina en: MOSSET ITURRASPE, Jorge - PIEDECASAS, Miguel, "Responsabilidad por daños", t. IV. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2009. PIZARRO, Daniel, "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa (Contractual y extracontractual", La Ley, Buenos Aires, 2006. LÓPEZ HERRERA, Edgardo. "Teoría general de la responsabilidad civil". LexisNexis Argentina S.A., Buenos Aires, 2006. PREVOT, Juan Manuel, "Daños y perjuicios. Manuales de Jurisprudencia. Parte General y Parte Especial", La Ley, Buenos Aires, 2008. SANSÓ, Paula, SANSÓ, Miguel, "Tratado práctico de responsabilidad civil", Nova Tesis, Municipalidad de Rosario del Talar. 2007. LORENZETTI, Ricardo L., "Digesto práctico La Ley: Daños y perjuicios", La Ley, Buenos Aires, 1999. WEINGARTEN, Celia - GHERSI, Carlos, "Tratado de daños reparables". La Ley. Buenos Aires, 2008. PREVOT, Juan Manuel - CHAIA, Rubén A., "La obligación de seguridad", Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

(2) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 16/09/2009, "Orellana, Ángel Roberto c. Dg Entertainment S.R.L.", RCyS, 2010-II, 177, con nota de Juan Manuel Prevot; AR/JUR/35009/2009.

(3) POSCA, Ramón Domingo, "Responsabilidad por la organización de carreras cuadreras", LLBA, 1999-773. PIROTA, Martín Diego. "La obligación de seguridad en el contrato de espectáculo público: una garantía a favor del espectador (A propósito de un fallo que reconduce la cuestión hacia el escenario de la responsabilidad contractual)", RCyS, 2005, 523.

(4) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 09/03/1999, "Avila, Carlos A. c. Pardo, Julio", AR/JUR/3422/1999.

(5) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 29/08/1997, "Gambartes, Beatriz E. C. c. Mitnik, Bernardo y otros", AR/JUR/1705/1997.

(6) Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 16/12/2003, "Castrillón, Leandro c. Centro Navarro Sud y otros", RCyS, 2004, 829 - La Ley Buenos Aires 2004, 314, AR/JUR/4905/2003.

(7) RUBIO, Gabriel Alejandro. "Responsabilidad contractual directa objetiva por incumplimiento de la obligación de seguridad", LL Litoral 1998-, 21.

(8) GHERSI, Carlos A.-Weingarten, Celia. "La responsabilidad por organización de espectáculos deportivos", LA LEY, 1994-D, 11.

(9) Así se ha dicho que es responsable la concursada por los daños sufridos por la incidentista al caerse de una escalera cuando intentaba ingresar a un espectáculo que se llevaba a cabo en el complejo de diversiones explotado por aquélla, aunque haya ingresado al evento con posterioridad a su comienzo, pues una vez abonado el ticket correspondiente, el contrato se halló en curso de ejecución y con ello el deber de seguridad que fue asumido por el empresario contratante en relación con las circunstancias existentes —salón a oscuras— y con la natural disminución de destrezas normales en el andar de la víctima de avanzada edad. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, 04/03/2010, "Carro, Martín c. Club Atlético Banfield Soc. Civil y otros", La Ley Online; AR/JUR/34970/2010.

(10) En este sentido, ha señalado la jurisprudencia que habiéndose demostrado mediante presunciones que la actora presenció un partido de fútbol en carácter de espectadora y que en dicha circunstancia se lesionó, ha de concluirse que el organizador del evento incurrió en desatención del deber de seguridad que estaba a su cargo, lo cual permite condenarlo a indemnizar los daños sufridos por aquélla. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 29/05/2008, "Alvarez, Karina Elizabeth c. Blanquiceleste S.A. y otro", AR/JUR/9205/2008.

(11) Esta clasificación nace con DEMOGE y su cabal importancia radica en el campo probatorio, decía el autor que para determinar a quien se impone la carga de la prueba de la culpa, habrá que establecer si la obligación incumplida es de medios o de resultados. En el primer caso se requerirá que sea el acreedor (o más genéricamente la víctima del daño) quien demuestre que el sindicado como responsable ha actuado negligentemente, mientras que, en las obligaciones de resultado, la culpa se presume, siendo el obligado quien se hallaría precisado de demostrar su falta de culpa. En cuanto a la esfera de aplicación de dichos criterios, dice DEMOGE que, aun en el campo extracontractual pueden encontrarse supuestos en donde la ley va más allá de ordenar una conducta diligente, y exige un determinado resultado. PICASSO, Sebastián, "Obligaciones de medios y de resultados" JA, 1996-II-716.

(12) MAZEAUD. Henri - MAZEAUD, Jean - MAZEAUD León - CHABAS, François, "Derecho Civil. Obligaciones". t. I. Traducción de Luis Adorno, Zavalía, 1997, p. 26.

(13) TRIGO REPRESAS, Félix A., LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica". t. II. La Ley. Buenos Aires. 2004. p. 751.

(14) MAZEAUD. Henri - MAZEAUD, Jean - MAZEAUD León - CHABAS, François, "Derecho Civil...", ob. cit. p. 27.

(15) MAZEAUD. Henri - MAZEAUD, Jean - MAZEAUD León - CHABAS, François, "Derecho Civil...", ob. cit. p. 27. Si bien este es el criterio prevaleciente durante siglos en el derecho comparado, en especial en la doctrina francesa, cada vez con más fuerza se proyecta una consideración diferente en torno a la cuestión: algunos autores consideran que la distinción infiere exclusivamente en el factor de atribución, subjetivo en las obligaciones de medio y objetivo en las obligaciones de resultado; en este sentido dice el notable Profesor PICASSO: sabido es, que la formulación del distingo entre obligaciones de medios y de resultados desempeñada por Demoge nació precisamente para responder a esa cuestión (carga de la prueba), y así fue trabajada durante mucho tiempo por la doctrina comparada, pese a esta afirmación, el jurista considera que la utilidad del distingo en lo que hace a la distribución de la carga de la prueba resulta ser actualmente escasa, y que su función principal radica, en constituir una verdadera divisoria de aguas en lo que hace al factor de atribución de la responsabilidad aplicable. PICASSO, Sebastián. "La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios", LA LEY, 2000-C, 995/6.

(16) En este sentido se ha sostenido como criterio para diferenciar una obligación de medios de una de resultados, que "el parámetro de separación entre una y otra clase es la aleatoriedad del resultado". TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica". t. II, ob. cit. p. 739. Empleando la terminología del Profesor PICASSO, habría aquí una violación a un deber impuesto por la ley, PICASSO Sebastián, "Obligaciones de medios y de resultados", ob. cit. p. 716 (nota al pie).

(17) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 04/05/2005, "Yebra de Castaño, María s/inc. de verif. de créd. en Tren de la Costa S.A. s/conc. prev.", RCyS, 2005-524, con nota de Martín Diego Pirota; AR/JUR/1719/2005.

(18) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 05/05/2008, "Mariño, Sergio Damián c. Cillo, Paolo Oscar", La Ley Online; AR/JUR/4361/2008. CNCiv., sala H, "Díaz, Fernando F. c. D.G. Producciones S.A. y otro", 2005/08/12, RCyS, 2006-721 - JA, 2006-I-595; en igual sentido: sala J, "Ballardo, María C. c. Buby Restaurant Concert y otro", 2003/12/17, RCyS, 2004-V, 66.

(19) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala II, 30/05/2003, "Machaca, Claudia Elizabeth c. Salinas, Hugo Luis", La Ley Online; AR/JUR/7530/2003. "Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II, "Sartori, Mónica y Caimi, Daniel c. Cencosud S.A.", 2008/04/08, LLBA, 2008-565; Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, "Elías Salaj, Ana María c. Municipalidad de Godoy Cruz y ots.", 2008/04/07, La Ley Gran Cuyo 2008 (junio), 496".

(20) Así, ha precisado la jurisprudencia que el explotador de un local bailable debe responder ante el daño sufrido por un asistente que resultó lesionado al ser salvajemente agredido por otro asistente, sin haber dado motivo alguno para tal actitud, puesto que la obligación tácita de seguridad, accesoria al contrato innominado de espectáculo público, es de resultado, por lo cual debió invocar y probar alguna eximente de responsabilidad, lo cual no hizo. Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 14/08/2008, "Curia, Claudio Sebastián c. Paxi S.A. (La Reserva Pub)", La Ley Gran Cuyo 2008 (noviembre), 990,

AR/JUR/7878/2008. En el mismo sentido se sostuvo que el asistente a un local bailable que sufrió lesiones con motivo de una pelea desarrollada en el lugar y el propietario del establecimiento son responsables en forma concurrente —la responsabilidad se distribuyó en un 50% para cada parte—, porque el primero se inmiscuyó voluntariamente en una reyerta que le era ajena pudiendo evitarlo y el empresario incumplió con la obligación tácita de seguridad a su cargo, derivada del contrato de esparcimiento, toda vez que se encuentra acreditado que el personal de seguridad no llevó a cabo diligentemente su tarea. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores, 27/11/2007, "Méndez, Christian c. Complejo Ku-El Alma y otros", LLBA, 2008-69, AR/JUR/8767/2007. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, "Clemente, Graciela M. c. Abriata Oliver Araoz S.H. y otros", 2004/08/26, RCyS, 2004-XI, 108; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "Ballardo, María C. c. Buby Restaurant Concert y otro", 2003/12/17, RCyS, 2004-V, 66; CNCiv., Sala K, "Fallesen, Christian E. c. Orsogna S.A. y otro", 2003/11/14, La Ley, 2004/03/09, 5.

(21) En este sentido, se resolvió que la empresa organizadora del espectáculo público en el cual un espectador sufrió lesiones —en el caso, durante un recital de música— es responsable por el incumplimiento contractual en el que incurrió, al soslayar la obligación de garantía asumida a favor de los asistentes, en tanto omitió adoptar todas las medidas de prevención necesarias, en función de lo dispuesto por el art. 902 del Cód. Civil, para evitar actos que puedan producir perjuicios al público asistente. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 12/08/2005, "Díaz, Fernando F. c. D.G. Producciones S.A. y otro", RCyS, 2006, 721, AR/JUR/4916/2005. CNComercial, sala D, "Yebra de Castaño, María s. inc. de verif. de créd. en Tren de la Costa S.A. s. conc. prev.", 4/05/2005, RCyS 2005-IX, 42, con nota de Martín Diego Pirota; CNCiv., sala H, "Argento, Franco c. Sociedad Rural Argentina", 1998/02/05, LA LEY, 1999-F, 777 (42.174-S) - DJ, 2000-1-597; Sala I, "Newton, Stella M. c. Cine Belgrano 2", 1998/03/03, LA LEY, 2000-A, 555 (42.286-S); sala L, "García, Ismael D. c. Club Atlético Obras Sanitarias de la Nación", 1999/02/08, LA LEY, 1999-E, 967, J. Agrup., caso 14.396.

(22) La sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, consideró que corresponde responsabilizar al organizador de una carrera de autos por los daños sufridos por el mecánico de uno de los competidores al ser embestido por un auto mientras se encontraba ubicado en el sector de "boxes", toda vez que siendo la responsabilidad del organizador comprensiva de los espectadores de la competencia y de todo tercero ubicado en el área destinada al efecto, resulta irrelevante que el actor no haya sido un espectador voluntario sino el auxiliar de un competidor, pues no se le puede negar el carácter de tercero ubicado dentro de la superficie destinada a la competencia. 02/11/2004, "Angelakis, Nicolás G. c. Tamagno, Sergio C. y otros", RCyS, 2005-388, con nota de Pablo Barbieri; LLBA, 2005-83 AR/JUR/3402/2004. CNCiv., sala I, "Failace, Diego c. Fundación Equus Fidei", 2000/05/04.Asimismo la jurisprudencia ha hecho extensiva dicha responsabilidad a la sociedad concesionaria del autódromo donde se disputó la carrera, en este orden la Sala E de la CNCiv. resolvió que la sociedad concesionaria del Autódromo de la Ciudad de Buenos Aires y la organizadora de la carrera de motociclismo que se llevó a cabo en él son solidariamente responsables por los daños que sufrió un comisario deportivo al ser embestido por una motocicleta cuando se encontraba en el costado de la pista, de acuerdo a lo previsto por el art. 51 de la ley 24.192 (Adla, LIII-B, 1339), pues, aunque la víctima hubiese obrado en forma imprudente, está legitimada para demandar a las entidades o asociaciones participantes del espectáculo deportivo que incumplieron con su deber de seguridad. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Ghinassi, Juan C. c. D'Port Motor Tercer Milenio S.A.", 26/08/2005, RCyS 2006, 750, ED 221, 41, AR/JUR/4010/2005.

(23) La sala E de la CNCiv. —entre otros fallos similares— sostuvo que el club de fútbol debe responder por las lesiones que sufrió el espectador de un encuentro deportivo al ser aplastado por una avalancha, pues su responsabilidad es objetiva, de carácter contractual, por lo que debe velar por la indemnidad de los espectadores. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 28/02/2011, "Ramírez, Ricardo Abel c. Club Atlético Boca Juniors y otros", La Ley Online; AR/JUR/1762/2011.

(24) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Los concurrentes a los partidos de fútbol están amparados por la obligación de seguridad impuesta a los organizadores del espectáculo por el artículo 33 de la Ley 23.184". La Ley 1994-D, 426 Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. V, 1241.

(25) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Los grupos y el deporte, en Responsabilidad por daños". t. IV. Rubinzal. Santa Fe. 1999. p. 132, Nota 132. En igual sentido ver voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en

autos: "Club Sportivo Independiente Rivadavia en jº 109.221 Vilchez, Miguel A. c. Club Sportivo Independiente Rivadavia p. D. y P. s/Cas." - CSJ de Mendoza - sala I - Causa 78875, fecha: 05/11/2004

(26) CSJM en autos: "Club Sportivo Independiente Rivadavia en jº 109.221 Vilchez, Miguel A. c. Club Sportivo Independiente Rivadavia p. D. y P. s. Cas." - CSJ de Mendoza - Sala I - Causa 78875, fecha: 05/11/2004. Esta última parecería ser la posición de Ghersi y Weingarten quienes afirman: "La responsabilidad es directa y objetiva, desvirtuable mediante la demostración de las eximentes propias de todo sistema objetivo. GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia, "Responsabilidad por los espectáculos públicos y/o deportivos", en Rev. de D. Privado y comunitario, Nº 17, 1998, p. 271.

(27) MAZZINGHI (h.), Jorge Adolfo, La responsabilidad de los organizadores de un espectáculo deportivo, LA LEY, 1995-B, 969.

(28) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, 04/03/2010, "Carro, Martín c. Club Atlético Banfield Soc Civil y otros", La Ley Online; AR/JUR/34970/2010.

(29) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 12/08/2005, "Díaz, Fernando F. c. D.G. Producciones S.A. y otro", RCyS 2006, 721. AR/JUR/4916/2005.

(30) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 29/05/2008, "Alvarez, Karina Elizabeth c. Blanquiceleste S.A. y otro", AR/JUR/9205/2008.

(31) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 03/05/2007, "Orellana, Carlos A. c. Club Obras Sanitarias de la Nación y otros", La Ley Online; AR/JUR/1762/2007. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 12/08/2005, "Díaz, Fernando F. c. D.G. Producciones S.A. y otro", RCyS 2006-II, 61; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 04/05/2005, "Yebra de Castaño, María s/inc. de verif. de créd. en Tren de la Costa S.A. s/conc. prev.", RCyS 2005-IX, 42, con nota de Martín Diego Pirota.

(32) Como explica Ghersi, a partir de la construcción de la sociedad, como producto cultural, las personas poseen derechos, que deben ejercer conforme a una teleología social (la causa, art. 2513 C.C.), ya que el mero ejercicio conforme sólo a un interés individualista constituye un ejercicio abusivo del mismo (art. 1071 del CC.). El derecho de admisión es un derecho que se puede ejercer en el ámbito privado y público, conforme lo sostenemos en el primer párrafo su ejercicio debe corresponder a una causa, es decir, que al negarle el acceso debo informarle (en el ámbito de las relaciones de consumo art. 4, Ley 24.240 sobre las razones de mi fundamento a la prohibición, máxime que el principio general es la admisión (pues la sociabilidad es un derecho personalísimo fundamental de las personas). GHERSI, Carlos A., "El derecho de admisión". LA LEY, 2007-A, 1153.

(33) SJN en autos: "Di Prisco, Rosana M. E. c. Club Gimnasia y Esgrima de la Plata", 1994/03/24, La Ley Online) La decisión recaída en el caso Di Prisco mereció el aplauso de la doctrina más caracterizada del país. Sus anotadores fueron categóricos: BUSTAMANTE ALSINA dijo que la Corte "resolvió con criterio progresista de justicia distributiva y solidaridad social la interpretación de una norma legal dictada para amparar a las víctimas de manifestaciones populares"...; por su parte, Bidart Campos afirmó: "Huelga el comentario en respaldo de esta sentencia. Su sencilla claridad y, sobre todo, el sentido común que luce dentro del encuadre debido a la argumentación jurídica, son más que suficientes"; Mazzinghi (h.) calificó la decisión de "criterio firme y prudente" desde que "la razón de ser del mecanismo legal creado por la Ley 23.184 impide aceptar la culpa de un tercero como causal de eximición". Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci - Dr. Fernando Romano - Dr. Alejandro Pérez Hualde.

(34) CSJN en autos: "Zacarías, Claudio H. c. Provincia de Córdoba y otros", 1998/04/28, publicado en La Ley Online.

(35) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 06/03/2007, "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", LA LEY, 2007-B, 261; 363, con nota de Atilio A. Alterini; DJ 2007-I, 690 - IMP 2007-7, 800 - RCyS 2007, 344, con nota de Atilio A. Alterini; LA LEY, 2007-B, 637, con nota de Guillermo E. Falco; LA LEY, 2007-C, 122, con nota de Lidia M. R. Garrido Cordobera; DJ 2007-II, 10, con nota de Félix A. Trigo Represas; LA LEY, 2007-C, 302, RCyS 2007, 452, con nota de Ramón D. Pizarro; TySS 2007, 416 - LL Patagonia, 2008 (junio), 640, AR/JUR/102/2007.

(36) Ese voto contó con la disidencia de los Jueces Fayt y Petracchi quienes consideraron que el club donde se celebró un encuentro deportivo —en el caso, partido de fútbol— no puede ser responsabilizado por los daños padecidos por quien fue alcanzado, mientras se encontraba en la vía pública, por un elemento contundente

proveniente de incidentes ocurridos a raíz de dicho evento, pues la prueba de que hubo incidentes dentro de la cancha carece, por sí sola, de entidad para atribuir al organizador la culpa por el daño producido a la víctima que estaba fuera de las instalaciones del club (del voto en disidencia de los doctores Fayt y Petracchi).

(37) En este sentido sostuvo la Corte que la asociación de clubes participante en un espectáculo deportivo —en el caso, partido de fútbol— debe responder solidariamente con el club donde tuvo lugar el evento, en los términos del art. 33 de la ley 23.184 texto según art. 51, ley 24.192, por los daños que sufrió quien, hallándose en la vía pública y en las inmediaciones del estadio, fue lesionado por objetos arrojados desde el propio club, si aquélla reviste calidad de organizadora y beneficiaria de dicho espectáculo, con un importantísimo grado de intervención en los clubes asociados —comprensivo, entre otros aspectos, de fechas, horarios y contratos de transmisión televisiva— y la obtención de ganancia directa derivada del evento. Con criterio contrario los Jueces Fayt y Petracchi entendieron que la Asociación de Fútbol Argentino no puede ser responsabilizada por los daños que sufrió la persona alcanzada, mientras se encontraba en la vía pública, por un elemento contundente proveniente de ciertos incidentes ocurridos a raíz de un partido de fútbol, dado que dicha Asociación no organiza ni participa del espectáculo, así como tampoco ejerce control directo sobre los espectadores, menos aun con relación a personas que estaban fuera del estadio (del voto en disidencia de los doctores Fayt y Petracchi). Esta posición forma parte de una vieja tesitura que eximia a la A.F.A. de responder ante la víctima por no existir relación contractual alguna entre el damnificado y dicha entidad. A modo ejemplificativo la sala G de la CNCiv. sostuvo que no existe vínculo contractual entre la A.F.A. y el actor agredido en el estadio, puesto que aquélla entregaba al club organizador los boletos de entrada al único efecto de comprobar la cantidad de asistentes, asegurando así el porcentaje del producido que le correspondía. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, "Sarthes, Raúl J. c. Club Atlético Chacarita Juniors y otro", 14/12/1983, LA LEY, 1984-B, 67 AR/JUR/3006/1983.El criterio mayoritario de la Corte es sostenido por la jurisprudencia actual de manera unánime así se ha considerado que la Asociación de Fútbol Argentino es responsable por los daños que sufrió el espectador de un partido de fútbol, al caer en la tribuna del estadio, pues, todas las entidades o asociaciones que se sirven o aprovechan del espectáculo público, contraen un deber de garantía respecto de la seguridad de los espectadores, que constituye un factor legal objetivo de la atribución de la responsabilidad, inspirado en la idea de riesgo creado. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, 04/03/2010, "Carro, Martín c. Club Atlético Banfield Soc. Civil y otros", La Ley Online; AR/JUR/34970/2010.

(38) Así, dispuso que debe responsabilizarse al club donde se disputó un encuentro deportivo —en el caso, partido de fútbol—, por los daños ocasionados a quien, hallándose en la vía pública y en las inmediaciones del estadio, fue alcanzado por objetos lanzados desde el propio club, aun cuando el art. 51 de la Ley 23.184 contemple expresamente la reparación de los perjuicios sufridos por "espectadores", en los estadios y durante el desarrollo del evento, ya que "estadio" es un vocablo de textura abierta que debe interpretarse mediante analogía sustancial, sin que pueda entendérselo de modo tal que se excluya a los sujetos que se encuentran en sus inmediaciones.

(39) Consideró nuestro Máximo Tribunal que cabe eximir de responsabilidad al Estado provincial en cuya jurisdicción se realizó un evento deportivo —en el caso, partido de fútbol— por los daños causados a quien, hallándose en la vía pública y en las inmediaciones del estadio, fue alcanzado por objetos arrojados desde el club donde aquél tenía lugar, si se considera que el servicio de seguridad, al no estar legalmente definido de modo expreso y determinado, no puede identificarse con una garantía absoluta de indemnidad, así como también que se dispusieron de medios razonables para cumplirlo —número y distribución de efectivos, recorridas por las adyacencias del estadio—, que el Estado no había sido contratado para brindarlo en forma específica y que la Policía actuó conforme a un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece. Ver al respecto el trabajo del Prof. Prevot. En Prevot, Juan Manuel. "Daños y perjuicios acaecidos durante un espectáculo deportivo. Responsabilidad de la Asociación de Fútbol Argentino (A.F.A.)", LL Litoral 2006 (febrero), 1.

(40) La Corte consideró que la mera existencia de un poder de policía correspondiente al Estado es insuficiente para atribuirle responsabilidad por un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación —en el caso, partido de fútbol en el que se produjeron diversos hechos de violencia—, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo hasta tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos

extraños a su intervención directa. Asimismo consideró que la responsabilidad directa del Estado basada en la falta de servicio —esto es, una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular— entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad en cuestión, los medios de que se dispone para su cumplimiento, el lazo que une a la víctima con el mismo y el grado de previsibilidad del daño. Por su parte, dijo en este contexto que la obligación del servicio de policía de seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar, sin que, en el caso, se haya configurado falta alguna de tal servicio (del voto en disidencia de los doctores Fayt y Petracchi).

(41) Lo hizo con los siguientes argumentos: el derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, referido a la relación de consumo, abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados —en el caso, formulada por los organizadores de un partido de fútbol—, por lo que la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes.Siguiendo los postulados esgrimidos por este precedente, explica Falco que no cabe duda que el contrato de espectáculo público deportivo está comprendido en una "relación de consumo", con el bagaje protectorio y tuitivo que del ordenamiento constitucional y legal se desprende —art. 42, 43 de la CN y art. 1°, 1° párraf, art. 2, 5, 6, y 40, Ley 24.240 y modificatorias. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha jerarquizado el "derecho de seguridad" = "obligación de seguridad" de los consumidores —art. 42 de la CN— actuándolo no sólo respecto del empresario, organizador del espectáculo deportivo, sino que lo ha hecho extensivo al ente o asociación "organizadora (participante) y beneficiaria del espectáculo deportivo" (21), la Asociación del Fútbol Argentino (A.F.A). Las consideraciones del voto de la mayoría del Tribunal cimero me autorizan a afirmar que en materia consumerista la "obligación de seguridad" deja de ser "accesoria" —calificación según visión contractualista— y es "expresa" por imperativo legal —art. 5, 6, Ley 24.240— de rango constitucional —art. 42 de la CN. Falco, Guillermo E. "La relación de consumo y el contrato de espectáculo público deportivo", LA LEY, 2007-B, 634.Con similar tesitura al voto mayoritario de la CSJN, la Cámara de Apelaciones de Mercedes dispuso que resulta procedente la demanda por incumplimiento de un contrato de espectáculo público —en el caso, debido a la suspensión de un show musical en un local bailable—, si medió por parte del demandado una negligencia y falta de previsión notorias en relación al compromiso asumido, pues es aplicable la ley de defensa del consumidor en cuanto contempla la responsabilidad del oferente de un producto por la publicidad que emita a tal fin y por ello ninguna precaución podía dejar de lado para garantizar que dicha oferta se cumpliera. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, 28/06/2007, "Coronel, Pedro A. y otro c. La Nueva Bailanta (NB)", RCyS 2007, 998 — LLBA, 2007 (setiembre), 938, AR/JUR/2520/2007.Es preciso señalar que los Jueces Fayt y Petracchi resolvieron, —en minoría—, que resulta improcedente la responsabilidad que se pretende atribuir al club codemandado por las lesiones que sufrió una persona al ser alcanzada, cuando se encontraba en la vía pública, por un objeto contundente proveniente de incidentes ocurridos a raíz de un partido de fútbol, pues el damnificado no cumplió con la carga de la prueba tendiente a acreditar la responsabilidad extracontractual del club organizador del evento, por el hecho ilícito acaecido fuera de sus instalaciones, según las previsiones de los arts. 1109 y siguientes del Cód. Civil (del voto en disidencia de los doctores Fayt y Petracchi).

El "dogma" de la buena fe y su escisión del "concepto" de la buena fe

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: http://www.eldial.com
Publicado en: El Dial 22/12/2011
Cita Online: elDial.com - DC17A1
[Consultado el: 30/06/2020]

"…Los principios se modifican cuando se practican con los hechos…" (COPER, James Fenimore) [1]

Sumario.

1. La autonomía de la voluntad y su vulnerabilidad. 2. La buena fe cmo elemento aglutinante de la autonomía de la voluntad. 3. La buena fe desde la perspectiva deontológica: el concepto de la buena fe. 4. El concepto de la buena fe y su incidencia en las bases objetivas de la relación jurídica. 5. El axioma de la buena fe como apotegma rector en el derecho civil. 6. El axioma de la buena fe y la afección de las bases subjetivas de las relaciones jurídicas. 7. Colofón.

1. La autonomía de la voluntad y su vulnerabilidad.

Explicaba el distinguido maestro español PUIG PEÑA que la sociedad no es un mero agregado de individuos yuxtapuestos unos a otros sin un mirar y necesitarse entre sí. Sería imposible la vida con solo las fuerzas de que el hombre aislado dispone, necesita de los demás en un engranaje creciente de exigencias y satisfacción de necesidades que unos con otros en concordia mutua, acaban por realizar.[2]

En ese marco, el principio de la autonomía de la voluntad se constituye como un elemento indispensable para afianzar los vínculos jurídicos en materia negocial. El esplendor de esta expresión lo hallamos cabalmente en la normativa de los códigos decimonónicos.

Bien señalan DIEZ PICAZO y GULLÓN, que la exaltación de la autonomía de la voluntad lleva como consecuencia ineludible la exaltación de la idea de contrato, y tiene lugar en una época caracterizada por el desenvolvimiento del comercio y la industria y la multiplicación de los intercambios en la que florece la economía liberal del *laissez faire, laissez passer*.[3]

Pero hoy en día lejos han quedado aquellas épocas de la historia jurídica donde la autonomía de la voluntad, -y su correlato la fuerza vinculante del contrato-, se configuraba como un apotegma insoslayable.

Los tiempos presentes nos muestran una percepción divergente del principio de la autonomía de la voluntad, el cual se ha visto atemperado por normas imperativas cuya finalidad ha sido robustecer la moralidad de las relaciones jurídicas, en protección del más débil, inocente, ligero etc. Lesionan la justicia conmutativa contractual. En un viejo precedente el Tribunal Supremo de España ha dicho que el principio de la autonomía de la voluntad dominante, aunque no de un modo exclusivo, en materia de obligaciones, no puede menos que estar limitado por adecuadas normas de matiz imperativo, encargadas de evitar que el derecho contractual sea puesto al servicio de fines inmorales o antisociales. [4]

2. La buena fe como elemento aglutinante de la autonomia de la voluntad.

En este orden, la buena fe ha constituido un aspecto preciso que ha protegido a las partes desde dos dimensiones diferentes: desde una perspectiva *deontológica* y desde otra *axiomática*. Desde la perspectiva de la primera de ellas, la buena fe aparece como contrapuesta a la mala fe en la actuación y el legislador ha decidido proteger a determinados sujetos ante situaciones desleales sancionando a quien ha obrado de mala fe con determinadas sanciones (Ej.: nulidad del acto).[5]

Con relación al segundo supuesto la Sala G de la CNCiv. ha dicho que la buena fe que debe presidir la vida misma del contrato, desde su inicio, durante su transcurso y hasta su finalización, no da cabida a una ruptura irrazonable e incausada, o con basamento arbitrario. Si ello ocurre, resulta justo indemnizar a quien se ha visto perjudicado por el obrar abusivo de la contraparte.[6]

3. La buena fe desde la perspectiva deontológica: el "concepto" de la buena fe.

Como explica JOSSERAND los actos jurídicos provistos de todos sus elementos constitutivos pueden sin embargo, encontrarse contaminados y viciados por los móviles extrínsecos de que proceden, por el fin al que tienden en el pensamiento del autor. [7] Dicho fin, que reposa en una idea de moralidad, incide cabalmente en el sostenimiento del acto jurídico, de tal manera que probado que el mismo sea contrario con el *standard* de moralidad al que hacíamos referencia precedentemente perderá sustento deontológico y consecuentemente jurídico con las consecuencias normativas que surgen del sistema.

Tomando esta concepción, el instituto de la buena fe se extiende a diversas materias del derecho privado, como en los derechos reales (posesión, dominio, etc.), en el derecho sucesorio (heredero aparente, etc.), en el derecho de familia (nulidad de matrimonio, etc.). [8]

4. El "concepto" de buena fe y su incidencia en las bases objetivas de la relación jurídica.

Como se aprecia, en estos casos la buena fe incide cabalmente en lo que LARENZ llama *las bases objetivas de la relación jurídica*. El destacado autor explica que por base objetiva jurídicamente relevante, se entiende al conjunto de circunstancias cuya existencia o preexistencia presupone debidamente el contrato, sabido o no por los contratantes, ya que de no ser así no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría "sentido, fin u objeto"[9].

A través de esta concepción se concibe que el obrar contrario a la buena fe afectaría las bases objetivas de la relación jurídica, porque en estos casos, dicho obrar se desenvuelve en lo que los franceses llaman el sinalagma genético. Es allí donde el obrar de mala fe ha afectado el acto jurídico.

Siguiendo esta idea de la *buena fe concepto*, la Sala C de CNCiv. sostuvo que ella no consiste meramente en la ignorancia del compromiso previo del contratante, sino en la ignorancia sin culpa, es decir mediando las diligencias que aconsejen las circunstancias del caso. [10] Asimismo, en un reciente precedente de la CATrelw se avizora dicho pensamiento a través del voto del Mag. LOPEZ MESA, quien ha hecho especial referencia a este tipo de buena fe, diciendo que ella es una actitud, consiste en buscar la verdad de modo diligente, de manera vigorosa, sin pretender escudarse en excusas banales.[11]

5. El axioma de la buena fe como apotegma rector en el derecho civil.

Hemos dicho en otros trabajos al analizar la morfología y lingüística de las dicciones "contrato" y "buena fe"[12] que parecería redundante sostener que el primero debe gestarse teniendo en miras la segunda, porque el análisis de la estructura misma de un acuerdo contractual nos hace concluir que este debe celebrase en miras de la buena fe entre sus interlocutores.

Entonces: ¿cuál es el valor axiológico de contar en nuestra legislación de un precepto como el art. 1198 que dice que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe?, pues bien, la respuesta es clara, a poco que se analicen los fallos y artículos de doctrina que hemos compilado se vislumbrará que ese dogma jurídico importa la existencia de deberes virtuales ineludibles que penetran el plano contractual, independientemente de la materia en la cual éste se encuentre inserta.

La buena fe contractual no se configura como un elemento estanco, sino que se aprecia en relación al dinamismo propio de los fenómenos económicos que se trasladan al ámbito jurídico, ésta constituye su mayor ventaja, al configurarse como dogma del cuál emanan deberes de conducta implícitos.

Al devenir como principio jurídico, su campo de acción es hacendoso constituyendo un umbral insoslayable para todo tipo de acuerdos contractuales. Así saltea sigilosamente las vallas de las materias en las que se divide el derecho para penetrar en cada una de ellas con importante injerencia en torno a lo previsto por las partes contratantes.

Explicaba el Maestro PUIG PEÑA que el derecho patrimonial no es un conjunto de preceptos fríos estereotipados por el legislador para disciplinar las transacciones nacidas del más tosco materialismo. No hay en él, si cabe, más que en otra rama jurídica, un inestimable fondo de moral. Cierto que en los albores de la humanidad podrían existir múltiples casos de desconexión con los principios de la ética, pero también lo es que, a partir de la enorme influencia de la moral cristiana, aquella savia se infiltra en todos sus preceptos, hasta el extremo de que hoy en día se puede decir que el derecho de las obligaciones no es solo una rama jurídica asentada firmemente en la moral, sino (esto es lo más importante) afirmación de la moral misma.[13]

En este sentido ha señalado la jurisprudencia que la regla moral que impone la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (art. 1198, Cód. Civil), es un principio que integra el orden público porque tiende a obtener o a mantener las condiciones de sustentación que se reputan indispensables para que el contrato funcione ordenadamente como instrumento de justicia.[14]

6. El axioma de la buena fe y la afección de las bases objetivas de las relaciones jurídicas.

A diferencia de lo que ocurre con el *concepto de la buena fe que se subsume en las bases objetivas de las relaciones jurídicas*, *el dogma de la buena fe se identifica con las bases subjetivas de estas últimas*. El maestro LARENZ definía a estas como la común representación de los contratantes de la que han partido al concluir el contrato y que ha influido en la decisión de ambos. Esta representación puede referirse a una circunstancia considerada como existente o esperada en el futuro. Pero tiene que tratarse de una determinada representación o esperanza, no es suficiente la simple falta de esperanza de una posterior variación de las circunstancias existentes a la conclusión del contrato.

La representación o expectativa tiene, además, que haber sido decisiva para ambas partes en el sentido de que ambas, suponiendo un leal modo de proceder, no hubiesen concluido el contrato, o no lo hubiesen concluido tal como la han hecho si hubiesen conocido su inexactitud. No es suficiente que la representación o expectativa haya determinado de modo decisivo tan solo la voluntad de una de las partes, incluso en el caso de que la otra parte hubiese tenido conocimiento de ello. En efecto cada parte sufre, en principio, el riesgo de que se realicen sus propias esperanzas.[15]

Desde esta perspectiva se advierte que dichas circunstancias se avizoran con relación al apotegma de la buena fe que también ha sido vulnerado en el precedente comentado. A éste se refiere el mag. LOPEZ MESA cuando en su voto expone que cualquier persona suscribirá sin dudarlo que los jueces deben evitar por todos los medios a su alcance la comisión de abusos, tutelando la buena fe de los justiciables. Como las estratagemas y argucias tendientes a defraudar son infinitas y variables y cada día surgen nuevas, el legislador no puede prever todos los casos posibles, y en consecuencia, sienta los principios generales, estableciendo normas abiertas; queda librado entonces a la inteligencia y buen juicio del juez la aplicación del *standard* a cada caso concreto. Por ello, la buena fe detenta una notable aptitud jurígena, es decir que permite extraer a partir de ciertos postulados fundamentales, materiales para ir ampliando su esfera de aplicación a las situaciones nuevas que se presentan.

Desde esta dimensión normativa, la buena fe se configura como un elemento aglutinante que debilita la fuerza obligatoria del contrato cuando el acuerdo ha sido realizado a contrario de los fundamentos en los que reposa dicho apotegma.

7. Colofón.

Como aduna JOSSERAND el juez no ve en la fórmula contractual más que una base, un punto de referencia que le permite descubrir el verdadero pensamiento de las partes, un medio de revelación de su idea, pero no ignora que esta idea es traicionada a veces por la forma que reviste, tratará de llegar a ella por todos los medios posibles, por todos los procedimientos de investigación, y nada se omitirá a esos fines.[16]

La buena fe tiene tanta potencia expansiva que su savia se infiltra por todas las ramas del derecho adhiriéndose a situaciones particulares ya sea a modo *deontológico*, es decir ***"como concepto"*** o de manera *axiológica*, es decir, ***"como principio"***. Ambos han constituido las piedras angulares en donde ha reposado la lógica argumental del Magistrado LOPEZ MESA en su voto.

Ello se advierte cuando expone con particular diafanidad que confluyen en el caso dos exigencias de buena fe distintas: el adquirente debió actuar con buena fe –concepto- en la adquisición de un derecho real sobre un bien, pero el socio recedente, socio de una sociedad anónima de familia de solo tres integrantes, debía en su actuación guardar las exigencias del principio general de la buena fe, bastante más específicas y exigentes y, en tal sentido, su reconocido conocimiento de la existencia de un crédito en favor de un tercero de causa o fuente anterior a su adquisición del inmueble, la falta de seguimiento del procedimiento societario de receso y adjudicación particular de bienes societarios, el conocimiento de la existencia de un reclamo del acreedor insatisfecho a la sociedad, colorean cabalmente un incumplimiento rampante del principio general de la buena fe, pues supiera o no las implicancias de ese crédito insatisfecho, lo cierto es que debía conocerlas como socio, siendo ese conocimiento o deber de conocimiento inescindible de su persona, que no cabe aceptar desdoblada.

No estoy diciendo que haya actuado con malicia sino que no ha satisfecho el exigente nivel de conducta requerido por el principio general de la buena fe.

Como se aprecia en ambos casos la buena fe opera como elemento determinante para atemperar los efectos de la relación de derecho, para evitar el injusto jurídico. En este orden, explica HEGEL que el derecho en sí es como algo preexistente a las relaciones jurídicas y su universalidad interna es común al capricho y a la voluntad individual. Esta apariencia de derecho en la que él mismo y la voluntad individual coinciden inmediatamente, es decir accidentalmente, continúan apareciendo en lo injusto, en la antitesis entre el derecho en sí y la voluntad individual que intenta ser derecho particular. [17]

Por ello creemos acertado y preciso el fallo de la Sala A de la CATrelew que con profundidad ha delimitado el campo de aplicación fáctico de la buena fe como elemento deontológico del sistema normativo, es decir como concepto, y la buena fe como axioma o dogma.

Bibliografía.

(*) Comentario al fallo Expte. 540 – Año 2010 CAT - "Herederos de J. M. s/ Tercería de Mejor Derecho en Autos "P., R. A. c/ Supertiendas E. S. S.A. s/ Cobro de pesos" – CÁMARA DE APELACIONES DE TRELEW (Chubut) – SALA A - 09/11/2011 (elDial.com - AA716B)

(**) Secretario de la Excelentísima Cámara de Apelaciones de Pto. Madryn. Doctor en Derecho (UCES).

[1] COPER, James Fenimore *The last of the mohicans*, Ed. Macmillan Heinemann. 1998. Pag. 319.

[2] PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español.* Tomo IV. Vol. I. Ed. Rev. De Derecho Privado. Madrid. Pag. 12.

[3] DÍEZ PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil.* Vol. II. 9ª Ed. Ed. Tecnos. Madrid. Pag. 30/31. Aquel principio, en los términos de ADAM SMITH sería a las mil maravillas a una sociedad en la que se quería suprimir no solo las trabas del corporativismo y del Estado, sino también las que se opusiesen a la libertad contractual, pensando que el libre juego de la oferta y la demanda y el egoísmo individual son los motivos de la felicidad y prosperidad de las naciones. SMITH, Adam. *Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de l as naciones*. Ed. Tecnos. Madrid. 2009. Pag. 259.

[4] Tribunal Supremo de España. Sent. 2 de abril de 1941. BONET RAMÓN, Francisco. Revista de Derecho Privado. Julio-agosto, 1941, pag. 357 y sgtes.

[5] Ver con esta acepción lo resuelto sobre la buena fe en los fallos: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, G., C. L. y otro c. G., A. del C. s/nulidad de matrimonio, 16/02/2009, La Ley Online, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Sigfrido, S. A. en: Erdman del Carril, Elisa M. E. y otros c. Lozada, Mario, 27/08/1979, LA LEY1980-Dcon nota de Elena I. Highton. LA LEY 1980-D, 295ED87ED 87, 252. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Sigfrido, S. A. en: Erdman del Carril, Elisa M. E. y otros c. Lozada, Mario, 27/08/1979, LA LEY1980-Dcon nota de Elena I. HightonLA LEY 1980-D, 295ED87ED 87, 252. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, Mix Cream S. A. c. Supermercados Mayoristas Makro S. A., 10/05/2000, LA LEY 2001-B LA LEY 2001-B, 850 DJ 2001-1 DJ 2001-1, 450. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Cuestas, Norma Beatriz y otro c. Ricotti, Juan Carlos y otro s/reivindicación, 19/02/2002, DJBA 163 DJBA 163, 121, AR/JUR/6068/2002. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil, comercial y contenciosoadministrativo, Nachet de Agüero, Moralia c. Lascano Pizarro, S.R.L. y otros, 19/08/1989, AR/JUR/329/1986. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Sigfrido, S. A. en: Erdman del Carril, Elisa M. E. y otros c. Lozada, Mario, 27/08/1979, LA LEY1980-Dcon nota de Elena I. HightonLA LEY 1980-D, 295ED87ED 87, 252. CSJN en "Clama S.A. c. Provincia de Buenos Aires y otro", 2001/12/07, LA LEY, 2002-D, 961. CNCom., sala A, "Moreno, Ramón O. c. Automotores La Favorita S.A.", 2003/09/11, DJ, 2003-3, 552 . Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contenciosoadministrativo de Río Cuarto, Santa Cruz Hnos. c. Mendizábal, Juana J., 17/03/1995 , LLC 1997 LLC 1997, 334, AR/JUR/1357/1995. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 7a Nominación de Córdoba Recurso Judicial en contra del Registro de la Propiedad de Pablo D. Ahumada 11/11/1998 LLC 2000 LLC 2000, 95,AR/JUR/657/1998.

[6] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, Ferpad S.A. c. Rosetti y asociados y otros., 15/09/1998, LA LEY 1999-F LA LEY 1999-F, 741, AR/JUR/3119/1998. Con este mismo alcance se ha dicho que el principio de buena fe (art. 1198 Cód. Civil) debe estar presente en el cumplimiento de los contratos. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Córdoba, Foglia, Eduardo y otra c. Lavezzari, Oscar C. y otros, 02/03/1998, LLC 1999 LLC 1999, 1357, AR/JUR/4449/1998 Con este sentido ver: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, Cordis Corporation c. Sistemas Médicos S.A., 2005/10/14, IMP 2006-5, 783 ; sala B, Godicer S.A. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G., 2004/06/10, LA LEY 29/09/2004, 8. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, Gestido y Pastoriza S.H. c. Nobleza Piccardo S.A., 2005/11/24, LA LEY 2006-D, 11 ; sala B, Contreras, Pablo R. c.

Pepsico Snack Argentina S.A., 2005/02/24, DJ 2005-2, 671 - LA LEY 17/06/2005, 2, con nota de Diego M. Genesio - LA LEY 2005-C, 822, con nota de Diego M. Genesio - LA LEY 21/03/2005, 6 - LA LEY 2005-B, 421 - IMP 2005-A, 1069. Entre otros.

[7] JOSSERAND, Louis. *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*. Trad. de Eligio SANCHEZ LARIOS y José M. CAJICA JR. Ed. José M CAJICA JR. México. Pag. 219

[8] MAYO, Jorge A, La buena fe en la ejecución de los contratos, DJ 2002-3, 1061.

[9] LARENZ, Karl. *Base del negocio y cumplimiento de los contratos*. Trad. de Carlos FERNANDEZ RODRIGUEZ. Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid. 1956. Pag. 115.

[10] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, Giménez, Luis A. c. Elsegood, Rodolfo H. y otra, 15/09/1980, AR/JUR/6186/1980.

[11] Ver voto del Mag. LOPEZ MESA en autos caratulados: DAVIS, Andrea Lorena c/ FIORASI HNOS. IMP. Y EXP. S.C.C. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS, Sumario, Expte. 224 - Año 2011.

[12] JALIL, Julián **Emil**. "La buena fe como causa eficiente de deberes implícitos en las relaciones contractuales", RCyS 2010-IX, 241.

[13] PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo IV. Vol. I. Ed. Rev. De Derecho Privado. Madrid. Pag. 12/13.

[14] Cámara 2a en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata, sala II, Dignani, Nazareno L. c. Consorcio Torre Moreno y otros, 26/09/1995, AR/JUR/3187/1995.

[15] LARENZ, Karl. *Base del negocio y cumplimiento de los contratos*. Trad. de Carlos FERNANDEZ RODRIGUEZ. Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid. 1956. Pag. 95.

[16] JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Trad. de Santiago CUNCHILLOS y MANTEROLA. Tomo II. Vol. I. Ed. Bosch. Buenos Aires. 1950. Pag. 174.

[17] HEGEL, Georg W Friendrich. *Filosofía del derecho*. Trad. de Angélica Mendoza de Montero. 2 ed. Ed. Claridad SA. Buenos Aires. 2009. Pag. 101.

La pretensión resarcitoria de los hijos hacia sus padres por el padecimiento de daños congénitos sufridos por un obrar doloso o culposo de sus progenitores

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2012 (junio), 29
Cita Online: AR/DOC/1424/2012
[Consultado el: 26/06/2020]

"En los casos de análisis se ponen en juego el derecho a la procreación y la planificación de la propia reproducción, y el derecho a una vida normal y disfrute de la salud del hijo por nacer. Dilema frente al cual hay quienes sostienen que el acogimiento de la responsabilidad de los padres por la transmisión de enfermedades o taras a sus hijos importa una vulneración del derecho a la intimidad y privacidad de los padres, dentro del cual cabría computar el derecho a la procreación."

¿No supone el enfoque eugenésico un sobredimensionado juicio de valor humano acerca de los misteriosos e inescrutables, al menos para nosotros, designios que cada vida, aún la más precaria, reviste en el mundo? Lo que si parece más seguro es que la humanidad no hubiera podido gozar de la música de Beetohoven. (1)

Sumario.

1. Introducción. 2. El Daño. 3. La Antijuridicidad. 4. La relación de causalidad 5. Los Factores de atribución: el dolo y la culpa. 6. Nuestra posición sobre el tema.

1. Introducción.

Consideramos necesario hacer mención a este supuesto habida cuenta que el derecho a reclamar una indemnización por transmisión vertical de una enfermedad tiene un claro fundamento axiológico *eugenésico*. Este argumento ético-filosófico que en tiempos pretéritos dio origen al impedimento eugenésico matrimonial contenido en el artículo 13 de la ley de profilaxis que hoy capta nuestra atención, adquiere repercusiones y efectos radicales, tanto que hoy permiten pensar que es viable la reparación de aquel sujeto que desafortunadamente llega a nuestro mundo con una dolencia o defecto en su salud trasmitido por los padres.

Para obtener una opinión más acabada sobre el tema, de conformidad con la metodología propuesta en esta investigación, analizaremos los presupuestos de la responsabilidad, para este caso, en forma específica y pormenorizada.

2. El Daño.

Parecería a simple vista que la existencia del perjuicio se configura por el solo hecho de la presencia de la enfermedad en la persona que nace.

Empero, sostiene Tobías, cuando son los padres los trasmisores de la enfermedad, es el acto generador de la procreación el que debe calificarse de lícito o ilícito, a fin de establecer una eventual responsabilidad. Si ellos, o alguno de ellos, padece de una enfermedad susceptible de ser trasmitida, el comportamiento exigible resultaría,

en todo caso el de haberse abstenido en ese momento de la concepción y la alternativa inevitable para que ese concebido no adquiera la enfermedad es el "no ser". (2)

Es en esta faceta de la responsabilidad, que este autor encuentra la inaplicabilidad del régimen de responsabilidad en dicho caso, en este sentido sostiene el destacado docente de la Universidad de Buenos Aires, que la inviabilidad de la pretensión resarsitoria, resulta, a nuestro juicio de la inexistencia del daño. Ello no supone sostener la aplicación del principio *compensatio lucri cum danno*, sino solamente entender que se presenta un supuesto de inexistencia de interés jurídico lesionado.

En sentido contrario encontramos la posición de Novellino, quien rebate estos argumentos en los siguientes términos: se dice, en principio, que... la existencia de una persona con una enfermedad vale más (como bien jurídico) que su no existencia.

No existe consistencia alguna con tal fundamentación, cuando de nada o de muy poco, sirve la existencia, si se nace con una enfermedad que le impide a la persona de que se trate, cumplir con su proyecto de vida el que al no poder concretarse por las deficiencias de salud, configura en sí mismo un daño futuro aunque cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias están siempre presentes en mayor o menor medida, en el desarrollo virtual de ese sujeto. (3)

Nos inclinamos por la primigenia opinión, ya que la existencia del daño en este supuesto, implica, como condición necesaria, una modificación o transformación de un estado de salud previo hacia otro que se encuentre disminuido en relación al anterior, condición que no se configura en el *casus*.

3. La Antijuridicidad.

Fácilmente se advierte que en los casos de análisis se ponen en juego el derecho a la procreación y la planificación de la propia reproducción, y el derecho a una vida normal y disfrute de la salud del hijo por nacer.

Dilema frente al cual hay quienes sostienen que el acogimiento de la responsabilidad de los padres por la transmisión de enfermedades o taras a sus hijos importa una vulneración del derecho a la intimidad y privacidad de los padres, dentro del cual cabría computar el derecho a la procreación con el alcance antes señalado. (4)

En este sentido se pregunta Zannoni ¿Dónde situar, en efecto, la antijuridicidad del acto procreador de los padres? Si fuese ilícito el coito de quienes pueden trasmitir al futuro hijo taras genéticas o enfermedades infecciosas o hereditarias, al menos el coito fecundante, diríamos, se seguirá de ello que el Estado a través de una ley lo debería impedir. (5)

Desde esta perspectiva, es evidente que no puede configurarse un obrar antijurídico, porque no existe una norma legal que prohíba la procreación de quienes padecen de una enfermedad transmisible.

Este argumento es correcto porque si tomamos el caso de dos sujetos uno de los cuales se encuentra infectado de un mal transmisible, y por su unión sexual en relaciones extramatrimoniales o matrimoniales conciben descendencia enferma, no existe en el derecho argentino disposición alguna que sancione dicha conducta.

En el caso que la situación se configure dentro de la institución matrimonial, se podría argumentar, en sentido contrario al expuesto, que si bien la ley de profilaxis no establece, para los contrayentes la prohibición de gestar descendencia enferma cuando el cónyuge advierte por medio de los certificados prenupciales obligatorios la existencia de un mal transmisible, no debemos olvidar que la finalidad perseguida por dicha ley es justamente esa: evitar la *transmisión de enfermedades a las generaciones venideras*. (6) Desde esta perspectiva, cabría pensar, que el

actuar antijurídico existe. De todas maneras, aún cuando este análisis no resultaría improvisado, nos convence más pensar que ello no surge *claramente de la ley*, si bien nos pronunciamos en contra del "juez prisionero de la ley", de "la boca que repite las palabras de la ley", (7) entendemos que aseverar lo contrario implicaría forzar demasiado la interpretación, (8) por ello nos inclinamos por la posición del Profesor Zannoni.

El argumento opuesto es desarrollado, entre otros, por Graciela MEDINA, quien sostiene el concepto de paternidad responsable, negándose la irresponsabilidad en el ámbito sexual de los individuos. Se afirma así la obligación de asumir las consecuencias derivadas de la relación sexual, en miras al grave daño ocasionado al ser humano naciente. Es que, aun admitiendo que los padres tienen derecho a realizar la conducta dañosa —esto es, la relación procreacional—, al igual que en otros supuestos, la responsabilidad propiciada por la transmisión de enfermedades válidamente puede emerger de un actuar lícito, en razón de la injusticia del daño inferido. (9)

Nos atrevemos a disentir con la autorizada opinión porque, como sostuvimos oportunamente, no existe una disposición legal expresa que contemple este supuesto, pero además por un aspecto ético: la posición contraria conlleva implícitamente peligrosos argumentos eugenésicos que el derecho debería desterrar. (10)

4. La relación de causalidad.

Explica Novellino, que la peculiaridad de este asunto descansa en que no existe un estado de salud previo que se modifica en forma desfavorable mediante una acción externa, sino que la acción generadora de la enfermedad queda identificada con la misma que le ha dado vida a ese hijo nacido. (11)

Evidentemente parece que no existe causalidad alguna, pero consideramos que ello es así porque en realidad no hay daño, es decir no se produce un menoscabo en la salud porque no existe un estado previo más favorable.

Aún cuando se trate de una diferenciación más académica que práctica, para nosotros la inviabilidad de la pretensión resarsitoria resulta de la inexistencia del daño y de la antijuridicidad. (12)

5. Los Factores de atribución: el dolo y la culpa.

Quien Fctúa dolosamente en forma intencional es responsable plenamente por ese accionar, la cuestión amerita un análisis más acabado en el campo de la culpa.

Si partimos de la base que la culpa existe cuando las consecuencias dañosas de la conducta de una persona hubieran podido ser previstas por una persona de prudencia común, o cuando previstas, el agente las desechó por improbables. (13) Nos preguntamos: ¿Se podría hacer culpable a un sujeto de realizar la única acción humana que nos asimila a Dios, como es la creación de una vida, solo porque ella sea eventualmente defectuosa?

Entendemos que podrían configurarse situaciones dolosas o culposas desde esta perspectiva, aunque profesamos enormes dudas en cuanto a la reprochabilidad de la conducta.

De todas maneras, fiel a nuestra postura, sería necesario analizar por último la cuestión del *carácter especial* de la institución matrimonial, en este sentido coincidimos con Tobías, quien sostiene que, aún si se estimaran, por lo tanto, que en la situación se cumplimentan los presupuestos de la responsabilidad civil, se deberá todavía correlacionar las reglas generales del sistema con los principios propios de las relaciones familiares y los sentimientos de justicia de la comunidad, a fin de establecer si no es esta una hipótesis que corresponde dar primacía a estos últimos.

6. Nuestra posición sobre el tema.

Es fácil advertir que aquello que empezó como una rareza jurisprudencial, allá por 1950 cuando un tribunal de Piacenza, Italia, condenó al padre de una menor a indemnizar a la misma habida cuenta que este le trasmitió una enfermedad sexual a su madre (Sífilis) la cual trajo complicaciones a la menor luego de nacer, hoy ya es una tendencia en muchos países de occidente. (14)

Nosotros hemos esbozado en otras publicaciones nuestra opinión sobre el tema, en este sentido, nos inclinamos por pensar que en relación al estado actual del ordenamiento jurídico, no hay acto ilícito, y por otro lado, conforme las razones oportunamente expuestas, tampoco existe daño alguno. (15)

Es por ello que compartimos la posición de Zannoni, cuando enseña que sin perjuicio de los medios persuasivos que la política sanitaria emplee para evitar que se trasmitan enfermedades por vía hereditaria, es forzoso concluir que el acto procreador de los padres no es nunca un acto ilícito, con lo que a la postre, el Tribunal de Piacenza sancionó civilmente a aquéllos fundando una responsabilidad en un hecho lícito. (16)

Se advierte desde esta perspectiva que nos inclinamos por la postura más radical de repudio al resarcimiento de dichos supuestos. Consideramos que existe una falta de articulación normativa para admitir el resarcimiento judicial ante un caso de esta naturaleza, la cual se encuentra dada, como sostuvimos en su oportunidad, (17) por *la falta del daño, y de la antijuridicidad, además de reñirse con el régimen de especialidad del derecho de familia.*

Pero la cuestión que más nos alerta con respecto al tema tiene vuelo propio, y ha sido exteriorizada con candente brillantez por la pluma del profesor Tobías, quien se preguntaba retóricamente si no subyace en el fondo de la tesis de la resarcibilidad un preocupante, y desde luego no pensado ni querido, enfoque eugenésico, que conduce a imponer el deber de no concebir hijos que puedan nacer con determinadas y numerosas enfermedades ¿No supone el indicado enfoque un sobredimensionado juicio de valor humano acerca de los misteriosos e inescrutables, al menos para nosotros, designios que cada vida, aún la más precaria, reviste en el mundo? Lo que si parece más seguro es que la humanidad no hubiera podido gozar de la música de Beetohoven. (18)

Bibliografía.

(1) TOBIAS, José W., "Acerca de la viabilidad de la pretensión resarsitoria de hijos contra padres por transmisión de enfermedades", LA LEY, 1992-B, 833.

(2) TOBIAS, José W., "Acerca de la viabilidad de la pretensión resarsitoria de hijos contra padres por transmisión de enfermedades". Ob. cit. p. 831.

(3) NOVELLINO, Norberto J., Derecho de Daños. Cuarta Parte. (A). Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2000. p. 256.

(4) Sobre el particular ZANNONI se pronuncia por la inexistencia de un accionar antijurídico por parte de éstos. Su opinión compartida por otros autores como TOBIAS, SAUX, FERRER, MOSQUERA VÁZQUEZ, entre otros. MEDINA, Graciela, Daños en el derecho de familia, ob. cit. p. 307.

(5) ZANNONI, Eduardo A., "Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil. (Con referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)". En TRIGO REPRESAS, Félix A. STIGLITZ, Rubén S. Derecho de Daños. Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1989, p. 628.

(6) Ello podría pensarse así, solo si nos encuadráramos dentro de la llamada escuela histórica de SAVIGNY, en donde el intérprete debe tomar en cuenta "el momento en que la ley fue dictada y qué objetivos se consiguieron con su vigencia." ROIIBARG, Marcelo R., Cuadernos de Derecho Civil. Parte General, AZ, Buenos Aires, 1999, p. 23.

(7) LOPEZ MESA, Marcelo J., "El juez y la interpretación de la ley. (Del señorío romano al vasallaje exegético y algo más allá)". ED, 170-1018. Explica este autor, refiriéndose a la interpretación de la ley, que no puede prescindirse del hecho de que la ley es la base de todo el sistema, pero tampoco de que la justicia consiste en hallar la solución a los problemas concretos que se someten a juicio. Pero en el supuesto que nos ocupa esta correcta aseveración no tendría cabida, porque entendemos que no se trata de un problema de interpretación propiamente dicha, sino de una "laguna jurídica".

(8) Aunque como mencionamos en la nota anterior ni siquiera creemos que exista posibilidad de interpretación, lo que persiste aquí es la existencia de un vacío legal.

(9) MEDINA, Graciela, Daños en el derecho de familia. Ob. cit. p. 307.

(10) Esta cuestión no es menor y ha sido advertida por ZANNONI, quien expresa, nosotros respondemos en cambio que si el derecho hoy, resiste toda idea de impedir o restringir las relaciones sexuales por respeto a la privacidad, a la libre determinación de todo ser humano, no puede derivar responsabilidad civil resarsitoria de su consecuencia: engendrar un hijo, aunque este nazca con taras o enfermedades hereditarias. Hacerlo atribuyendo riesgo a las relaciones sexuales que pudiesen mantener quienes son portadores o trasmisores de afecciones genéticas, constituiría un avance hacia formas de eugenesia, formas indirectas si se quiere, susceptibles de las más impensados abusos. La ley no puede operar más que con medios persuasivos. ZANNONI, Eduardo A., "Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil. (Con referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)". En TRIGO REPRESAS, Félix A. STIGLITZ, Rubén S., "Derecho de Daños", ob. cit. pp. 628/9.

(11) NOVELLINO, Norberto J., "Derecho de Daños", ob. cit. p. 249.

(12) TOBIAS, José W., "Acerca de la viabilidad de la pretensión resarsitoria de hijos contra padres por transmisión de enfermedades", ob. cit., p. 833.

(13) SALAS, Acdeel Ernesto, Código Civil Comentado y leyes complementarias anotadas, 2ª edición, t. I. Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 579.

(14) En EE.UU., si bien en un primer momento la jurisprudencia fue reacia a aplicar responsabilidad a los padres en estos casos, poco a poco esa posición fue atemperándose y en la actualidad son numerosos los fallos que han contemplado estos supuestos, principalmente en relación a padres alcohólicos, drogadictos o con HIV.

(15) JALIL, Julián Emil, "Responsabilidad de los padres por enfermedades transmitidas a sus hijos". En Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UAI. Editorial La Cátedra jurídica. Buenos Aires. p. 213 y ss.

(16) ZANNONI, Eduardo A., "Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil. (Con referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)". En TRIGO REPRESAS, Félix A. STIGLITZ, Rubén S., Derecho de Daños, ob. cit. p. 628.

(17) Ver Supra Ptos. 8.1, 8.2 y 8.5.

(18) TOBIAS, José W., "Acerca de la viabilidad de la pretensión resarsitoria de hijos contra padres por transmisión de enfermedades". Ob. cit. p. 833.

El consentimiento para actos médicos y las directivas anticipadas en el proyecto de reforma al Código Civil y la nueva Ley 26.742. A propósito del reciente fallo "Albarracini" de la CSJN

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2012 (agosto), 205
Cita Online: AR/DOC/3706/2012
[Consultado el: 01/07/2020]

Sumario.

1. A modo de introducción. 2 Breve aporte histórico. 3. El consentimiento informado concepto y alcances previstos en al art. 59 del Anteproyecto de reforma al Cód. Civil. 4. Sobre quienes se encuentran legitimados para otorgarlo en la ley 26.742 y en el Anteproyecto de Reforma al Código Civil. 5. La forma y la prueba requerida por la ley. 6. Instrumentación del consentimiento informado y la eximición de responsabilidad. Documentación de la práctica medica. Los formularios preimpresos. 7. La relación contractual médico - paciente como causa fuente de los deberes que emergen de ella. 8. Estructura del acto médico: ¿Consentimiento o asentimiento informado? 9. Apreciaciones sobre la conducta heterónoma a la que se somete el paciente. 10. La libertad de elección en el plano médico: la aceptación o el rechazo al tratamiento. 11. El consentimiento informado y las normas imperativas. 12. Eficacia del asentimiento prestado. 13. Validez jurídica del consentimiento informado. 14. La urgencia como eximente de la obligación de obtener el consentimiento informado. 15. Consentimiento informado y responsabilidad civil del médico. 16. Las directivas anticipadas en la reciente legislación y jurisprudencia de nuestro país. 17. Nuestras conclusiones: 18. Bibliografía.

"El tema del consentimiento informado, lejos de estar agotado y superado día a día nos presenta nuevas aristas, matices y perspectivas. Los conflictos que con el tiempo se van superando por un consenso doctrinario y jurisprudencial, —y ahora con mayor raigambre normativo—, dan asimismo lugar a nuevos interrogantes que en definitiva, enriquecen un tema candente y temerario como lo es la salud y la relación entre quién tiene a su cargo la dura misión de tratar de preservarla o cuidarla y quien por esos destellos del destino s

1. A modo de introducción.

Si bien en pasajes prístinos de nuestra historia jurisdiccional los juicios de mala praxis constituían *"rarezas jurisprudenciales"*, la realidad contemporánea de nuestros días nos plantea un escenario distinto, en donde la responsabilidad del galeno —en su comprensión amplia y junto con otros supuestos— ocupa el escenario principal del derecho de daños. Desde esta perspectiva, el consentimiento informado cobra su matiz más saliente, al configurarse como el documento en donde reposa un indubitable elemento de convicción del cual el Magistrado debe valerse al momento de analizar y valorar el accionar del galeno. (2)

Asimismo, se presenta como un instrumento determinante para analizar la voluntad del paciente ante circunstancias críticas. El tema ha cobrado notable interés actual y despertó la atención gran parte de los juristas más comprometidos de nuestro país quienes lo abordaron desde distintas ópticas y tesituras. (3)

El proyecto de Reformas al Código Civil en el art. 59 incorpora principios ligados a la materia, los que a continuación se desarrollaran de manera pormenorizada. Al respecto es menester advertir que la ley 26.529 no ha

sido es derogada por disposición alguna del anteproyecto, por el contrario ha sido enriquecida por la reciente sanción de la ley 26.742, la cual fue sancionada el día 9 de mayo de 2012 y entro en vigencia el día 24 del mismo mes y año.

Por su parte, el art. 60 del Anteproyecto de reformas la Código Civil, se refiere a las directivas anticipadas, al igual que el recientemente reformado art. 11 de la ley 26.529 (mod. por la ley 26.742). Ya escribían Highton y Wierzba al respecto, que todos los médicos y hospitales deben aceptar que un paciente pueda rechazar el procedimiento al que se lo quiere someter si de ello depende una mejoría o un bienestar o cierto beneficio razonable en su estado físico, pero también a todos se les queman los libros cuando hay verdadero riesgo de vida y el enfermo se niega a tratarse. Este dilema constituye la prueba de fuego de la idea de la libertad y autodeterminación de la persona que constituye la base de la doctrina del consentimiento informado. (4)

2. Breve aporte histórico.

Entre los años 1969 y 1972 distintas causas judiciales norteamericanas lograron derrumbar el criterio con el cual el cuerpo medico había manejado durante siglos la información a suministrar a los pacientes. La practica profesional indicaba tradicionalmente que tanto la cantidad como la calidad de información a compartir con los enfermos debía ser seleccionada por el propio medico, en tanto que el era el que sabia que cosa era mejor para el paciente. Solo podía exigírsele por tanto aquella información razonable, es decir, aquella que la mayoría de los médicos proporcionaría en situación semejante (criterio de la práctica profesional).

En el corto tiempo señalado, sin embargo, diferentes jueces entendieron que si bien resultaba imposible exigir una información médica detallada y completa, no era absurdo exigir una información suficiente. Esto es, que la persona enferma contara con elementos suficientes como para arribar por si sola a una decisión libre, y sin que se le escondieran datos que, de conocerlos, podrían hacer variar su elección (criterio de la persona razonable).

En la actualidad ambos criterios son criticados con dureza pero no resulta fácil encontrar nuevos parámetros que sustituyan definitivamente a los ya enunciados. En los EE.UU. las opiniones continúan divididas, y algunos Estados manejan sus pleitos echando mano al criterio de la práctica profesional y otros al de persona razonable. Al ser los EE.UU. el país que ha desarrollado más cabalmente el consentimiento informado, no es de extrañar que el desconcierto sobre este aspecto poco claro de la doctrina se transmita a otras regiones del globo. (5)

Nuestro país ha tenido un avance legal significativo en los últimos lustros, que se materializa con la leyes 26.529 y 26.742, como asimismo en la especial regulación prevista por los arts. 59 y 60 del Anteproyecto de reformas al Código Civil.

3. El consentimiento informado. Concepto y alcances previstos en el art. 59 del Anteproyecto de reforma al Cód. Civil.

La expresión "consentimiento informado" (informed consent) fue utilizada por primera vez en el Estado de California (EE.UU.) en 1957, con ocasión del pleito Salgo vs. Leland Stanford Jr. University Broad of Trastees. La sentencia aclara que el cuerpo médico está obligado a "obtener el consentimiento" del enfermo y, además, "a informar adecuadamente" al paciente antes de que proceda a tomar una decisión. En otros términos, consiste en el derecho del enfermo a una información de calidad y la obligación medica de brindar esa información relevante. (6)

La base del fundamento jurídico en que se sustenta el consentimiento informado es el respeto de los derechos personalísimos, pues los pacientes tienen derecho de conocer todo aquello que consideren necesario

para tomar libremente la difícil decisión de continuar adelante o no con la propuesta o diagnóstico que efectúa el profesional. (7)

El art. 59 del Proyecto de Reformas al Código Civil define al consentimiento informado para los actos médicos, diciendo que es *"...la declaración de voluntad efectuada por el paciente, emitida luego de recibir 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..."*

En concordancia con este precepto, pero de manera más extensiva, la reciente ley 26.742, ha conceptualizado al consentimiento informado como 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;
g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;
h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Highton y Wierzba precisan y circunscriben el concepto entendiendo que el consentimiento informado es una declaración de voluntad efectuada por un paciente, quien luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención. (8) Constituye, —como lo sostenido la magistratura de nuestro país—, la adhesión libre y racional del sujeto a un procedimiento del equipo de salud, que incluye la capacidad de comprensión del paciente. (9)

Ello, como dice Higthon, comprende dos aspectos: por un lado que el médico obtenga el consentimiento del paciente y que el primero revele al segundo una adecuada información. El otorgamiento de ese consentimiento se basa en una relación especial de confianza, entendiéndose que en esta materia como en ninguna otra, está en juego un valor ético básico como lo es el de la autonomía de la voluntad, (10) entonces el deber del médico de informar de manera clara y adaptada al nivel cultural de cada paciente acerca de los riesgos de la intervención quirúrgica, surge de los principios de buena fe y confianza establecidos en el art. 1198 del Código Civil. (11) Por otro lado, señala López Mesa, aparece al paciente, que recepta la información a fin de que pueda participar inteligentemente en aceptación o no del tratamiento. (12) Una vez informado éste, sobre cuál es su estado y posibilidades terapéuticas, el médico debe asesorarlo sobre cuál es su opinión respecto del mejor tratamiento posible para su caso y de los riesgos de encararlo o de rehusarlo, y una vez cumplidos estos deberes, el médico debe requerir el consentimiento del paciente para la práctica que le hubiese sugerido. (13)

Entonces, dado que el consentimiento informado tiene como núcleo de su razón de ser posibilitar que el paciente ejercite libremente su voluntad de someterse o no a determinada práctica médica, la responsabilidad que genera el incumplimiento de ese recaudo se asienta en la afirmación de que de haber conocido los riesgos, el paciente no se habría sometido a ella y debe integrarse con los elementos objetivos que indican el estado clínico del paciente y con la evaluación de los medios técnicos alternativos existentes para el diagnóstico y tratamiento, todo lo cual remite a la configuración del marco de opciones con que cuenta el paciente frente a la propuesta profesional. (14)

Vale agregar, que la idea de consentimiento informado no solo subyace en el plano médico, sino que cada vez con más fuerza opera en diferentes facetas profesionales, su más reciente reflejo se evidencia en el plano del derecho, principalmente en cuanto a la dirección de las diferentes pretensiones procesales. (15)

4. Sobre quienes se encuentran legitimados para otorgarlo en la ley 26.742 y en el Anteproyecto de Reforma al Código Civil.

Tal como surge de la ley 26.742, en el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.

A tales efectos, y tal como lo prevé la ley, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Desde esta perspectiva, siempre que estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales, y en el orden en que se las enumera, deben brindar el consentimiento las siguientes personas:

a) 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 (3) años, en forma continua e ininterrumpida;
b) Cualquiera de los hijos mayores de 18 años;
c) Cualquiera de los padres;
d) Cualquiera de los hermanos mayores de 18 años;
e) Cualquiera de los nietos mayores de 18 años;
f) Cualquiera de los abuelos;
g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;
h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive;
i) El representante legal, tutor o curador;

A diferencia de lo que ocurre con el orden específico de prelación en la sustitución del consentimiento dado por el art. 21 de la ley 24.193 (Adla, XLIII-B, 1344), al que remite la ley 26.742, el art. 59 del Código Civil establece diferentes personas que pueden suplir la voluntad del paciente cuando éste no se encuentre en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica, ni la ha expresado anticipadamente, sin especificar orden alguno.

En dicho precepto se menciona al representante legal, al cónyuge, al conviviente, al pariente o al allegado que acompañe al paciente.

Como se expuso con anterioridad, no se detalla el orden de prelación entre los sujetos mencionados, ni el orden de exclusión. Pude entenderse al respecto, que se aplica de manera concomitante con este artículo, lo

dispuesto por el art. 21 antes mencionado, por remisión de la ley 26.742, la cuál no sería derogada por el Anteproyecto de Reforma, y tendría un carácter complementario. (16)

Ello, por tanto coinciden los partícipes de ambos preceptos, salvo el caso del "allegado que acompañe al paciente". En dicha situación, aparece un nuevo supuesto, que debería ser incorporado en el último eslabón con facultad decisiva al respecto.

Por su parte, resulta necesario señalar que ante la ausencia de todos ellos, el art. 59 del Anteproyecto de Reforma al Cód. Civil, dispone que el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave para el paciente.

Con relación a la facultad de *revocar el consentimiento*, el art. 10 de la ley 26.529, modificado por la ley 26.742, estipula que la decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, *puede ser revocada*. En esos casos el profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica.

Por su parte, las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193 —precedentemente señaladas—, pueden revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido. Es decir, pueden revocar la decisión *siempre que el paciente no se encuentre en estado de poder decidir*, pues en caso contrario, este podrá hacer valer su voluntad. Tal es así, que la ley expresamente dispone que deberá garantizarse al paciente que participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario, obviamente, *en la medida de sus posibilidades*.

5. La forma y la prueba requerida por la ley.

Desde una perspectiva normativa y genérica, siguiendo la opinión de Valente y Calcagno, decimos que en cuanto a la forma, el consentimiento del que aquí venimos hablando, es una expresión de voluntad que, salvo declaración de la ley en contrario, es una declaración no formal. (17) Cabe señalar con Lorenzetti que el consentimiento del paciente, que supone la información previa, puede darse en forma oral o escrita; esta última es obligatoria en ciertos casos (vgr. mutilaciones o trasplantes) rigiendo la otra en la generalidad de los supuestos, (18) incluso en algunos casos su existencia puede surgir de conductas tácitas o indicios, así la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza entendió que si bien el paciente al cual se sometió a un trasplante de córnea sostiene que él consintió la realización de una simple operación y no la de la queratoplastia, debe considerase mediante indicios que existió un consentimiento informado de su parte para la realización de aquella, ya que el hecho de que fuese asistido por una mutual implica llevar a cabo una serie de trámites que requieren de documentación que explicita la práctica médica a realizar, máxime si concurrió a un centro médico de su confianza con documentación de la que surgía la intervención, lo cual supone un intercambio de comentarios sobre ella. (19)

Con análogo criterio la CNCiv. dispuso que aun cuando el actor sostuvo que no se acreditó la existencia del consentimiento informado respecto del estudio que debían realizarle y sus posibles consecuencias, ello resulta inverosímil si se tiene en cuenta que había sido sometido a un estudio similar cinco años antes y que el estudio practicado fue realizado con el paciente en pleno estado de lucidez, con anestesia local, pudiendo incluso seguir la operatoria a través de un circuito de TV. (20)

El art. 7 de la ley 26.529 dispone que el consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; (21) c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación.

La ley 26.742 agregó que en el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5° deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto. Recordamos que ese inciso se refiere al derecho que le asiste a la persona en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado. (22)

Consideramos que es una declaración formal a los efectos de la prueba. De esa manera, si no se cumple con dicha forma, pero logra comprobarse la existencia del consentimiento informado, debe tenerse por cumplido el expediente o requisito legal. (23)

El primer párrafo es realmente criticable cuando establece como principio general el consentimiento verbal, pues la acreditación y prueba estará a cargo del médico, ya que se trata del cumplimento de una "obligación legal", por lo que aconsejamos a los profesionales realizarlo siempre por escrito, y específicamente en la historia clínica al igual que la revocación o rescisión de la relación profesional médico-asistencial. (24)

Para Aizenberg y Roitman el consentimiento informado es un proceso que no puede ni debe ser confundido con el formulario que se suscribe en consecuencia, que podría —en los supuestos establecidos en el art. 7 de la ley 26.529, por ejemplo— resultar exigible a los efectos de la prueba, pero recientemente la CNCiv. resolvió en este sentido, entendiendo que la ausencia de un documento firmado que exteriorizara el consentimiento informado del paciente portador de HIV, respecto del tratamiento medicamentoso que se le suministraría para tratar su afección, no corrobora una presunción en contra de la clínica demandada, por los supuestos efectos adversos que dicho tratamiento le habría ocasionado, en tanto se acreditó que ese consentimiento fue verbal y que el paciente conocía las posibles consecuencias. (26)

6. Instrumentación del consentimiento informado y la eximición de responsabilidad. Documentación de la práctica médica. Los formularios preimpresos.

El consentimiento informado constituye un medio ineludible al que debe acudir el galeno para documentar su práctica médica y el asentimiento del paciente hacia dicha acción. Pero ello *no implica bajo ningún punto de vista la irresponsabilidad del profesional, una vez cumplido dicho acto*. En este sentido dispuso la CNCiv. que la sociedad propietaria de un centro de estética, es responsable por las marcas en la piel de carácter definitivo que presenta la reclamante por haberse sometido a un tratamiento de depilación definitiva, dado que el texto del consentimiento informado que ella suscribió no lo libera de responsabilidad y que no pudo demostrarse que si la accionante se hubiese apersonado inmediatamente a la aparición de las molestias, los daños se hubieran evitado. (27) Es decir, como lo ha resuelto la Sala M de la CNCIv. no importa un "bill" de indemnidad para el médico, ya que no lo exonera de su responsabilidad por negligencia, ni puede considerarse como una autorización de someter al paciente a prácticas injustificadas. (28)

Como explica Weingarten, de otro modo, se correría el peligro de que bajo el "aparente" consentimiento del paciente, generalmente instrumentado en formularios preelaborados, se legitime cualquier práctica médica, convirtiéndose en un mero formalismo, protector corporativo de la mala práctica médica. Decididamente ello no protege los intereses del paciente, no cubre la responsabilidad profesional, y solo legitimaría inadecuadas prácticas médicas, y continúa la autora aseverando que, el asentimiento no constituye un eximente de responsabilidad para el profesional, ni una prueba absoluta de una decisión libre y consciente, y es susceptible de ser revisada judicialmente. (29)

Por lo expuesto, coincidimos con Valente y Calcagno que debe rechazarse de pleno que la misma quede prevista mediante la instrumentación de formularios impresos, mecánicamente implementados, o bien, genéricos y ambiguos, y por ende, insuficientes, y que en nada pueden suplir a una eficaz y prolífica comunicación. Esta ultima debe ser, ineludible e imprescindiblemente anterior a toda documentación que plasme fielmente el acuerdo que se alcanzó, (30) Con similar tesitura la CNCiv dispuso que no puede tenerse por otorgado el consentimiento informado si, el sanatorio demandado se limitó a expedir un formulario preimpreso que contiene expresiones estandarizadas o genéricas, sin indicar el diagnóstico, el tratamiento ni las posibles alternativas que pudieran acontecer por cuanto, dichas omisiones impiden al paciente tomar libremente la decisión de continuar o no adelante con la propuesta que le efectúa el profesional. (31)

Por su parte, constituye una buena practica médica que el consentimiento del paciente *forme parte de la historia clínica*, ya que tanto uno como el otro sirven para probar que la conducta del galeno se *adecuó a las reglas del arte médico*. Esto en determinados casos operará como *un eximente de la responsabilidad del galeno*, así la Cámara Nacional Civil entendió que corresponde declarar que existió consentimiento informado del paciente sobre la intervención quirúrgica a la que fue sometido y sus posibles consecuencias, ya que está reconocido el instrumento en el cual se dejó constancia de que fue informado de modo comprensible sobre la enfermedad, las medidas curativas y los riesgos que esto implicaba, sumado a que en la historia clínica se mencionan las explicaciones que le fueron dadas, máxime cuando no probó su desinformación al respecto. (32)

En otros supuestos constituirá la *prueba cabal de la mala praxis médica* así la Cámara de Apelaciones de Morón sentenció que la clínica y la obra social demandadas deben responder por la pérdida de la visión de un ojo ocasionada a un paciente que fue intervenido quirúrgicamente de cataratas, pues tal secuela pudo haber tenido origen en el trauma quirúrgico de la cirugía a la que se sometió, lo cual resulta suficiente para tener por justificada la relación de causalidad entre el hecho y el daño, en tanto la falta de instrumentación de la historia clínica impide comprobar si en la emergencia se obró siguiendo las reglas del arte, máxime si tampoco se ha materializado el consentimiento informado del paciente. (33) Asimismo la Sala K de la CNCiv. consideró que a los fines de tener por acreditado el consentimiento informado, no cabe presumir que la actora haya estado debidamente informada de las posibles consecuencias de una nueva cirugía estética, toda vez que el accionado debió cerciorarse de ello y asentarlo en la historia clínica, pues, dada la existencia de complicaciones anteriores, lo que cabe presumir es que la damnificada accedió a la intervención quirúrgica ante la promesa de una mejoría en su situación. (34)

Además *debe ser completo*, (35) *y contener una información veraz de los riesgos* en que se puede ver subsumido el paciente, en este orden argumental ha dicho la sala K de la CNCiv. que el cirujano plástico demandado es responsable por las complicaciones que sufrió una paciente que se sometió a una intervención estética, puesto que optó por incluir en sus pantorrillas prótesis de gel de silicona indicadas para glúteos, en lugar de utilizar las específicamente diseñadas para piernas, e incumplió con su obligación de informarle a la paciente, en forma adecuada, los posibles riesgos que tal decisión podía traer aparejada, (36) en igual tesitura la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, consideró que corresponde condenar al médico que durante una intervención quirúrgica programada realizó una práctica respecto de la cual no le había informado a la actora sobre la posibilidad de que acaeciera ese riesgo, en el caso, extirpación de los órganos reproductores, ya que no surge de las constancias probatorias que la paciente haya tenido la oportunidad de decidir y, consecuentemente, que haya tenido la chance de negarse a que le efectuaran la práctica. (37)

7. La relación contractual médico-paciente como causa fuente de los deberes que emergen de ella.

La doctrina y jurisprudencia nacional aceptan en forma prácticamente unánime que la responsabilidad de los médicos debe encuadrarse en las reglas del incumplimiento de las obligaciones y no en la de los hechos ilícitos, salvo la hipótesis de delito de derecho criminal, como que se encuentra sometida a los principios

generales de las obligaciones que enuncian los arts. 499 y siguientes y especialmente los arts. 512, 519, 520 y 521 del Código Civil. (38)

Entonces entre el médico y el paciente subyace una relación de tipo contractual, o en el último de los casos, si no los une un contrato propiamente dicho, (39) se aplican los efectos contractuales, que para el caso es indistinto. (40)

Como apunta Ravinovich Berkman, la cuestión subyacente en toda esta temática es la de la naturaleza de la relación medico-paciente. La idea del consentimiento es de raíz contractual, lo cual importa tanto como predicar la existencia de equivalencia entre todas las partes. No hay igualdad, es obvio, porque justamente la desigualdad es la base de los contratos. Pacto con otro a fin de que haga por mi lo que yo no se o no puedo hacer, o para que me de aquello que yo no tengo. Pero el contrato implica, si, equivalencia. (41)

Dicho esto es menester aclarar algunos puntos al respecto, en primer lugar es óbice que hablar de aceptación de la prestación médica en cierta medida involucra un acuerdo. Pero ahora debemos desmesurar si ese acuerdo se desenvuelve en un plano negocial o de intercambio de pensamientos interactivos e igualitarios, o si, en definitiva se subordina a una opinión: la prevaleciente en cuanto al grado de conocimientos, es decir *la del galeno*.

8. Estructura del acto médico: ¿Consentimiento o asentimiento informado?

La recepción normativa del consentimiento informado implica aceptar la facultad insoslayable del enfermo de decidir sobre su propio cuerpo, (42) ahora bien esa facultad *¿se ejerce con autodeterminación o es inducida en base a la falta de conocimientos profundos en la materia?* Creemos, desde esta óptica que no existe intermediación negocial alguna, solo aparece una parte que decide un tratamiento a seguir y otra que lo autoriza, es decir el consentimiento informado se transforma en un *mero asentimiento que recae sobre un acto ajeno*. Cuando hablamos de consentimiento nos representamos la idea de un flujo de posiciones que se compatibilizan en una puesta en común que podemos denominar "acuerdo" (artículo 1137 y 1197 del Cod. Civil), pero como hemos visto, ello no ocurre en el plano médico donde una parte ubicada en una situación de inferioridad cognoscitiva se restringe a aceptar o rechazar el tratamiento propuesto, es decir, aquí estamos frente a un *asentimiento* que recae por parte del paciente en aceptar o rechazar un acto externo del cual no puede ni está capacitado para negociar o debatir.

Lo expuesto explica que diversos fallos hablan de asentimiento en contraposición al consentimiento médico. A modo de ejemplo la sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones sostuvo que la actora, cuando se refiere a la eficacia en su escrito de inicio, no lo asimila a una promesa de resultado, sino como expresamente lo explicita en la apelación, lo es respecto a la necesidad de información, la que tiene como principal finalidad la de dotar al paciente de los elementos necesarios para que pueda asentir o no. (43)

Para entender más profundamente la cuestión nos hemos propuesto ahondar en los conceptos de libertad y autonomía, principalmente para demostrar el estado de la situación actual en cuanto al deber de informar y para revitalizar robustecer nuestra tesitura en torno a que no existe realmente un consentimiento propiamente dicho, sino un verdadero asentimiento por parte del paciente.

9. Apreciaciones sobre la conducta heterónoma a la que se somete el paciente.

Explica KANT que la autonomía de la voluntad es un principio supremo de la moralidad, y la heteronomía de la voluntad es fuente de falsos principios de moralidad. (44) Siguiendo a Rosenfeld se entiende que la heteronomía es tal o ha de definirse como la no autonomía. El principio de ordenación de las relaciones, ligado a la autoridad, impone su modalidad y estatuye los efectos según criterios que tiene en cuenta el interés

general y que razonan, por tanto, la obligatoriedad del precepto para todos cuantos, personas, grupos, instituciones. (45)

Creemos que en el plano del derecho médico la conducta del paciente en la mayoría de los casos se torna heterónoma, porque como dice Weingarten los límites de la comprensión, su ignorancia científica, o los efectos de la enfermedad, tornan vulnerable al paciente y son verdaderos obstáculos que cercenan su libertad de elección e inhiben su capacidad volitiva y racional. (46)

10. La libertad de elección en el plano médico: la aceptación o el rechazo al tratamiento.

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 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado.

También puede rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significan la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

Entendemos que la libertad en la elección del acto medico reposa en una idea de aceptación lisa y llana de una opción establecida por el galeno quien indefectiblemente al momento de exponerla da su opinión en torno a la conveniencia o inconveniencia del tipo de práctica que se trate, exteriorizando sublimemente ante el paciente una posición claramente sugestiva en este último. (47)

El fin de ello recae justamente en desvirtuar la patología o dolencia que pesa sobre el enfermo para evitar que conforme al curso ordinario de los acontecimientos se produzca un resultado indeseado, en este sentido explica Ghersi que todo acto medical interrumpe una causalidad natural patológica (cáncer, traumas de un accidente de transito, etc.) y ello entraña, sin duda, riesgo en el actuar de la Medicina (como ciencia) y en el medico como su "aplicador", de allí que el paciente deba conocer el abanico de posibilidades (desde la no interacción hasta las diversas formas de abordaje medico-asistenciales) y los riesgos que usualmente se conocen y son aceptados por la ciencia medica (esto es, en abstracto y en concreto). Frente a esa información sobre riesgos al paciente tiene derecho a decidir, pues es el ejercicio del derecho personalísimo sobre su propia vida. El médico debe aceptar esa decisión y debe documentarse en la historia clínica (esta permite la circunstanciación de la hora, día, contexto, etc.) (48)

11. El consentimiento informado y las normas imperativas.

Recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dejo delimitado el campo de actuación del consentimiento informado cuando éste atenta contra normas de carácter imperativo.

El conflicto se suscita a partir de la conducta de los representantes de un menor, quienes al concurrir a un nosocomio inmediatamente después de producido el alumbramiento del niño (parto domiciliario) se opusieron a que éste reciba las vacunas previstas en el Plan Nacional de Vacunación y que allí pretendieron aplicarle.

Adoptaron esa posición debido a su propia visión de la medicina, y de la elección que profesan por los paradigmas del "modelo homeopático", y en especial, los "ayurvédicos".

En ese contexto, habían optado por un modelo básico de inmunización basado en directrices nutricionales, sanitarias y de profilaxis que excluyen preferentemente los procedimientos médicos intrusivos. Se amparaban pera justificar la inobservancia del citado calendario, en la exigencia del previo consentimiento informado, el cual han rehusado de modo expreso.

En este marco el magistrado Genoud expuso que resulta inadmisible la negativa de los padres de un menor respecto a la aplicación al mismo de las vacunas previstas en el régimen de vacunación oficial pues, frente a una norma imperativa —ley 22.909— destinada a prevenir enfermedades que una vez contraídas pueden producir secuelas irreversibles, aquéllos no pueden exponer a sus hijos a padecerlas por una elección que excede el ejercicio de la autoridad parental.

En ese orden argumental De Lázzari consideró que debe hacerse lugar al reclamo formulado por un asesor de incapaces a fin de que se obligue a los padres de un menor a cumplir con el Plan de Vacunación Oficial pues, esta es la solución que mejor se compadece con el interés superior del niño.

Por su parte el Magistrado Negri sostuvo que debe rechazarse la pretensión del asesor de menores tendiente a que se obligue a los padres de un menor a vacunar a su hijo pues, los riesgos que exhibe la negativa familiar fundada en la elección que profesan por los paradigmas de la medicina homeopática, no parecen ser mayores a los que pudiese provenir de la aplicación compulsiva de la solución contraria. (49)

12. Eficacia del asentimiento prestado.

Ello nos lleva a sostener, con Weingarten, que el consentimiento del paciente se encuentra sumamente relativizado, y por ende su eficacia jurídica muy limitada, especialmente cuando se lo desea imponer como eximente de una eventual responsabilidad. (50)

Explicaba Ghersi, que es claro que la persona jurídica (centro de imputación) como ser humano (centro de decisiones por razonabilidad) ejerce determinados derechos personalísimos (art. 19 CN y 1071 bis CC) como el derecho a la vida (premisa), a la salud y disposición del propio cuerpo (derivados), en donde la otra persona jurídica y profesional (medico), previo cumplir con su obligación de informar los riesgos documentadamente (historia clínica), debe aceptar la decisión del paciente lo haga con aptitud reflexiva y siendo mayor de edad (o, en su caso, los representantes legales). Continúa aseverando el autor que esta situación es apta en si misma como situación justificante de la conducta omisiva del medico (Art.34 CP), y cuya prueba le es o será requerida y deberá estar en la historia clínica suscripta por el paciente o sus representantes legales, por consiguiente, no es necesaria ninguna autorización judicial. (51)

En este sentido, tal como lo prevé el nuevo art. 11 bis de la ley 26.742 ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma.

13. Validez jurídica del consentimiento informado.

En la doctrina extranjera, y aun en la americana a la que se le atribuye el nacimiento y desarrollo de esta teoría, el consentimiento otorgado por el paciente, en realidad no tiene el mismo alcance y validez jurídica como el que se le pretende otorgar en nuestro país.

En este sentido, se afirma que la aptitud para consentir involucra al mismo tiempo cuestiones sociales, médicas y jurídicas. No se trata de un concepto rígido, pues escapa a una definición estricta y tampoco es un criterio invariable, ya que debe ser analizada en el particular contexto y situación en que se encuentra el individuo. (52)

Por lo tanto el consentimiento informado se transforma en una mera pauta de interpretación de la cual el juez se puede nutrir al momento de considerar una determinada situación de praxis médica. Lo que si es seguro, es que ante la ausencia del mismo se evidencia en torno al galeno un incumplimiento de la obligación determinada, que si a su vez ocasiona un daño constituye una prueba candente de la deficiente praxis médica.

14. La urgencia como eximente de la obligación de obtener el consentimiento informado.

El art. 59 del Anteproyecto de Código Civil estipula que nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin sus consentimientos, excepto disposición legal en contrario. Por su parte, el art. 9 de la ley 26.529 prescribe que *"...el profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales..."* Asimismo dispone que *"...Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo..."*

En determinadas circunstancias el galeno puede intervenir eximido del deber de informar, como dicen Highton y Wierzba se considera que el medico puede actuar sin el consentimiento informado del paciente, cuando las circunstancias extremas del caso así lo justifiquen. La emergencia desplaza la necesidad del consentimiento informado, por cuanto generalmente involucra cuestiones de vida o muerte. Y al hallarse en juego la posibilidad de supervivencia de la persona, tratándose de momentos en que es difícil comprender explicaciones o tomar decisiones, tendría poco sentido detener la acción médica para discutir aspectos relacionados con la libertad personal y el destino del propio cuerpo. Las situaciones de urgencia justifican que se de preeminencia al valor vida por sobre el valor libertad, pues aquel es requisito para que pueda existir este ultimo. (53)

15. Consentimiento informado y responsabilidad civil del médico.

La herramienta defensiva que avala el buen obrar médico: vale la pena señalar que cuando el acto cumple con los recaudos del caso puede constituir una sólida herramienta defensiva para el galeno, aún cuando el resultado de su práctica haya sido desfavorable al paciente. El consentimiento informado no libera al profesional de las consecuencias de una conducta negligente o imprudente, pero sí lo exime de responsabilidad por la ocurrencia de un riesgo informado al enfermo y que ocurriera pese a la buena práctica, ya que en este caso habría sido el paciente —y no el profesional— quien decidió afrontarlo. (54)

Así se dijo que corresponde rechazar la acción de daños y perjuicios por mala praxis médica interpuesta, contra el cirujano que practicó una intervención oftalmológica refractiva, con sustento en la falta de recuperación total de la visión del actor si, en el consentimiento informado firmado por éste, se le hizo saber que el resultado del acto quirúrgico podía no ser la corrección total de su trastorno ya que, la expresa conformidad brindada con

la práctica quirúrgica propuesta, no puede ser enervada con la genérica manifestación de haber estado mal informado y haber recibido un promesa de completa curación, sin fehaciente sustento probatorio. (55)

La relación de causalidad: El acto humano, dicen Alterini, López Cabana y Ameal debe haber sido conforme a la experiencia, propio para producir el resultado, (56) en este sentido el consentimiento informado, en cuanto a su exactitud, alcance y circunstancias opera bajo las mismas reglas.

Sabido es que el médico debe informar sobre riesgos normales, (57) previsibles, de común ocurrencia, según las estadísticas, experiencia médica habitual en la especialidad e investigaciones existentes sobre el tema, condiciones de salud del paciente que lo hagan propenso a determinado riesgo. (58)

De este modo, se irrumpe con la relación causal si el médico procura del paciente un consentimiento informado acerca de los riesgos previsibles según la experiencia médica habitual y las condiciones de salud del paciente que lo hagan propenso a determinado riesgo, como asimismo cuando la falta de información no se configura como un hecho determinante en la producción del resultado no pretendido, en este marco la CCyC de San Isidro resolvió que es improcedente la acción de daños y perjuicios incoada contra el médico y el establecimiento asistencial con fundamento en la falta de información sobre la posibilidad de que la operación a la que fue sometido el paciente no tuviese el resultado esperado, pues más allá de que suscribió el formulario donde se informa los riesgos de la operación, no se acreditó que la falta de información adecuada hubiera sido determinante para el sometimiento del paciente a dicha operación. (59)

Entonces, como explica Prevot ante la falta de consentimiento informado, el problema se plantea en términos de "daño resarcible" y "nexo causal", y entiende el autor que es menester evaluar las siguientes hipótesis:

1. El paciente de haber recibido la información, habría optado por el tratamiento o intervención.
2. El paciente de haber recibido la información, habría optado por la no operación o terapia, no obstante que a la postre se ejecuto y de manera diligente,
3. El paciente no recibió la información y la intervención se ejecutó, aunque en forma imperita. (60)
4. Y nosotros agregamos: el paciente recibió la información pero el médico se extralimitó en su accionar.

Desde nuestro aporte, hemos encontrado los siguientes casos jurisdiccionales que hacen alusión a las hipótesis planteadas precedentemente:

Con *relación al primer supuesto* ha apuntado la Sala B de la CNCiv. consideró que resulta procedente la indemnización por pérdida de chance reclamada por los actores pues el fallecido, ante la omisión del galeno demandado de realizar debidamente el consentimiento informado, no tuvo la posibilidad de decidir no hacerse el tratamiento quirúrgico sugerido y evitar los graves riesgos que existían de que pierda su vida en ese acto. (61)

Con *relación al segundo supuesto* la CSJN entendió que dado que el consentimiento informado tiene como núcleo de su razón de ser posibilitar que el paciente ejercite libremente su voluntad de someterse o no a determinada práctica médica, la responsabilidad que genera el incumplimiento de ese recaudo se asienta en la afirmación de que de haber conocido los riesgos, el paciente no se habría sometido a ella y debe integrarse con los elementos objetivos que indican el estado clínico del paciente y con la evaluación de los medios técnicos alternativos existentes para el diagnóstico y tratamiento, todo lo cual remite a la configuración del marco de opciones con que cuenta el paciente frente a la propuesta profesional. (62) Por su parte, la Sala B de la CNCiv. dijo que cabe responsabilizar a los médicos codemandados por los daños provenientes de la intervención quirúrgica practicada a un paciente —en el caso, fue sometido a una cirugía de hipospadias—, pues, la ignorancia y el desconocimiento de éste último acerca de todos aquéllos peligros derivados de la práctica le privaron la oportunidad de analizar en profundidad el paso que estaba por dar y al mismo tiempo de buscar asesoramiento para el abordaje de otras variantes. (63)

Con *relación al tercer supuesto* se dispuso que corresponde responsabilizar al médico demandado por las lesiones neurológicas sufridas por un paciente en virtud de la realización de un estudio ordenado por dicho profesional toda vez que éste no cumplió con el principio de beneficencia al encomendar un método de diagnóstico invasivo y con posibles efectos nocivos en lugar de otro inocuo, en el caso, se realizó una mielografía cuando era más recomendable una resonancia magnética, y privó al actor de tomar una decisión basada en el libre ejercicio de su autonomía al no cumplir con el deber de suministrar el pertinente consentimiento informado. (64)

Con *relación al cuarto supuesto* se dijo que el médico cirujano demandado traspasó los límites del consentimiento informado cuando al realizar una biopsia para determinar la histología de un tumor, trató de extraerlo en su totalidad al advertir que no podía seccionarlo para obtener la muestra, pues aun cuando el paciente era médico y sabía las consecuencias que traía aparejada la extracción del tumor, de haber optado por ello, lo hubiera acordado expresamente con el demandado. (65)

El consentimiento informado como obligación de resultado: en cuanto a la carga de la prueba del consentimiento informado, expone Compiani, se han expuesto la multiplicidad de opiniones dispares acerca de quién debe probar la observancia o la inobservancia del deber de información. El abanico de posiciones encuentra en un extremo a quienes piensan que la prueba del incumplimiento del deber de información recae sobre el actor, por lo menos, como principio. Ello así en consonancia con las reglas generales de la carga de la prueba de la culpa en materia de responsabilidad médica. En el otro extremo, quienes sostienen que la carga de la prueba de haber brindado información adecuada debe recaer sobre el profesional médico, por resultar el deber de información un elemento esencial del negocio jurídico en cuestión y encontrarse éste en mejores condiciones de probar la conformación del consentimiento. (66)

Con relación a la primera tesitura ha dicho la jurisprudencia que el incumplimiento de la obligación de hacer a cargo del profesional médico sólo se prueba demostrando la culpa, demostración que se encuentra a cargo del paciente, debiendo exigirse a éste la justificación de que no ha existido consentimiento informado, especialmente cuando el actor conocía perfectamente la gravedad de su estado de salud y, por ende, los riesgos que la actividad médica implicaba. (67)

No consideramos atinada dicha postulación por lo argumentos que expondremos a continuación.

La cuestión surge en determinar que carácter tiene esa obligación, si se trata de una obligación de diligencia de prudencia o de medios; o si por el contrario es una obligación determinada o de resultado. (68) En ambos casos las consecuencias jurídicas difieren notablemente, en este orden de ideas, siguiendo a los Mazeuad y Chabas, se puede decir que, si la obligación es determinada, y el resultado no ha sido obtenido se debe probar que la inejecución proviene de una causa que le es extraña. (69)

En estas obligaciones, apuntan Trigo Represas, y López Mesa, con prescindencia de la fuente que la origine, al acreedor le basta con demostrar la existencia de la obligación o el acontecimiento dañoso, para que se presuma la culpa del deudor. (70)

Si la obligación que pesa sobre el deudor es la de conducirse con prudencia o diligencia, hay que demostrar que el deudor no se ha comportado con la diligencia y prudencia a las cuales está obligado. La prueba de una imprudencia o negligencia del deudor está a cargo del acreedor, (71) como dicen los Maestros franceses Mazeuad y Chabas, el interés práctico de la distinción es capital en el campo de la

El art. 6 de la ley 26.529 dispone que *"...toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente..."* a poco que se analice no caben dudas que se trata de una obligación de resultado en los términos de los Mazeaud una "obligación determinada".

En este sentido explica Bueres, que el deber de conducta secundario, en relación con la obligación principal de prestar el servicio de salud, destinado a evitar que los pacientes sufran daños corporales, ya sea por la producción de accidentes, o bien por cualesquiera otra circunstancia, configura una obligación de resultado, (73) ya que no existe aleatoriedad alguna en relación a la conducta impuesta por la ley que prescribe la mencionada diligencia. (74)

El principal efecto que ello conlleva es la inversión de la carga de la prueba porque en definitiva el galeno se encuentra en mejor posición de acreditar si ha cumplido dicho recaudo, máxime teniendo en cuenta que ello no le causa ningún agravio, porque como dice MORELLO, nadie puede sentirse afectado si, por encontrarse en las mejores aptitudes de conocimiento técnico y haber actuado de modo gravitante en el evento de que se trata, se lo reputa estar en posición para satisfacer la demostración pertinente. (75)

Como se ha sostenido, bajo la doctrina del consentimiento informado, el medico es responsable aun cuando se halla libre de negligencia en el tratamiento del paciente, cuando ha actuado sin el consentimiento del enfermo o mas allá del consentimiento dado, o cuando actuara no habiendo informado al paciente acerca de los riesgos de un tratamiento en particular de tal manera que este pudiera decidir si quería someterse al mismo. (76)

Es decir, que aún cuando el profesional no hubiese incurrido en negligencia o torpeza, puede igualmente generarse responsabilidad por los daños, si el médico hubiese actuado sin el consentimiento informado. Desde esta óptica, el concepto de mala praxis médica incluye no sólo la negligencia o la torpeza en la realización del tratamiento o práctica, sino también en realizarla sin haber anticipado al paciente los datos suficientes para que éste pudiese prestar su consentimiento informado. (77) Con similar concepción la Corte de Casación de Italia dijo que la diligencia o no en la ejecución del tratamiento (terapéutico radiante) no reviste implicancia alguna a los fines de tener por constatada la violación del consentimiento informado. Pues la conducta dañosa subsiste por la sencilla razón de que el paciente, a causa del déficit de información, no ha sido puesto en su condición de asentir libre y voluntariamente su tratamiento con plena y cabal conciencia de las posibles consecuencias nocivas que este le pueda acarrear. Por consiguiente, en el plano del daño consecuencia, constatado el solo empeoramiento de la salud e integridad física del paciente, es del todo indiferente indagar acerca de la debida ejecución de la prestación terapéutica. (78)

Ahora bien, esa omisión debe encontrarse en relación de causalidad adecuada con el daño que se le provoca al paciente, el cuál siempre debe ser probado por quien pretende su reparación.

Es decir, siendo el consentimiento informado, como hemos dicho, una obligación de resultado, pesa sobre el galeno el deber de acreditar su cumplimiento porque se produce una mutación en el peso de la carga probatoria, pero incumbe a la víctima la prueba de la existencia del daño, como asimismo de los demás presupuestos de la responsabilidad aún cuando éste devenga de la omisión del galeno y fuera extrapatrimonial.

En este sentido la Sala C de la CNCiv. entendió que la circunstancia de que el médico que realizó el implante de una prótesis mamaria que presentó una fisura, en el caso, ello provocó que se desinflara, hubiera incumplido su obligación de obtener el consentimiento informado de la paciente, no genera per se responsabilidad, si al mismo tiempo no se configuran, derivados de aquella omisión, los restantes requisitos de la responsabilidad. (79)

Si bien normalmente, como enseñan Highton y Wierzba la responsabilidad de un médico en tratamientos por él administrados se basa en el fracaso del profesional en el ejercicio del grado de habilidad y cuidado requeridos, bajo la doctrina del consentimiento informado se puede llegar a cuestionar a un médico en circunstancias en las cuales se halle libre de negligencia en el tratamiento del paciente, mas habiendo actuado sin el consentimiento del enfermo, o más allá del consentimiento dado; o cuando actuara no habiendo informado al paciente acerca de los riesgos de un tratamiento en particular, de tal manera que éste pudiera decidir si quería someterse al mismo. (80)

Para Weingarten la información constituye en si mismo un resultado que debe acreditar el profesional, caso contrario existirá una presunción de incumplimiento, acarreando responsabilidad subjetiva (Art. 512 y 520 CC), (81) si bien coincidimos con la primera parte de la aseveración de la autora, nos atrevemos a disentir con ésta última propuesta, habida cuenta que creemos que el carácter de obligación de resultado modifica el factor de atribución objetivándolo por completo.

La procedencia del daño moral: desde ya hace un tiempo, enseña López Mesa, se pasó de un abordaje del daño que ponía el énfasis en el daño patrimonial a otro que contemplaba también el daño moral, como un paso más en la búsqueda de la reparación integral del daño a quien lo ha sufrido. El hombre es preciado como persona de manera integral, vale por lo que es y no por lo que tiene. (82)

El contrato medico descansa en una sólida base de conocimiento y depósito de expectativas reciprocas entre el médico y el paciente, como dice Weingarten se trata de un típico contrato de confianza, esta confianza impone un comportamiento ético una conducta ajustada a la buena fe que el derecho debe proteger, de allí que el incumplimiento del deber de información implique una defraudación a la confianza depositada en el profesional que puede causarle al paciente un daño moral reparable, con independencia del daño económico, dada la autonomía de ambos (Art. 522 CC). (83) Coincidimos con Prevot en creer que el exponer al paciente a tratamientos terapéuticos sin previa información de los riesgos inherentes al mismo, le ocasiona en principio, un daño no patrimonial (84)

En este sentido la sala D de la CNCiv. consideró que el médico que extirpó a la actora un ovario que contenía un quiste benigno, debe afrontar la indemnización del perjuicio moral que le causó dicha práctica realizada sin su consentimiento informado, pues según las probanzas de la causa pudo existir la posibilidad de que salvase su ovario y de que se extrajera sólo el quiste, pero fue privada de la opción de acudir a otro profesional para que se le conserve el ovario por la ausencia de una adecuada información sobre la intervención, (85) Asimismo en Córdoba se responsabilizó al médico demandado por el daño moral causado al paciente que padece impotencia sexual luego de un tratamiento que podía provocarle efectos colaterales, en tanto al momento de ofrecerle la terapéutica —en el caso, aplicación de inyecciones de una sustancia vasoactiva— omitió brindarle la información detallada acerca de sus riesgos y complicaciones que podían sobrevenir. (86)

16. Las directivas anticipadas en la doctrina y en la reciente legislación y jurisprudencia de nuestro país.

El derecho al rechazo de un tratamiento médico, es la contrapartida y a su vez, la consecuencia natural del consentimiento informado. En efecto: toda vez que se reconozca a los particulares un derecho de ser informados de los aspectos relevantes que hacen a la terapéutica medica que se les propone, y a consentir su aplicación, deberá reconocérseles la facultad de rechazar tal tratamiento. En definitiva, la doctrina del consentimiento informado, lleva ínsita una polémica de carácter ético. La autonomía de la voluntad del paciente para tomar decisiones se ve contrastada con el deber del medico de usar su mejor juicio y habilidad para maximizar la salud de aquél, y el tema llega a su estado más crítico cuando, en situaciones extremas, debe asumirse posición en cuanto a quien tiene derecho a tomar la decisión final: es decir, el medico o el paciente. (87)

La cuestión denota uno de los puntos más controvertidos en torno al deber de información y al derecho del enfermo. Nosotros venimos pregonando en diversos trabajos sobre la primacía del *principio de autodeterminación*, —el cual goza del mayor consenso en la jurisprudencia actual, y que ahora cobra mayor rigidez normativa—, *el cuál debe prevalecer sobre el deber de preservar la vida que pesa sobre el médico.*

Ello pues, —como ya lo hemos escrito—, *el derecho a la vida y a la curación son justamente eso un derecho, no una obligación, por lo tanto si bien es loable la obligación del medico de exteriorizar, conforme a su ciencia, todos los medios necesarios*

para obtener la curación del paciente, este derecho a la salud cede ante la autonomía de la libertad, la cual si es expresada en una situación de normalidad y con plena competencia es completamente válido para rehusarse incluso a un tratamiento considerado vital, es decir, el derecho a la vida no puede transformarse en una obligación a vivir, el derecho a la salud, no puede constituir una obligación a ella, máxime cuando entra en colisión una cuestión trascendental como es la dignidad humana. (Vg. Como en el caso de un sujeto que, por cuestiones religiosas, se niega a un tratamiento médico porque considera que este atenta contra su conciencia). (88)

La *jurisprudencia de nuestro país* ya venía expidiéndose sobre la cuestión en determinados pronunciamientos que circunscribían los marcos en los cuales eran válidas este tipo de directivas. Así se ha dicho que:

1. Constituye un deber de los profesionales de la medicina el de respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, respecto de un paciente que padece una grave, progresiva e irreversible enfermedad, y de someterse a procedimientos médicos invasivos, ya que el principio rector de carácter general es la autonomía personal.
2. Debe ser respetada si se trata de una decisión adoptada libremente y con pleno discernimiento, contando además con el acuerdo de todo su grupo familiar primario.
3. Constituye una conducta autorreferente, las decisiones autónomas hacen a la idea misma de la dignidad de la persona humana y al respeto a sus libertades fundamentales.
4. Encontrándose el paciente, que padece una irreversible enfermedad, con plena lucidez mental y libertad para autodeterminarse, su firme decisión en el sentido de no aceptar procedimientos médicos invasivos y a permanencia debe ser respetada de conformidad al art. 19 de la Constitución Nacional.
5. Ello, por cuanto el desarrollo progresivo e irreversible de la dolencia podría provocar la necesidad de acudir a los procedimientos no deseados por aquélla, con grave detrimento de su dignidad e integridad personal. (89)

Desde el punto de vista normativo, el art. 60 del Anteproyecto de Código Civil establece que la persona plenamente capaz, puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de ejercer su curatela.

Correlativamente, pero de manera más restrictiva, el reciente art. 11 de la ley 26.529 modificado por la ley 26.742 dispone que toda persona capaz, —y agrega—, "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.

La declaración de voluntad debe formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración puede ser revocada en todo momento por quien la manifestó.

Recientemente hemos sido testigo de la expedición concreta la CSJN en los autos caratulados: "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias" aplicando la reciente ley sancionada, y más precisamente el artículo precitado.

Contaremos brevemente en que consintieron los hechos que motivaron su intervención. El día 30 de mayo de 2012, ingresa al un nosocomio un joven con un hematoma intraparenquimatoso y lesión inguinal secundario, con motivo de una herida de arma de fuego como consecuencia de un intento de robo. Se encontraba en estado crítico, con pronóstico reservado, internado en el área de terapia intensiva y los médicos que lo asistieron habían destacado la necesidad de efectuarle una transfusión dado su estado.

El paciente pertenecía al culto "Testigos de Jehová". El día 18 de marzo de 2008 presentó una declaración efectuada por él —con anterioridad a su hospitalización— certificada por escribano público, en la que manifestaba dicha pertenencia y que por tal motivo no aceptaba transfusiones de sangre.

Habida cuenta que al momento de iniciarse las actuaciones, el paciente no se encontraba en condiciones de expresarse por sí mismo, la cónyuge del joven hospitalizado, se opuso al planteo efectuado por el progenitor invocando la existencia de la mencionada expresión de voluntad y solicitando se respete dicha decisión.

La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al revocar el pronunciamiento de primera instancia, denegó la medida precautoria solicitada por el padre del joven a los efectos de que se autorizase a los médicos tratantes de su hijo mayor de edad a efectuarle una transfusión de sangre, que resultaba necesaria para su restablecimiento.

Después de enumerar los derechos que se encontraban involucrados en la cuestión planteada, —derecho a la vida y a la salud, autonomía individual, libertad religiosa y de conciencia—, la alzada señaló que el paciente había dejado expresada su voluntad en relación a una situación como la que se había generado, al obrar en el expediente un documento que daba cuenta de "directivas anticipadas" en el que expresamente se negaba a recibir transfusiones de sangre aunque peligrase su vida. Asimismo, sostuvo que dichas directivas, —que según el art. 11 de la ley 26.529 debían ser aceptadas por los médicos—, resguardaban el principio constitucional de libertad de autodeterminación, entendido como soporte de conductas autorreferentes, sin que se diera en el caso el supuesto excepcional de la citada norma que impide las prácticas eutanásicas.

Por ende, el a quo consideró que tales directivas debían ser respetadas priorizando la voluntad del paciente fundada en su derecho a la autodeterminación, sus creencias religiosas y su dignidad, y que las manifestaciones realizadas por su padre no llevaban a considerar que pudiese haber mediado algún cambio en la idea religiosa del joven, pues de haber existido intención de modificar el testamento vital, lo lógico era que hubiese revocado la voluntad expresada en el instrumento analizado.

El día 1 de Junio de 2012 en autos: "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias" (90) la cuestión es resuelta por nuestro Máximo Tribunal Federal, el cuál sentó algunas premisas de interés para futuros pronunciamientos:

1. Similitud con el caso Bahamondez: las cuestiones que llegan a conocimiento de la Corte remiten a aquellas que dieron origen al precedente "Bahamondez" (Fallo: 316:479) en el que un paciente afectado por una hemorragia digestiva, con anemia y melena se negó a recibir transfusiones de sangre por considerar que eran contrarias a las creencia del culto "Testigos de Jehová" que profesaba. (91)

2. Diferencia con dicho precedente. Estado de inconsciencia: sin perjuicio de lo expresado, el caso resuelto por la CSJN presenta particularidades que en alguna medida lo distinguen del precedente mencionado y que requieren las siguientes precisiones: primero, que Pablo Albarracín ingresó a la clínica Bazterrica en estado de inconsciencia por lo que no pudo manifestar a los profesionales médicos cuáles eran las terapias o procedimientos médicos o biológicos que estaba dispuesto a aceptar conforme a las creencias de su culto.

3. Existencia documentada del instrumento en donde consta la declaración de voluntad: por su parte, hay constancia de que en el 18 de marzo de 2008, firmó un documento en el cual manifestó no aceptar "transfusiones de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma bajo ningún concepto aunque el personal médico las crea necesarias para salvarme la vida".

4. Documento existente: cierto, real y con intervención del actuario: en la causa no existen elementos que permitan albergar dudas respecto de la validez formal del documento señalado, dado que obra en autos el original firmado de puño y letra por Pablo, ante el escribano público Natalio R. Strusberg que procedió a su certificación (conforme surge de la certificación notarial de firmas e impresiones digitales Libro de requerimientos n° 12, Acta n° 372 F° 372).

5. Documento válido: comprensión del alcance del mismo y carencia de vicios en el instrumento: no existen pruebas claras y convincentes de que el paciente al momento de expresar dicha voluntad no haya considerado la trascendencia y las consecuencias de su decisión; tampoco las hay para considerar que esa voluntad fue viciada por presiones de terceros o de que la opción efectuada haya sido adoptada con otra

intención que la de profesar el culto. Por ende, no existen razones para dudar de que el acto por el cual Pablo ha manifestado su negativa a ser transfundido fue formulado con discernimiento, intención y libertad.

Desde esta perspectiva creemos, que en este precedente la CSJN ha dejado en claro que las directivas anticipadas que emanan de la voluntad del paciente, —o, en su caso, de los sujetos autorizados por la ley para exteriorizarla—, y cuya existencia se encuentran documentada en un instrumento público, detentando el mismo las características de cierto, real y desprovisto de vicios, son suficientes para

17. Nuestras conclusiones.

El tema del consentimiento informado, lejos de estar agotado y superado día a día nos presenta nuevas aristas, matices y perspectivas. Los conflictos que con el tiempo se van superando por un consenso doctrinario y jurisprudencial, —y ahora con mayor raigambre normativo—, dan asimismo lugar a nuevos interrogantes que en definitiva, enriquecen un tema candente y temerario como lo es la salud y la relación entre quién tiene a su cargo la dura misión de tratar de preservarla o cuidarla y quien por esos destellos del destino se encuentra en la difícil situación de carecer de ella.

Hemos desarrollado hasta aquí los aspectos puntuales sobre los cuales recae desde nuestra posición sobre los aspectos más conflictivos del tema tratado, nos proponemos en este cierre dejar plasmada una óptica global en trono a cada una de las cuestiones analizadas.

En cuanto a la capacidad: no creemos necesario acudir a la rigidez de los preceptos comprendidos en nuestra normativa civil, porque consideramos que la posibilidad del entendimiento de un determinado tratamiento es una cuestión intelectual que nada se relaciona con la edad biológica, el déficit reposa en otros aspectos que no tienen que ver con la cronología del sujeto sino con su aptitud, la cual como hemos expuesto, en la mayoría de los casos se torna insuficiente para obtener el verdadero fin.

En relación a la forma y prueba: consideramos que el principio es que no se exigen formalidad especial para la exteriorización del consentimiento informado, es más en muchos de los casos éste se desarrolla de manera completamente informal. Solo en determinados supuestos la ley lo exige bajo la escritura. No obstante ello, es de buena praxis medica dejarlo instrumentado de esta última forma, habida cuenta que ello constituirá una prueba cabal al momento de desvirtuar una potencial demanda de daños contra el galeno.

En miras a la relación jurídica existente: entendemos que la relación médico paciente se desenvuelve en un plano contractual en donde una de las partes se encuentra en una situación de desprotección jurídica o debilidad porque su voluntad solo se remite a aceptar o rechazar una serie de alternativas médicas, las cuales en la mayoría de los casos desconoce sus efectos y consecuencias. Desde esta perspectiva decimos que existe por parte del paciente un asentimiento al tratamiento elegido por el médico al cual difícilmente el primero se puede contraponer.

Creemos que el *consentimiento informado en el derecho argentino constituye para el galeno una obligación de resultado*. Si bien durante el desarrollo del presente trabajo hemos dejado plasmada

Por un lado no caben dudas que se configura *una obligación de resultado* dentro de la obligación genérica del galeno que es de medios. Es decir, la obligación de curar o de tratar a un paciente constituye una obligación de medios cuya principal consecuencia jurídica recae en la posibilidad de eximirse de responsabilidad demostrando un obrar diligente y prudente en su accionar, en definitiva probando que la praxis se ha ajustado a la *lex artis*. (92) Pero dentro de la obligación genérica del medico que, como dijimos, es de medios existen pequeñas obligaciones de resultado, entre ellas la de brindar información y luego de ello que el paciente acepte el

tratamiento, esta especie de prestación, como ya hemos visto, *no puede ser desvirtuada demostrando un accionar diligente sino probando el efectivo resultado*.

Compartimos con Garrido Cordobera que la responsabilidad civil se encuentra en una etapa de revisión, en donde se observa una mayor consideración y reconocimiento de los derechos de los débiles jurídicos, (93) en estos supuestos parece indiscutible que la posición de minusvalía jurídica la detenta quien se encuentra privado de su salud y en manos de un tercero que va a decidir su destino.

Por otra parte, en materia de responsabilidad civil de los profesionales médicos y a consecuencia de que el deber de los facultativos por el común, es de actividad, pesa sobre el paciente la prueba de la culpa, (94) pero dado el carácter de obligación de resultado que propugnamos resulta menester señalar que se produciría en este marco una inversión de la carga de la prueba, debiendo el profesional médico acreditar el cumplimento de dicha diligencia.

Con relación a las *reformas incluidas por la ley 26.742 muchas las cuales se condicen con el art. 59 del Anteproyecto de Reformas al Código Civil*, podemos precisar que el paciente goza del derecho:

* A manifestar la voluntad del en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado.
* A rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.
* A revocar la decisión de consentir o rechazar los tratamientos indicados por el profesional.
* En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, pueden la ley le otorga el derecho de brindar el consentimiento como asimismo a revocarlo, —siempre que estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales—, las siguientes personas: el cónyuge no divorciado que conviva con el fallecido; o la persona que sin ser su cónyuge conviva con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de 3 años, en forma continua e ininterrumpida; los hijos mayores de 18 años; los padres; los hermanos mayores de 18 años; los nietos mayores de 18 años; los abuelos; cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; el representante legal, tutor o curador.

En cuanto a las directivas anticipadas que surgen del *art. 11 de la ley 26.742, las cuales se condicen con el art. 60 del Anteproyecto de Reformas del Código Civil*, y teniendo en consideración las premisas esgrimidas por la CSJN en el caso Albarracini, podemos señalar que el galeno debe abstenerse de llevar a cabo la prácticas médicas cuando el paciente ha dispuesto directivas anticipadas sobre su salud, consintiendo o rechazando determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, las cuales deberán ser aceptadas por el médico a cargo, siempre que ellas:

1. Emanen de la voluntad del paciente,
2. Que sea mayor de edad,
3. Que no impliquen desarrollar prácticas eutanásicas.
4. Que se encuentra formalizada por escrito ante escribano público o Juzgados de primera instancia, con la presencia de dos testigos.
5. Detentando el mismo las características de cierto, real y desprovisto de vicios.
6. Que no haya sido revocado por el paciente.

18. Bibliografía.

* AIZENBERG, Marisa; ROITMAN, Adriel J., Algunas reflexiones acerca de la responsabilidad de los médicos frente a los tratamientos de embellecimiento RCyS, 2010-VIII.

* CECCHETTO, Sergio. "Consentimiento informado. Antecedentes históricos, oscuridades terminológicas y escollos de procedimiento". En *Bioética y derecho cuestiones actuales*. BLANCO, Luis Guillermo (Compilador). Ed. Universidad, pp. 91/116.

* DE BRANDI, Nelly A. Taiana y LLORENS, Luis Rogelio, "El consentimiento informado y la declaración previa del paciente" En *Revista del Notariado*. Vol. 866. Feb. 2002, pp. 83/97.

* DI GIULIO, Gabriel. "Consentimiento informado en el proceso", LA LEY, 2009-A, 1192/1196.

* GALÁN CORTES, Julio. "Estado actual de la responsabilidad civil médica" *Revista de Derecho Privado*. Ed. Hammurabi, pp. 1555/1565.

* GARRIDO CORDOBERA, Lidia R. "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad". *Revista de Jurisprudencia Argentina*, t. 1990-III, pp. 188/191.

* GHERSI, Carlos A. "El derecho medico y la corte Suprema de justicia. Las "decisiones" como precedentes para los tribunales inferiores. El consentimiento informado: validez y eficacia. El paciente y el derecho de decidir. El Objeto de conciencia". En *Revista de Jurisprudencia Argentina*, t. 2000-I, pp. 801/805.

* HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., *La relación médico-paciente: El consentimiento informado*. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1991.

* HIGHTON, Elena, "La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico. El difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Año 1992, N° 1. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fé, pp. 165/212.

* JALIL, Julián E. "El consentimiento informado: una de las aristas rectoras del buen ejercicio médico", publicado en RCyS I 2011.

* JALIL, Julián E. "Responsabilidad del Galeno desde la perspectiva del consentimientos informado y el carácter de la obligación asumida" en *Salud y Conciencia Pública*. Dir. por Carlos J. RAGAZZONI y L. GARRIDO CORDOBERA. Ed. Fundación Sanatorio Güemes. Buenos Aires. 2011, p. 317 y ss.

* JALIL, Julián E. El consentimiento informado y la responsabilidad civil deviniente de su falta de otorgamiento. (Consideraciones en torno a los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud en la ley 26.529). Publicado el 11/07/2011, en Suplemento de Derecho de Daños, elDial.com - DC164B.

* KRAUT, Alfredo J., "Médicos y deber de información: responsabilidad civil en caso de incumplimiento", en *Derecho Privado*, Libro Homenaje a Alberto Bueres, Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 2001.

* LAVALLE, Olga O. "Consentimiento informado en adolescentes" En *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Vol. 2000. t. IV. Buenos Aires, p. 1067/1074.

* LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Ed. Ubijus — Legis. Buenos Aires, 2007.

* LOPEZ MESA, Marcelo. *Curso de las obligaciones. Ed. Depalma. Buenos Aires. 2001*.

* LOPEZ MESA, Marcelo. VALENTE, Luis Alberto. "El Negocio jurídico. (Manifestación de voluntad libre y consciente)", LA LEY, 1992-E, 965/979.

* LORENZETTI, Ricardo L. *Responsabilidad civil de los médicos*, t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fé. 1986.

* MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, François. *Derecho Civil. Obligaciones*, t. I. Traducción de Luis Adorno. Editorial Zavalia. 1997.

* PICASSO Sebastián. "Obligaciones de medios y de resultados" *Revista de Jurisprudencia Argentina*, t. 1996-II. Buenos Aires. 1996. pp. 713/732.

* PREVOT, Juan Manuel. "Consentimiento informado y responsabilidad civil", LA LEY, 2006-E, 96/99.

* RAVINOVICH BERKMAN Ricardo. *Actos jurídicos y Documentos Biomédicos*. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2004.

* RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol*, t. IV. Las Obligaciones. Volumen I. Ed. La Ley. Buenos Aires.

* ROSENFELD, Carlos L. "Autonomía de la voluntad y orden público". En *Revista Notarial*. N° Especial N° 853. Pags 2155/2172.

* TRIGO REPRESAS, Félix A., LOPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, t. II. Ed. La Ley. 2004.

* VALENTE, Luis Alberto y CALCAGNO, Liliana. Consentimiento informado y bioética práctica. En LA LEY, 2008-E, 996/1005.

* WEINGARTEN, Celia. "Contrato y Responsabilidad medica El deber de información y el consentimiento informado. (Una visión crítica)". En GHERSI, Carlos. *Problemática moderna de la relación médico-paciente*. Ed. Jurídicas Cuyo, pp. 37/54.

(1) Secretario de Cámara. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Civil (U. de Salamanca - España). Especialista en derecho de daños (UBA). Posgraduado en Derecho de los Contratos UBA (Anual). Posgraduado en el Posgrado bianual de Derecho de la Salud en la UBA. Posgraduado en Responsabilidad Civil en la Universidad Abierta Interamericana (Anual). Carrera Docente Completa en la UBA. Profesor del Doctorado en Derecho de la UCES. Profesor Invitado en la Universidad de la Coruña. (España). Prof. de la Especialización en derecho notarial e inmobiliario de la UNLP. Ex Profesor del Posgrado en Derecho de los Contratos de la UBA dirigido por R. Lorenzetti. Profesor de la Diplomatura en Administración de Consorcios en la UAI. Ex Profesor del Curso profundizado de Daños y Contratos del Colegio de abogados de la Capital Federal. Profesor del Curso de derecho de la Salud que se dicta en el CIJUSO. Ex Profesor de la U. Nacional de San Martín. Ex Profesor en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor adjunto de la Universidad Abierta Interamericana, en la Cátedra de "Obligaciones Civiles y Comerciales" Profesor en la Cátedra de "Contratos Civiles y Comerciales" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos. Aires. Ex Profesor de la Universidad de Morón, en la Cátedra de Derecho Civil III. Profesor de Derecho Civil I y de Derecho Civil II en la Universidad Nacional San Juan Bosco de la Patagonia. Investigador rentado de la Univ. de Ciencias Empresariales y Sociales y de la Univ. de Morón. Director de Proyecto de Investigación sobre "LDC y Daño Moral". Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Director del Curso de Derecho de la Salud del CIJUSO (Colegios de Abogados de la Provincia de Bs. As). Ex Sub-Director del Curso Profundizado de Daños y Contratos que se dicta en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF-UAI). Ex coordinador del Posgrado de Contratos de la Facultad de Derecho de la UBA dirigido por Ricardo Lorenzetti.

(2) JALIL, Julián E., "El consentimiento informado: una de las aristas rectoras del buen ejercicio médico", publicado en RCyS XII, 81. Ver asimismo: JALIL, Julián E en "Salud y conciencia publica" Dir. por Carlos J. RAGAZZONI y L. GARRIDO CORDOBERA. Fundación Sanatorio Güemes, Buenos Aires, 2011. También adquiere gran ductilidad para deslindar o atribuir responsabilidades en los casos de "equipos médicos" ya que éste accionar colectivo aparece ordinariamente en nuestros días, así explica GARRIDO CORDOBERA que dentro de la temática de la responsabilidad de los médicos que viene trabajándose y depurándose en los últimos años, encontramos la situación en la cual el médico ya no actúa aislado sino en grupo o mejor dicho en equipo, ello debido a las transformaciones que se ha operado en el ejercicio de la medicina y a la necesidad de alta especialización en ciertos casos. GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., Problemática del accionar del equipo médico, DJ, 12/11/2008, 1971. El deterioro de la binomia médico-paciente consagra la necesidad de cumplir con recaudos cada vez más rigurosos para preservar el buen desenvolvimiento medico. En este marco, la historia clínica y el consentimiento informado operan como las principales herramientas defensivas a través de las cuales se puede probar el correcto cumplimiento de la lex artis. JALIL, Julián E. El consentimiento... Ob. Cit. p. 85 y ss.

(3) En este sentido se recomienda la lectura de las obras de TRIGO REPRESAS, Alberto, F. LOPEZ MESA, Marcelo, Tratado de la Responsabilidad Civil. La Ley. 2004, Buenos Aires, 2004. BUERES, Alberto J. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997. CALVO COSTA, Carlos A., Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial, La actuación de los operadores del sistema de salud analizada a través de la doctrina y la jurisprudencia, Buenos Aires, 2007. CUMPLIDO Manuel - GONZÁLEZ ZUND, Ariel, Daño médico. Aspectos legales en la práctica médica. Mediterránea. Municipalidad de la Ciudad de Córdoba. 2005. GHERSI, Carlos, Responsabilidad por prestación médico asistencial. Responsabilidad médica. Historia Clínica. Drogas y estupefacientes en el deporte. Hammurabi. Buenos Aires. 1992. LÓPEZ BOLADO, Jorge Daniel POGGI, Víctor Luis - YUNGANO, Arturo R. - BRUNO, Antonio, Responsabilidad Profesional de los Médicos, Cuestiones Civiles, Penales, Médico-Legales, Deontológicas, Universidad, Bs. As., 1992. LÓPEZ MIRÓ, Horacio G., Responsabilidad civil médica. Últimas propuestas doctrinarias. Casos y soluciones prácticas

para el abogado litigante. Zeus Municipalidad de Rosario del Talar. 2006 LOVECE, Graciela - WEINGARTEN, Celia - GHERSI, Carlos - CASTAÑO RESTREPO, Patricia, Contrato médico y consentimiento informado. Universidad, Buenos Aires, 2001. PREVOT, Juan Manuel, Daños y perjuicios. Manuales de Jurisprudencia. Parte General y Parte Especial. LA LEY, Buenos Aires, 2008. SOSA, Susana. Manual de mala praxis médica. Juris. Municipalidad de Rosario del Talar. 1994. URRUTIA, Amílcar R. URRUTIA, César A. URRUTIA, Deborah Myriam URRUTIA, Gustavo A. Responsabilidad médico legal de los cirujanos. Macchi, Buenos Aires, 1998. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina. Hammurabi, Buenos Aires, 2002. ZUCCHERINO, Ricardo Miguel, La praxis médica en la actualidad, Depalma, Buenos Aires, 1994.Asimismo se presentan como de gran interés los artículos publicados por: AIZENBERG, Marisa - ROITMAN, Adriel J. Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional, LA LEY 2010-A, 826, en donde los autores vierten sus consideraciones sobre la reciente normativa que regula el consentimiento informado, en este sentido precisan que "...si bien es cierto que aún queda un largo camino por recorrer con miras a la unificación de criterios vinculados a los diversos institutos del derecho de la salud, y con plena conciencia de que no es posible formular un completo diagnóstico de situación hasta que la Ley 26.529 no se encuentre debidamente reglamentada, entendemos que su sanción constituye un punto de partida de indiscutible valor, sobre el cual comenzar a construir un modelo que abarque todos los aspectos referidos a los derechos de los pacientes en materia sanitaria..." LORENZETTI, Ricardo L., El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas, LA LEY, 1990-B, 996 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tº I, 1051. El distinguido jurista hace una precisa descripción del significado de la información en los tiempos contemporáneos. Y define a la misma como "...el deber de informar alude a una conducta impuesta a alguien a fin de que aclare a otra persona relacionada o que puede relacionarse con él, aspectos que conoce y que disminuyen o pueden disminuir la capacidad de discernimiento o de previsión del otro si dichos datos no se suministran..." En cuanto a la definición normativa, considera el integrante del Máximo Tribunal Nacional que ella "...resulta difícil, ya que no hay una ley específica sobre el tema. podríamos decir que se trata del deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros derivados de dichos datos, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficiente como para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si dicha información no se suministra..." GHERSI, Carlos A.; WEINGARTEN, Celia, La responsabilidad médica. El derecho de información y decisión del paciente. El estado de necesidad. El consentimiento y la aceptación de riesgos, LA LEY, 1998-E, 1165 Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales t. V, 577. Consideran los profesores que "...el médico posee el derecho de actuar discrecionalmente con fundamento en la medicina científica y debe informar, advertir los riesgos que tal aplicación suscita para el paciente (art. 901, Cód. Civil) y por su parte el paciente asentirá la aplicación, debiendo asumir como propio de la medicina científica los daños acaecidos en relación de causalidad con la información o advertencia recibida, sin perjuicio que el asentimiento brindado, al ser condicionado-fundado en su estado semiconsciente (art. 921, Cód. Civil) lo posibilite examinar nuevamente los acontecimientos para verificar el camino recorrido..." Sostienen que de esa manera "...se está protegiendo los derechos del médico que verá en el asentimiento del paciente una aceptación de riesgos científicos propios evitando el cuestionamiento de su responsabilidad; por otra parte se salvaguarda el derecho de los pacientes al considerar el asentimiento una aceptación de riesgos, informado y en términos científicos propios de toda situación en donde la ciencia impone límites..." LÓPEZ MESA, Marcelo J., Pacientes, médicos y consentimiento informado, LA LEY 2007-B, 867 Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. V, 619. El prestigioso magistrado, con salientes y precisas citas de doctrina extranjera, aborda temas de profundo interés para los profesionales de la medicina, entre ellos menciona como se desenvuelve el deber del médico de obtener el consentimiento del paciente a una determinada práctica médica propuesta. Conceptualiza el "consentimiento informado", reflexiona en torno a quién debe prestarlo, explica sus efectos, referencia los requisitos que debe exteriorizar, el momento en que se debe prestar, como asimismo la forma necesaria para su validez.PREVOT, Juan Manuel, Consentimiento informado y responsabilidad civil, LA LEY 2006-E, 96. Comentando un interesante fallo de la Corte de Casación Italiana, el joven jurista hace una comparación entre el sistema de responsabilidad médica en el que se asienta el derecho italiano y el nacional. Hace referencia también a la relación causal y al concepto de daño resarcible en torno al consentimiento informado, planteando las diferentes situaciones que ese pueden plantear al respecto

entre el galeno y el paciente, como asimismo las consecuencias que de ellas emergen. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., Con la mejor voluntad... (presunta). La reforma a la Ley de Trasplantes, LA LEY 2006-A, 1273. Con el ímpetu, la verborragia y la profundidad de siempre, el Profesor RABINOVICH radica una sostenida crítica contra la reforma de la ley de trasplantes, especialmente en lo que se refiere al consentimiento informado y la declaración de voluntad, considera que este sistema grita la derrota del camino de la libertad y del amor al prójimo, y entroniza el autoritarismo nervioso. TALLONE, Federico C., Responsabilidad médica por ausencia de consentimiento informado, LLC, 2003 (junio), 531. Considera el autor que el consentimiento informado debe contemplarse como un nuevo ideal de relación médico-enfermo hacia el que debe tender paulatinamente. Este nuevo ideal es la promoción de la autonomía personal de los pacientes. Para el cumplimiento de esta meta es imprescindible que los pacientes competentes puedan disponer de toda la información que pidan y necesiten para mantener un control sobre sus vidas. LÓPEZ MIRÓ, Horacio G., Acerca de un fallo que presume la existencia de consentimiento informado, La Ley Online. Expone el autor que el consentimiento informado del paciente y el cumplimiento del deber de informar por parte del galeno están (deben estar) sujetos únicamente a las excepciones ya contempladas en la legislación vigente y a las que dicta el buen sentido común y de justicia. Salvo estas situaciones verdaderamente singulares, el consentimiento informado del paciente deber ser condición previa —sine qua non— a la implementación de cualquier práctica médica sobre su cuerpo, y el cumplimiento del deber de informar debe exigirse siempre, sin dejarlo expuesto a más excepciones que aquellas taxativamente contempladas por la ley. Todo lo demás es una práctica corruptiva del intrínseco sentido de protección del paciente, hasta desnudar al concepto de su más íntima significación, exponiendo al enfermo a las múltiples excusas que pudieran encontrarse para justificar el no cumplimiento del deber de informar y la obligación de obtener el consentimiento informado del propio interesado.

(4) HIGHTON, Elena I y WIERZBA, Sandra M., La relación médico-paciente: El consentimiento informado, Ad Hoc, Buenos Aires, 1991, p. 192.

(5) CECCHETTO, Sergio, Consentimiento informado. Antecedentes históricos, oscuridades terminológicas y escollos de procedimiento. En Bioética y derecho cuestiones actuales. BLANCO, Luis Guillermo (Compilador). Universidad, Buenos Aires, p. 95.

(6) CECCHETTO, Sergio, Consentimiento... Ob. Cit. pp. 94/5.

(7) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 25/08/2005, C., P. L. y otros c. C., A. G. y otro, RCyS 2005, 1318 - RCyS 2006, 367, con nota de Sandra WIERZBA; AR/JUR/3965/2005. Idem Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 02/06/2004, "G. de A., M. c. Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica", RCyS 2004-X, 44, con nota de Federico C. TALLONE.

(8) HIGHTON, Elena I y WIERZBA, Sandra M., La relación... Ob. Cit. p. 191. Para ello se entiende que, ya que es el paciente quien debe sufrir las consecuencias y soportar los gastos de un tratamiento medico determinado, un principio de esclarecimiento es fundamental y, en consecuencia, se requiere que pueda conocer cuales son los riesgos que encierra el tratamiento propuesto, cuales son las alternativa posibles, y cuantas y cuales, las probabilidades relativas del éxito.

(9) Juzgado de 1a Instancia en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de La Plata, 19/07/2006, Wander, Rodolfo D., LLBA, 2006, 1359 — LLBA, 2007 (marzo), 153, con nota de Juan Manuel PREVOT; AR/JUR/4105/2006.

(10) HIGHTON, Elena, "La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico. El difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona", en Revista de Derecho Privado y Comunitario. N° 1, p. 170.

(11) Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, sala civil y comercial, 14/07/2006, Sánchez, Marta G. c. Sanatorio Norte S.R.L., LLONA, 2006 (octubre), 1056 — RCyS, 2006, 1265, AR/JUR/3808/2006 (Del voto del Dr. Llugdar)

(12) LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria. Ubijus - Legis, Buenos Aires, 2007. p. 59.

(13) LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado... Ob. Cit. p. 42.

(14) Del voto en disidencia de los Dres. HIGTON de NOLASCO y PETRACCHI. La Corte, por mayoría, desestimó el recurso por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/08/2008, Godoy, Aguirre Marta c. Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro, La Ley Online. En igual sentido se dispuso que en el marco de una acción de daños y perjuicios, se debe

responsabilizar al médico demandado por su omisión de informar en debida forma a su paciente, a fin de que éste tomara una decisión razonada, ponderando los graves riesgos generados por el cateterismo hemodinámico sugerido en el que se le colocaría una prótesis correctora, y los beneficios esperados, pues con las pruebas aportadas no logró acreditar que hubiera obtenido un consentimiento válido en el que constara que el enfermo entendía y se sometía voluntariamente a la intervención propuesta. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 18/03/2008, S. de Del M., E. R. y otros c. G., M. A. y otro, La Ley Online; AR/JUR/2322/2008.Idem. CNCom., sala D, "G. de A., M. c. Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica", 2004/06/02, RCyS 2004, 575, con nota de Federico C. Tallote; CNFed. Civ. y Com., sala II, "Sambiase de Craviotto, Myrtha A. c. Hospital Británico de Buenos Aires y otro", 2005/09/08, RCyS 2006, 897; CNCiv., sala K, "C. T., A. B. c. M., M. S.", 2005/10/24, JA 2006-I, 693 — ED, 217, 10.

(15) Como explica DI GIULIO una decisión no informada frente a la alternatividad que enmarca la carga procesal estará viciada como manifestación de voluntad plana, erigiéndose sin intención (Art. 922 CC) por ausencia de pleno conocimiento de la situación procesal, los derechos posibles a ejercer, las eventuales consecuencias de la propia conducta y la resolución judicial que pueda corresponder. DI GIULIO, Gabriel. "Consentimiento informado en el proceso", LA LEY, 2009-A, 1192/1196. Dice el comentarista que toda carga supone como condición de eficacia y validez un consentimiento informado, que solo se logra mediante asesoramiento letrado DI GIULIO, Gabriel. Consentimiento... Ob. Cit. p. 1193, Por otro lado expresa que el patrocinio letrado obligatorio o la defensa técnica obligatoria propenden a la satisfacción genuina del consentimiento informado, por tanto, a que las cargas surtan efectos que le son propios. DI GIULIO, Gabriel. Consentimiento... Ob. Cit. p. 1194. por último señala el autor que siempre existe, sin embargo, un remanente donde la capacidad civil de la parte —y no ya el conocimiento jurídico especifico— le depara una conducta que se inscribe en el campo de la diligencia (902 CC) y que su inobservancia, salvo las situaciones excepcionales, operan en su propio detrimento. Ese remanente que se torna exigible para la parte por el hecho de ser capaz, es el de procurar asesoramiento legal. Esta conducta es elemental y constituye la plataforma de toda carga procesal. Si la parte decide no asesorarse, voluntariamente se esta colocando en situación de descuido, imprudencia y no podrá reprochar desconocimiento técnico en el devenir de sus conductas, seguramente omisivas y de rebeldía, aunque no haya comprendido cabalmente los efectos y consecuencias de esa conducta procesal." DI GIULIO, Gabriel. Consentimiento... Ob. Cit. p. 1195.

(16) Decimos complementario y no reglamentario, pues tanto la ley 26.742 como la ley que le dé origen al Código Civil, —en el caso de que el Anteproyecto sea aprobado por el Honorable Congreso de la Nación—, se encuentran en pie de igualdad dentro de la pirámide normativa, por lo cuál una no puede reglamentar a la otra.

(17) VALENTE, Luis Alberto y CALCAGNO, Liliana. Consentimiento informado y bioética práctica. p. 1003. Es en la mayoría de los casos no previstos por la ley una cuestión de prueba que va a estar estrechamente ligada con la gravedad de la situación, ello se evidencia visiblemente en el voto de ANTELO en el fallo de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sentencia el magistrado de la siguiente forma: al tratarse de una cirugía cuyo grado de complicación estadístico era bajo y de un paciente con una mediana cultura e información de su problema es dable inferir que hubo consentimiento verbal. Es la conclusión que generalmente se acepta cuando la ley no exige otra cosa, la práctica quirúrgica no ofrece complicaciones iniciales y la costumbre firmemente arraigada del médico es la de comunicarse informalmente con su paciente. Cámara Nac. Civ. y Com. Fed., Sala 3, en autos: Mautino, Mario v. Obra Social de Ejecutivos y del Personal de Dirección de Empresas —OSDE—: 04/06/20087.373/2002. Publicado en: Lexis Nexis Nº 70047175. En este sentido ha sostenido la Cámara Nacional de Apelaciones que el consentimiento informado del paciente debe presumirse en operaciones sin riesgos ciertos y que el actor no ha afirmado que hubiere rechazado el tratamiento aplicado de conocerlos tanto más cuanto que sabía que se trataba de un tratamiento novedoso o experimental. C. Nac. Civ., sala J, 28/03/2008, en autos: Gulman, Leonardo R. v. Regina Mater S.R.L y otro. N°29.446/1998.

(18) LORENZETTI, Ricardo L., Responsabilidad civil de los médicos, t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 208. No obstante ello, RAVINOVICH BERKMAN, sostenía el criterio contrapuesto entendiendo que la regulación del consentimiento médico requiere la implementación de aspectos formales, a veces hasta minuciosos, que son, según hoy se cree, materia reservada a las provincias. RAVINOVICH BERKMAN Ricardo. Actos jurídicos y Documentos Biomédicos. La Ley. Buenos Aires, 2004. p. 297.

(19) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 26/07/2007, J., J. c. Z., R., AR/JUR/5641/2007.

(20) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 16/08/2007, Aranda Héctor Carlos c. OSDE Binario, La Ley Online; AR/JUR/5249/2007.

(21) Antes de la sanción de la ley era discutible la necesidad de que el consentimiento se plasme de manera escrita. Así la sala H de la CNCiv. consideró que si bien en las cirugías estéticas se adjudica particular relevancia al deber de información médico, el cual debe satisfacerse de manera clara y suficiente, ello no significa que tenga que ser necesariamente instrumentado por escrito. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 23/02/2010, Facio Zeballos, Diego Fernando c. Hospital Alemán y otro, La Ley Online; AR/JUR/3670/2010.

(22) Dicho derecho también comprende el de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

(23) VALENTE, Luis Alberto y CALCAGNO, Liliana. Consentimiento... Ob. Cit. p. 1004.

(24) GHERSI, Carlos A. La regulación de la relación paciente-profesionales y establecimientos, RCyS, 2009-XII, 215.

(25) AIZENBERG, Marisa; ROITMAN, Adriel J., Algunas reflexiones acerca de la responsabilidad de los médicos frente a los tratamientos de embellecimiento RCyS, 2010-VIII, 84.

(26) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 23/02/2010, Facio Zeballos, Diego Fernando c. Hospital Alemán y otro, La Ley Online; AR/JUR/3670/2010.

(27) CNCiv., sala B, 11/03/2010, Pol, Adriana Olga c. Compania Dermoestetica y otro, RCyS 2010-VIII, 85, con nota de Marisa AIZENBERG; Adriel J. ROITMAN; AR/JUR/15928/2010. Idem CNCiv., sala F, "Amato, Eleonora c. G., C. J., 2004/09/23, AR/JUR/3406/2004; sala I, "L., G. F. c. T., M. y otros", 2006/02/21, RCyS 2006, 1363, AR/JUR/498/2006.

(28) CNCiv., sala M, 25/07/2008, A., G.N. c. G., P. M, AR/JUR/6638/2008.

(29) WEINGARTEN, Celia. "Contrato y Responsabilidad medica El deber de información y el consentimiento informado. (Una visión crítica)". En GHERSI, Carlos. Problemática moderna de la relación médico-paciente. Jurídicas Cuyo. p. 48.

(30) VALENTE, Luis Alberto y CALCAGNO, Liliana. Consentimiento... Ob. Cit. p. 1005

(31) CNCiv., sala M, 08/06/2009, L., D. c. C., A. V. y otros, DJ, 22/09/2010, 2579, con nota de Agustín ALVAREZ; Manuel CORNET; AR/JUR/70094/2009.

(32) CNCiv., sala F, 23/04/2007 A., E. R. c. O. B. A. S.A. y otro AR/JUR/2895/2007.

(33) CNCiv., sala M, 22/12/2009, Choque, Juan Hipólito c. Clínica Mariano Moreno S.A. y otros, RCyS, 2010-VII, 189, AR/JUR/63380/2009.

(34) CNCiv., sala K, 24/10/2005, C. T., A. B. c. M., M. S., AR/JUR/8892/2005.

(35) La CNCom entendió que la errónea información brindada por el médico que intervino quirúrgicamente al paciente que sufrió una secuela permanente como consecuencia de la operación —en el caso, dificultad para caminar—, equivale a no informar, siendo imposible que la víctima hubiese prestado su consentimiento por esa posible lesión. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 23/03/2006, G., C. A. c. B., R. y otros, RCyS, 2006, 1363, AR/JUR/1640/2006.

(36) CNCiv., sala K, 03/08/2009, Cibert, Nilda del Carmen c. Appiani, Erdulfo y otros, La Ley Online; AR/JUR/32344/2009. Idem Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "G., C. A. c. B., R. y otros", 2006/03/23, RCyS, 2006-VIII, 105; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, "D. M., A. M. y otros c. G. M., E. y otros", 2004/12/21, LA LEY, 25/04/2005, 8. Ver también VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Importancia de la historia clínica en la responsabilidad civil médica - Actitud a asumir por parte de un médico demandado por mala praxis", LA LEY, 1998-C, 34.

(37) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 31/03/2008, R. D. S. S. M. del H., LA LEY Gran Cuyo 2008 (junio), 460 — RCyS, 2008, 535, AR/JUR/691/2008.

(38) CNCiv., sala K, 03/08/2009, Cibert, Nilda del Carmen c. Appiani, Erdulfo y otros, La Ley Online; AR/JUR/32344/2009. Ver en igual sentido: SALVAT "Responsabilidad civil de los médicos", La Ley, 8-Sec. Doctrina 9; COLOMBO, "En torno a la responsabilidad civil de los médicos", en LA LEY, 36-794; ALSINA ATIENZA "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico- Obligaciones de medio y de resultado" en

JA 1958-III-p. 587; JA 74, p. 525; ED, 39-480; ED 74- 563 - JA 1965-III-67; LA LEY, 115-106; ED, 43-337; ACUÑA ANZORENA, "Estudios sobre la responsabilidad civil", p. 197; DE GÁSPERI Y MORELLO A. M. "Tratado de Derecho Civil", t. IV pp. 452/4; GOLDSCHIMIDT "Alrededor de la responsabilidad civil del médico" en La Ley, 59-273; J. J. LLAMBÍAS- RAFFO BENEGAS Y SASSOT R.A. "Compendio del Derecho Civil-Obligaciones" 1ª ed. p. 859: A. ALTERINI, O. AMEAL, J.R. López Cabana, "Causa de obligaciones", Buenos Aires, 1975, t. II, p. 491 N° 1862; JA, 74-525 Cám. Civ. 2ª Cap. Federal con nota de Arturo ACUÑA ANZORENA; JA 1985-IV, p. 368, Cám. Nac. Civ. Sala G nota del Dr. BURNIABRAN; JA 1983-II-156 y ss., Cám. Nac. Civ. Sala C, voto del Dr. CIFUENTES, con profusión de citas doctrinarias; JA 1988-II-30 y ss. Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, Sala 1 (con voto del Dr. Félix TRIGO REPRESAS; JA 1980-III-524 y LA LEY, 1980-C, 294; LA LEY, 1976-C, 67; 1986-A, 469.

(39) Como el caso de la estipulación a favor de un tercero cuando interviene una obra social y un nosocomio privado, en donde el paciente aparece como el beneficiario de la estipulación pero una vez aceptada por este puede exigirla de la misma forma que si lo uniera con el ejecutor una verdadera relación contractual. Conforme la doctrina imperante del artículo 504 del Código Civil.

(40) Así en algunos casos donde no existe relación contractual propiamente dicha se puede llegar a soluciones similares por aplicación del art. 504 estipulación a favor de tercero. Asimismo vale decir que el nosocomio o ámbito donde el galeno ejerce su profesión responde frente al paciente de manera objetiva por la obligación de seguridad, así se dijo que debe responsabilizarse al hospital privado por la culpa del médico demandado que omitió realizar debidamente el consentimiento informado, pues pesa sobre el nosocomio una obligación tácita de seguridad hacia los pacientes, quienes acuden allí por los servicios médicos asistenciales que brinda, asegurando que los mismos sean prestados de forma tal que no se generen daños como consecuencia de eventuales deficiencias en la atención médica. CNCiv., sala B, 18/03/2008, S. de Del M., E. R. y otros c. G., M. A. y otro, La Ley Online; AR/JUR/2322/2008. Idem CNCiv., sala B, "Oubiña, Juan Carlos c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano - y otros", 2008/02/27, La Ley Online; CNCom., sala C, "Musso, Alicia Elsa c. C.E.M.I.C.", 2008/03/11, RCyS, 2008-VIII, 99. Idem VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "La obligación de seguridad", LA LEY, Suplem. Especial septiembre de 2005, p. 4; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", p. 468, N° 1431 quáter, 5ª edición, Buenos Aires, 1987; CNCiv., sala A, del 2/6/2004, LA LEY, 10/11/2004; BUERES, Alberto "Responsabilidad civil de los médicos" pp. 383/384, 1992; CNCiv., sala G, del 25/6/1981, en autos "Abalo, Omar Ulises c. Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor", Expte. libre n 269.599.

(41) RAVINOVICH BERKMAN Ricardo. Actos... Ob. Cit. p. 291. Explica el autor que no celebran contratos los padres con los hijos respecto a la educación: simplemente los mandan a un colegio. El juez no pacta con el convicto la condena: se la impone. El policía no acuerda con el trasgresor el monto de la multa: hace la boleta y listo. En estos supuestos, el consentimiento es irrelevante, porque no se trata de relaciones contractuales. Y no podrían ser de esa índole, dado que falta la equivalencia".

(42) CNCiv., sala C, del 19/7/2002, en autos "De Luca, Marta Susana c. Marco, Marcelo", Expte. Libre N° 342.818; íd., Sala M, del 21/12/2004, en autos "De Mora, Ana María y otros c. García Morato, Eduardo y otros", Expte. N° 71822/00; íd., Sala M, del 16/9/2002, LA LEY, 2003-B, 316; íd., Sala F, del 5/2/1998, LA LEY 1998-E-1996; íd., CNCom., Sala D, del 2/6/2004, RCyS, 2004-X-44; Calvo Costa, Carlos A., "Daños ocasionados por la prestación médico- asistencial", Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 324 y ss.

(43) CNCiv., sala J. Autos: Gulman, Leonardo R. v. Regina Mater S.R.L y otro. 28/03/2008. Lexis Nexos. N° 29.446/1998.

(44) KANT. Fundamentos de una metafísica de la costumbre. Traducción de A. ZOZAYA. Editorial Banca económica filosófica. Madrid. 1904. p. 95. Las ideas de este pensador van a influir notablemente en el fundamento de las normas vinculadas con la autonomía de la voluntad, como señalan RIPERT y BOULANGER, la filosofía francesa ha sido muy sensible a su influencia. Ha enseñado que la voluntad del hombre hace su ley y esa afirmación ha robustecido la creencia en el valor moral de la teoría de la autonomía de la voluntad. RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol, t. IV. Las Obligaciones. Vol. I. La Ley, Buenos Aires, p. 21.

(45) Explica, el autor, que la heteronomía no puede ser conceptuada bajo el único signo negativo de la limitación; en ella existe una naturaleza propia, que la independiza y la constituye, siendo la raíz ultima de la

heteronomía el principio de autoridad o sea una extrema reglamentación, impuesta a la propia voluntad del individuo por virtud de normas que imperan su mandato. ROSENFELD, Carlos L., "Autonomía de la voluntad y orden público". En Revista Notarial. N° Especial N° 853. p. 2159.

(46) WEINGARTEN, Celia, Contrato y Responsabilidad medica El deber de información y el consentimiento informado. Publicado en Jurisprudencia Argentina, 1997-1- p. 846. Algunos autores si bien no ponen de resalto dicha posición de manera explícita, no dejan de reconocer el estado de inferioridad técnica en que se encuentra el paciente, y erogan ciertas premisas a tener en cuenta al respecto. Así BUERES enseña que con miras a la integración del consentimiento, el médico debe explicar al enfermo lo referente a su estado de salud, tratamiento aconsejable, ventajas y desventajas del mismo, etc. La información debe adaptarse a las posibilidades de comprensión del asistido, quien por lo general será profano en la materia. Tampoco el consentimiento versará sobre aspectos que hacen a la labor técnica específica del médico, pues ellos son de su resorte exclusivo. BUERES, Alberto, Responsabilidad de los médicos, t. I, p. 204.

(47) La opinión inversa es seguida por gran parte de la doctrina nacional y extranjera, en este sentido GALÁN CORTEZ ha dicho que el galeno tiene que revelar al paciente todas aquellas circunstancias que puedan incidir razonablemente en la decisión a adoptar por el mismo, por lo que deberá informarle sobre la forma (medios) y el fin del tratamiento, señalando el diagnóstico, pronóstico y las alternativas terapéuticas que existen, con sus riesgos y beneficios. El consentimiento del paciente se extenderá, en cuanto a su validez y eficacia, hasta donde haya sido informado. El facultativo debe poner en conocimiento del paciente la técnica o procedimiento curativo que es utilizado por la ciencia médica dominante y si existen varios métodos o técnicas de tratamiento, también debe informar sobre las posibilidades o alternativas. GALÁN CORTEZ, Julio, "Estado actual de la responsabilidad civil médica" Revista de Derecho Privado. p. 1560. Dudamos mucho de la viabilidad de dicha información máxime si, como profesan algunos juristas este tipo de acto exime en gran medida de la responsabilidad en la que puede estar inmerso el galeno. Como hemos explicado oportunamente el paciente no se encuentra en posibilidades reales de elegir y mucho menos optar vehementemente por el tratamiento a seguir porque ello escapa a su radio de acción su conocimiento.

(48) GHERSI, Carlos A., "El derecho medico y la corte Suprema de justicia. Las "decisiones" como precedentes para los tribunales inferiores. El consentimiento informado: validez y eficacia. El paciente y el derecho de decidir. El Objeto de conciencia" En Revista de Jurisprudencia Argentina, t. 2000-I, p. 802.

(49) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 06/10/2010, N.N. o U., V. Protección y guarda de personas, La Ley Online; AR/JUR/58570/2010. Con igual tesitura ver: Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, "Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar Alende (HIGA)", 09/05/2005, LA LEY BA 2005(julio), 641, con nota de Augusto M.; MORELLO, Guillermo C. MORELLO; AR/JUR/900/2005.

(50) WEINGARTEN, Celia. Contrato... Ob. Cit. p. 47.

(51) GHERSI, Carlos A. "El derecho... Ob. Cit. p. 803.

(52) WEINGARTEN, Celia. Contrato y Responsabilidad medica El deber de información y el consentimiento informado. p. 48.

(53) HIGHTON, Elena I y WIERZBA, Sandra M. Consentimiento... Ob. Cit. p. 203.

(54) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 08/09/2005, Sambiase de Craviotto, Myrtha A. c. Hospital Británico de Buenos Aires y otro, RCyS 2006, 897, AR/JUR/6182/2005. Idem CNCiv., sala I, "C., P. L. y otros c. C., A. G. y otro", 25/08/2005, RCyS 2005-XII, 86.

(55) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de Viedma, 02/02/2010, Lauriente, Aldo Ricardo c. S. Juan, Ignacio y Clínica Viedma S.A., La Ley Online; AR/JUR/118/2010.

(56) ALTERINI, A. A. - LÓPEZ CABANA, R. M. - AMEAL, O. J. Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales. Segunda Edición Actualizada. Abeledo Perrot. p. 233.

(57) La Sala A de la CNCiv. expuso que la falta de consentimiento informado no implica la procedencia automática de una pretensión indemnizatoria, pues el deber del facultativo se cumple si hace saber los riesgos normales y propios de la intervención indicada —en el caso, extracción dentaria— sin necesidad de informar otros riesgos conexos o contingentes —en el caso, quiste contiguo a la pieza dentaria que se proyectó extraer— si se trata de intervenciones sencillas o de un riesgo muy improbable y nunca relativo a la vida del paciente a quien

no hay que perturbar con peligros muy lejanos. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 22/03/2007, Sussi, Silvia Beatriz c. Cemod AR/JUR/5614/2007.

(58) CNCiv., sala M, 25/07/2008, A., G. N. c. G., P. M., AR/JUR/6638/2008.

(59) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 24/10/2007, Fumasoni, Rosa Celia c. Gobierno de la Pcia. de Bs. As. y otro, LA LEY BA 2007 (diciembre), 1295, AR/JUR/6602/2007.

(60) Sin embargo, pone de resalto el jurista entrerriano, que en cuanto a la existencia de un "vinculo causal" entre la falta de consentimiento informado y el daño sufrido por el paciente, es frente al supuesto contemplado bajo el acápite 2, que se abre un abanico de posibilidades solutivas, tales como: la teoría de la equivalencia de condiciones (CASTAÑO DE RESTREPO), la doctrina de la perdida de una chance (VAZQUEZ FERREIRA, CALVO COSTA) la tesis de la imputación objetiva (PANTALEÓN PRIETO, DE ÁNGEL YAGUEZ), las que se inclinan por aplicar estándares de carácter objetivo y/o subjetivo para evaluar los alcances del nivel de revelación esperando en estos supuestos (GAMARRA, HIGHTON Y WIERZBA). PREVOT, Juan Manuel. Consentimiento informado y responsabilidad civil. p. 98.

(61) CNCiv., sala B, 18/03/2008, S. de Del M., E. R. y otros c. G., M. A. y otro, La Ley Online; AR/JUR/2322/2008.

(62) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/08/2008, Godoy, Aguirre Marta c. Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro, La Ley Online; Del voto en disidencia de los Dres. HIGTON DE NOLASCO y PETRACCHI.

(63) CNCiv., sala B, 20/09/2005, N., N. M. c. R., A. y otro, RCyS 2006, 840, AR/JUR/6152/2005. Idem CNCiv., sala I, "C., P. L. y otros c. C., A. G. y otro", 25/08/2005, RCyS 2005-XII, 86.

(64) CNCiv., sala B, 01/05/2007, Loiacono, Carlos A. c. Rolandelli, Pablo F. y otros, AR/JUR/3384/2007. Idem CNCiv sala E, "B. de L., A. N. c. C., M. y otros", 07/06/2006, LA LEY, 2006-E, 255; sala G, "S., S. W. c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires y otros", 01/04/2003, DJ, 2003-2, 997.

(65) CNCiv., sala I, 25/08/2005, C., P. L. y otros c. C., A. G. y otro RCyS 2005, 1318 - RCyS 2006, 367, con nota de Sandra WIERZBA; AR/JUR/3965/2005.

(66) COMPIANI, María Fabiana. Las dificultades de la prueba en los juicios de mala praxis médica, LA LEY 2007-A, 467-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. III, 625. CALVO COSTA, Carlos A., "Responsabilidad civil de los médicos. Un fallo ejemplar respecto al consentimiento informado y a las presunciones "hominis" en materia probatoria", RCyS, 2004-387. CNCiv., sala D, 09/03/2004, "F, M. G. c. Asociación Francesa Filantrópica", RCyS, 2004-388.

(67) CNCiv., sala G, 31/10/2006, Lorenzatti, Oscar A. c. Instituto Municipal de Obra Social, La Ley Online; AR/JUR/10/2006. Idem CNCiv., sala G, T., C. c. Federación Médica Gremial de la Capital Federal y otros", 2003/07/11, La Ley Online.

(68) Explica PICASSO, que esta clasificación nace con DEMOGE y su cabal importancia radica en el campo probatorio, decía el autor que para determinar a quien se impone la carga de la prueba de la culpa, habrá que establecer si la obligación incumplida es de medios o de resultados. En el primer caso se requerirá que sea el acreedor (o más genéricamente la víctima del daño) quien demuestre que el sindicado como responsable ha actuado negligentemente, mientras que en las obligaciones de resultado, la culpa se presume, siendo el obligado quien se hallaría precisado de demostrar su falta de culpa. En cuanto a la esfera de aplicación de dichos criterios, dice DEMOGE que, aún en el campo extracontractual pueden encontrarse supuestos en donde la ley va más allá de ordenar una conducta diligente, y exige un determinado resultado. PICASSO Sebastián. "Obligaciones de medios y de resultados" Revista de Jurisprudencia Argentina, t. 1996-II, Buenos Aires, 1996, p. 716.

(69) MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, François, Derecho Civil. Obligaciones, t. I. Traducción de Luis Adorno, Zavalía, 1997, p. 26.

(70) TRIGO REPRESAS, Félix A., LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica. t. II. Ob. Cit., p. 751.

(71) MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, François, Derecho Civil. Obligaciones. Ob. Cit. p. 27.

(72) MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, François, Ob. Cit. p. 27. Si bien este es el criterio prevaleciente durante siglos en el derecho comparado, en especial en la doctrina francesa,

cada vez con más fuerza se proyecta una consideración diferente en torno a la cuestión, algunos autores consideran que la distinción infiere exclusivamente en el factor de atribución, subjetivo en las obligaciones de medio y objetivo en las obligaciones de resultado, en este sentido dice el notable Profesor PICASSO, sabido es, que la formulación del distingo entre obligaciones de medios y de resultados desempeñada por Demoge nació precisamente para responder a esa cuestión (carga de la prueba), y así fue trabajada durante mucho tiempo por la doctrina comparada, pese a esta afirmación, el jurista considera que la utilidad del distingo en lo que hace a la distribución de la carga de la prueba resulta ser actualmente escasa, y que su función principal radica, en constituir una verdadera divisoria de aguas en lo que hace al factor de atribución de la responsabilidad aplicable. PICASSO, Sebastián, "La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios", LA LEY, 2000-C, 995/6.

(73) BUERES, Alberto, Responsabilidad Civil de los Médicos. Ábaco, Buenos Aires, 1979. p. 440. Ello es así por que como sostiene una calificada doctrina el consentimiento informado constituye un requisito insoslayable de todo tratamiento o intervención que encare el profesional. El sustento de esta afirmación reside en el derecho que asiste a todo sujeto a decidir sobre el porvenir de su entidad psicofísica TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado... ob. cit. p. 316/322, COMPIANI, María Fabiana, "Las dificultades de la prueba en los juicios de mala praxis médica", LA LEY, 2007-A, 467; LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Pacientes, médicos y consentimiento informado", LA LEY, 2007-B, 867; KRAUT, Alfredo Jorge, "Responsabilidad profesional de los psiquiatras", p. 159, La Rocca, Buenos Aires, 1991.

(74) En este sentido se ha sostenido como criterio para diferenciar una obligación de medios de una de resultados, que "el parámetro de separación entre una y otra clase es la aleatoriedad del resultado". TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad... Tº II. Ob. Cit. p. 739. Empleando la terminología del Profesor PICASSO, habría aquí una violación a un deber impuesto por la ley, el cual consiste, en este caso, en el deber de informar que emana de la ley 26. 529. PICASSO Sebastián. "Obligaciones... Ob. Cit. p. 716 (nota al pie).

(75) MORELLO, A gusto. La Responsabilidad civil de las profesiones liberales y la prueba de la culpa. LA LEY, 1988-E, 896, en igual sentido LORENZETTI Ricardo "La responsabilidad civil del médico en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial" en LA LEY, 1988-B, 904. CNCiv., sala K, 03/08/2009, Cibert, Nilda del Carmen c. Appiani, Erdulfo y otros, La Ley Online.

(76) VALENTE, Luis Alberto y CALCAGNO, Liliana. Consentimiento... p. 998.

(77) CNCom., Sala D 2004/06/02 "G. de A. M. c. Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica", Rev. de Responsabilidad civil y seguros año VI N° X nov. 2004 p. 43.

(78) Corte de Casación de Italia, sección III civil, 14/03/2006, N° 5444, LA LEY 23/08/2006, 7, con nota de Juan Manuel Prevot; LA LEY 2006-E, 95, con nota de Juan Manuel PREVOT; AR/JUR/1358/2006.

(79) CNCiv., sala C, 26/06/2008, L. L., M. Y. c. Medic S.A. y otros, La Ley Online; AR/JUR/9233/2008.

(80) HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., "La relación médico-paciente: El consentimiento informado", Ad Hoc, Buenos Aires, 1991, p. 14. CNCiv., sala G. En autos: T., S. A. v. S. A., E. y otros. Expediente: N° 105.105/2003. 21/11/2008. Lexis Nexos Nº 70051632.

(81) WEINGARTEN, Celia. Contrato... Ob. Cit. p. 53.

(82) LOPEZ MESA, Marcelo. Curso de las obligaciones. Depalma, Buenos Aires, 2001. p. 66.

(83) WEINGARTEN, Celia. Contrato y Responsabilidad medica. El deber de información y el consentimiento informado. p. 64.

(84) PREVOT, Juan Manuel. Consentimiento... Ob. Cit. p. 99.

(85) CNCiv., sala D, 09/03/2004, F., M. G. c. Asociación Francesa Filantrópica, RCyS, 2004, 388, con nota de Carlos Alberto CALVO COSTA; AR/JUR/153/2004. Idem CNCiv., sala M, "B. de K. S., G. H. c. G., J. A. y otros", 2002/09/16, LA LEY, 2003-B, 316.

(86) Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial de 27a Nominación de Córdoba, 21/02/2003, N.N. c. Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano de Córdoba y otro, LA LEY C 2003 (junio), 533, con nota de Federico C. TALLONE; AR/JUR/350/2003.

(87) HIGHTON, Elena I y WIERZBA, Sandra M. Consentimiento informado... Ob. Cit. p. 192.

(88) JALIL, Julián E. "Responsabilidad del Galeno desde la perspectiva del consentimientos informado y el carácter de la obligación asumida" en Salud y conciencia publica. Dir. por Carlos J. RAGAZZONI y L. GARRIDO CORDOBERA. Fundación Sanatorio Güemes. Buenos Aires, 2011. p. 317 y ss. Y. JALIL, Julián E.

El consentimiento informado y la responsabilidad civil deviniente de su falta de otorgamiento. (Consideraciones en torno a los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud en la ley 26.529). Publicado el 11/07/2011, en Suplemento de Derecho de Daños, elDial.com - DC164B.

(89) Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, M., 25/07/2005, LA LEY 15/09/2005 con nota de Alfredo J. KRAUT 15/09/2005 LA LEY 15/09/2005, 5 15/09/2005 LA LEY 2005-E con nota de Alfredo J. KRAUT LA LEY, 2005-E, 363, con nota de Eduardo A. SAMBRIZZI, LA LEY, 2005-E, 452 LLBA, 2005 (octubre) con nota de Nelly A. TAIANA DE BRANDI; Andrés GIL DOMÍNGUEZ; Cristina Mourelle de TAMBORENEA, LLBA, 2005 (octubre), 1066 con nota de Walter F. CARNOTA LA LEY, 2005-F, 53 JA 2005-IV JA 2005-IV, 446, AR/JUR/2100/2005. Asimismo ver: SCJBA, "S., M. d. C.", 9/02/2005, LLBA, 2005 (marzo), 171 - LA LEY, 2005-B, 267, con nota de Pilar ZAMBRANO.

(90) xxxxxxxxxxxx

(91) Recordemos que en el caso BAHAMONDEZ la CSJN dijo que resultaba inoficioso el pronunciamiento sobre la cuestión planteada en el remedio federal, ante la falta de un interés o agravio concreto y actual del apelante, pues este había sido externado.

(92) Con relación la lex artis sus características salientes fueron puestas de resalto en fallo español, donde se resolvió que a) Como tal lex implica una regla de medición o de conducta a tenor de unos baremos que valoran la citada conducta. b) Su objetivo es, naturalmente, valorar la corrección, o no, del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida. O sea, que esa actuación médica resulte adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales en casos análogos. c) Técnica, en el sentido de que los principios o normas de la profesión médica, en cuanto ciencia, se proyectan al exterior a través de una técnica, y según arte personal de su autor; o profesionalidad: el autor o afectado por la lex es un profesional de la medicina. d) El objeto sobre el que recae, o especie de acto (clase de intervención, medios, asistencias, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución, etc. e) Concreción de cada caso o presupuesto ad hoc. Pues, así como en toda profesión rige una lex artis que condiciona la concreción de su ejercicio, en medicina, esa lex, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán —en un sentido o en otro— los factores antes señalados. LÓPEZ MESA. Marcelo J., "Tratado de Responsabilidad Médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria". Legis - Ubijus, Buenos Aires, 2007, pp. 84/85. Audiencia Provincial de Granada, Sección 4°, 09/10/2001, Sent. N° 587/2001, ponente: Sr. D. Moisés LAZUEN ALCÓN, AC 2001/2535, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de España del 29/06/1990 (RJ 1990/4945) y del 11/03/1991 (RJ 1991/2209). LÓPEZ MESA. Marcelo J. Tratado de Responsabilidad Médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria. Legis - Ubijus, Bs. As., 2007, pp. 84/85. Idem CNCiv., sala J, 08/06/2010, Carmona, Alberto c. ESMINSA Asistencia Empresaria SA, La Ley Online; AR/JUR/27786/2010.

(93) GARRIDO CORDOBERA, Lidia R. Revista de Jurisprudencia Argentina. "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad". t. 1990-III. p. 189.

(94) Bustamante Alsina Jorge, "Prueba de la Culpa", LA LEY 99-892; Andorno Luis O. La responsabilidad médica, Zeus, ejemplar del 11-11-82, cap. IV; Ghersi, Carlos A. Responsabilidad por prestación médico - asistencial, Hammurabi, p. 58; Alterini, A. A. y López Cabana R., Temas de responsabilidad Civil; Responsabilidad civil de los profesionales, Fac. Der. de la Univ. de Buenos Aires y Ciudad Argentina, p. 184; Trigo Represas, Félix A., Responsabilidad de los profesionales, Astrea, 1978, pp. 82 y 83, Bueres, Alberto, Responsabilidad de los médicos, Abaco, Buenos Aires, 1979, p. 185 a 196, y Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos, igual ed. 1981, p. 158 y ss., Las I Jornadas Provinciales de Derecho Civil, en Mercedes, Prov. de Bs. As. del 6 al 8 de agosto de 1981, Recomendaciones cuarta y séptima; el II Encuentro de abogados civilistas realizado en Santa Fe, Prov. de Santa Fe, del 30 de Junio al 2 de julio de 1988.

Daños y perjuicios devinientes de la omisión del progenitor de reconocer a su descendencia tempestivamente

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2012 (octubre), 77
Cita Online: AR/DOC/4653/2012
[Conultado el: 01/07/2020]

Sumario.

1. Los orígenes jurisprudenciales de la responsabilidad civil en el ámbito filiatorio. 2. El reconocimiento voluntario en colisión con la obligación legal de llevarlo a cabo. 3. El marco normativo en donde se inserta la obligación legal de resarcir el daño. 4. La configuración de la responsabilidad civil a través de los presupuestos previstos por la normativa vigente. 5. La incidencia de la concausa en la cuantificación del daño. 6. Alcance de la indemnización. Análisis de la configuración del daño moral, el daño psicológico y la pérdida de la chance. 7. Nuestras conclusiones.

"... Prudente padre es el que conoce a su hijo..." William SHAKESPEARE

1. Los orígenes jurisprudenciales de la responsabilidad civil en el ámbito filiatorio.

El argumento sosteniendo la irresponsabilidad de los autores de daños en el marco filiatorio afirmaba que estas reparaciones atentaban contra la armonía de dicho ámbito. Falaz argumento por cierto, del cual no fueron ajenos los tribunales de los EE.UU., Italia y Alemania, en tiempos no demasiado remotos, revirtiendo luego esta orientación hacia la que hoy prevalece universalmente. Nuestra jurisprudencia aplicando los principios generales sobre responsabilidad ha marcado hitos importantes de avance hacia la reparación integral por desconocimiento filiatorio. Ello no obstante carecer de una normativa específica. (1)

A fines de la década del 80 un fallo de la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro se constituyó como el precursor en la materia, pues a través de éste se responsabilizó por el daño moral al padre de un menor que *se negó y resistió a la realización de pruebas biológicas*. Este decisorio del año 1988 es *leading case* en esta materia. La reparación de daños por negativa injusta de filiación es ratificada con posterioridad por los tribunales de Capital Federal, en un fallo del año 1989. Además ha sido sostenida por gran parte de la doctrina de la época, (2) por la jurisprudencia posterior al fallo, (3) y por la legislación comparada. (4)

2. El reconocimiento voluntario en colisión con la obligación legal de llevarlo a cabo.

En relación al carácter voluntario que se le atribuye al reconocimiento, Zannoni destaca que el mismo no hace referencia al libre arbitrio del reconociente en el sentido de estar facultado para hacerlo o no, sino al carácter unilateral o individual de ese acto, lo que significa que una persona que reconoce a su hijo no puede atribuir a otra la maternidad o paternidad que ésta última no ha asumido en forma voluntaria (art. 250 primera parte del Código Civil). El derecho por parte del hijo a obtener un emplazamiento familiar, supone el deber de reconocer por parte del progenitor que no lo hizo, siendo buena prueba de que el reconocimiento no es indiferente, el hecho que se le confiera al Ministerio Pupilar el deber de procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por parte del presunto padre (art. 255 del Código Civil). (5)

La filiación y el apellido, como atributos de la personalidad no pueden ser desconocidos legalmente, habida cuenta que existe una acción específica que se le confiere al hijo para obtener el emplazamiento en tal estado, y que el orden jurídico procura su concordancia con el orden biológico. Por ello, aquel que omite voluntariamente el deber jurídico de reconocer a su hijo, resulta responsable por los daños ocasionados a quien tenía el derecho de ser emplazado en el estado de familia respectivo, por no poder ejercer el goce y derechos derivados del mismo. (6)

Entonces, si bien el reconocimiento de un hijo depende de la iniciativa privada, *no constituye un acto librado a la autonomía personal que interesa sólo al libre arbitrio del reconociente*, en el sentido de que la ley otorga la facultad de realizarlo o no. (7) Es decir, esa autonomía no puede ser ejercitada arbitrariamente, pues el niño tiene el *derecho constitucional a tener una filiación*. (8)

En este orden de ideas, surge un juego armónico de derechos y deberes. Con relación a estos últimos, *se genera sobre el progenitor un deber de alto rango que impone el despliegue de una fuerte voluntad, concretada en actos de suficiente vigor y firmeza, dirigidos a obtener la certeza de la paternidad o el emplazamiento del niño, siendo inadmisible la formulación de excusas al respecto*, salvo alguna de fuerza irresistible que impida llegar al conocimiento de las circunstancias, por lo cual la invocación de falta de colaboración de la progenitora no conmueve la obligación paterna al no ser necesaria a los efectos del acto del reconocimiento que no puede ser obstaculizado. (9)

En este sentido ha sido claro el precedente comentado al señalar que *"... si bien el reconocimiento de un hijo constituye un acto voluntario unilateral, ello no implica afirmar que dicho reconocimiento constituye una mera facultad del progenitor que el derecho autoriza o no a realizar; muy por el contrario, el hijo tiene un derecho expreso a ser reconocido por su progenitor, quien no está facultado a omitir tal conducta, (art. 254 del Código Civil)..."*.

3. El marco normativo en donde se inserta la obligación legal de resarcir el daño.

Es precisamente el carácter de obligación legal el que dio lugar al nacimiento jurisprudencial del derecho al resarcimiento del daño moral por la falta de reconocimiento, dado que existe un principio de derecho que establece que no se debe dañar a otro (arts. 19 C.N., 1109 y 1113 C.C.), y que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (art. 1071 C.C.). La ilicitud de tal conducta se desprende de la concesión de una acción para reclamar la filiación extramatrimonial (art. 247 C.C.), y de la existencia de una causal de indignidad para suceder al hijo configurada por el no reconocimiento voluntario (art. 3296 bis C.C.). (10)

En lo que respecta a dicha cuestión, debemos por de pronto recordar que de acuerdo con lo dispuesto en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y aprobada en nuestro país por la ley 23.849 (Adla, XL-C, 2573), que tiene vigencia constitucional (art. 75 inc. 22, C.N.), el niño tiene derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, así como a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, sin injerencias ilícitas. (11)

Pues bien, ese derecho de los hijos de conocer a sus padres, es correlativo de la obligación de estos últimos de reconocerlos, de manera de que aquéllos pueden también ejercer efectivamente su derecho de lograr y preservar su identidad, sin injerencias ilícitas. Recordamos al respecto, por de pronto, el art. 254 del Cód. Civil, en cuya primera parte se establece que los hijos pueden reclamar su filiación matrimonial contra sus padres si ella no resultare de las inscripciones en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, disponiendo a su vez el art. 255, que cuando un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil debe efectuar la comunicación al Ministerio Público de Menores, para que éste procure la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. Existen, además, otras normas en el Código Civil, de las que se deduce la obligación que tienen los padres de reconocer a sus hijos. En efecto, de acuerdo a la segunda parte del art. 249, el reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo

formula, ni a los demás ascendientes de su rama; por lo que la omisión del reconocimiento tiene como consecuencia el no heredar al hijo (lo mismo es para los restantes ascendientes), o sea, que se establece una pena cuya causa consiste en la apuntada omisión, de lo que resulta que el reconocimiento constituye una obligación.

Por otra parte, del art. 287 del Cód. Civil resulta que los padres que no han reconocido en forma voluntaria a sus hijos, no tienen el derecho de usufructo sobre sus bienes, de lo cual también se deduce que esa omisión del reconocimiento constituye un acto ilícito al que se le impone la sanción de no gozar del precitado usufructo. Y asimismo, lo normado en el precitado art. 3296 bis del mencionado cuerpo legal, que considera indigno de suceder al hijo, al padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad. (12)

4. La configuración de la responsabilidad civil a través de los presupuestos previstos por la normativa vigente.

De todo lo expuesto se desprende que la omisión de establecer voluntariamente la filiación por el progenitor constituye una *conducta antijurídica* que, de *darse todos los presupuestos de la responsabilidad civil, obliga a reparar el daño moral ocasionado, debiendo la falta de reconocimiento ser dolosa o culposa, haberse producido un daño, y existir relación de causalidad entre la negativa de reconocimiento y el daño*. (13)

4.1. La antijuridicidad como recaudo insoslayable para la procedencia del resarcimiento del daño.

Si bien el reconocimiento de un hijo constituye un acto jurídico voluntario unilateral, —como oportunamente señalamos—, ello no implica una mera facultad del progenitor, pues no es discrecional y por lo tanto el hecho antijurídico está configurado por la *falta de reconocimiento espontáneo*. Ese hecho ilícito genera responsabilidad civil y por ende, derecho a la indemnización. (14)

Entonces, la falta de reconocimiento voluntario de un hijo por parte del progenitor importa un obrar antijurídico, susceptible de producir un daño *cuyo resarcimiento requiere la prueba de que el supuesto padre sabía o debía saber de la paternidad que se le atribuye*, razón por la cual el reclamo será inviable cuando aquel ignoraba su paternidad. (15) Pues, aun cuando el reconocimiento es un acto voluntario y personalísimo, *el negarse a llevarlo a cabo de manera infundada, injusta o arbitraria, constituye una conducta antijurídica, desde que el art. 254 del Código Civil confiere a los hijos la potestad de reclamar su filiación extramatrimonial contra quien consideren su progenitor*. (16)

4.2. La necesidad de que exista un menoscabo cierto y preciso.

La omisión del progenitor de reconocer oportunamente a su hijo, *implica un daño a la persona del hijo, a un derecho personalísimo cual es de la identidad*, que tiene expresa protección constitucional, derivada de su recepción en la Convención de los Derechos del Niño, lo que legítima la reparación del daño moral, *porque el hijo ha sufrido el sentimiento de inferioridad, desde que careció de la figura paterna, cierta y visible, se lo privó de gozar de su emplazamiento y tener el apellido de su padre*. (17)

El daño moral puede estar agravado por las *circunstancias específicas que recubren a la falta de reconocimiento*, por ejemplo el carácter *incestuoso* o *parental* de la relación en la cual se ha gestado la persona. En este orden, ha señalado la jurisprudencia que corresponde hacer lugar a la indemnización por daño moral reclamada en virtud de la falta de reconocimiento del hijo que fue concebido a raíz de las relaciones mantenidas entre su madre y un tío abuelo, pues, no puede soslayarse el hecho de que las relaciones carnales entre parientes afines, constituye indudablemente un acto contrario a la moral y las buenas costumbres, con virtualidad para generar, los padecimientos y alteraciones de la personalidad de que da cuenta la pericial practicada al reclamante. (18)

El *daño psicológico* que el desamor de el padre causa al menor no puede ser indemnizado por que en tal conducta pueden incurrir también los padres que han reconocido a su hijo por lo que el incumplimiento de deberes morales no genera responsabilidad civil a menos que se traduzca en incumplimientos de deberes jurídicos. (19)

Para obtener el resarcimiento de la *pérdida de la chance* que sufriese la persona ante la imposibilidad de acceder a una mejor y mayor educación como consecuencia de la falta de reconocimiento paterno, debe demostrarse que el progenitor hubiera sido capaz de brindarle una mejor instrucción que se tradujera paralelamente en beneficio para menor, apreciable de manera eventual pero cierta, en un acrecimiento económico. (20)

4.3. Consideraciones relativas a la prueba del daño en los procesos de filiación.

Preliminarmente vale señalar, que en los juicios filiación, por su naturaleza, el *testimonio de los parientes o de los amigos íntimos puede ser admitido*, ya que las personas mas allegadas son quienes tienen mejor conocimiento de los hechos y constituyen testigos necesarios, lo cual no obsta a que el juez deba analizar sus dichos para descalificarlos si de ellos resultara que tienen a favorecer a una de las partes o son sospechables de parcialidad. (21)

Asimismo, la *apreciación de la prueba testimonial*, a los fines de completar la presunción de existencia del nexo biológico proveniente de la negativa a realizarse la prueba biológica, debe hacerse con *criterio amplio*, toda vez que las relaciones carnales que lo presuponen se llevan a cabo en la intimidad, siendo imposible su prueba directa. (22) Bajo esta premisa, la CCyC de Junín dispuso que correspondía hacer lugar a la indemnización por daño moral reclamada en virtud de la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial si, el demandado reconoció haber tenido relaciones íntimas con la madre del menor en la época de la concepción y los testigos manifestaron que la paternidad de aquél era de público conocimiento ya que, dichas circunstancias permiten tener por acreditada la culpa del demandado, quien tuvo la posibilidad de saber que el menor era su hijo biológico. (23)

Siendo el agravio moral la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de los derechos de la personalidad, *la acreditación de la existencia de dicha trasgresión importa al mismo tiempo la prueba de la existencia del daño*. (24)

En este sentido, *no se requiere una prueba específica del daño, sino que éste se presume cuando ha habido una acción antijurídica, como es el incumplimiento de una obligación legal que se origina en el derecho que tiene el hijo de ser reconocido por su progenitor*, (25) siempre que éste último tuviese conocimiento de la existencia de la existencia del mismo, pues en caso contrario, —como veremos a continuación—, no existirá un factor subjetivo de imputación y por lo tanto tampoco habrá responsabilidad civil.

4.4. La responsabilidad subjetiva como factor de atribución aplicable a estos supuestos de responsabilidad civil.

La culpa, —o eventualmente el dolo—, constituyen los factores determinantes que deben ser probados, —o surgir de indicios vehementes—, para atribuir responsabilidad civil y hacer viable el resarcimiento del daño. (26) De ahí, *que si el progenitor ha tomado conocimiento del nacimiento niño, fruto de una relación no estable, la omisión de efectuar acciones positivas enderezadas a constatar o descartar el nexo biológico altamente viable en atención a la relación mantenida con madre, conforma una conducta omisiva culposa conforme al art. 512 del Código Civil.* (27)

Pero, tal como explica Solari, cuando no existe conocimiento de la situación de hecho que se le pretende atribuir o se fuera incapaz de proceder al reconocimiento, no podría haber responsabilidad por falta de reconocimiento voluntario la viabilidad del resarcimiento requiere la prueba de que el supuesto padre haya sabido o debido saber de la paternidad que se le atribuye. Dicho de otro modo, no debe prosperar la acción de daños y

perjuicios cuando el progenitor ignoraba su paternidad. Su obrar debe ser doloso o, al menos, culposo, para que pueda imputársele una conducta antijurídica, a los fines del reclamo de daños y perjuicios. (28)

Desde esta arista, y pese a la opinión contraria de una parte de la magistratura de nuestro país, (29) creemos que *la mera falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial no genera per se responsabilidad civil, sino que, al tratarse de un supuesto de responsabilidad subjetiva, el ilícito se configura con la negativa injustificada vertida a pesar de tener o poder tener conocimiento de su paternidad.* (30)

Por ello, no resulta procedente la indemnización reclamada con sustento en la falta de reconocimiento de hijo si, el padre de éste recién tomó conocimiento de su posible paternidad a través de una carta documento cursada poco tiempo antes de la promoción de la acción de filiación, y aquél se sometió voluntariamente a la realización de las pruebas genéticas pertinentes pues, tales circunstancias impiden endilgarle una obstinada negativa al acto de reconocimiento. (31)

Entonces, no corresponde la atribución de responsabilidad si no se acredita que el progenitor hubiera tenido noticia fehaciente de la existencia del accionante, lo cual revela la ausencia del elemento subjetivo que constituye el factor de atribución del cual derivaría su responsabilidad. (32) Con similar criterio la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, resolvió que resulta improcedente la indemnización reclamada con sustento en la falta de reconocimiento de hijo si, el demandado recién tomó conocimiento de su posible paternidad a través de una carta documento cursada poco tiempo antes de la promoción de la acción de filiación, y aquél se sometió voluntariamente a la realización de las pruebas genéticas pertinentes pues, tales circunstancias impiden endilgarle una obstinada negativa al acto de reconocimiento. (33)

Pero, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad por omisión de reconocimiento espontáneo puede considerarse configurado si los hechos ocurrieron en una población reducida, donde el hecho es público y notorio, pues la comunicación del embarazo de ordinario no se realiza por medios fehacientes. En estos casos, las precitadas circunstancias son suficientes para tener por acreditado que el padre era conocedor de que se le adjudicaba la paternidad de un menor y que, ante la duda, omitió tomar los recaudos pertinentes para cerciorarse de la existencia del nexo biológico. (34)

Siguiendo esta línea argumental, se dijo que es procedente el reclamo por daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento paterno, pues, se acreditó que la madre del reclamante y el padre de éste tuvieron relaciones sexuales y del análisis de la prueba aportada surge que la posibilidad de su paternidad no pudo serle ajena al emplazado dado que vivían en una comunidad pequeña y que los domicilios de ambos estaban cerca, lo que permite concluir que existió omisión antijurídica y deliberada del reconocimiento en tiempo oportuno. (35)

4.5. La conducta desplegada por el progenitor durante el transcurso del proceso.

Determinadas acciones llevadas a cabo por el progenitor dentro del marco de un proceso fueron tenidas en cuenta por la judicatura para determinar la *configuración, atenuación o agravamiento de la responsabilidad civil* ante estos casos:

Con relación a la *atenuación de la responsabilidad* la Sala D de la CNCiv. decidió mantener el monto indemnizatorio fijado por el Juez de grado en concepto de daño moral por falta de reconocimiento voluntario, en tanto resulta suficiente para compensar los perjuicios sufridos por el menor, máxime cuando el progenitor adoptó una conducta de colaboración en el proceso y existió una inacción de la madre respecto al reclamo filiatorio. (36)

Desde la perspectiva inversa, diferentes conductas pueden ser tenidas en cuenta para *dar por configurada o agravar la responsabilidad* del padre. Entre ellas podemos citar:

1. *La actitud renuente:* la indemnización en concepto de daño moral otorgada al menor en el marco de una acción de filiación debe ser elevada, si el demandado mantuvo una actitud renuente al lo largo de todo el proceso, a lo que se suma su desidia en la averiguación de la verdad, pues ello contribuyó a agravar el perjuicio causado a su hijo. (37)

2. *La incomparecencia a las pruebas biológicas:* a la luz de las modernas técnicas existentes, que no requieren una intromisión odiosa alguna en el organismo del sujeto como para llevar adelante exitosamente la pericia, no existen razones atendibles que justifiquen la renuencia a llevarlas a cabo, más teniendo en cuanta la magnitud que adquiere el derecho del niño a conocer su identidad. (38) En este orden argumental, se dijo que la actitud del demandado resultó disvaliosa, por cuanto concurrió solo a la audiencia de confesión y no compareció a las biológicas, no aportó la prueba que desbarate las presunciones y probanzas existentes, adoptando una actitud meramente pasiva, lo cual debe ser tomado como indicio en su contra conforme lo establecido en el Art. 4º de la Ley 23.511 (Adla, XLVII-B, 1529). (39)

3. *La conducta desplegada ante de la demanda y con posterioridad a ella:* la pasividad del demandado en un juicio de filiación, con antelación a la promoción de la demanda y luego al no contestarla, ponen de manifiesto su renuencia en facilitar las medidas necesarias para determinar la filiación en tiempo oportuno y, por ende, hacen procedente el resarcimiento del daño moral a favor de la menor reconocida una vez sabido el resultado de la prueba genética. (40)

Bajo estas premisas el fallo comentado ha considerado que *"... la incomparecencia injustificada del demandado y su falta de colaboración a fin de dilucidar la cuestión, constituyen indicios graves y precisos, de entidad suficiente para crear convicción respecto de la existencia del vínculo biológico entre el actor y el demandado; todo lo cual se encuentra robustecido por la realización de la prueba de ADN realizada con la actora, el menor, el padre y hermano del demandado, la cual arrojó una probabilidad de paternidad del demandado del 99,47%, resultado más que contundente como para admitir la pretensión de autos...".*

5. La incidencia de la concausa en la cuantificación del daño.

Pese a que determinada jurisprudencia se presente reacia a reconocer una incidencia causal de la conducta de la madre o del progenitor en el daño moral que implica la falta de reconocimiento paterno, las mismas existen como tal. Pues *nadie puede desconocer que la contribución de dichas conductas influye cabalmente en el conocimiento de la situación por parte del progenitor.*

Analicemos como funciona la incidencia de la causa ante la conducta omisiva de la madre del progenitor y del progenitor propiamente dicho:

1. *La conducta omisiva de la madre del progenitor:* a los fines de la cuantificación del daño moral debe tenerse en cuenta la conducta totalmente omisiva de la madre y también del menor, en cuanto al tiempo que tardó en instar la acción, pues estas circunstancias contribuyen concausalmente en la producción del daño. (41) Ello, por cuanto, si bien la demora de la madre en efectuar el reclamo judicial por filiación extramatrimonial no exime de responsabilidad al progenitor que omitió efectuar el reconocimiento tempestivamente, indudablemente debe determinarse como un factor que ha contribuido al agravamiento del daño causado al hijo, máxime cuando ocultó a este último la identidad de su padre. (42)

2. *La conducta omisiva del progenitor:* vale señalar que la actitud del hijo que demoró largo tiempo en promover la demanda de filiación a fin de que el demandado reconozca a su paternidad, no puede justificar el rechazo del resarcimiento por daño moral solicitado, pues el sentido común y la experiencia permiten presumir el daño puesto que resulta evidente que la ausencia de reconocimiento público de la paternidad menoscaba el desarrollo pleno y armónico de la personalidad de un niño y un adolescente. (43) En estos casos, la culpa que implica no haber reconocido a un hijo pese a saber de su existencia, se atenúa por la demora de éste en accionar a

los fines del reconocimiento de su filiación, (44) o más precisamente el daño disminuye, por existir una concausa que participa en la producción del mismo.

6. Alcance de la indemnización. Análisis de la configuración del daño moral, el daño psicológico y la pérdida de la chance.

Dicho ello, es menester recordar qué es lo que se indemniza en estos casos. Existe consenso en que *lo que se indemniza son las aflicciones, sufrimientos o perturbaciones en los sentimientos que se derivan de la falta de conocimiento de la propia identidad, y de no ser considerado en el ámbito de las relaciones humanas* (v.g. en el colegio) *como hijo de padre conocido, como asimismo aquello que es consecuencia directa de la conducta omisiva, quedando fuera de su comprensión el desamor o carencia de afecto*, en el que tanto puede incurrir un padre que no ha reconocido a su hijo como quien lo ha hecho. (45)

Tal como lo hemos señalado, *la ilicitud que supone la falta de reconocimiento oportuno de un hijo genera la presunción de la existencia de daño moral*, sin necesidad de otra prueba, y dependiendo la tabulación de la discrecionalidad del sentenciante, siempre velando por un trato igualitario en situaciones parecidas. (46) Y a los fines de cuantificar el daño moral corresponde tener en cuenta que el daño resarcible debe computarse *desde que el demandado tuvo conocimiento de que era padre y no teniendo impedimento legal alguno no concurrió al Registro Civil para tal fin*, si ha contribuido la actitud pasiva o desinterés de la madre a que la falta de reconocimiento no se produjera, ya que ello actúa como concausa del daño y por último si el niño, pese a la falta de reconocimiento, ha recibido trato ostensible de hijo por parte del progenitor durante alguna etapa de su vida lo cual atenúa el daño. (47)

Por su parte, si el dictamen pericial claramente atribuye un *daño psicológico* en el menor, que tiene por causa la ausencia de la figura paterna, manifestada como enuresis nocturna y temores propios de la infancia que persisten pasada la edad en que resultan frecuentes, debe considerarse acreditado el daño y procedente el tratamiento psicológico que se reclama en el marco de la acción de filiación —art. 1068, Cód. Civil—. (48) No obstante lo expuesto, vale señalar que *el daño psíquico no constituye una partida independiente ya que carece de autonomía indemnizatoria*, pues, en tanto daño patrimonial indirecto, integra el de incapacidad y en cuanto a aspecto extrapatrimonial, el daño moral. En realidad, no cabe confundir el bien jurídico afectado, esto es, la integridad física y psíquica, con los perjuicios que de ella derivan que sólo pueden comportar daños patrimoniales indirectos —incapacidad— o daño extrapatrimonial — moral. (49)

Por último, para acreditar la *pérdida de la chance* es menester demostrar que el padre hubiera podido, —de acuerdo a sus posibilidad ciertas y concretas—, brindar al menor una formación más sólida, un mejor acceso a la educación y formación que pudiera haberse transformado en un acrecimiento económico en el futuro.

7. Nuestras conclusiones.

El carácter individual, voluntario y unilateral que se le atribuye al reconocimiento no implica una facultad del progenitor de llevarlo a cabo o no, pues la acción positiva constituye *un deber* cuya omisión genera un hecho ilícito susceptible de producir un daño cierto resarcible.

Ese *deber jurídico* a su vez deriva de una *obligación legal* emergente de un juego armónico de diferentes preceptos de jerarquía constitucional, y del derecho civil interno, entre los cuales se puede citar: los arts. 8º y 7º de la Convención de los Derechos del Niño, el art. 19 de la CN, los arts. 1109, 1071, 247, 249, 254, 255, 287 y 3296 bis del Código Civil. Por ello, la falta de reconocimiento arbitraria e injustificada constituye una conducta *antijurídica*.

El daño por lo general queda configurado por el propio hecho ilícito de la omisión del reconocimiento, pues *se presume que la carencia de la figura paterna, cierta y visible privó al menor de gozar del correspondiente emplazamiento, de tener un apellido, vulnerando del derecho a su personalidad.* A ello, ha hecho referencia el fallo comentado cuando dice que *"... el derecho o bien que se vulnera con la falta de reconocimiento es el derecho a la personalidad; concretamente hay una violación del derecho a la identidad personal, al negarse el estado civil y más concretamente, el estado de familia, en este caso, el de hijo..."*.

Dicho menoscabo puede detentar la forma de un *daño moral* o *psicológico*, pero este último no puede ser indemnizado como categoría autónoma, sino como parte del daño moral, ya que nuestro ordenamiento legal vigente solo admite la reparación del primero. (Conf. Arts. 522, 1078 del Cód. Civil).

Asimismo puede indemnizarse la pérdida de la chance si se demuestra que el menor hubiera incrementado su patrimonio si el padre le otorgaba la formación que su *status* le permitía.

La mera falta de reconocimiento del hijo no genera responsabilidad, pues se requiere que *la omisión antijurídica descanse en el conocimiento que el progenitor tenía o debía tener sobre la existencia de su descendencia.* En este marco, es preciso señalar, que la conducta desplegada por éste durante el proceso filiatorio constituye un elemento importante que ha tenido en consideración la judicatura para dar por acreditado el vínculo, y atenuar o agravar el derecho al resarcimiento pecuniario.

Consideramos que la conducta *omisiva de la madre del menor*, al retacear información sobre la paternidad del progenitor, constituye una *concausa* que incide cabalmente en la disminución del daño resarcible, siempre que se pruebe que ella ha sido determinante para extender en el tiempo la posibilidad efectiva de reconocer a su hijo por parte del progenitor. También tiene incidencia concausal, la *omisión del hijo* de solicitar la correspondiente acción para lograr el emplazamiento de éste en el estado de familia que le corresponde.

El fallo comentado representa un antecedente que solidifica el enfoque jurídico en razón del cual la omisión de reconocer a la descendencia constituye un obrar antijurídico que debe ser reparado como tal.

Bibliografía.

(1) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "Daño moral. Su reparación y determinación en la negativa de filiación" en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. III. LA LEY, 1995-C, 405.

(2) LOPEZ DEL CARRIL, J., "La filiación y la ley 23.264", p. 444, N° 530, donde precisamente critica dicha ausencia de una ley como la 23.264 que pretende calificarse de moderna, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987. REBORA, Juan C., "El daño moral", JA, 1924-99, Sección Doctrina. BARBERO, Omar, "La responsabilidad civil en Derecho de Familia", JA, 29-623 Sección Doctrina. BREBBIA, Roberto H., "El daño moral" 2ª ed. Rosario. 196. 7, p. 287. GROSMAN, Cecilia P., "Acción alimentaria de los hijos extramatrimoniales no reconocidos o no declarados tales", Buenos Aires, 1969. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Los daños emergentes del divorcio", LA LEY, 1983-C, 348. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "Daño moral. Su reparación y determinación..., ob. cit., p. 406.

(3) Véase al respecto, entre otros: CNCiv., sala F, ED, 135-445 (19/10/89), con nota de BIDART CAMPOS, Germán J., "Cuestiones sustanciales y procesales en un juicio de filiación por ausencia de reconocimiento paterno"; y LA LEY, 1990-A, 1, con nota de ZANNONI, Eduardo A., "Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo"; ídem íd., 30/03/90, ED, 139-101; Juzgado Civil, Comercial y Minería n° 5 de la II Circunscripción de Gral. Roca, fallo del 03/03/93, en Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia n° 9, Buenos Aires, 1995, p. 175, con un comentario s/título de POLAKIEWICZ, Marta; CNCiv., sala A, 06/09/94 (L. 148.844); C1ª CC San Nicolás, 22/12/94, LA LEY, Rep. 1995, A-I, 653, n° 52; CNCiv., sala L, 23/12/94, LA LEY, 1995-E, 10, con nota de GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "Daño moral. Su reparación y determinación en la negativa de filiación"; Trib. Col. de Flia. n° 4 Rosario, 19/05/95, LA LEY, 2000-B, 836, 42.465-S; CApel. CC Junín, 22/09/95, ED, 169-22, con nota de

ALVAREZ, Osvaldo Onofre, "Posesión de estado en los juicios de filiación extramatrimonial"; CApel.CC Concordia, sala III, 08/11/96, ED, 175-456, y LA LEY, 1998-F, 843, 40.968-S; SC Buenos Aires, 28/04/98, ED, 181-225; CNCiv., sala E, 12/05/98, LA LEY, 1999-F, 7 (conf., de la misma sala, causa n° 173.168, del 25/09/95); CNCiv., sala H, 30/03/99, LA LEY, 1999-E, 545; CNCiv., sala F, 13/08/99, ED, 188-705, con nota de GOWLAND, Alberto Jorge, "Filiación: daño moral por falta de reconocimiento"; CApel. CC San Martín, sala II, 18/09/99, ED, 184-218; CApel. CC Mar del Plata, sala II, 16/12/99, ED, 188-90, con nota de ALVAREZ, Osvaldo Onofre, "Improcedencia del daño moral en el reconocimiento personal y voluntario de un hijo extramatrimonial"; CNCiv, sala G, 21/03/2001, ED, 192-309; CNCiv., sala D, 29/08/2001, LA LEY, 2002-A, 457; CApel.CC Concordia, sala III, 16/11/2001, ED, 201-642, 1144-SJ; CNCiv., sala D, 19/12/2002, ED, 205-329; CNCiv., sala I, 13/02/2003, ED, 203-573; CNCiv., sala B, 25/06/2003, ED, 204-337, y LA LEY, 2003-F, 406; CApel. Lomas de Zamora, sala III, 16/09/2003, ED, 207-352, con nota de ALVAREZ, Osvaldo Onofre, "Procedencia de la acción de reconocimiento de filiación extramatrimonial ante la muerte del presunto progenitor"; CNCiv., sala D, 27/02/2004, LA LEY, 2004-C, 1012; CFed. CC Azul, 04/05/2006, ED, diario del 08/03/2007.

(4) El Cód. Civil francés dispone en su art. 340-5 (reformado por ley 72-3 del 3/1/72), que "si la acción de reclamación de paternidad es acogida judicialmente, el tribunal puede a petición de la madre condenar al padre a reembolsar todo o parte de los gastos de la maternidad y los de mantenimiento durante los tres meses que han precedido y los tres meses posteriores al nacimiento, sin perjuicio de los daños e intereses que ella puede reclamar por aplicación de los arts. 1382 y 1383 del mismo Código. Asimismo, el hijo extramatrimonial cuya filiación paterna sea presunta, aunque no se haya determinado judicialmente, puede reclamar un subsidio para mantenimiento y educación, a cargo de aquél que mantuvo relaciones sexuales con la madre durante el período legal de concepción. La asignación queda a criterio del juez, tiene el carácter de pensión y su monto se fijará en base a las necesidades del menor y los recursos y condición familiar del obligado, quien siempre podrá demostrar su irresponsabilidad. En caso de no poder individualizarse persona alguna para atribuirle esta obligación, la misma estará a cargo de una entidad de asistencia social denominada 'Ayuda social para la infancia'" (art. 342-2-3 y 5). El Código Civil suizo en sus arts. 317 y 318 responsabiliza al padre a indemnizar a la madre del daño material consistente en los gastos de embarazo y parto, los de mantenimiento del menor durante los cuatro meses anteriores y posteriores al nacimiento, y cualquier gasto derivado de la relación (art. 317). Reconoce a la madre derecho a reclamarle daño moral, cuando le hubiese prometido matrimonio sin cumplir, cuando el embarazo derivó de acto criminal o abuso de autoridad o la madre fuese menor de edad al tiempo de la concepción (art. 318). En Gran Bretaña rige la Congenital disabilities act for civil liability del año 1976 que consagró la reparación en el derecho de familia. Por su parte, el Código Civil peruano sancionado en 1984 en su art. 414 consagra la obligación del padre de pagar a la madre en diversos supuestos de filiación extramatrimonial que contempla: a) alimentos durante sesenta días anteriores y posteriores al parto; b) gastos de embarazo y parto; c) daño moral en caso de abuso de autoridad, promesa incumplida de matrimonio, cohabitación delictuosa y minoridad al tiempo de la concepción. En el Derecho americano registramos previsiones similares, en el Código de Familia de Costa Rica sancionado en 1973, art. 96; Código Civil de Colombia, art. 76; Código Civil de Chile, art. 290 y Código de Familia de Bolivia, arts. 210 y 211. Este último pone a cargo del padre demandado por filiación o que la hubiese reconocido voluntariamente los gastos de embarazo y parto y una pensión a la madre durante las seis semanas anteriores y posteriores al nacimiento, además de reconocerle derecho al daño moral que efectivamente hubiese sufrido. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. "Daño moral. Su reparación y determinación... Ob. Cit. p. 404.

(5) ZANNONI, Eduardo A., "Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo", LA LEY, 1990-A, 1.

(6) CNCiv., sala L, 23/12/1994, LA LEY, 1995-E, 11; CNCiv., sala H, 30/03/1999. LA LEY, 1999-E, 546; CApel. San Martín, sala II, 18/2/1999 ED, 184-219; etc.) Cámara de Familia de Mendoza, A.N.V. p.s.h. P.A.M.V. c. P.J., 05/03/2012, LLGran Cuyo 2012 (mayo), 447, LLGran Cuyo 2012 (junio), 481 con nota de Mariel Molina de Juan, AR/JUR/5886/2012.

(7) CNCiv., sala G, G., I. G. c. Z., M. s/daños y perjuicios, 19/09/2011, LA LEY, 2011-E, 682, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (febrero), 31, JA 2012-03-14, 53, AR/JUR/57122/2011. CNCiv., sala H, "C., M. y otro c. J., C. J.", 30/03/1999, LA LEY, 1999-E, 546 — DJ, 1999-3, 688, AR/JUR/3036/1999.

(8) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Contenciosoadministrativo de San Francisco, R. G. S. c. G. R. D. s/filiación, 26/02/2009, LLC, 2009 (junio), 573, AR/JUR/4671/2009.

(9) Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, P.P.L. por el menor P.L.E. c. R.M.D., 05/08/2009, LLGran Cuyo 2009 (diciembre), 1084, AR/JUR/27047/2009. Como veremos más adelante, dicha actitud puede tener injerencia en plano causal, en la medida que haya sido determinante para ocultar la relación parental entre el progenitor y su hijo. En esos casos, la concausa incide considerablemente en el campo resarcible.

(10) fallo del J.C.y C. n° 9 de San Isidro del 29/93/88, con comentario de Bidart Campos en ED, 128-330, confirmado por la Cámara de San Isidro, sala 1, el 13/10/88, LA LEY, 1999-E, 562, comentado por María Josefa Méndez Costa; también: CNCiv., sala F, del 19/10/89, LA LEY, 1990-A, 1, con comentario de E. Zannoni; S.C.B.A., Ac. 59.680 del 28/04/98, ED, 181-225; Ac. 64.506 del 10/11/98, D.J.J., año LVIII, T° 156, n° 12.734; CNCiv., Sala H, del 30/03/99, LA LEY, Doc. Jud., Año XV n° 44, 3/11/99; C.C. y C. San Is., sala 2, causa n° 61.652 del 1/03/94; C.A.L.Z., 16/09/03 en E.D. del 18/05/04). Esta doctrina ha sido especialmente avalada por la Suprema Corte provincial (Ac. 59.680, "P., M. D. c. A., E. s/Filiación y daños y perjuicios" del 28/04/1998, ED, 181-225) y ha sido seguida por esta Sala en numerosas oportunidades (causas n° 103.177 del 10/02/98; n° 108.785 del 30/09/04, 109.236 del 17/03/05, 108.888 del 15/11/05, 110.385 del 12/09/06, 111.101 del 11/09/07, 111.672 del 22/04/08, 112.177 del 21/04/09; 112.449 del 8/09/09, 112.077 del 13/02/09, 113.831, entre otras). Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, B. P. D. c. S. H. D. s/filiación, 17/04/2012, LLBA 2012 (junio), 564, AR/JUR/16909/2012.

(11) Lo cual se encuentra establecido en el artículo 8°, donde se agrega que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. Y el art. 7° dispone, a su vez, que el niño tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por éstos, y que los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida. SAMBRIZZI, Eduardo A., "Daños y perjuicios por la falta de reconocimiento de la hija por parte de la madre", LA LEY, 2007-C, 570, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. IV, 801.

(12) SAMBRIZZI, Eduardo A., "Daños y perjuicios por la falta de reconocimiento de la hija por parte de la madre", LA LEY, 2007-C, 570, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. IV, 801. Debemos recordar con el autor precitado, que en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, en homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa, celebradas en la ciudad de Santa Fe en noviembre de 1990, la mayoría de la Comisión pertinente sostuvo que eran indemnizables los daños materiales y morales causados por la falta de reconocimiento de la filiación. La minoría sostuvo, en cambio, que debía estarse a las sanciones establecidas en el Código Civil, tales como la pérdida del usufructo, la indignidad, etc.

(13) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, S., M. D. L. A. c. M., F. A., 18/05/2010, La Ley Online, AR/JUR/64302/2010.

(14) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1ª Nominación de Santiago del Estero, R., D.V. c. H., V.H., 29/09/2010, LLONA, 2011 (marzo), 138 con nota de María Laura Ciolli de Aguirre, DFyP, 2011 (abril), 94 con nota de María Laura Ciolli de Aguirre, AR/JUR/77409/2010. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2ª Nominación de Santiago del Estero, "P., R. V. del C. c. S., D. R." 2009/10/09, LLNOA 2010 (abril), 278. Al respecto, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, sostuvo que corresponde hacer lugar a la indemnización por daño moral solicitada en virtud de la negativa del demandado a reconocer a su hijo ante la certeza de la prueba biológica practicada pues, admitir la paternidad no es meramente facultativo sino que conforma un deber jurídico, cuya violación causa un daño indemnizable, además de constituir una causal de indignidad, privando al padre de derechos hereditarios respecto del hijo. STJRN en autos: "H., G. O. c. Z., P.", 04/05/2009 LLPatagonia 2009 (agosto), 976.

(15) CNCiv., sala H, L.A.N. c. F.M.H., 23/12/2010, La Ley Online, AR/JUR/91586/2010. Sentido Contrario: CNCiv., sala L, "P., M. F. c. L. O., F.", 10/09/2007, La Ley Online, AR/JUR/7185/2007. Ver También: CNCiv., sala M, "B., A. E. c. T., F. A.", 14/10/2008, DJ 08/04/2009, 918; CNCiv., sala G, "B., R. A. y otro c. F., W. C.", 09/03/2007, LA LEY, 30/07/2007, 7 - LA LEY, 2007-D, 562 — DJ, 2007-II, 999.

(16) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contenciosoadministrativo de 2ª Nominación de Río Cuarto, S, M. L. c. J. M. F., 04/03/2010, La Ley Online, AR/JUR/1614/2010. Veremos que el precepto es claramente sugestivo, y no se requiere bucear en explicaciones mas rebuscadas para fundar la procedencia de la responsabilidad civil en el plano de la violación a la ley. No obstante algunos fallos, lo han hecho. Así se dijo que corresponde hacer lugar al reclamo por daño moral motivado en la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial si, ha quedado acreditado que el demandado tuvo conocimiento del embarazo mientras mantenía una relación sentimental con la madre ya que, la ilicitud de tal reticencia se desprende de la concesión de una acción para reclamar la filiación extramatrimonial y de la existencia de una causal de indignidad para suceder al hijo. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de Viedma, S. M., E. del C. c. B., A. R., 03/03/2009, LLPatagonia 2009 (junio), 891, DFyP 2009 (septiembre), 23 con nota de TORRES SANTOMÉ, Natalia E., AR/JUR/468/2009.

(17) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I, A.A.B. c. A.A.M., 12/04/2012, LLGran Cuyo 2012 (agosto), 793, AR/JUR/24363/2012.

(18) Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala I, A. M. R. c. T. A., 08/04/2010, AR/JUR/25235/2010.

(19) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, S., J. G. c. S., J. G., 22/03/2012, La Ley Online, AR/JUR/5991/2012.

(20) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I, F. G. I. c. D. D. R., 03/12/2009, La Ley Online, AR/JUR/57798/2009. En este orden se dijo que resulta procedente otorgar una indemnización en concepto de pérdida de chance al hijo del demandado, por la falta de reconocimiento filiatorio de su parte, pues, si bien las necesidades mínimas fueron cubiertas por la madre, el daño sufrido consiste en la frustrada posibilidad de que el menor tuviera otra opción terapéutica en el tratamiento que recibió por una patología auditiva que sufre, siendo que, en la chance no se repara el beneficio propiamente dicho que queda postergado, sino que lo que se indemniza es la posibilidad perdida de haber podido acceder a un tratamiento médico mejor. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala III, G., J c. H. O. J, 05/03/2009, La Ley Online, AR/JUR/22100/2009.

(21) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, B., V. L. c. C., Oscar Alberto, 09/08/2010, RCyS 2011-V, 167, AR/JUR/75464/2010.

(22) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en "R., M. E. c. M., G. R.", 2009/03/25, LLBA 2009 (agosto), 773. Ver También: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala II, "L. J. N. c. S. F. G." 2004/09/21, La Ley Online.

(23) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, L. I. D.C. c. P. M. A., 05/11/2009, La Ley Online, AR/JUR/41876/2009.

(24) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I, A.A.B. c. A.A.M., 12/04/2012, LLGran Cuyo 2012 (agosto), 793, AR/JUR/24363/2012.

(25) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca, B., D. D. L. c. B., H. P. y J. A., 11/08/2010, La Ley Online, AR/JUR/43334/2010.

(26) En cuanto a que la conducta debe ser culposa, véase, entre muchos otros, BREBBIA, Roberto H., "El daño moral en las relaciones de familia", en "Derecho de Familia", Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 1991, p. 358, 10; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial", en Libro en Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, 1989, p. 671, c); ARIANNA, Carlos Alberto y LEVY, Lea, "Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento", en "Derecho de Daños. Economía-Mercado-Derechos personalísimos", coordinado por Carlos A. Ghersi, Buenos Aires, 1999, p. 444, II; MEDINA, Graciela, "Daño extrapatrimonial en el derecho de familia y el Proyecto de Código Civil unificado de 1998", en Revista de Derecho de Daños, n° 6, Santa Fe, 1999, p. 91; y "Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo", JA, 1998-III-1171; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento", LA LEY, 1995-C, 409, IV, La aceptación de la culpa como factor de atribución, fue también declarada en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, en homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa, celebradas en la ciudad de Santa Fe en el año 1990.

(27) Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala I, V. E. M. c. G. G. J., 03/03/2009, AR/JUR/14475/2009.

(28) SOLARI, Néstor E., "Procedencia del daño moral en un caso de filiación", La Ley, 2009-F, 193.

(29) Algunos precedentes han considerado que el resarcimiento del daño moral es viable aún para el caso de que no se haya aportado pruebas de que el demandado tuviera conocimiento del embarazo o del nacimiento, que se hubiese reclamado la paternidad, o que el accionante fuera reconocido en los medios sociales como hijo del accionado, ni del conocimiento o negativa del presunto padre de asumir la paternidad, si existió una omisión en el reconocimiento del demandado y una evidente conducta reticente en cuanto se niega haber tenido relaciones íntimas con la madre, que quedara embarazada por relaciones sexuales con él, la fecha de concepción y nacimiento, la obligación de reconocer y la solicitud de reconocimiento, sin que a ello obste que el demandado se halla sometido voluntario a la prueba de ADN. Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala I, G., V.S. c. S., H. E., 07/07/2010, LLLitoral 2010 (diciembre), 1258, AR/JUR/54313/2010. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Reconquista, 29/05/2009, "S., J. R. c. R., R.2, AR/JUR/34149/2009; CNCiv., sala L, 31/03/2009, "S., M. G. y otro c. D., H. H.", DJ 23/09/2009, 2703 - LA LEY 20/10/2009, 4, con nota de Néstor E. Solari; LA LEY, 2009-F, 195, con nota de Néstor E. Solari; DJ 13/01/2010, 53, con nota de Martín Miguel Culaciati; LA LEY 07/05/2010, 6, con nota de Julio A. Martínez Alcorta; LA LEY, 2010-C, 274, con nota de Julio A. Martínez Alcorta, AR/JUR/4078/2009; Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 09/12/2008, "G.G.E. c. B.M.F.", La Ley Online, AR/JUR/22711/2008; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, 22/04/2008, "G., M. L. c. U., J. D.", LLBA 2009 (febrero), 26, con nota de Adriana N. Krasnow, AR/JUR/3512/2008; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, 30/10/2007, "G., E. B. c. L., R.", La Ley Online, AR/JUR/8774/2007; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2ª Nominación de Santiago del Estero, 12/07/2007, "S., S. R. c. C., J. L.", La Ley Online, AR/JUR/6254/2007.

(30) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, L. E. I. y L. R. c. Suc. de C. A. M., 24/11/2009, DFyP 2010 (marzo), 80 con nota de Graciela Medina, AR/JUR/44100/2009. CNCiv., sala L, "S., M. G. y otro c. D., H. H.", 31/03/2009, DJ 23/09/2009, 2703 - LA LEY 20/10/2009, 4, con nota de Néstor E. Solari.

(31) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, M. d. O., F. Y. c. B., H., 09/09/2009, LLBA 2010 (febrero), 50, DJ 17/03/2010, 653, AR/JUR/43469/2009. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, "R. N. A. c. M. N. R. (su sucesión)", 21/04/2009, La Ley Online.

(32) Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial II, G. - S., V. M. de los A. c. A., M. P. J., 07/12/2010, DFyP, 2011 (septiembre), 96 con nota de VÁZQUEZ, María Soledad, DFyP 2011 (octubre), 129 Con nota de VIEIRA de SOUZA, Viviana H., AR/JUR/88600/2010.

(33) CSBA "M. d. O., F. Y. c. B., H.", 09/09/2009, LLBA, 2010 (febrero), 50 — DJ, 17/03/2010, 653, AR/JUR/43469/2009, Ver También: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, "L. E. I. y L. R. c. Suc. de C. A. M.", 24/11/2009, AR/JUR/44100/2009; CNCiv., sala L, "S., M. G. y otro c. D., H. H.", 31/03/2009, DJ, 23/09/2009, 2703 - LA LEY, 20/10/2009, 4.

(34) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contenciosoadministrativo de 1a Nominación de Río Cuarto, B.M.M. c. J.A., 01/06/2011, LLC, 2011 (noviembre), 1142, AR/JUR/34294/2011. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Contenciosoadministrativo y de Familia de Villa María, "M., R. D. c. A., R.", 18/02/2009, LLC, 2009 (mayo), 454, AR/JUR/4669/2009.

(35) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú; R., Héctor Alfredo c. Ledesma, Reinaldo Oscar, 10/09/2010, LLLitoral 2011 (febrero), 93, AR/JUR/75508/2010.

(36) CNCiv., sala D, C.V.M. y. o. c. G.B.H.C., 06/06/2011, LA LEY, 11/01/2012, 3, AR/JUR/85005/2011. CNCiv., sala L, "S., M. G. y otro c. D., H. H.", 31/03/2009, DJ, 23/09/2009, 2703 - LA LEY, 2009-F, 195, DJ 13/01/2010, 53, LA LEY, 2010-C, 274, AR/JUR/4078/2009.

(37) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, R. N. c. V. R. O. s/ acción de filiación, 14/06/2011, RCyS, 2012-V, 112 con nota de Gisela A. Ferrari, AR/JUR/28168/2011. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, s FA_67820/2012ala III, "G., E. N. c. G., R.", 18/02/2009, LLGran Cuyo 2009 (julio), 613, AR/JUR/3295/2009; CNCiv., sala C, "G. B., N. y otro c. C., M. S.", 07/06/2007, RCyS 2007, 1001, AR/JUR/4612/2007.

(38) Bajo esta tesitura se ah resuelto que ante la injustificada renuencia del demandado de someterse a dichas pruebas y, más allá de la posible aplicación del los efectos jurídicos impuestos por el art. 4º de la ley 23.511, para no dejar huérfana de respuesta institucional, la cuestión referida al vínculo filiatorio debe permitirse la posibilidad de ejercicio de la coerción personal adecuada a efectos de obtener el material genético necesario, en aras de la concreta determinación de la verdadera identidad de origen cuestionada. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en "F., S. B. c. G., G. D.", 27/08/2008, LLBA 2008 (noviembre), 1074, con nota de Adriana N. Krasnow. Del voto del Dr. Pettigiani. Ver También: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, sala II "M., M. D. c. V., A. F." 2010/06/07, LLLitoral 2010 (diciembre), 1266; Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Paz Letrada de Curuzú Cuatiá, "M., V. D. c. G., E. V.", 2005/05/06, LLLitoral 2005 (diciembre), 1194, LLLitoral 2005(septiembre), 856; CNCiv., sala I, "H., M. G. c. F., J. A.", 2006/10/19, DJ, 2007-I, 939.

(39) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1ª Nominación de Santiago del Estero, R., D.V. c. H., V.H., 29/09/2010, LLNOA 2011 (marzo), 138 con nota de María Laura Ciolli de Aguirre, DFyP 2011 (abril), 94 con nota de María Laura Ciolli de Aguirre, AR/JUR/77409/2010.

(40) CNCiv., sala L, S., M. G. y otro c. D., H. H., 31/03/2009, DJ, 23/09/2009, 2703, LA LEY, 20/10/2009, 4. Del voto del doctor Galmarini, con nota de Néstor E. Solari, LA LEY, 2009-F, 195, DJ, 13/01/2010, 53 con nota de Martín Miguel Culaciati, con nota de Julio A. Martínez Alcorta, AR/JUR/4078/2009.

(41) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, B. P. D. c. S. H. D. s/filiación, 17/04/2012, LLBA 2012 (junio), 564, AR/JUR/16909/2012.

(42) CNCiv., sala G, G., I. G. c. Z., M. s/daños y perjuicios, 19/09/2011, LA LEY, 20/10/2011, 4, LA LEY, 2011-E, 682, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (febrero), 31, JA 2012-03-14, 53, AR/JUR/57122/2011.

(43) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Reconquista, S., J. R. c. R., R., 29/05/2009, AR/JUR/34149/2009. CNCiv., sala I "E., N. y otro c. L., A." 2006/04/25, DJ, 27/09/2006, 264.

(44) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca, K. c. P.N.E., 17/04/2009, La Ley Online, AR/JUR/14842/2009.

(45) Ver voto del Dr. BOSSERT, Gustavo, en fallo de sala F de la C.N.Civ. del 19/10/89, LA LEY, 1990-A, 1, y en el mismo sentido: comentario al fallo de ZANNONI, Eduardo.

(46) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca, K. c. P.N.E., 17/04/2009, La Ley Online, AR/JUR/14842/2009.

(47) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, S., J. G. c. S., J. G., 22/03/2012, La Ley Online, AR/JUR/5991/2012.

(48) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, R. N. c. V. R. O. s/acción de filiación, 14/06/2011, RCyS 2012-V, 112 con nota de Gisela A. FERRARI, AR/JUR/28168/2011. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala III, "G., E. N. c. G., R.", 18/02/2009, LLGran Cuyo 2009 (julio), 613, AR/JUR/3295/2009; CNCiv., sala C, "G. B., N. y otro c. C., M. S.", 07/06/2007, RCyS 2007, 1001, AR/JUR/4612/2007.

(49) ZANNONI, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, 2ª ed. pág. 157. Asimismo: CNCiv., sala G, G., I. G. c. Z., M. s/daños y perjuicios, 19/09/2011, LA LEY 20/10/2011, 4, LA LEY, 2011-E, 682, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (febrero), 31, JA, 2012-03-14, 53, AR/JUR/57122/2011, L. 163.509, de 6/6/95; L. 169.841, de 20/7/95; L. 205.632, de 26/11/96; L. 219.296, de 2/7/97 y L. 521.482, de 21/4/09, entre muchos otros concordantes). En tal orden de ideas la Corte Suprema ha postulado que aunque se reconozca autonomía conceptual al daño psíquico o psicológico por la índole de la lesión que se causa a la integridad psicofísica de la persona, ello no significa que haya de ser individualizado como un rubro compensatorio autónomo para ser sumado al daño patrimonial o moral (Ver CSJN en Fallo: 326:847).

Fuentes normativas y características esenciales de la obligación de seguridad

Por Julián Emil Jalil

Publicado en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LA LEY 28/08/2012, 5 • LA LEY 2012-E, 186
Cita Online: AR/DOC/4525/2012
[Consultado el: 03/07/2020]

Sumario.

1. Los hechos que motivan el fallo comentado. — 2. El nacimiento de la obligación de seguridad en la Corte de Casación francesa. — 3. Concepto y ámbito de desenvolvimiento legal. — 4. La buena fe como núcleo genético y principio dogmático del que emana la obligación de seguridad. — 5. Características esenciales que recubren a la obligación de seguridad. — 6. La eximición de responsabilidad contractual que emerge del art. 184 del Código de Comercial. Correcta aplicación efectuada por la Cámara.

I. Los hechos que motivan el fallo comentado.

Una mujer promovió acción de daños y perjuicios contra una empresa de transporte de pasajeros y su aseguradora, a fin de reclamar un resarcimiento por las lesiones sufridas al caer de un colectivo en el que estaba siendo transportada. La sentencia de grado admitió la demanda. La Sala E de la Cámara Nacional la modificó en cuanto a la extensión de la condena a la aseguradora citada en garantía y elevó los montos de condena. Dicho Cuerpo Jurisdiccional sostuvo que la empresa de transporte de pasajeros accionada debe responder por los perjuicios sufridos por una pasajera que cayó de un colectivo en movimiento, en tanto pesa sobre ella una obligación de seguridad por toda la duración del contrato de transporte, y no pudo acreditar la culpa de la víctima que invocó como causal de exoneración.

Para analizar el fallo ahondaremos en las distintas facetas que presenta la obligación de seguridad. A tales fines sistematizaremos las fuentes normativas de la cuales emerge dicho deber accesorio, y sus caracteres propios, para luego culminar analizando la aplicación que el fallo comentado ha realizado de las mencionadas premisas.

II. El nacimiento de la obligación de seguridad en la Corte de Casación francesa.

Si bien el origen de las obligaciones de seguridad se puede rastrear en la legislación francesa sobre accidentes del trabajo de fines del siglo pasado, su certificado de nacimiento en realidad lo podemos encontrar en un fallo de la Corte de Casación Francesa del 21 de noviembre de 1911 dictado en la causa "Zbidi Hamida c. Compañía General Transatlántica". (1)

En dicho pronunciamiento la Corte Francesa descubrió en el contrato de transporte, junto a las obligaciones principales que asumen las partes, *una obligación determinada y accesoria de conducir al pasajero sano y salvo a destino*. Fue a partir de ese fallo que la doctrina francesa fue ampliando el campo de aplicación de la teoría para aplicarla en gran número de contratos (espectáculos públicos, juegos de feria, productos elaborados, etc.). (2) Han sido los juristas franceses del siglo pasado, principalmente Mazeaud y Tunc y más recientemente Le Tourneau quienes han prestado mayor atención a esta figura. (3)

La obligación de seguridad tuvo un extraordinario desarrollo doctrinal y jurisprudencial en las últimas décadas, tanto en nuestro país como en el derecho comparado y se proyecta hacia el crecimiento de su función tutelar. En virtud de la directiva de buena fe, la obligación ha quedado incorporada "tácitamente con carácter general y accesoria en ciertos contratos", para preservar a los contratantes de daños que puedan generarse en su detrimento con motivo de la ejecución contractual. (4)

III. Concepto y ámbito de desenvolvimiento legal.

Esta obligación, que ha sido conocida por la doctrina como *aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato, a través de su interpretación en base al principio de buena fe* (5) detenta su fuente genética de origen normativo en la Constitución Nacional, el Código Civil, el Código de Comercio, o en leyes especiales.

III.1. El art. 42 de la Constitución Nacional:

Tal como lo ha señalado la CSJN, no cabe interpretar que la protección de la seguridad -prevista en el art. 42, Constitución Nacional- tenga un propósito meramente declarativo, sino que, por el contrario, es correcta la hermenéutica orientada hacia el goce directo y efectivo por parte de sus titulares. La seguridad es un propósito (6) que debe constituir la máxima preocupación por evitar la causación de daños durante la vigencia del contrato.

III.2. El principio de buena fe consagrado expresamente por el artículo 1198 del Código Civil:

En este caso tal como lo señala Diez Picazo la buena fe aparece como causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso (7) pues como enseña Albadalejo sobre el deudor pesa, además del deber de ejecutar la prestación (que él llama prestación básica), todo el conjunto de los que podrían llamarse deberes secundarios (a los que identifica como cortejo de la prestación básica) encaminados a, cabría decir, proporcionar una prestación no únicamente completa 'ella misma', sino con su 'entorno' completo. (8) Si bien la cuestión será desarrollada en extenso en el siguiente título, debemos precisar que la derivación lógica de la obligación de seguridad emana de la *buena fe como principio.*

III.3. La autonomía de la voluntad:

Como expone ROPPO, la autonomía de la voluntad indica la existencia de una esfera de libertad de los sujetos ante el poder público y la ley, significa que existe un ámbito dentro del cual, la suerte de las proposiciones jurídicas patrimoniales de los sujetos depende de las elecciones voluntarias y libres de los mismos interesados. (9) En este sentido, las partes pueden valerse de la fórmula del art. 1197 para compelerse expresamente sobre alguna *seguridad especial que surja de las características y perspectivas propias del negocio jurídico.*

III.4. Los arts. 5 y 6 de la Ley de defensa del consumidor:

Los arts. 5 y 6 de la ley 24.240 consagran la obligación de seguridad objetiva del proveedor de cosas o servicio riesgosos para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. (10) Comenta Pirota siguiendo al prof. Farina que el art. 5º no trae ninguna novedad, ya que es una regla de derecho común lo que en él se establece. Pero no podemos decir que esta norma está de más, pues destaca la obligación de todo proveedor de resguardar la salud e integridad física del consumidor o usuario. Lo que se señala es que, por aplicación de las normas sobre responsabilidad objetiva, la tutela existe (claro que frente al daño ya sufrido) para todo adquirente, sea o no consumidor o usuario, amparado por la ley 24.240. (11) Nuestro máximo Tribunal Federal ha señalado al respecto que la interpretación de extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en el contrato de

transporte de pasajeros integrada con lo dispuesto por el art. 184 del Cód. de Com., debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios. Ha existido una decisión valorativa que impone interpretar estos casos a la luz del concepto de usuario incorporado en el art. 42 de la Constitución Nacional como así también los criterios establecidos por la Ley nº 24.240 y por la Ley Nº 24.999 que extendió aquel principio protector a las relaciones contractuales en cuanto a la responsabilidad que cabe a los prestadores de servicios por los daños y perjuicios producidos a los usuarios y consumidores contemplándose que dicha norma constitucional establece un sistema más amplio respecto del deber de seguridad que tiene en cuenta situaciones no previstas explícitamente por la ley mercantil referentes a la salud y a la seguridad del consumidor. (12)

III.5. El art. 184 del Código de Comercio:

Dicho precepto consagrara expresamente la obligación de seguridad en el transporte ferroviario la cual ha sido extendida por la jurisprudencia a los demás medios de conducción, cualesquiera sean los vehículos empleados, es decir, subterráneos, aeronaves, buques, automóviles de alquiler y todo transporte en automóvil con o sin taxímetro, remises, siempre que exista un contrato de transporte, aunque quien lo realice no lo haga habitualmente y no tenga, por ello, la calidad de empresario comercial. (13)

IV. La buena fe como núcleo genético y principio dogmático del que emana la obligación de seguridad.

Debemos afrontar un concepto fundamental para entender el alcance y fundamento de la obligación de seguridad, este es el de la buena fe. Siguiendo las dicciones de Betti la actitud del que confiere una garantía, una seguridad, no supone una conducta controlable con la medida de diligencia, sino una actitud valorable con una medida de buena fe. Y es, en efecto la buena fe a la que hace referencia el Código, cuando regula el tratamiento, tanto de la interpretación del contrato concluido, como de su ejecución y del comportamiento que debe tener el deudor para cumplir la obligación. (14)

Es preciso comprender, tal explicaba el distinguido maestro español Puig Peña que la sociedad no es un mero agregado de individuos yuxtapuestos unos a otros sin un mirar y necesitarse entre sí. Sería imposible la vida con solo las fuerzas de que el hombre aislado dispone, necesita de los demás en un engranaje creciente de exigencias y satisfacción de necesidades que unos con otros en concordia mutua, acaban por realizar. (15)

En ese marco, el principio de la autonomía de la voluntad se constituye como un elemento indispensable para afianzar los vínculos jurídicos en materia negocial. El esplendor de esta expresión lo hallamos cabalmente en la normativa de los códigos decimonónicos. Bien señalan Diez Picazo y Guillón, que la exaltación de la autonomía de la voluntad lleva como consecuencia ineludible la exaltación de la idea de contrato, y tiene lugar en una época caracterizada por el desenvolvimiento del comercio y la industria y la multiplicación de los intercambios en la que florece la economía liberal del laissez faire, laissez passer. (16)

Pero hoy en día lejos han quedado aquellas épocas de la historia jurídica donde la autonomía de la voluntad, -y su correlato la fuerza vinculante del contrato-, se configuraba como un apotegma insoslayable. Los tiempos presentes nos muestran una percepción divergente de dicho principio, el cual se ha visto atemperado por normas imperativas cuya finalidad ha sido robustecer la moralidad de las relaciones jurídicas que en detrimento del más débil, inocente, ligero etc. lesionan la justicia conmutativa contractual. En un viejo precedente el Tribunal Supremo de España ha dicho que el principio de la autonomía de la voluntad dominante, aunque no de un modo exclusivo, en materia de obligaciones, no puede menos de estar limitado por adecuadas normas de matiz imperativo, encargadas de evitar que el derecho contractual sea puesto al servicio de fines inmorales o antisociales. (17) Una de esas normas de limitación emana precisamente del principio de la buena fe receptado en nuestra normativa actual en el art. 1198 del Código Civil.

La buena fe preside la vida misma del contrato, desde su inicio (18) durante su transcurso (19) y hasta su finalización. (20) Como explica Josserand los actos jurídicos provistos de todos sus elementos constitutivos pueden sin embargo, encontrarse contaminados y viciados por los móviles extrínsecos de que proceden, por el fin al que tienden en el pensamiento del autor. (21) Dicho fin, que reposa en una idea de moralidad, incide cabalmente en el sostenimiento del acto jurídico, de tal manera que probado que el mismo sea contrario con el standard de moralidad al que hacíamos referencia precedentemente, perderá sustento deontológico y consecuentemente jurídico, con las consecuencias normativas que surgen del sistema.

Hemos dicho en otros trabajos al analizar la morfología y lingüística de las dicciones "contrato" y "buena fe"(22) que parecería redundante sostener que el primero debe gestarse teniendo en miras la segunda, porque el análisis de la estructura misma de un acuerdo contractual nos hace concluir que este debe celebrase en miras de la buena fe entre sus interlocutores.

Entonces: *¿cuál es el valor axiológico de contar en nuestra legislación de un precepto como el art. 1198 que dice que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe?*, pues bien, la respuesta es clara, ese dogma jurídico importa la existencia de deberes virtuales ineludibles que penetran el plano contractual, independientemente de la materia en la cual este se encuentre inserta.

Desde esta perspectiva, *la buena fe contractual no se configura como un elemento estanco, sino que se aprecia en relación al dinamismo propio de los fenómenos económicos que se trasladan al ámbito jurídico, esta constituye su mayor ventaja, al configurarse como dogma del cuál emanan deberes de conducta implícitos.* (23) La civilística alemana, encausada por las ideas de Ennecerus y Lehmann considera que la buena fe lleva a ampliar las obligaciones contractuales ya existentes y tiende a integrarlas con obligaciones primarias y secundarias, o mejor dicho instrumentales, con existencia propia o accesoria, obligaciones que en cuanto a su contenido son predominantemente de conservación y de respeto al derecho ajeno. (24)

Al devenir como principio jurídico, *su campo de acción es hacendoso constituyendo un umbral insoslayable para todo tipo de acuerdos contractuales. Así saltea sigilosamente las vallas de las materias en las que se divide el derecho para penetrar en cada una de ellas con importante injerencia en torno a lo previsto por las partes contratantes.*

Explicaba el Maestro Puig Peña que el derecho patrimonial no es un conjunto de preceptos fríos estereotipados por el legislador para disciplinar las transacciones nacidas del más tosco materialismo. No hay en él, si cabe, más que en otra rama jurídica, un inestimable fondo de moral. Cierto que en los albores de la humanidad podrían existir múltiples casos de desconexión con los principios de la ética, pero también lo es que, a partir de la enorme influencia de la moral cristiana, aquella savia se infiltra en todos sus preceptos, hasta el extremo de que hoy en día se puede decir que el derecho de las obligaciones no es sólo una rama jurídica asentada firmemente en la moral, sino (esto es lo más importante) afirmación de la moral misma. (25) En este sentido ha señalado la jurisprudencia que la regla moral que impone la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (art. 1198, Cód. Civil), es un principio que integra el orden público porque tiende a obtener o a mantener las condiciones de sustentación que se reputan indispensables para que el contrato funcione ordenadamente como instrumento de justicia. (26)

Desde esta dimensión normativa, *la buena fe representa un elemento moral aglutinante que debilita la fuerza obligatoria del contrato cuando el acuerdo ha sido realizado a contrario de los fundamentos en los que reposa dicho apotegma.* Como aduna Josserand el juez no ve en la fórmula contractual más que una base, un punto de referencia que le permite descubrir el verdadero pensamiento de las partes, un medio de revelación de su idea, pero no ignora que esta idea es traicionada a veces por la forma que reviste, tratará de llegar a ella por todos los medios posibles, por todos los procedimientos de investigación, y nada se omitirá a esos fines. (27)

La buena fe tiene tanta potencia expansiva que se infiltra por todas las ramas del derecho adhiriéndose a situaciones particulares como es el caso del contrato de espectáculos públicos. En ese supuesto particular opera como elemento determinante para atemperar los efectos de la relación de derecho, para evitar el injusto jurídico. En este orden, explica Hegel que el derecho en sí es como algo preexistente a las relaciones jurídicas y su universalidad interna es común al capricho y a la voluntad individual. Esta apariencia de derecho en la que él mismo y la voluntad individual coinciden inmediatamente, es decir accidentalmente, continúan apareciendo en lo injusto, en la antitesis entre el derecho en sí y la voluntad individual que intenta ser derecho particular. (28)

Hemos delimitado el campo de aplicación fáctico de la buena fe como elemento deontológico del sistema normativo. Desde esta perspectiva se entiende que la obligación de seguridad se desprende del principio de la buena fe, del cual derivan deberes implícitos, entre los cuales se encuentra la obligación de seguridad, que no es ni más ni menos que un deber de cooperación o de interés en la otra parte contratante. Pues, tal como enseña Betti en las relaciones obligacionales lo que se exige es una actitud positiva de cooperación, una actitud a favor del interés ajeno, y la bona fides consiste en un criterio de conducta inspirado e informado por el interés de la otra parte, conducta dirigida al cumplimiento positivo de la expectativa de cooperación de la contraparte. (29)

V. Características esenciales que recubren a la obligación de seguridad.

V.1.Es comprensiva de la persona y de los intereses económicos:

El contenido de la obligación de seguridad, si bien pudo originariamente dudarse si se circunscribía a la indemnidad personal o tenía una amplitud mayor, el art. 42 de la CN alude al derecho "a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos", haciendo referencia al "consumidor o usuario de bienes y servicios".

Esta norma sin duda comprende como objeto de la obligación de seguridad, la persona y también los "intereses económicos", que incluyen toda clase de bienes. (30)

V.2.Tiene fuente contractual:

No caben dudas que la relación que enlaza al empresario y a la víctima tiene un gen contractual pues surge de un evidente acuerdo de voluntades, por lo que únicamente se advierte la presencia de la obligación de seguridad en el ámbito negocial y la consiguiente órbita de la responsabilidad contractual. (31) Al respecto, ilustra Jordano Fraga, que en materia contractual, por un lado existen los llamados "deberes de prestación", que constituyen inequívocamente el contenido de la obligación asumida por las partes, y por el otro los denominados "deberes de protección", ajenos a la prestación en un sentido más o menos estricto, pero que actúan en salvaguarda de un interés primario del acreedor, que consiste en ser preservado frente al daño que eventualmente pudiera sufrir algún otro interés diverso del de la prestación principal. (32) Aunque vale señalar, que existe la posibilidad de que el incumplimiento de esta obligación pueda dar lugar a un supuesto de *responsabilidad extracontractual*. Por ejemplo, cuando el contratante favorecido por la obligación de seguridad fallece como consecuencia del incumplimiento de la misma. En tal caso cuando reclaman la indemnización sus familiares (damnificados indirectos) iure propio, se está frente a un supuesto de responsabilidad aquiliana por cuanto éstos no pueden alegar el incumplimiento de dicha obligación como fuente de su derecho pues no eran sujetos del negocio que le dio cabida a la obligación de seguridad. Estos damnificados indirectos tienen como fuente de su derecho la violación del principio general de no dañar a los demás, más conocido como neminem laedere. (33)

V.3. Se fundamenta en el principio de la buena fe.

Tal como lo hemos expuesto oportunamente, la obligación de seguridad halla su fundamento en el principio de buena fe objetiva consagrado en el art. 1198 párrafo primero del Cód. Civil. (34) Al respecto aduna De Cupis que una consideración adecuada de la buena fe puede ser luminosa para determinar el contenido de la

obligación contractual por cuanto la buena fe puede integrar tal contenido ligando al contrato una obligación complementaria. (35) De esta manera, tal como apunta Diez Picazo la buena fe aparece como causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso. (36) En base a este principio, aunque las partes no lo hayan convenido expresamente, surge a cargo de una de ellas la obligación de velar por la integridad de la persona y de los bienes del otro contratante.

V.4.Constituye una obligación de resultado:

La obligación de seguridad de fuente contractual tiene como finalidad proteger la seguridad personal y física de las partes intervinientes. (37) La cuestión surge en determinar que carácter tiene esa obligación, es decir, si se trata de una obligación de diligencia de prudencia o de medios; o si se trata de una obligación determinada o de resultado. (38) Siguiendo a los Mazeaud y Chabas, se puede decir que, si la obligación es determinada, y el resultado no ha sido obtenido se debe probar que la inejecución proviene de una causa que le es extraña. (39)

En estas obligaciones, con prescindencia de la fuente que la origine, al acreedor le basta con demostrar la existencia de la obligación o el acontecimiento dañoso, para que se presuma la culpa del deudor. (40) Si la obligación que pesa sobre el deudor es la de conducirse con prudencia o diligencia, hay que demostrar que el deudor no se ha comportado con la diligencia y prudencia a las cuales está obligado.

La prueba de una imprudencia o negligencia del deudor está a cargo del acreedor (41) es decir, en las obligaciones de medio se compromete la diligencia y la aptitud para cumplir aquellas medidas que son necesarias para lograr un determinado resultado, pero sin asegurarlo, pues no existe posibilidad de hacerlo. Como dicen los maestros franceses Mazeaud y Chabas, el interés práctico de la distinción es capital en el campo de la prueba. (42) Es evidente que pesa sobre el empresario que asume la obligación contractual de seguridad desvirtuar el incumplimiento del deber de indemnidad cuando el daño se ha producido durante el transcurso de un hecho, es decir, en los términos de Trigo Represas y López Mesa no existe aleatoriedad alguna (43) en torno al cumplimiento de dicho deber, por lo cual es evidente que estamos frente a una obligación de resultado.

V.5.Es accesoria:

Esta es la posición mayoritaria en doctrina (44) con respecto a ella es preciso señalar que la expresión accesoria debe interpretarse con relación a la subordinación de esta obligación respecto a la obligación central del contrato, pero no indica en modo alguno, menor importancia o menor trascendencia relativa (45) pues en ese caso deberíamos hablar de obligación subsidiaria o subordinada.

VI. La eximición de responsabilidad contractual que emerge del art. 184 del Código de Comercial. Correcta aplicación efectuada por la Cámara.

Es correcta la interpretación y aplicación de la obligación de seguridad efectuada por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones. Dicho Organo Jurisdiccional ha circunscrito el ámbito de aplicación temporo-espacial donde la misma detenta su virtualidad, pues tal como aduna el fallo, la obligación de seguridad que pesa sobre el transportista no culmina sino hasta el arribo sano y salvo del pasajero en el lugar de destino, lo que incluye el descenso en condiciones seguras.

En este orden, queda claro que sobre el empresario pesa la obligación principal de concretar el traslado del usuario de un lugar a otro, pero como especifica el fallo debe garantizar la integridad física de las personas que transporta. Este deber, -tal como lo hemos explicado durante el transcurso de este trabajo-, constriñe al empresario a proteger la salud, seguridad e integridad física de los usuarios (art. 42 de la CN), pues ello es una consecuencia inescindible de la buena fe que rige la materia contractual.

La obligación de seguridad que detenta fuente contractual —pues deriva del contrato de transporte en este caso art. 184 del Cód. de Comercio-, se configura como accesoria de otra principal, pero no por ello pierde trascendencia o relevancia. Al contrario, agrava el marco de imputación al revestir el carácter de obligación de resultado, que objetiviza del factor de atribución aplicable.

Bajo esta última premisa, la atribución objetiva de responsabilidad incide directamente en la carga de la prueba, pues, corresponde al dañador acreditar que el suceso se subsume en alguna de las causales de eximición de la responsabilidad, previstas por la norma, -en este caso la culpa de la víctima-. Desde este análisis, tal como dispone el fallo, es la empresa transportista quien debe acreditar alguna de las causales de exoneración que el art. 184 del Código de Comercio contiene.

Es decir, una vez probada la relación causal y el daño por parte de la víctima, la culpa que se le pretende imputar a esta última debe ser acreditada por el empresario como excusa absolutoria. Por ello, es correcto el precedente comentado cuando señala que la ausencia de prueba de la parte demandada en cuanto a la invocada culpa de la víctima sella la cuestión en contra de las recurrentes toda vez que subsiste la presunción de responsabilidad ante el hecho -comprobado- de la caída de Varas y de las secuelas que ese hecho produjo en su integridad física.

Bibliografía.

(1) La doctrina prevaleciente identifica el antecedente de la obligación de seguridad con el ese difundido fallo de la Corte de Casación Francesa en el cual un pasajero lesionado en un viaje por barco de Túnez a Bona demandó por responsabilidad extracontractual a la transportista, pero el Tribunal de Casación Francés al que la causa llegó en última instancia, resolvió que había responsabilidad contractual derivada del contrato de transporte, del cual resultaba la competencia. El Tribunal decidió que si bien nada se estipuló sobre el daño, la responsabilidad derivaba de la obligación tácita e implícita de conducir al pasajero sano y salvo a destino, pues resultaba de una interpretación de buena fe, que la obligación contractual no se agotaba con llevarlo a destino, sino hacerlo preservando su indemnidad.

(2) Lo extraño es que en el precedente citado la cuestión a resolver recaía en tema de competencia de los Tribunales, pues ésta variaba según se tratara de responsabilidad contractual o extracontractual.

(3) Ver las obras: MAZEAUD y TUNC. Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Le Tourneau, Philippe, La Responsabilidad civil. Entre otras. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La obligación de seguridad" En Sup. Esp. Obligación de Seg. 12/09/200, en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales. 01/01/2005.

(4) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "El daño resarcible del consumidor accidentado en un supermercado". RCyS 04/07/2011. Pag. 15.

(5) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., La Obligación de Seguridad en la Responsabilidad Civil y Ley de Contrato de Trabajo. Ed. Vélez Sarsfield. Rosario. 1988 pág. 105.

(6) Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos: Mosca, Hugo vs. Provincia de Buenos Aires y otros s. Daños y perjuicios; 06-03-2007; Rubinzal on line; RC J 1229/07. Se ha dicho al respecto que todos los intervinientes en la organización del espectáculo, en la medida del provecho obtenido o de su poder de contralor de la actividad, son responsables de la seguridad del mismo, lo que refleja la evolución del derecho del daño que ha llevado a que la responsabilidad, de ser tratada como deuda de autor, haya evolucionado hasta adquirir la virtualidad de crédito de la víctima; concepción que encuentra marco normativo en el art. 42 de la Constitución Nacional y en una interpretación extensiva del art. 1113 citado. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala M Narváez, María Nélida vs. Club Atlético Boca Juniors s. Daños y perjuicios; 17-10-2008; Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la CNCiv.; RC J 865/09. Asimismo, la CSJN sostuvo que la idea de que los organizadores de eventos deportivos se ocupan sólo del deporte y sus ganancias mientras que la seguridad es un asunto del Estado es insostenible en términos constitucionales. La seguridad es un derecho que tienen los consumidores y usuarios (art. 42, Constitución Nacional) y que está a cargo de quienes desarrollan la prestación o

la organizan bajo su control, porque no es razonable participar en los beneficios trasladando las pérdidas. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos: Mosca, Hugo vs. Provincia de Buenos Aires y otros s. Daños y perjuicios; 06-03-2007; Rubinzal on line; RC J 1229/07.

(7) DIEZ PICAZO, Luis, en el prólogo del libro de WIECKER, Franz. El principio de la buena fe. Ed. Civitas, Madrid, 1986. Pag. 19.

(8) ALBADALEJO, M. Derecho Civil II. Derecho de las obligaciones. Vol. 1. Ed. Bosch Barcelona, 1997. Pág. 32. Ver similares argumentos en el voto del Sr. Juez Francisco H. RONCORONI, emitido en el fallo de la SCJBA, del 14-04-04, en los autos "Fernández, Fernando c. Roll S.R.L. y/o Soul Train", publicado en RCyS, 2004-952.

(9) ROPPO, Vincenzo. "El Contrato". Ed. Gaceta Jurídica. Lima. 2009. Pag. 47/48.

(10) El art. 5 prescribe que las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. El art. 6, establece que las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción

(11) PIROTA, Diego Martín, "La obligación de seguridad en el contrato de espectáculo público: Una garantía a favor del espectador (A propósito de un fallo que reconduce la cuestión hacia el escenario de la responsabilidad contractual)" Publicado en elDial.com - DC92B, el 07/07/2006. Ver el mismo Trabajo del autor publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, LL sección Derecho Práctico (Comentarios jurisprudenciales), Año VII, Nº 9, Setiembre de 2005. FARINA, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, págs. 114/115). De lo que se deduce que la comentada obligación surge primariamente de las normas del derecho común, específicamente del art. 1198 del Código Civil. Con similar tesitura ver STIGLITZ, Gabriel, "El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados", LL, 1985-D-18. También ver fallos de responsabilidad del propietario de un restaurante por intoxicación sufrida por un cliente en virtud de comida en mal estado: CªCC La Plata-Buenos Aires, Sala III, 27-10-83, "Caprarella de Hernández Bardi, Beatriz c. Boccabella, José y otro", LL 1985-D-28/51; y de responsabilidad del organizador de turismo de aventura o expedición de cacería por los daños sufridos por los participantes de la expedición: CNCiv., Sala C, 16-04-04, "Hanlin, David Joseph c. Sodiro, José María". Para referencia de abundantes antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales ver: ALTERINI, Atilio Aníbal, LÓPEZ CABANA, Roberto M., Temas de responsabilidad civil, Co-ed. Ciudad Argentina y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1995. Pág. 229, notas 3 y 4.

(12) Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dispuesto en la causa L. 170 XLII "Ledesma, María L. c. Metrovías S.A." del 22/04/2008 (Fallos: 331:819). Ver asimismo: DE LORENZO Miguel Federico, "La protección extracontractual del contrato", LA LEY, 1993-F, 927; RINESSI Antonio J., "Relación de consumo y derechos del consumidor" Buenos Aires, 2006. Pág. 14. FARINA, Juan M, "Defensa del consumidor y del usuario", 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 24 y 181 y CONTE GRAND, Julio, "Perspectiva económica y jurídica", en LORENZETTI, Ricardo. Defensa del Consumidor. Ed. Ábaco. Buenos Aires. 2003, Pág. 4.

(13) Para avizorar las aplicaciones que ha hecho la judicatura nacional de la obligación de seguridad en el marco de los diferentes medios de transporte, se recomienda la lectura de los fallos: CNFed., sala Civ. y Com., 11-06-68, La Ley, 134-11; conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad civil", 8ª ed., ampliada y actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 444). Idem CNCiv., sala C, 19-03-68, La Ley, 133-850; CNCiv., sala F, 27-11-69, La Ley, 139-324. Ver además BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La obligación de seguridad en el transporte ferroviario", La Ley, 1990-D, 96/99. Con respecto a la obligación de seguridad en el contrato de transporte ver fallos de la CNCiv. y Com. Fed., 29-02-68, ED, 25-237; sala II, 10-02-84, ED, 110-403; sala I, 05-08-83, ED, 110-146. De la CNCiv., sala D, 23-12-66, ED, 21-227; sala D, 09-10-63, ED, 7-756; sala G, 31-07-89, ED, 138-218; sala E, 18-03-75, La Ley, 1975-D, 209. De la CSJN, 13-11-90, La Ley, 1991-B, 526. De la CFed. La Plata-Buenos Aires, sala I, 04-08-83, ED, 109-459. De la CCiv. La Plata-Buenos

Aires, sala I, 13-03-84, ED, 109-416. allos Cám. Nac. Civil, sala A, 2-7-90, "Malviccini c/ Microómnibus del Norte S.A.", La Ley 1990-E-297; ídem, 6-5-80, "Zelaya c/ Río de la Plata", J.A. 1981-I-610; ídem, 17-10-72, "Arteaga c/ Línea Colectivos 142", E.D. 49-637; ídem, 18-9-69, "Anfuso c/ Línea 60", E.D. 29-679; ídem 7-11-64, "Sosa de Novasco c/ F.G.S.M.", La Ley 115-682; ídem 16-8-60, "Canal c/ Juanturena", La Ley 100-765 (5757-S); ídem 11-8-58, "Costa c/ Transportes Buenos Aires", J.A. 1959-II-179; ídem 30-12-57, "Alvarez c/ Transportes Buenos Aires", La Ley 93-24; ídem, sala B, 13-12-71, "Villanueva c/ Coop. Playa Lastra", E.D. 43-158; ídem 26-9-60, "Bruschi c/ Tagliabe", E.D. 1-68; ídem 24-7-57, "Devoto c/ Transportes Automotores Chevalier", La Ley 89-43; ídem 11-12-52, "Bruckmann c/ Empresa A.B.L.O.", La Ley 69-261 y J.A. 1953-II-229; ídem, sala C, 8-10-91, "Pérez c/ Dadona", La Ley 1992-B-246; ídem, 31-7-90, "Torres c/ Ledezma", La Ley 1991-B-181 y E.D. 140-160; ídem, 30-8-73, "San Martín de Dante c/ Parrolo", Rep. J.A. 1973, p. 170, Sum. 50; ídem, 21-8-69, "Corti de Ruiz c/ Transp. Sgto. Cabral", E.D. 32-156; ídem 27-12-61, "Dreizik c/ Línea Colectivos 405", La Ley 106-193 y E.D. 2-981; ídem 10-10-61, "Currao de Libonati c/ Cataldo", E.D. 2-213; ídem 18-5-61, "Peron c/ Oterino", La Ley 103-428 y E.D. 1-54; ídem 24-8-55, "López c/ Transportes Buenos Aires", La Ley 81-97; ídem, sala D, 27/04/99, "Almaraz c/ La Primera de Gran d Bourg SA", La Ley, 2000-B, 876, Jur. Agrup. 14.838; ídem 2-4-70, "Ardizán c/ Transportes Gral. San Martín", E.D. 32-156; íd. 9-10-63, "Romero c/ Empresa F. C. Estado", La Ley 114-393; ídem 19-7-63, "Municipalidad Capital Federal c/ Ciopolo", La Ley, 115-783 (10.300-S) y E.D. 5-711; ídem, sala E, 28-2-73, "Leidi c/ Transportes América", E.D. 49-653; 21-12-59, "Dabas de Beauzil c/ Microómnibus Norte", La Ley 98-708 (4431-S); íd. 15-10-59, "Raso de Butera c/ Río de la Plata", La Ley 98-719 (4528-S); ídem, sala F, ídem, 26-8-71, "Bracamonte c/ El Puente", E.D. 40-254; íd. 16-9-69, "Blasco c/ Línea Colectivos N° 7", J.A. 5-1970-231; íd. 8-4-65, "Zarinelli c/ Cía. Atlántica", La Ley 119-207; íd. 23-8-62, "Iglesias c/ Nakonesznys", La Ley 109-554; íd. 31-5-60 "Busto de Fernández c/ F.C.N.G.S.M.", La Ley 99-136; ídem, 29-10-59, "Bousquet c/ Morera", La Ley 98-207 y J.A. 1960-IV-454; íd. 8-9-59, "De los Santos c/ Bella", La Ley 98-11; ídem Sala K, 25/09/96, "Roig c/ Baño", La Ley, 1997-D, 861 (39.737-S); íd. Sala L, 31/05/94, "Sosa Acosta c/ Rentautos S.A.C.", J.A. 1995-III-660; Cám. nac. com., sala A, 31-12-62, "Vidal c/ Cía. Transportes Río de la Plata", E.D. 4-178; íd. 16-12-60, "Godano c/ Uriol", J.A. 1961-III-598; íd. 15-6-56, "Secondi c/ Transportes Buenos Aires", La Ley 84-387; ídem, sala B, 16-12-64, "Tussie de Tussie c/ Spagnolp", E.D. 11-122; ídem, sala C, 23-12-59, "Di Somma c/ Corporación Transportes Buenos Aires", La Ley 99-44; Cám. nac. fed., sala civ. y com., 18-9-70, "Giménez c/ Microómnibus Norte", E.D. 44-956, n° 775; íd. 22-7-69, "Cusi de Dayan c/ Transporte Automotor Noroeste", La Ley 137-327, J.A. 4-1969-258 y E.D. 34-581; íd. 9-9-65, "Ortelli c/ F.C.N.G.U.", La Ley 120-367 y E.D. 13-411; ídem sala 1ª civ. com., 28-11-72, "Basile c/ Queralt", J.A. 18-1975-432; ídem sala III, 31-5-83, "Richeri de Mancini c/ Tierno", J.A. 1984-I-182; Cám. Nac. Especial Civ. Com., sala V, 13-5-88, "Troncoso c/ EFEA", La Ley 1989-A-23; etc.

(14) BETTI, Emilio, Teoría general de las obligaciones. Tomo I. Trad. de José Luis DE LOS MOZOS. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969. Pag. 70.

(15) PUIG PEÑA, Federico, Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Vol. I. Ed. Rev. De Derecho Privado. Madrid. Pag. 12.

(16) DIEZ PICAZO, Luis. GUILLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil. Vol. II. 9ª Ed. Ed. Tecnos. Madrid. Pag. 30/31. Aquel principio, en los términos de Adam Smith servía a las mil maravillas a una sociedad en la que se quería suprimir no solo las trabas del corporativismo y del Estado, sino también las que se opusiesen a la libertad contractual, pensando que el libre juego de la oferta y la demanda y el egoísmo individual son los motivos de la felicidad y prosperidad de las naciones. SMITH, Adam. Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones. Ed. Tecnos. Madrid. 2009. Pag. 259.

(17) Tribunal Supremo de España. Sent. 2 de abril de 1941, Revista de Derecho Privado. Julio-agosto, 1941, Pag. 357 y sgtes.

(18) En estos casos la buena fe incide cabalmente en lo que Larenz llama las bases objetivas de la relación jurídica. El destacado autor explica que por base objetiva jurídicamente relevante, se entiende al conjunto de circunstancias cuya existencia o preexistencia presupone debidamente el contrato, sabido o no por los contratantes, ya que de no ser así no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría "sentido, fin u objeto" LARENZ, Karl. Base del negocio y cumplimiento de los contratos. Trad. de Carlos Fernandez Rodríguez. Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid. 1956. Pag. 115. Al respecto, la Sala C de CNCiv. sostuvo que ella no consiste meramente en la ignorancia del compromiso previo

del contratante, sino en la ignorancia sin culpa, es decir mediando las diligencias que aconsejen las circunstancias del caso. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, Giménez, Luis A. c. Elsegood, Rodolfo H. y otra, 15/09/1980, AR/JUR/6186/1980.

(19) A diferencia de lo que ocurre con el inicio de la relación contractual, la buena fe en esta faceta se subsume en las bases subjetivas del las relaciones jurídicas. El maestro Larenz las definía como la común representación de los contratantes de la que han partido al concluir el contrato y que ha influido en la decisión de ambos. Esta representación puede referirse a una circunstancia considerada como existente o esperada en el futuro. Pero tiene que tratarse de una determinada representación o esperanza, no es suficiente la simple falta de esperanza de una posterior variación de las circunstancias existentes a la conclusión del contrato. La representación o expectativa tiene, además, que haber sido decisiva para ambas partes en el sentido de que ambas, suponiendo un leal modo de proceder, no hubiesen concluido el contrato, o no lo hubiesen concluido tal como la han hecho si hubiesen conocido su inexactitud. No es suficiente que la representación o expectativa haya determinado de modo decisivo tan solo la voluntad de una de las partes, incluso en el caso de que la otra parte hubiese tenido conocimiento de ello. En efecto cada parte sufre, en principio el riesgo de que se realicen sus propias esperanzas. LARENZ, Karl. Base del negocio... Ob. Cit. Pag. 95.

(20) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, Ferpad S.A. c. Rosetti y asociados y otros., 15/09/1998, LA LEY, 1999-F, 741, AR/JUR/3119/1998. Con este mismo alcance se ha dicho que el principio de buena fe (art. 1198 Cód. Civil) debe estar presente en el cumplimiento y la conclusión de los contratos. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Córdoba, Foglia, Eduardo y otra c. Lavezzari, Oscar C. y otros, 02/03/1998, LLC, 1999-1357, AR/JUR/4449/1998 Ver: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, Cordis Corporation c. Sistemas Médicos S.A., 2005/10/14, IMP 2006-5, 783 ; sala B, Godicer S.A. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G., 2004/06/10, LA LEY 29/09/2004, 8. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, Gestido y Pastoriza S.H. c. Nobleza Piccardo S.A., 2005/11/24, LA LEY, 2006-D, 11; sala B, Contreras, Pablo R. c. Pepsico Snack Argentina S.A., 2005/02/24, DJ 2005-2, 671 - LA LEY 17/06/2005, 2, con nota de Diego M. Genesio - LA LEY 2005-C, 822, con nota de Diego M. Genesio - LA LEY 21/03/2005, 6 - LA LEY 2005-B, 421 - IMP 2005-A, 1069. Entre otros. MAYO, Jorge A, La buena fe en la ejecución de los contratos, DJ 2002-3, 1061.

(21) JOSSERAND, Louis. Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado. Trad. de Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica JR. Ed. José M. Cajica Jr. México. Pag. 219.

(22) Ver: JALIL, Julián Emil, "La buena fe como causa eficiente de deberes implícitos en las relaciones contractuales", RCyS, 2010-IX, 241.

(23) Ver: JALIL, Julián Emil, "El "dogma" de la buena fe y su escisión del "concepto" de la buena fe", Publicado el 22/12/2011 en Suplemento de Derecho de Daños, elDial.com - DC17A1. En este artículo hemos diferenciado claramente la buena fe como dogma y la buena fe como concepto.

(24) ENNECERUS, L. LEHMANN, H., Tratado de las obligaciones. 3ra. Ed. Trad. Pérez González B. y Alguer, J. Ed. Bosch. Barcelona 1966. Ver también: BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Tomo I. Trad. de José Luis De Los Mozos. Ed. Revista de Derecho Privado. 1969. Madrid. Pag. 99.

(25) PUIG PEÑA, Federico, Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Vol. I. Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid. Pag. 12/13.

(26) Cámara 2a en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata, sala II, Dignani, Nazareno L. c. Consorcio Torre Moreno y otros, 26/09/1995, AR/JUR/3187/1995.

(27) JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Trad. de Santiago Cunchillos y Manterola. Tomo II. Vol. I. Ed. Bosch. Buenos Aires. 1950. Pag. 174.

(28) HEGEL, Georg W Friendrich. Filosofía del derecho. Trad. de Angélica Mendoza de Montero. 2 ed. Ed. Claridad SA. Buenos Aires. 2009. Pag. 101.

(29) BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Tomo I. Trad. de José Luis de los Mozos. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969. Pag. 86. Ver el desarrollo de estas ideas en: JALIL, Julián Emil, "El "dogma" de la buena fe y su escisión del "concepto" de la buena fe", Publicado el 22/12/2011 en Suplemento de Derecho de Daños, elDial.com - DC17A1.

(30) ALTERINI, Atilio A., Contratos Civiles. Comerciales de Consumo. Teoría General. Segunda Edición Actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2009. Págs. 534/5. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. "La

Obligación de Seguridad. Ob. Cit. Pág. 106. PICASSO, Sebastián, "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema". LA LEY 2008-C, 562 y ss. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. "El daño resarcible..." Ob. Cit. Pág. 154.

(31) Esta es la posición predominante en la doctrina nacional. Ver PIROTA, Martín Diego La obligación de seguridad en el contrato de espectáculo público: una garantía a favor del espectador (A propósito de un fallo que reconduce la cuestión hacia el escenario de la responsabilidad contractual)", RCyS 02/09/2005. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., "Obligación de seguridad". BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La mutación de la obligación de seguridad o garantía: de una responsabilidad objetiva a otra subjetiva"; AGOGLIA, María Martha - BORAGINA, Juan Carlos - MEZA, Jorge Alfredo, "La buena fe y la obligación de seguridad"; CAVALLERO, Francisco E.; BURGOS, Débora - VESSONI, Hugo Alberto, RUBIO, Gabriel Alejandro, "Responsabilidad contractual directa objetiva por incumplimiento de la obligación de seguridad", LLLitoral 1998-2-22. Esta postura fue la receptada en forma mayoritaria en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, comisión II - Obligación de seguridad- realizadas en Junín-Buenos Aires, en el año 1994. Como asimismo en la jurisprudencia nacional. Ver: CSJN, 12-12-89, "Ortíz, Eduardo A. c. Ferrocarriles Argentinos", La Ley, 1990-D, 97/100, con nota de Jorge Bustamante Alsina; C2ªCC Paraná-Entre Ríos, Sala II, 27-05-97, "Carrizo, Jorge T. c. Sociedad Rural Victoria y/u otros", LLLitoral 1998-2-21/29, con nota de Gabriel Alejandro RUBIO; SCJBA, 14-04-04, "Fernández, Fernando c. Roll S.R.L. y/o Soul Train", RCyS, 2004-952; CNCiv., sala E, 07-12-87, "Rodríguez, José N. c. Turlan, S.A. y otro", La Ley, 1988-C, 106/112, con nota de Jorge BUSTAMANTE ALSINA. En las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires del 22 al 24 de septiembre de 2005, se sostuvo por mayoría que la obligación de seguridad es un principio del derecho, de carácter autónomo, que se aplica solamente en el ámbito contractual.

(32) JORDANO FRAGA, Francisco, La responsabilidad contractual. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1987. Pág. 141. SAUX, Eduardo. "La obligación de seguridad en los vínculos contractuales" en Suplemento especial La Ley: Obligación de seguridad, Septiembre de 2005, Pag. 16.

(33) LABOMBARDA, Pablo M., "La responsabilidad civil de las asociaciones deportivas por daños a los espectadores". DJ 01/01/2004.

(34) GASTALDI, José M., "La buena fe en los contratos", en Córdoba, Marcos. (Director). Garrido, Lidia. y Kruger, Walter. (coordinador) Tratado de la buena fe en el Derecho Tomo I, Ed. La Ley. Buenos Aires. 2004. Pág. 299. Y en esa misma obra: COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., "El principio de la buena fe en el Derecho Privado" Pág. 167. NICOLAU, N., "El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato" Pág. 321. MORELLO, A. M., "Indemnización del daño contractual", con la colaboración del doctor GALDOS, Jorge M., Ed. Platense, y Ed. LexisNexis. 2003. Pág. 68 y sigtes. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Ob. Cit., Päg. 387. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La mutación de la obligación de seguridad o garantía: de una responsabilidad objetiva a otra subjetiva", Rev. ED, Tomo 18, Pág. 1090.

(35) DE CUPIS, Adriano, "El Daño", p. 174, traducción de la segunda edición italiana de Ed. Bosch, Barcelona, 1975.

(36) DIEZ PICAZO, Luis, en el prólogo del libro de WIECKER, Franz, "El principio de la buena fe". Ed. Civitas, Madrid, 1986. Pág. 19.

(37) Ver: CNCiv., sala D, 19/10/56, "Garriello c. Municipalidad de la Capital", Rev. LA LEY, t. 86, p. 44; ídem, sala E, 27/9/68, "Manzano c. Municipalidad de la Capital", Rev. LA LEY, t. 139, p. 773, fallo 24.123-S; ídem 26/5/72, "Oneto de Gianolli c. Club River Plate", Rev. LA LEY, t. 148, p. 464; ídem sala F, 15/6/72, "Venche c. Galbatto", Rev. LA LEY, t. 148, p. 69. Cam. Civ. 1ª Santa Fe, en pleno 28/8/53, "Ferrigno de Vignolo c. Club Atl. Rafaela" en Juris, t. 3, p. 329.

(38) Esta clasificación nace con Demogue y su cabal importancia radica en el campo probatorio, decía el autor que para determinar a quien se impone la carga de la prueba de la culpa, habrá que establecer si la obligación incumplida es de medios o de resultados. En el primer caso se requerirá que sea el acreedor (o más genéricamente la víctima del daño) quien demuestre que el sindicado como responsable ha actuado negligentemente, mientras que en las obligaciones de resultado, la culpa se presume, siendo el obligado quien se hallaría precisado de demostrar su falta de culpa. En cuanto a la esfera de aplicación de dichos criterios, dice Demogue que, aún en el campo extracontractual pueden encontrarse supuestos en donde la ley va más allá de

ordenar una conducta diligente, y exige un determinado resultado. PICASSO Sebastián, "Obligaciones de medios y de resultados" Revista de Jurisprudencia Argentina. Tomo 1996-II. Buenos Aires. 1996. Pag. 716.

(39) MAZEAUD. Henri; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD León; CHABAS, Francois. Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I. Traducción de Luis Adorno. Editorial Zavalia. 1997. Pag. 26

(40) TRIGO REPRESAS, Felix A.; LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica. Tomo II. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2004. Pag. 751.

(41) MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, François. Derecho Civil... Ob. Ob. Cit. Pag. 27.

(42) MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, Francois. Derecho Civil.. Ob. it. Pag. 27. Si bien este es el criterio prevaleciente durante siglos en el derecho comparado, en especial en la doctrina francesa, cada vez con más fuerza se proyecta una consideración diferente en torno a la cuestión, algunos autores consideran que la distinción infiere exclusivamente en el factor de atribución, subjetivo en las obligaciones de medio y objetivo en las obligaciones de resultado, en este sentido dice el Profesor Picasso, sabido es, que la formulación del distingo entre obligaciones de medios y de resultados desempeñada por Demogue nació precisamente para responder a esa cuestión (carga de la prueba), y así fue trabajada durante mucho tiempo por la doctrina comparada, pese a esta afirmación, el jurista considera que la utilidad del distingo en lo que hace a la distribución de la carga de la prueba resulta ser actualmente escasa, y que su función principal radica, en constituir una verdadera divisoria de aguas en lo que hace al factor de atribución de la responsabilidad aplicable. PICASSO, Sebastián, "La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios". Revista La ley. Tomo 2000-C. Sección Doctrina. Buenos Aires. 2000. Pag. 995/6.

(43) En este sentido se ha sostenido como criterio para diferenciar una obligación de medios de una de resultados, que "el parámetro de separación entre una y otra clase es la aleatoriedad del resultado". TRIGO REPRESAS, Félix A.; LOPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica. Tomo II.Ed. La Ley. Buenos Aires. 2004. Pag. 739. Empleando la terminología del Profesor PICASSO, habría aquí una violación a un deber impuesto por la ley, PICASSO, Sebastián, "Obligaciones de medios y de resultados" LA LEY, Pag. 716 (nota al pie).

(44) La corriente doctrinaria mayoritaria sostiene que el deber de seguridad es accesorio de la obligación principal, pero otra postura la califica como principal, en atención a que estando en juego la incolumidad de bienes que satisfacen intereses primordiales del ser humano, como son la vida, la salud o el patrimonio, dicha obligación debe ser necesariamente jerarquizada dentro del negocio, poniéndola en el mismo nivel con aquella que constituye. Para una tercera corriente, se trata de un deber secundario en relación a la obligación principal, pero con estructura y funcionalidad autónomas. El deber de seguridad se desenvuelve en el sector del hecho propio, dando pie a una responsabilidad directa y que reviste carácter objetivo. Bustamante Alsina denomina esta situación "crédito a la seguridad", y en opinión de este autor constituye una obligación accesoria que existe junto a las obligaciones esenciales que el contrato impone a las partes. Sin embargo, hasta ahora no se han elaborado criterios o principios estables que denuncien la existencia de los deberes de conducta que complementan los propios del contrato, o que acompañan a las diversas relaciones jurídicas. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil". Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997. Pág. 392 y ss. BERGER, Sabrina M., "El deber de seguridad: a un siglo de su creación jurisprudencial", RCyS, 2012-V, 35.

(45) MAYO, Jorge A. "Sobre las denominadas Obligaciones de Seguridad", LA LEY, 1984-B, 949 y ss. Y GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., El daño resarcible...ob. cit. Pag. 11.

La histoia clínica en el Decreto 1089/2012 reglamentario de la Ley 26.529

Por Fernando Yarroch
Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2012 (noviembre), 233
Cita Online: AR/DOC/5243/2012
[Consultado el: 02/07/2020]

Sumario.

I. Derechos de los pacientes. II. La historia clínica. III. Conclusión.

La ley y su decreto reglamentario se ocupan de llenar un vacío legislativo de antaño, colocando al doliente en situación de protección legal, con la titularidad de su historia clínica y enalteciendo sus derechos individuales, su autodeterminación y la disponibilidad amplia de sus facultades ante el sistema sanitario, donde muchas veces se encuentra en situaciones de inferioridad o debilidad.

I. Derechos de los pacientes.

"... Todo lo que vea y oiga en el ejercicio de mi profesión, y todo lo que supiere acerca de la vida de alguien, si es cosa que no debe ser divulgada, lo callaré y lo guardaré con secreto inviolable..."; "... guardar y respetar los secretos a mí confiados, aún después de fallecido mi paciente..." (1) Así reza una parte del juramento Hipocrático, prestado solemnemente por los galenos al momento de su ingreso en el mundo profesional, fórmula antiquísima establecida en el siglo V a.c. por Hipócrates de Cos, médico griego; y que adoptara posteriormente en la Roma Imperial del siglo II el médico Galeno de Pérgamo.

Dicha protocolar invocación ha sufrido con el correr de los siglos, lógicas modificaciones, establecidas como una exigencia por el plexo ético y moral de las sociedades en pleno desarrollo; y por más y nuevas necesidades profesionales y sociales. Es un testamento ecuménico y transhistórico de la antigüedad clásica para la ética médica. Y es una verdad de Perogrullo que el mismo constituye *el marco axiológico/ontológico de mínima en el desarrollo de la profesión médica*. Establece por sí mismo el continente ético (del griego *ethika*, de *ethos*, "comportamiento") y moral (del latín *mores*, "costumbre") para el desarrollo de la profesión y para la dinámica en el desenvolvimiento de la relación establecida en el tándem médico - paciente.

Consideramos de suma importancia la existencia actual de legislación en la materia, la que viene a enaltecer los derechos individuales en una faz absolutamente privada e íntima como lo es el derecho a la salud, vinculada a la *autonomía de la voluntad*; cada vez más influyente en nuestro derecho vernáculo; y que sin dudas forma parte de la tendencia jurídica y legislativa que da preeminencia a los derechos humanos conocidos como de cuarta generación, y que se encuentran íntimamente ligados a la aprehensión, el uso y aprovechamiento de información y nuevas tecnologías por parte del ciudadano en la era comunicacional. Y no debemos soslayar la existencia del nuevo derecho médico, donde podemos citar entre sus fuentes de carácter internacional la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que

consagran los derechos a la vida y a la Salud; la Convención para la Protección de los Derechos del Hombre y de la Dignidad del Ser Humano, frente a las aplicaciones de la biología y de la medicina, aprobada por el Consejo de Europa en 1996; la Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes, aprobada por la Organización Mundial de la Salud en 1994; las Declaraciones de la mencionada Organización Mundial de la Salud; las dedicadas a temas específicos de derecho médico, como son la experimentación sobre seres humanos; la donación y trasplante de órganos; las técnicas de reproducción humana asistida; el genoma humano; el síndrome de inmuno deficiencia adquirida; el aborto y las lesiones al feto.

Desarrollaremos entonces de corrido el análisis de la legislación nacional vigente actualmente -luego de años de anomia- en materia de derechos de los pacientes, consentimiento informado, e historia clínica, enfocándonos en esta última cuestión. Iremos intercalando los textos de las normas vigentes, a fines de sistematizar adecuadamente su estudio, desarrollo y análisis.

II. La historia clínica.

Nos encontramos con que la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 en su art. 12 nos da una definición legal de la historia clínica; al expresar que se entiende por historia clínica, el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.

La reglamentación, a través del decreto 1089/2012 si bien en su título manifiesta que "define" la historia clínica, no lo hace, pero sí establece su alcance, al prescribir, que a excepción de los casos de la historia clínica informatizada, los asientos de la historia clínica escrita deben ser suscriptos de puño y letra por quien los redacta, para identificar quién es responsable del mismo, con el sello respectivo o aclaración de sus datos personales y función, dejando constancia por escrito, de todos los procesos asistenciales indicados y recibidos, aceptados o rechazados, todos los datos actualizados del estado de salud del paciente, para garantizarle una asistencia adecuada.

Cada *establecimiento asistencial* debe archivar las historias clínicas de sus pacientes, y la documentación adjunta, cualquiera sea el soporte en el que conste, para garantizar su seguridad, correcta conservación y recuperación de la información. Los *profesionales del establecimiento* que realizan la asistencia al paciente y participan de su diagnóstico y tratamiento deben tener acceso a su historia clínica como instrumento fundamental para su adecuada asistencia. A estos fines cada centro debe arbitrar los recaudos para permitir su acceso.

Asimismo los *establecimientos de salud* deben adoptar los recaudos para que los datos con fines epidemiológicos o de investigación, sean tratados de modo tal que preserven la confidencialidad de los pacientes, a menos que el paciente haya dado su consentimiento y/o que hubiera mediado una orden judicial que solicite la remisión de los datos, en cuyo caso deberá estarse a los alcances de ese decisorio. Ello sin perjuicio de las otras previsiones del artículo 2° inciso d).

El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de planificación, acreditación, inspección, y evaluación, tiene derecho de acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones para la comprobación de la calidad asistencial o cualquier otra obligación del establecimiento asistencial, en relación con los pacientes y usuarios o de la propia administración. Dicho personal que accede a estos datos, en ejercicio de sus funciones, queda sujeto al deber de *secreto* y *confidencialidad.*

Los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual son responsables de la gestión y custodia de la documentación asistencial que generen.

Nos encontramos entonces con una primera aproximación al concepto de historia clínica, y los alcances que la legislación le otorga. Podemos definir entonces a la historia clínica como *la documentación, meticulosa y*

detallada, de las distintas vicisitudes médicas en la vida del paciente; determinando tempo espacialmente las prestaciones recibidas. El diccionario terminológico de Ciencias Médicas, la define como la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales y familiares, como actuales, relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual.

Constituye un elemento de vasta trascendencia en el campo de la responsabilidad médica, ya que permite observar detenidamente la atención, el tratamiento; y la cirugía en su caso; estableciendo parámetros a priori y posteriori en la actuación del galeno, pudiendo otorgar un halo de luz a fines de poder acceder a la verdad real/material en la relación de causalidad como presupuesto básico en la imputación de responsabilidad profesional. El maestro francés LE TOURNEAU, con su diáfana pluma, ha expuesto que la causalidad es consustancial a la responsabilidad, porque no se puede imaginar la una sin la otra; si ella no existe, no existe responsabilidad sino un fruto del azar. (2) Podremos prescindir del elemento subjetivo (culpa en sentido laxo), pero jamás del ligamen causal.

Sin dudas, nos encontramos ante el instrumento de prueba por antonomasia dentro de los procesos judiciales por daños y perjuicios donde se discute la responsabilidad profesional de los médicos, desentendiéndonos en este punto, respecto de su carácter objetivo o subjetivo. Ya hemos dicho que de la historia clínica emanarán las principales conclusiones que los jueces deberán tomar en cuenta al momento de dar su veredicto. Su correcta confección, es el arma primordial de los profesionales de la medicina para comprobar que han actuado conforme debían hacerlo, respetando la lex artis y según sus obligaciones mandan, también es el elemento de prueba primordial con el que cuenta todo paciente para cuestionar sobre los tratos recibidos en el centro de salud que lo asistió. Su no existencia siempre acarreara una presunción en contrario de quienes estaban a cargo de la confección de la misma.

La historia clínica debe ser el fiel reflejo de *los pasos cronológicos seguidos en la atención al paciente*; y su contenido abarca no solo las hojas de evolución, sino que forma un entidad única con las planillas de prescripciones médicas, control y balance, controles de enfermería, análisis clínicos y toda otra información, formando un cuerpo impar e indivisible.

Veremos de seguido un doble propósito legislativo, que estimamos de por sí loable: la ley nacional recepta la tendencia del Estado ecológico de derecho -limitando el uso de papel mediante la aplicación de la tecnología al almacenamiento de datos sensibles- e intenta *aggionarse* a las tendencias informáticas y técnicas existentes en todo el orbe; ya que con el propósito de ingresar al mundo tecnológico, y receptar de algún modo la realidad -inundada de avances en cuanto a soportes magnéticos e informáticos- la ley establece la posibilidad o alternativa, no ya su obligatoriedad (quedará seguramente para dentro de algunos lustros) de salvaguardar los datos de la historia clínica mediante soportes alternativos al papel documento. Su art. 13 establece: el contenido de la historia clínica, puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma. A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad.

La reglamentación dispone que la documentación respaldatoria deberá conservarse y designa a los responsables que tendrán a su cargo la guarda de la misma. El decreto reglamentario responde a esa necesidad de establecer cuál es la documentación respaldatoria, y prescribe: la historia clínica informatizada deberá adaptarse a lo prescripto por la Ley Nº 25.506, sus complementarias y modificatorias. La documentación respaldatoria que deberá conservase es aquella referida en el artículo 16 de la Ley Nº 26.529 modificada por la Ley Nº 26.742, que no se pueda informatizar y deberá ser resguardada por el plazo y personas indicados en el artículo 18 de esa misma ley.

Vemos entonces que el decreto nos remite, primero a la ley 25.506, de firma digital; y en forma de devolución a la ley vertebral en este aspecto, más específicamente a su art. 16 vinculado al principio de integridad de la historia clínica, y al art. 18 (que será analizado más adelante). El primero de ellos establece: forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante.

Este artículo 16 no fue reglamentado por el decreto. Pero analizaremos a continuación la figura de la historia clínica informatizada. La misma recibe en la literatura científica diversas denominaciones: *e-medical record, e-patient record, e-health record, ambulatory medical record y computer based patient record*, a veces con significados idénticos y otras, en un intento de asociar a las distintas denominaciones diferentes grados de informatización.

Podemos diferenciar dos modelos:

1.Modelos locales, con la capacidad de diseñar el modelo de la historia clínica informatizada local de un paciente, introducir datos de la historia clínica tradicional en este nuevo modelo, y presentar los datos del nuevo modelo por pantalla, con capacidad para consultar a la base de datos. También se la conoce como integración de presentación, ya permite al usuario asistencial visualizar la información clínica del paciente, almacenada en los diferentes sistemas (radiología, laboratorio, informes clínicos).

Es la utilizada en la actualidad en la mayoría de los hospitales europeos y es muy útil en la práctica clínica diaria, pero es insuficiente cuando el usuario pretende recuperar información de distintos subsistemas.

2. *Modelos generales*, recogiendo un subconjunto de datos más vasto que los modelos locales. Se trata de la denominada integración de datos. Exige que todos los sistemas departamentales utilicen una codificación de los datos y que haya un mecanismo para transferir los mismos a un sistema central que permite su recuperación, llamados almacenes de datos clínicos.

La historia clínica informatizada goza de ciertos beneficios, ya que brinda seguridad, atento a que la modificación de los datos insertos debe realizarse por intermedio del programa informático, dicho programa no permite que se altere la secuencia en el llenado de la historia clínica, las copias de seguridad realizadas en CD o DVD garantizan la perdurabilidad de la misma. Se trata asimismo, de un elemento fácilmente transportable, donde consta todo la vida médica de un paciente.

Estamos en presencia entonces de un documento digital, definido como la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo y se caracteriza por constituir la equivalencia funcional de la escritura, siendo así equiparado al soporte papel y estableciéndose su validez jurídica en tanto documento escrito. (3)

Sabemos que a partir de la ley 25.506, la firma y el instrumento digital conquistan la misma jerarquía que los demás instrumentos escritos y firmados", a todos los efectos previstos por el artículo 974 de nuestro Código Civil, de manera que las exigencias de "firma y doble ejemplar" se resguardan también ahora con sus "modalidades o variantes digitales.

Debemos de antemano establecer y destacar que nos encontramos en presencia del supuesto del art. 2º de la ley 25.506; esto es, *la firma digital*; y no en la hipótesis del art. 5º de la citada ley: firma electrónica; que se encuentra conceptualizada en forma negativa, ya que la firma electrónica es el conjunto de datos electrónicos que no llega a constituir firma digital; esto es que carece de algún elemento para ser considerado firma digital. De este

modo, el sistema legal trata de garantizar los principios de integridad, originalidad, inalterabilidad, durabilidad y recuperabilidad de los datos allí vertidos.

En el estado actual de nuestra legislación, los documentos electrónicos constituyen un *medio probatorio* (prueba documental) que tiene suficiente sustento normativo. La admisión, cada vez más frecuente, por parte de los órganos judiciales de medios de prueba que tienen encaje en los tradicionalmente reconocidos por las leyes, como es el caso de los medios de reproducción de imagen y de sonido (catalogables como medios de prueba documental o de otro tipo), debe llevar también progresivamente a una solución favorable a la admisión de la historia clínica informatizada en sustitución del documento escrito. (4)

No obstante ello, se impone en el presente estadio la apertura de un pequeño paréntesis, a efectos de desentrañar una cuestión de gran importancia en los foros: el *onus probandi*:

Existe entre la firma digital (art. 2º de la ley 25.506) y la firma electrónica (art. 5º de la misma ley), una importante diferencia en relación a su carga probatoria; ya que en caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

Diferente es el supuesto de la firma digital, ya que conforme las prescripciones del art. 8º de dicha norma, se presume su integridad: si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma. O sea que nos encontramos aquí con una presunción *iuris tantum* acerca de la veracidad y certeza del contenido del documento digital con firma digital.

Pasaremos de corrido al análisis de la titularidad de la historia clínica. Tanto la ley como su decreto reglamentario, abordan la cuestión en su art. 14.

Así, la ley prescribe que el paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho horas de solicitada, salvo caso de emergencia.

A su turno, el decreto estableció que el paciente como titular de los datos contenidos en la historia clínica tiene derecho a que a su simple requerimiento se le suministre una copia autenticada por el director del establecimiento que la emite o por la persona que éste designe para ese fin dentro del plazo de 48 horas. Los efectores de salud deberán arbitrar los recaudos para procurar entregar la historia clínica de inmediato, cuando el paciente que la requiera se encontrare en proceso de atención, o en situaciones de urgencia o gravedad, donde corre peligro su vida o su integridad física, hecho que será acreditado presentando certificado del médico tratante.

A los fines de cumplimentar esta obligación las instituciones de salud deberán prever un formulario de solicitud de copia de la historia clínica, donde se consignen todos los datos que dispone el paciente para su individualización, el motivo del pedido y su urgencia.

En todos los casos el plazo empezará a computarse a partir de la presentación de la solicitud por parte del paciente o personas legitimadas para ello.

Exceptuando los casos de inmediatez previstos en la segunda parte del primer párrafo de este artículo, y ante una imposibilidad debidamente fundada, los directivos de los establecimientos asistenciales o quienes ellos designen para tal fin, podrán entregar al paciente una epicrisis de alta o resumen de historia clínica, y solicitarle una prórroga para entregar la copia de la historia clínica completa, que no podrá extenderse más allá de los 10 días corridos de su solicitud, conforme lo previsto por la Ley Nº 25.326.

El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo puede ser ejercido en forma gratuita a intervalos de 6 meses, salvo que se acredite un interés legítimo al efecto, y en un número limitado de copias, por lo cual, si existieren más de tres solicitudes, podrá establecerse que se extiendan con cargo al paciente el resto de ejemplares.

El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo en el caso de datos de personas fallecidas le corresponderá a sus sucesores universales o personas comprendidas en los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, con los alcances y límites fijados en la misma. En cualquier caso el acceso de terceros a la historia clínica motivado en riesgos a la salud pública se circunscribirá a los datos pertinentes, y en ningún caso se facilitará información que afecte la intimidad del fallecido, ni que perjudique a terceros, o cuando exista una prohibición expresa del paciente.

La cuestión atinente a la *titularidad de la historia clínica*, nos enfrenta a interesantes cuestiones, que afectan a la intimidad, la confidencialidad, la disponibilidad y el acceso al "documento de identidad sanitario" que constituye la historia clínica. Por otro lado, estaremos asistiendo en los próximos años a una situación novedosa; ya que mediante los soportes magnéticos en los que se registrará la historia clínica informatizada, será el propio paciente el tenedor o poseedor material de la misma. Se nos presenta entonces una importante cuestión en torno a la titularidad de la historia clínica: esto es, a quién le pertenece.

Las doctrinas sobre la propiedad de la historia clínica son muy variadas; y de corrido serán someramente abordadas:

- *Propiedad del médico:* el basamento de esta teoría se vincula con la existencia de un derecho de propiedad intelectual en cabeza del médico, por el contenido de creatividad existente en los juicios de diagnóstico, pronóstico y demás valoraciones que incluya la historia clínica. (5)

Un sector de la doctrina defiende que el ejercicio privado de la medicina, hace al médico propietario de la historia clínica, y que en el caso de médicos empleados en centros públicos o privados, el propietario pasa a ser el centro sanitario, insistiendo que el paciente no es el propietario de la historia clínica, hecho que no es incompatible con su derecho de acceso, aunque con limitaciones.

- *Propiedad del paciente:* el paciente es el titular de la historia clínica, dado que es la fuente de toda información. Algunos autores opinan que como en el ejercicio privado de la medicina existe un contrato de arrendamientos de servicios que obliga adecuar la profesión a la *lex artis ad hoc*, así como a la elaboración de la historia clínica a cambio de un precio. Esta relación sinalagmática justificaría que la historia clínica pertenezca al paciente. Su fundamento se halla en el hecho de que los datos que contiene la historia clínica versan sobre la identificación, salud, e intimidad del enfermo, por lo que el paciente se erige en la fuente de toda la información que contiene aquélla. (6)

- *Propiedad de la institución sanitaria:* esta doctrina aboga por considerar que la historia clínica es propiedad del centro de salud, ya que la relación entre médico y paciente se materializa dentro de un centro o institución sanitaria, que tiene además el deber de conservar o custodiar las historias clínicas.

Así, los argumentos de esta tesis se fundamentan, por un lado, en la obligación legal impuesta, relativa a la ubicación de la historia clínica en el área de salud; y, por otra parte, en el hecho de que el soporte de la historia clínica (papel, software...) es propiedad del centro sanitario. Además, atiende al hecho de que la actividad del facultativo se realiza, bien en centro sanitario público, o bien en centro privado; y ello comporta la cesión de los frutos de la actividad profesional a dicho centro empleador y, por tanto, resulta que la titularidad de la historia clínica corresponde a la institución pública o privada.

- *Teorías integradoras:* observan en la historia clínica componentes heterogéneos; ya que distinguen los relativos a la gestión y organización administrativa y económica del centro salud; en segundo lugar, los elementos referidos a los datos de identidad y sanitarios del paciente obtenidos en la anamnesis; y finalmente los resultados de las investigaciones médicas, tales como diagnóstico y pronóstico, junto a las anotaciones subjetivas del profesional. Así nos encontraríamos con que los titulares serían, conjuntamente, el centro sanitario, público o privado, el paciente y el profesional de la salud. (7)

Así, el propietario de la historia clínica es el centro sanitario; el paciente es el titular de la intimidad en ella reflejada, y el médico dueño de su aportación intelectual y administrador del interés de terceros allí registrados.

En nuestro país, Lorenzetti ha expuesto que la propiedad de la historia clínica es de quien la elabora, pero lo fundamental es que el paciente es el propietario de los datos insertados en ella. (8)

En el derecho comparado, por lo general no se reconoce a los pacientes el derecho de propiedad sobre su historia clínica, la que corresponde al médico o establecimiento asistencial. Sin perjuicio de ello, es pacífica la opinión que reconoce al paciente el derecho a conocer el contenido de la misma, es decir el libre acceso a su historia clínica. (9)

No obstante las diferentes doctrinas existentes en la materia, huelga decir que son determinantes los arts. 14 de la ley y del decreto, donde el soberano ha decidido otorgar la titularidad de la historia clínica al paciente, constituyendo en depositarios de aquella a los establecimientos asistenciales y a los profesionales de la salud en su carácter de propietarios de sus consultorios profesionales, exigiéndole la guarda y custodia durante un plazo de 10 años, a contar desde la última actuación en la historia clínica.

Desarrollaremos someramente nuestra opinión; adelantando desde ya que, amén de las prescripciones legales, consideramos que la propiedad de la historia clínica es *sui generis*, atento poseer varios titulares en lo que a su titularidad respecta.

Teniendo en cuenta entonces sus características, nos adherimos a la *tesis integradora*, ya que la historia clínica contiene elementos heterogéneos.

Debemos distinguir entonces, entre sus componentes, los relativos a la organización administrativa y económica del centro de salud; los componentes vinculados a los datos personales del paciente, su historia, su pasado, sus antecedentes, su marco socio ambiental, aportados por él mismo en las consultas realizadas, o deducidos por los propios facultativos; y, finalmente, los resultados arribados por el galeno; donde a menudo nos encontramos con creaciones propias del intelecto del profesional de la salud, vinculadas a su conocimiento científico y técnico y desarrolladas conforme su capacidad personal. Consideramos entonces que existe una titularidad tripartita de la historia clínica; ya que el primer componente pertenece al centro sanitario, el segundo al paciente y el último al profesional de la salud.

Pasaremos al desarrollo de ciertas características que debe reunir la historia clínica, traducidas en los principios de confidencialidad, seguridad, disponibilidad, unicidad, legibilidad e integridad de los asientos.

Tópicos abordados en los arts. 15, 16 y 17 de las normas *sub examine*:

Tal como lo dispone el art. 15, en la historia clínica se deberá asentar:

a) La fecha de inicio de su confección;
b) Datos identificatorios del paciente y su núcleo familiar;
c) Datos identificatorios del profesional interviniente y su especialidad;
d) Registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes;
e) Antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos si los hubiere;

f) Todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas.

Los asientos que se correspondan con lo establecido en los incisos d), e) y f) del ese artículo, deberán ser realizados sobre la base de nomenclaturas y modelos universales adoptados y actualizados por la Organización Mundial de la Salud, que la autoridad de aplicación establecerá y actualizará por vía reglamentaria.

Complementando lo expuesto, la reglamentación prescribe en su art. 15 que en la historia clínica deberán constar fehacientemente, además de lo exigido por la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, el nombre y apellido del paciente, su número de documento nacional de identidad, pasaporte o cédula, su sexo, su edad, su teléfono, dirección y aquellos antecedentes sociales, y/u otros que se consideren importantes para su tratamiento.

Todas las actuaciones de los profesionales y auxiliares de la salud deberán contener la fecha y la hora de la actuación, que deberá ser asentada inmediatamente a que la misma se hubiera realizado. Todos los asientos serán incorporados en letra clara y con una redacción comprensible. Con esa finalidad, la Historia Clínica no deberá tener tachaduras, ni se podrá escribir sobre lo ya escrito. No se podrá borrar y escribir sobre lo quitado. Se debe evitar dejar espacios en blanco y ante una equivocación deberá escribirse "ERROR" y hacer la aclaración pertinente en el espacio subsiguiente. No se deberá incluir texto interlineado. Se debe evitar la utilización de abreviaturas y, en su caso, aclarar el significado de las empleadas.

Los asientos que correspondan con lo establecido en los incisos d), e) y f) del artículo que se reglamenta deberán confeccionarse sobre la base de nomenclaturas CIE 10 de la Organización Mundial de La Salud (OMS) o las que en el futuro determine la autoridad de aplicación.

El art. 16 de la ley, que se encuentra sin reglamentar por el decreto, establece la integridad de la historia clínica: Forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante.

Asimismo, el art. 17 de la ley y su decreto reglamentario prescriben, respectivamente que la historia clínica tiene carácter único dentro de cada establecimiento asistencial público o privado, y debe identificar al paciente por medio de una "clave uniforme", la que deberá ser comunicada al mismo.

Los establecimientos asistenciales públicos o privados deben contar con una única historia clínica por paciente, la cual deberá ser identificable por medio de una clave o código único, o número de documento de identidad.

Los establecimientos tendrán un plazo de 365 días desde la entrada en vigencia del decreto para el cumplimiento de la obligación prevista en este artículo y para comunicar la clave respectiva a cada paciente.

Podemos aditar a este extremo, que el capítulo XI del Código de Ética de la Asociación Médica Argentina, en su art. 168 prescribe que la historia clínica ha de ser un instrumento objetivo y comprensible por terceros, y no solo por quienes escriben en ella. El art. 171 complementa lo expuesto, manifestando que debe ser legible, no debe tener tachaduras, no se debe escribir sobre lo ya escrito, no debe ser borrada, no se debe dejar espacios en blanco y ante una equivocación debe escribirse "error" y aclarar lo que sea necesario. No se debe añadir nada entre renglones.

En general, dicho capítulo del Código de Ética viene a afirmar las prescripciones de la legislación nacional.

Observamos ciertos caracteres entonces, en cuanto al contenido (asientos) que debe reflejar la historia clínica: información personal y médica; complejidad, integralidad, veracidad y unicidad: se debe registrar toda la información principal; la misma debe ser objetiva; deben constar todos los estudios, exámenes, etc.; debe haber una integración entre la información y los estudios de distinta naturaleza (complejidad); los datos médicos anotados deben respetar el principio de veracidad. La redacción debe ser completa, legible y autosuficiente. El llenado de la historia clínica debe ser contemporáneo a los hechos de naturaleza médica; se debe consignar la hora y la fecha -día, mes y año- en que se cumple el trámite de describir en dicho documento el acto médico. El profesional que consigna la información médica, debe firmar a continuación, aclarando nombre y apellido y n° de matrícula. Cada hoja debe estar foliada, agregándose en cada una de ellas, el nombre y apellido del paciente.

Se trata en realidad de requisitos mínimos y esenciales que hacen a la validez del documento.

El plexo normativo de este modo, trata de mantener la *unicidad e integridad del documento*, al enumerar una serie de elementos que forman parte de la HC, -que consideramos ejemplificativa y no taxativa-, como los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas.

El carácter de *completitud* importa que la misma debe contener la mayor cantidad de datos posibles ya sea en sus aspectos de forma y de fondo, relacionados con cuestiones administrativas y médicas a la vez. En cuanto a su estructura, sus partes administrativas, demográficas, médicas, sociales, sus consentimientos, intervención de terceros, etc., debe ser lo más detallado posible para reflejar en sus asientos la verdad de lo acontecido y que haya una verdadera coincidencia entre lo sucedido durante el acto médico y su registro.

La información asimismo, debe gozar de *confiabilidad*, y ser lo más verosímil posible; y los procedimientos deben ser cronológicos de los acontecimientos médicos. Como también la documentación debe reflejar su acumulación en el proceso y no una deliberada elaboración posterior.

A fines de evitar ambigüedades, vaguedades y confusiones, la legislación nacional ha establecido la utilización de *lenguajes artificiales normalizados denominados "lenguajes de indización"*. Este lenguaje está compuesto por códigos para identificar los términos, así como categorías de conceptos para su procesamiento por medios informáticos. A ello refiere la legislación vigente cuando se manifiesta respecto de las nomenclaturas.

Lorenzetti nos dice que la historia clínica es, desde el punto de vista médico, un documento en que se dejan constancias de los acontecimientos principales del acto médico y de la enfermedad del paciente. Desde el punto de vista jurídico, siendo que el médico tiene un deber de información, la historia clínica es la documentación del mismo. Ello significa que el galeno tiene el deber de informar, asentando los datos relevantes del diagnóstico, terapia y de la enfermedad del paciente. (10)

El plexo normativo establece asimismo el principio de *inviolabilidad* de la historia clínica; y determina también el depósito de la misma, y los plazos del mismo. Dichos aspectos son abordados en el art. 18 de ambas normas. Al respecto se señala que la historia clínica es inviolable. Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas. A los depositarios les son extensivas y aplicables las disposiciones que en materia contractual se establecen en el Libro II, Sección III, del Título XV del Código Civil, "Del depósito", y normas concordantes.

La obligación impuesta en el párrafo precedente debe regir durante el plazo mínimo de 10 años de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual. Dicho plazo se computa desde la última actuación registrada en la historia clínica y vencido el mismo, el depositario dispondrá de la misma en el modo y forma que determine la reglamentación.

La reglamentación absorbe entonces dicha carga; estableciendo que:

Una vez vencido el plazo de 10 años previsto en el artículo 18 de la Ley Nº 26.529 modificada por la Ley Nº 26.742, el depositario podrá proceder a:

a) Entregar la Historia Clínica al paciente.
b) Llegar a un acuerdo con el paciente para continuar con el depósito de la historia clínica, fijando la condición del mismo.
c) Su informatización, microfilmación u otro mecanismo idóneo para resguardar la información allí contenida.
d) No obstante, si transcurridos los diez -10- años, el paciente no expresara interés en disponer del original de su historia Clínica, podrá ser destruida toda constancia de ella. Los efectores de salud deberán comunicar a los pacientes que la Historia Clínica está a su disposición, al menos seis -6- meses antes del vencimiento de este plazo, por un medio fehaciente al último domicilio que hubiere denunciado.

Mientras se mantenga en custodia la Historia Clínica, se permitirá el acceso a la misma, por parte de los profesionales de la salud en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de los profesionales tratantes.
b) Cuando se encuentre en peligro la protección de la salud pública o la salud o la vida de otras persona/s, por parte de quienes disponga fundadamente la autoridad sanitaria.
c) Cuando sea necesario el acceso a la información para la realización de auditorías médicas o la labor de los agentes del seguro de salud, siempre y cuando se adopten mecanismos de resguardo de la confidencialidad de los datos inherentes al paciente.

La disposición de las Historias Clínicas se realizará de manera que se garantice la privacidad de los datos incorporados a la misma.

La obligación impuesta por la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, a los establecimientos y profesionales de la salud, referida a la conservación de las historias clínicas por el plazo de 10 años, en carácter de depositarios, comprende instrumentar y prever los medios y recursos necesarios aún en los casos de cese de actividad, concurso o quiebra, así como también compromete el acervo hereditario de los profesionales de la salud autónomos fallecidos.

En los supuestos enumerados en el párrafo precedente, los obligados legales o sus herederos pueden publicar edictos dando a conocer la circunstancia de cese, quiebra, concurso o fallecimiento, a los efectos de que en un plazo de 30 días hábiles los pacientes o los agentes del sistema nacional del seguro de salud, con autorización del paciente respectivo, retiren los originales de la historia clínica. Aún en ese supuesto por el plazo legal debe conservarse una copia microfilmada certificada por escribano público o autoridad judicial competente, de cada Historia clínica, junto al recibo de recepción del original rubricado por el paciente y eventualmente depositarse judicialmente.

Nos encontramos entonces con el principio o carácter de *inviolabilidad de la historia clínica*, asumiendo los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, su guarda y custodia, debiendo velar por su seguridad a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas.

Dicha obligación impuesta por la ley se torna aplicable lógicamente tanto al formato papel, como al informático. La historia clínica informatizada es una base o banco de datos, definida por la ley 25.326 como un conjunto organizado de datos personales que son objeto de tratamiento o procesamiento electrónico o no, cualquiera fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso.

Precisamente dicha ley tiene por objeto la protección integral de los datos asentados en archivos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos o privados; previendo inclusive nuevos tipos penales, establecidos en los arts. 117 bis y 157 bis del Cód. Penal.

La afirmación contenida en la ley que reza: "la historia clínica es inviolable" podríamos situarla dentro del deber ser *kelseniano*; ya que es una expresión de voluntad, que sienta un principio.

Por encima de tal error semántico, consideramos acertado endilgarle a los operadores médicos -individuales o colectivos- la calidad de depositarios de la historia clínica, imponiéndoles la guarda y custodia, con la ampliación obligacional de "... instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas." (11)

La obligación de guarda y conservación posee un plazo de finiquito con un mínimo de 10 años, duración amalgamada con el plazo de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual (art. 4023 Cód. Civil).

Dicho lapso temporal será computado desde la última actuación registrada en la historia clínica. Lo expuesto se establece a fines de evitar la existencia de un *sine die certus* en la finalización de la obligación de guarda de la historia clínica; y observamos un claro guiño al Cód. Civil en relación a los plazos prescriptivos en la responsabilidad de tipo contractual; y una remisión al contrato de depósito, cuyas prescripciones legales a través del Cód. Civil se encuentran en los arts. 2182 y siguientes.

El contrato de depósito es un contrato real, compuesto por el *consensus* y la *traditio* de la cosa sobre la cual versa el contrato. Dicha característica inmanente al contrato, y el hecho que la historia clínica sea confeccionada generalmente en el mismo ámbito del depositario, dan nacimiento a una especial situación fáctica: ya que el mismo sujeto que crea la historia, se convierte en su depositario.

Ahora bien, en cuanto al grado de exigencia en la custodia de la historia clínica, nos encontramos con una obligación de medios o de resultados.

La obligación consistente en *"... instrumentar los medios y recursos necesarios para evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas..."* es una *obligación de medios* con el consiguiente factor subjetivo de atribución. Así surge de lo dispuesto por los arts. 2202 y 2203 Cód. Civ. los cuales manifiestan respectivamente que *"el depositario está obligado a poner las mismas diligencias en la guarda de la cosa depositada, que en las suyas propias"*, pero creemos que la obligación genérica del galeno de *conservar la historia clínica* constituye una *obligación de resultado* que objetiviza el factor de atribución, por lo cual solo se exime de responsabilidad demostrando la ruptura del nexo causal, por parte de la actuación de un tercero, de la propia víctima, o a través de la prueba del caso fortuito o fuerza mayor.

Pasaremos vista ahora a los legitimados activos para solicitar la historia clínica en los centros sanitarios, tópico regulado en el art. 19 de ambas normas.

La ley establece que se encuentran legitimados para solicitar la historia clínica:

a) El paciente y su representante legal;

b) El cónyuge o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo según acreditación que determine la reglamentación y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que éste se encuentre imposibilitado de darla;

c) Los médicos, y otros profesionales del arte de curar, cuando cuenten con expresa autorización del paciente o de su representante legal.

a) A dichos fines, el depositario deberá disponer de un ejemplar del expediente médico con carácter de copia de resguardo, revistiendo dicha copia todas las formalidades y garantías que las debidas al original.

Asimismo podrán entregarse, cuando corresponda, copias certificadas por autoridad sanitaria respectiva del expediente médico, dejando constancia de la persona que efectúa la diligencia, consignando sus datos, motivos y demás consideraciones que resulten menester.

El decreto nos dice que mientras la Historia Clínica se encuentre en poder del prestador de salud que la emitió, *ante la solicitud del legitimado para pedir una copia, se deberá entregar un ejemplar de la misma en forma impresa y firmada por el responsable autorizado a tales efectos*. Los costos que el cumplimiento del presente genere serán a cargo del solicitante cuando correspondiere. En caso de no poder afrontar el solicitante el costo de la copia de la historia clínica, la misma se entregará en forma gratuita.

a) El paciente y su representante legal o quienes consientan en nombre del paciente por representación podrán requerir la historia clínica por sí mismos, sin necesidad de expresión de causa, la que deberá ser entregada en los tiempos que establece el artículo 14 de la ley y este decreto reglamentario.

b) El cónyuge, conviviente o los herederos universales forzosos sólo podrán requerir la entrega de una copia de la historia clínica presentando autorización escrita del paciente. El cónyuge deberá acreditar su vínculo con la documentación que la legislación determine. El conviviente acreditará su vínculo mediante la certificación de la unión de hecho por parte de la autoridad local, información sumaria judicial o administrativa. Los herederos universales deberán acreditar su vínculo con la documentación correspondiente y les será requerida en su caso, la autorización del paciente.

c) Los casos en los que el paciente se encuentre imposibilitado de dar la autorización requerida deberán ser acreditados mediante certificado médico o prueba documental, para que pueda ser entregada la copia a las personas enunciadas en los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742 y esta reglamentación.

d) Quedan eximidos de la obligación de presentar autorización aquellos profesionales de la salud que al momento de requerir la Historia Clínica sean los responsables del tratamiento del titular de la misma.

e) La autoridad sanitaria que debe certificar las copias es el director médico del establecimiento o personal jerárquico por él determinado.

f) Cuando el original de la historia clínica sea requerida judicialmente, deberá permanecer en el establecimiento asistencial, una copia de resguardo debidamente certificada por sus autoridades, asentándose en el original y en la copia de resguardo los datos de los autos que motivan tal solicitud, el juzgado requirente y la fecha de remisión.

Vemos entonces, que los legitimados para solicitar la historia clínica, según la ley son: el paciente y su representante legal; el cónyuge o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que éste se encuentre imposibilitado de darla; los médicos, y otros profesionales del arte de curar, cuando cuenten con expresa autorización del paciente o de su representante legal. Asimismo, el decreto legitima al paciente y su representante legal o quienes consientan en nombre del paciente por representación; el cónyuge, conviviente o los herederos universales forzosos con expresa autorización.

El paciente puede acceder a la historia clínica sin necesidad de expresar causa, por ser titular de ese derecho. Los demás legitimados tendrán que expresar causa respecto de la utilización y la petición deberá ser por escrito, pues debe quedar constancia en el respectivo legajo.

Se pueden realizar algunas observaciones al presente articulado, ya que la normativa expresa "los herederos forzosos, en su caso...". Tal redacción nos llevar a preguntarnos, qué significa "... en su caso...".

Asimismo, observamos una limitación, ya que al establecer a los herederos forzosos, se excluye a los parientes por afinidad y a los hermanos. No debemos soslayar que se trata de personas que en momentos o situaciones vitales complejas, pueden encontrarse acompañando en su trance al paciente, pero no tendrán derecho a solicitar la información.

Y como el derecho debe dar una respuesta a los cambios que acontecen en la sociedad, por un principio de justicia que tiende a restablecer la equidad cuando esta se ve alterada, debemos subrayar que resulta prudente legitimar a "la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo"; ya que recepta la realidad social de nuestro país, convirtiéndose en una legislación vanguardista en este sentido.

Ahora bien, sabemos que muchas veces los pacientes no tienen libre acceso a la historia clínica, pues los establecimientos asistenciales y los profesionales de la salud no son muy adictos a permitir la lectura de estos documentos por parte de los enfermos.

Ante esta situación, la legislación establece en su art. 20 que todo sujeto legitimado en los términos del artículo 19 de la presente ley, frente a la negativa, demora o silencio del responsable que tiene a su cargo la guarda de la historia clínica, dispondrá del ejercicio de la acción directa de "habeas data" a fin de asegurar el acceso y obtención de aquélla. A dicha acción se le imprimirá el modo de proceso que en cada jurisdicción resulte más apto y rápido. En jurisdicción nacional, esta acción quedará exenta de gastos de justicia.

El decreto complementa la ley y establece que vencidos los plazos previstos en el artículo 14 de la Ley Nº 26.529 modificada por la Ley Nº 26.742 y esta reglamentación sin que se satisfaga el pedido, o evacuado el informe de la Historia Clínica éste se estimará insuficiente, quedará expedita la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en la Ley Nº 25.326, sin perjuicio de las sanciones que correspondan al establecimiento de salud respectivo.

Nos encontramos entonces con que la legislación nacional invita al legitimado a ocurrir por vía jurisdiccional a solicitar la entrega de la historia clínica, mediante el proceso de habeas data; aplicando el procedimiento más expedito que exista en su jurisdicción. *Pensamos que tal referencia no era necesaria, ya que sabido es que al constituir la historia clínica un banco de datos, el legitimado podrá ocurrir por medio de la acción de habeas data, sin necesidad que exista una disposición expresa en cada ley que trate sobre aspectos vinculados a datos personales y su protección, ya que es una figura receptada por la Carta Magna en su art. 43.*

Asimismo, pensamos que no es una acción excluyente de toda otra medida procesal, ya que su obtención podrá realizarse también mediante medidas preparatorias de prueba, prueba anticipada o secuestro judicial.

Finalizando ya los textos normativos, se establecen sanciones por parte de la ley, complementadas por el decreto 1089/2012 en el art. 21.

Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder, los incumplimientos de las obligaciones emergentes de la ley por parte de los profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales constituirán falta grave, siendo pasibles en la jurisdicción nacional de las sanciones previstas en el título VIII de la Ley 17.132 —Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares

de las mismas— y, en las jurisdicciones locales, serán pasibles de las sanciones de similar tenor que se correspondan con el régimen legal del ejercicio de la medicina que rija en cada una de ellas.

El decreto asimismo, establece que será considerada falta grave de los profesionales de la medicina, odontología y actividades auxiliares de las mismas, el incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 2° incisos a), b), e) y g), 5° inciso a) y 19 de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742 respecto de los mismos, en tanto se desempeñen en establecimientos públicos sujetos a jurisdicción nacional, sin perjuicio de las infracciones que pudieran aplicarse por imperio de la Ley Nº 25.326, por parte de la autoridad de aplicación respectiva.

Asimismo, se consideran infracciones a la Ley Nº 23.661, los incumplimientos a la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, en las cuales incurrieran los profesionales y establecimientos prestadores de los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud y esos mismos Agentes, sujetos al control y fiscalización de la Superintendencia de Servicios de Salud.

Los restantes profesionales y establecimientos sanitarios del ámbito de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sean efectores públicos o privados, estarán sujetos al régimen disciplinario que al efecto determinen esas jurisdicciones y su autoridad de aplicación, conforme el artículo 22 de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, con los alcances de la adhesión al régimen sancionatorio y/o de gratuidad al beneficio en materia de acceso a la justicia, que en cada caso se determine. Para el caso de la ciudad autónoma de buenos aires, la autoridad de aplicación será la autoridad local.

Por su parte, el decreto faculta al Ministerio de Salud, para dictar las normas complementarias, interpretativas y aclaratorias para la aplicación del mismo.

Observamos entonces que la ley establece como faltas graves para los profesionales sanitarios, el incumplimiento de las prescripciones de la ley; vinculadas a las prescripciones de la ley 17.132 de ejercicio de la medicina a la cual la ley remite; y también las dispuestas por la ley de defensa del consumidor, cuando correspondiere la aplicación de tal marco normativo. En un precedente judicial, se han aplicado sanciones ante el extravío de una historia clínica, pues configura una deficiente prestación del servicio, situación comprendida en el art. 19 de la Ley 24.240 de derechos del consumidor. (12)

III. Conclusión.

A modo de conclusión, resta manifestar que celebramos abiertamente el dictado de la ley y su decreto reglamentario, ya que se ocupan de llenar un vacío legislativo de antaño, colocando al doliente en situación de protección legal, con la titularidad de su historia clínica y enalteciendo sus derechos individuales, su autodeterminación y la disponibilidad amplia de sus facultades ante el sistema sanitario, donde muchas veces se encuentra en situaciones de inferioridad o debilidad. Sin que lo expuesto constituya una declaración *pour la gallerie*, y amén de ciertas deficiencias que, como en toda norma jurídica se pueden observar, es dable destacar la intención legislativa de proteger al paciente en trances difíciles de su existencia; como así también la recepción de nuevas figuras e institutos legales que vienen a ubicarnos en la realidad circundante.

Abogamos por una visión humanista de la historia clínica, y así como comenzamos las presentes líneas recordando a Hipócrates; cerramos estas líneas con su pensamiento; recordando que *no hay enfermedad, sino enfermos...*

Bibliografía.

(1) Actualización de extractos de la fórmula hipocrática que llevó a cabo la Asociación Médica Mundial (Asamblea General, celebrada en Ginebra, 1948), luego revisada en 1968 (Sydney).

(2) LE TOURNEAU, Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Edit. Dalloz, París, 7ª edición, 2008, 507.

(3) SCAGLIA, Caroline P. Contratos celebrados a través del intercambio electrónico y automatizado de JA 2005-II-1358 - SJA 25/5/2005 Lexis Nº 0003/011284.

(4) ZENGARINI, Hernán Historia clínica y registros médicos informatizados el Dial.com DC146.

(5) YAGUE, Ángel "Problemas legales de la historia clínica en el marcho hospitalario" La Ley España n° 1647, 1987, p. 1 y ss.

(6) MORENO CASTILLO, Eduardo "La titularidad de las historias clínicas" RevistaeSalud.com, vol. 3, nº 10, 2007, p. 3.

(7) ROMEO CASABONA, Carlos VI. Jornadas de la Sociedad Española de Medicina Legal y Forense Granada; España, 1993.

(8) LORENZETTI, Ricardo, Responsabilidad civil del médico, t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997, p. 243.

(9) ALBANESE, Susana y ZUPPI, Alberto, "Los derechos de los pacientes en el complejo sistema asistencial", LA LEY, 1989-B, 763.

(10) LORENZETTI, Ricardo. Responsabilidad civil del médico... ob. cit., p. 243.

(11) MENEGHINI, Roberto "Análisis de la Ley de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud". elDial.com - DC125A.

(12) Adla, III-D, 4125.

Responsabilidad civil de los integrantes de los grupos que ocasionan daños, en el Proyecto de Reformas al Código Civil
(Consideraciones en torno a la imputabilidad por los daños producidos por un sujeto indeterminado de un grupo determinado y por los daños ocasionados por "grupos peligrosos")

Por Julián Emil Jalil

Dsponible en: https://www.eldial.com/
Publicado en: El Dia, 10/08/2020
Cita Online: El Dial- DC1912
[Consultado el: 01/07/2020]

Sumario.

1.- La responsabilidad plural en el Proyecto de reformas al Código Civil: Consideraciones preliminares en torno a la responsabilidad solidaria y concurrente.1. 1.- La responsabilidad solidaria. Alcances y efectos en el proyecto de Código Civil. 1.2.- Obligaciones concurrentes y responsabilidad civil. Su inclusión en el proyecto de Código Civil. 2.- Diversas formas de intervención plural en el resultado dañoso. 2. 1.- Intervención conjunta o común. 2. 2- Intervención acumulativa o concurrente: 2. 3- Intervención disyuntiva o alternativa. 3. Consecuencias del modo de intervención en el suceso. 4.- Los daños causados por grupos en diversas jornadas y proyectos de Código Civil. 5.- El daño causado por un autor anónimo de un grupo determinado y daño causado por un grupo peligroso en el Proyecto de reformas al Código Civil. 5.1.- Daño causado por un autor anónimo de un grupo determinado. 5.2. Daño causado por la actividad peligrosa de un grupo. 6. Eximentes de responsabilidad en los daños grupales. 7. Colofón.-

El hombre masa, es aquél que se identifica con los demás, que pierde su individualidad, que es solo un caparazón de hombre constituido por meras idola fori, que carece de un dentro, de una intimidad suya inexorable e inalienable, de un yo que no se puede revocar, y por ello se encuentra siempre presto para fingir ser cualquier cosa, y creer que solo tiene derechos y no obligaciones, pues cree ser el hombre sin la nobleza que obliga. José ORTEGA Y GASSET **[2]**

1. La responsabilidad plural en el Proyecto de reformas al Código Civil: Consideraciones preliminares en torno a la responsabilidad solidaria y concurrente.

Ilustraba el maestro español Federico PUIG PEÑA que el lado activo, tanto como el pasivo, de la obligación puede estar integrado por una sola persona, que es el fenómeno común y corriente, como por varias, dándose entonces lugar a las llamadas obligaciones pluripersonales, las que pueden provenir tanto del lado del crédito, como de la deuda, como de ambos polos a la vez.[3]

Al respecto, afirman MAZEAUD y CHABAS que todas las obligaciones no obedecen a las mismas reglas, ni en cuanto a su creación, ni en cuanto a sus efectos. Las diferencias en cuanto a su formación se explican por la diversidad de sus fuentes, las relativas a sus efectos por la diversidad de sus objetos.[4]

En el ámbito del derecho de daños, y teniendo en consideración la primigenia diferencia que hacían los maestros franceses, se puede señalar que el enlace de varios sujetos con relación al deber de responder puede tener su fuente en obligaciones solidarias o concurrentes, derivando de cada una de ellas consecuencias jurídicas divergentes.

1. 1. La responsabilidad solidaria. Alcances y efectos en el proyecto de Código Civil.

El régimen de solidaridad en materia de daños se encuentra establecido en el art. 1109 del Código Civil respecto de los partícipes de un cuasidelito, -que es aplicable al campo delictual-[5], dicho precepto debe conjugarse a su vez con las fuentes de la solidaridad, tal como lo establecen los arts. 699 y 700 del mismo ordenamiento.[6]

En el proyecto de reformas al Código Civil, ese régimen de responsabilidad surge del art. 1751, el cual regula el supuesto de pluralidad de responsables, al establecer que si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Mientras que si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes.-

Este precepto debe contemplarse en concordancia con lo dispuesto por el art. 827 del proyecto. Dicha norma establece que hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores. A lo que vale agregar que dicha solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley. (Conf. art. 828 del proyecto).-

Como explica POTHIER, la obligación es solidaria cuando cada uno se obliga por el total, de manera, empero, que el pago por uno de ellos se encargue a todos los otros. Agrega el autor que la solidaridad por parte de los deudores consiste en que la obligación se responde por el total, de una manera tan completa como si cada uno de ellos fuera el único deudor.[7]

El maestro LARENZ enseña que cada uno de esos créditos y cada relación obligatoria en particular puede desarrollarse hasta cierto grado con independencia de las demás. Pero todas esas singulares relaciones obligatorias permanecen unidas entre sí a través de la unidad de fin de la prestación. La relación obligatoria que comprende a todos los partícipes se nos presenta como una relación obligatoria de orden superior, que encierra en sí una pluralidad de relaciones obligatorias singulares (de orden inferior).[8]

Tal como expresa PIZARRO la nota particularizante de este tipo de obligaciones anida en la estructura que asume el elemento vínculo jurídico, que hace surgir una suerte de frente común de acreedores y deudores.

Conforme a ello, cada uno de los acreedores está legitimado para exigir el cobro y para realizar cualquiera de los actos de conservación y ejecución del crédito, de la misma forma en que lo haría cualquier acreedor único y sin otra incidencia que las que deriven en el plano de las relaciones internas; inversamente, cada deudor responde por la totalidad de la deuda como si fuera un deudor único, sin perjuicio de las acciones recursorias o de regreso que pudieren corresponderle contra los demás codeudores.[9] En síntesis, la pluralidad de sujetos y de vínculos,[10] la unidad de objeto y la unidad de causa fuente se erigen como caracteres propios de las obligaciones solidarias.[11]

Desde esta perspectiva, la distribución de la responsabilidad entre los partícipes del hecho dañoso sólo tiene relevancia en sus relaciones internas, mas no respecto de los damnificados, frente a quienes asumen una responsabilidad solidaria.[12]

1.2. Obligaciones concurrentes y responsabilidad civil. Su inclusión en el proyecto de Código Civil.

Este tipo de obligaciones ha cautivado la opinión divergente de la doctrina, que se ha ocupado de ellas con gran intensidad.[13] Se caracterizan por la existencia de un solo acreedor, un mismo objeto, pero distintas causas con relación a cada uno de los deudores.[14] De esta manera, cuando la responsabilidad reconoce distintas causas para todos los codemandados, las que generan diversos deudores que deben reparar a un único acreedor mediante el cumplimiento de la misma prestación, es decir concurren en el mismo objeto, se trata de un caso de obligaciones "in solidum".[15]

Si bien en la obligación concurrente no existen relaciones internas de contribución entre los codeudores y quien pague la deuda tendría que soportar el peso de ella si fue el causante directo, queda en pie una eventual responsabilidad compartida que puede ser alegada por cualquiera de los deudores, a fin de que el monto de la indemnización sea cubierto por todos los deudores concurrentes en la medida en que cada cual contribuyó a causar el daño, máxime cuando se han determinado las proporciones de responsabilidad de cada parte.[16]

En estos supuestos de deudas concurrentes o "in solidum", contrariamente a la hipótesis de solidaridad donde está en juego una sola relación creditoria, se establecen varias relaciones, conjugadas entre sí por tener el mismo objeto,[17] y existen a favor del mismo acreedor, de modo que cada uno de los obligados concurrentes responde por la totalidad de la deuda, la cual una vez satisfecha deja sin causa a las obligaciones concurrentes vinculadas.[18]

Entonces, esta categoría difiere de la solidaridad perfecta, en tanto que:

1) mientras la obligación solidaria es una sola con pluralidad de vínculos, las concurrentes son varias;
2) la obligación solidaria nace por voluntad de las partes o disposición de la ley, en tanto las obligaciones concurrentes se originan con independencia de cualquier disposición legal o de la voluntad de las partes;
3) en la obligación solidaria existen relaciones internas entre los deudores regidas por el principio de contribución, y propagación de efectos, mientras que en las concurrentes tales principios resultan inaplicables;
4) la prescripción y la interrupción de su curso tienen efecto expansivo en la obligación solidaria, lo que no acontece en las obligaciones concurrentes;
5) lo mismo cabe postular de la culpa y la mora, cuyos efectos expansivos son propios de la obligación solidaria y ajenos al supuesto de las obligaciones concurrentes.[19]

Desde esta perspectiva, se advierte que las responsabilidades concurrentes no excusan total ni parcialmente las que autónomamente consideradas les corresponden a cada uno de los sujetos intervinientes, sin perjuicio de que ulteriormente puedan ejercerse las acciones de regreso destinadas a obtener la contribución en la deuda solventada.[20]

Si bien es cierto que el Cód. Civil, a partir de la reforma introducida por la ley 17.711, había establecido expresamente el régimen de la solidaridad entre los partícipes de un cuasidelito (arts. 1109, 1081), no lo es menos que las obligaciones del causante de un daño y del responsable indirecto, no son solidarias sino de las que en doctrina se llaman "in solidum" o, más propiamente, concurrentes, consistiendo en aquellas que tienen un mismo acreedor e identidad de objeto, aunque diversidad de causa y deudor.[21]

El art. 850 del proyecto las define señalando que son aquéllas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes, siendo sus efectos los siguientes:

a) El acreedor tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente;
b) El pago realizado por uno de los deudores extingue la obligación de los otros obligados concurrentes;

c) La dación en pago, la transacción, la novación y la compensación realizadas con uno de los deudores concurrentes, en tanto satisfagan íntegramente el interés del acreedor, extinguen la obligación de los otros obligados concurrentes o, en su caso, la extinguen parcialmente en la medida de lo satisfecho;

d) La confusión entre el acreedor y uno de los deudores concurrentes y la renuncia al crédito a favor de uno de los deudores no extingue la deuda de los otros obligados concurrentes;

e) La prescripción cumplida y la interrupción y suspensión de su curso no producen efectos expansivos respecto de los otros obligados concurrentes;

f) La mora de uno de los deudores no produce efectos expansivos con respecto a los otros codeudores;

g) La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada dictada contra uno de los codeudores no es oponible a los demás, pero éstos pueden invocarla cuando no se funda en circunstancias personales del codeudor demandado;

h) La acción de contribución del deudor que paga la deuda contra los otros obligados concurrentes se rige por las relaciones causales que originan la concurrencia. (Ello de conformidad con lo normado por el art. 851 del proyecto)

Vale agregar, que en el proyecto explícitamente se establece que las normas relativas a las obligaciones solidarias son subsidiariamente aplicables a las obligaciones concurrentes (Conf. art. 852 del proyecto), en la medida que no contradigan las características reseñadas con antelación.-

2. Diversas formas de intervención plural en el resultado dañoso.

La intervención de varias personas en un daño puede producirse de diversas formas:

2. 1. Intervención conjunta o común. Explica BUSTAMANTE ALSINA que cuando son varias las personas que cooperan a la producción del mismo resultado dañoso, existe intervención conjunta o común en el acto ilícito, ya sea delito o cuasidelito. Esa intervención puede asumir el carácter de coautoría o de mera participación. Hay coautoría cuando los que intervienen conciben en común la ejecución conjunta de un hecho, sea con intención dolosa de causar un daño (coautoría delictual) sea con intención de realizar actos imprudentes de los que resulte un daño a un tercero (coautoría cuasidelictual).[22] En estos casos como explican ENNECERUSS y LEMHAN cada participante opera en relación causal en pro del efecto del acto conjunto, aunque no haya perpetrado personalmente aquella parte del acto que es la determinante inmediata del resultado contrario a derecho.[23]

2. 2. Intervención acumulativa o concurrente: señala INFANTE RUIZ que si varias personas intervienen ejecutando actos independientes entre sí, que producen el mismo resultado que habrían producido aisladamente, hay intervención acumulativa o concurrente. Cada uno es responsable individualmente del daño causado. Por ejemplo, si dos fabricantes arrojan al río aguas servidas de sus respectivas fábricas y tales aguas son venenosas aisladamente consideradas. Lo mismo si dos personas suministran separadamente veneno a otra.[24] Siguiendo las ideas de VON TUHR en ambos casos se podría eliminar mentalmente uno de los factores sin que se alterase el resultado; luego, éste es imputable a todos. Si cualquiera de los que actuaron no lo hubiese hecho, el resultado hubiera sido el mismo, pero esto no es admisible como defensa pues si así fuese, al invocarla cada uno, ninguno sería responsable del perjuicio.[25] Tal como en el caso anterior, la responsabilidad de quienes han actuado de manera concurrente es *individual*.-

2. 3. Intervención disyuntiva o alternativa: cuando el hecho aparece atribuible a una u otra persona de manera excluyente, la intervención es disyunta o alternativa. En este supuesto existe imposibilidad de probar la relación causal, como en los casos en que el daño se origina en la acción de un individuo no identificado dentro de un grupo determinado.[26] Desde esta perspectiva, se ha señalado que la acción de dos grupos no fusionados que se volcara en forma sucesiva sobre la víctima (por caso, si una "barra brava" de un equipo de fútbol al salir del estadio lesionara al árbitro y tras ella, otra "barra brava" del otro club daña el automotor del mismo árbitro),

constituyen dos juicios distintos de responsabilidad colectiva, a achacar en forma independiente a los integrantes de cada grupo y por dos acciones dañosas también distintas; en rigor, dos casos de intervención disyunta o alternativa de una persona no individualizada de cada grupo que ni siquiera se rozan.[27]

2.4. Intervención grupal: en dicho supuesto, tal como explican TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA, el hecho debe atribuirse al grupo como tal, no siendo posible que lo cause un individuo. El resultado dañoso es la suma de actuaciones que son necesariamente colectivas. Aquí la autoría es grupal y la imputación también.[28] En estos casos cobra virtualidad el principio emanado de la teoría psicológica de la Gestalt "*el todo es más que la suma de sus partes*" [29]

3. Consecuencias del modo de intervención en el suceso.

En los casos de intervención *conjunta* o *común*, la responsabilidad es individual pues cada uno de los coautores o copartícipes se halla individualizado y se ha probado la relación causal del daño con su hecho. La circunstancia de que éstos deban responder solidariamente (art. 1081, Cód. Civil) no cambia la idea de que allí la responsabilidad es individual y no colectiva, porque esta última calidad nace del régimen de atribución de esa responsabilidad y no del efecto que la ley le asigna, en cuanto al modo de quedar obligados los responsables.-

Tampoco es colectiva la responsabilidad de quienes han intervenido en forma *acumulativa* o *concurrente*. Cada uno responde individualmente de su hecho cuya relación causal ha quedado debidamente demostrada.

Distinta es la consecuencia cuando la intervención ha sido *disyuntiva, acumulativa* o *grupal*; uno u otro ha causado el daño, pero ante la imposibilidad de individualizar al autor del daño,[30] el derecho tiene dos posibilidades: o eximir a todos de responsabilidad ante la falta de prueba de la autoría o imputar la misma a todos los individuos por formar parte del grupo.

Conforme la redacción del proyecto del Código Civil responderán todos los integrantes del grupo de manera solidaria, pudiendo eximirse de responsabilidad quien demuestre que no ha contribuido a la producción del desenlace, salvo que el daño haya sido causado por un grupo que despliega una actividad peligrosa, en dicho supuesto, los integrantes del mismo solo pueden liberarse de responsabilidad probando que no pertenecían al grupo.

4. Los daños causados por grupos en diversas jornadas y proyectos de Código Civil.

Las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 1971) declararon en ese sentido que cuando el daño es causado por un miembro no identificado de un grupo determinado, todos sus integrantes están obligados in solidum a la reparación si la acción del conjunto es imputable a culpabilidad o riesgo; y las Jornadas de Responsabilidad por Daños (Buenos Aires, 1990) propusieron introducir una norma que establezca la responsabilidad solidaria de quienes crearon la situación de riesgo de la que derive un daño para terceros.-

El daño colectivo y el daño anónimo han sido contemplados por los diversos proyectos de reforma al Código Civil, de una manera más o menos rigurosa en cuanto a los *eximentes de responsabilidad*.-

En algunos casos, sólo se admitió la liberación de responsabilidad del integrante del grupo que demuestra *no haber participado en la causación del daño*. Esta fue la idea admitida por el Proyecto de Código Único de 1987, y por el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (Ver. Arts. 1119 y art. 1594, respectivamente).-

El art. 1673 del Proyecto de Código Civil de 1998 por su parte determinó que cuando un grupo realiza una actividad mediante la cual se crea un peligro extraordinario para la persona o para los bienes de terceros,

todos sus integrantes responden solidariamente del daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no participó en su causación.[31]

En otros supuestos, se ha estipulado la liberación del integrante del grupo *en la medida que identifique al autor del daño causado.* (Ver al respecto el art. 1119 del Proyecto de Código Civil de 1993).-

En un reciente proyecto de reformas al Código Civil, los Dres. ITURRIETA, LOPEZ MESA y TRIGO REPRESAS propusieron la sustitución del art. 1119 del ordenamiento sustancial civil. El mismo, en su parte pertinente disponía que cuando resulte un daño en las personas o en las cosas a raíz de la acción de algún o de algunos miembros anónimos de un grupo determinado, concertado en torno a una finalidad ilícita o riesgosa para terceros, todos sus integrantes resultan colectivamente responsables frente a la víctima, quien a su criterio podrá accionar contra todos o cualquiera de ellos por la indemnización total de los perjuicios sufridos.-

Por su parte, a través del precepto, se eximía de responsabilidad a *quien pruebe que no participó en la causación del daño*, *o que no integró el grupo* del que emana el mismo, *o la identidad de él o los verdaderos causantes del perjuicio*. Asimismo disponía que también sería eximido de responsabilidad quién pruebe el *caso fortuito*, o *la culpa de un tercero* por quién no deba responder.[32]

5. El daño causado por un autor anónimo de un grupo determinado y daño causado por un grupo peligroso en el Proyecto de reformas al Código Civil.

La aparición de las nociones de responsabilidad grupal y daño grupal deviene de una acentuación de lo social en la construcción de la responsabilidad, toda vez que se aprecia un factor colectivo en el origen del perjuicio (los grupos como agentes del daño) y también en la desembocadura (los grupos como víctimas del daño).[33]

La responsabilidad colectiva comprende dos supuestos a saber: uno en el cual la intervención es alternativa, en tanto el daño ha sido ocasionado por un miembro no identificado de un grupo; y otro en que la intervención es grupal, pues el daño es atribuible al grupo como tal, no siendo posible que lo haya causado un solo individuo.[34] Para imputar este tipo de responsabilidad es necesario que medie una relación causal entre la acción no particularizada del grupo y el perjuicio. [35]

Como explica GREGORINI CLUSELLAS, los presupuestos de la responsabilidad colectiva son:

a) Nexo causal entre el daño y la acción con participación plural.-
b) No individualización del integrante del grupo que causó el daño.-
c) Determinación incuestionable de la integración del grupo dañoso, por parte de todos los responsables.[36]

El proyecto de Código Civil reconoce la responsabilidad colectiva del daño causado por un *autor anónimo de un grupo determinado* en la cuál los partícipes detentan una intervención *disyuntiva* y *acumulativa*, y el daño producido por un *grupo peligroso*, cuyos partícipes contribuyen a la causación del daño a través de una *intervención grupal*, detentando ambos casos una responsabilidad *solidaria* de sus autores.

Difiere en este campo, el *marco de imputación***,** pues mientras que en el caso del autor anónimo de un grupo determinado la misma puede ser escindida en trono a cada uno de los participes, habida cuenta que estos pueden demostrar que no han producido el menoscabo, en el ámbito de la responsabilidad grupal, la imputación es atribuible al grupo como tal.-

5.1. Daño causado por un autor anónimo de un grupo determinado.

Con la redacción actual de la normativa civil vigente en la argentina, la posibilidad de imputar responsabilidad a un individuo por su participación en un grupo de personas cuya conducta ha causado un daño se sustenta en la aplicación analógica del art. 95 del Código Penal y del art. 1119 del Código Civil que prevé un claro supuesto de responsabilidad colectiva.[37]

Desde esta perspectiva, los arts. 95 del Cód. Penal y 1119 y 1121 del Cód. Civil ensamblados por las coordenadas del espíritu de la ley, la analogía jurídica y el principio general de justicia, permiten estructurar un sistema de responsabilidad colectiva, que actúa siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Falta de individualización del autor del daño o de la cosa dañosa;
b) Participación de los responsables en el accionar culposo o riesgoso del grupo;
c) Relación causal entre el daño y la acción no particularizada del grupo;
d) Exclusión de responsabilidad para quién pruebe que aún participando en la acción del grupo no causó el daño. [38]

Como ilustraban los maestros franceses RIPERT y BOULANGER descubrir el fundamento de la responsabilidad civil, es al mismo tiempo determinar su campo de aplicación.[39] Bajo estas disposiciones la responsabilidad colectiva por daños causados por un miembro no identificado de un grupo, halla fundamento en el riesgo creado por la acción del grupo, y todos los que integran el mismo contribuyen con su sola participación, a crear el riesgo que se traduce en el daño a un tercero. [40]

En el derecho español diferentes precedentes han considerado que el fundamento de este tipo de responsabilidad reposa en la culpa. Siguiendo este orden argumental, YZQUIERDO TOLSADA sostiene que la responsabilidad por los daños colectivos constituye supuestos de culpa anónima en razón de la falta de identificación del agente dañoso dentro de un grupo determinado de personas o de causa anónima, porque culpa las hay en todos y cada uno de los partícipes del grupo si bien no es posible determinar quién es el autor material del daño.[41]

Cualquiera fuere el factor determinante de la responsabilidad así adjudicada por la ley a cierto número de personas no identificadas -el riesgo creado, una presunción de culpa, etc.- ha de comenzarse por individualizar al grupo dentro del cual se ubica el desconocido autor del hecho o de donde proviene la cosa productora del daño.

En tal caso, por razones que conciernen al amparo de la víctima, es posible responsabilizar colectivamente a todos los integrantes del conjunto. [42]

Se trata de casos en donde a raíz de la falta de prueba, no puede señalarse cuál de varios individuos es el autor de un daño que intrínsecamente reúne los requisitos necesarios para tornarlos resarcibles.[43]

En el proyecto de reformas al Cód. Civil se establece claramente que si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquél que demuestre que no ha contribuido a su producción. (Conf. art. 1761 del proyecto).-

5.2. Daño causado por la actividad peligrosa de un grupo.

En estos casos existe una responsabilidad colectiva caracterizada por la existencia sujetos individualizados por su participación conjunta en la ejecución del acto. De ahí que uno de los miembros del grupo no es, con respecto de los demás, un verdadero tercero extraño, en el sentido de persona desvinculada y por quien no se deba responder. Por el contrario, aparece como alguien asociado al factor de riesgo desatado hacia la comunidad.-

La identificación del autor o de los autores del daño, o la prueba más acabada de que el demandado no pudo ser ese autor inmediato, no descarta en modo alguno la autoría del riesgo referible a todos los integrantes del grupo.-

Al respecto, explican los hermanos MAZEAUD y TUNC que la solidaridad en el riesgo tiene como contrapartida jurídica la solidaridad de la responsabilidad. Y si el riesgo ha sido causa adecuada del daño, resulta indiferente la conjunción de otro eslabón causal posterior, que no ha significado una interrupción o corte del curso desatado por el primer eslabón colectivo. [44]

El proyecto, dispone que si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo. (Conf. art. 1762 del proyecto).-

6. Eximentes de responsabilidad en los daños grupales.

En los casos de ***responsabilidad colectiva por anonimato*** la prueba positiva de no haber intervenido en la producción del daño opera como eximente. Pero si se trata de un caso de ***responsabilidad colectiva no por anonimato sino por actividad riesgosa de un grupo***, la determinación del autor inmediato del daño no configura una eximente de la responsabilidad. Al respecto como señalan TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA en el marco de la responsabilidad objetiva del grupo por participación grupal, la liberación de la responsabilidad se produce por la acreditación de una causa ajena que fracture el nexo de causalidad, supuesto que no configura la prueba de la actuación dañosa de otro integrante del grupo,[45] o la de la falta de autoría en la producción del resultado dañoso.-

Desde esta perspectiva, dicha excusa absolutoria – por la que se demuestra que el integrante del grupo no ha participado en la producción del daño-, adquiere relevancia cuando se trata de un supuesto de responsabilidad colectiva ante el daño producido por un integrante anonimato dentro de un grupo, mas no en el caso de que se trate de un grupo que desarrolla una actividad riesgosa.-

Nosotros creemos que pese a no estar contemplada en la parte especial las casuales excusatorias, de la culpa de la víctima, el caso fortuito o la culpa de un tercero, las mismas cobran virtualidad por encontrase legisladas en el proyecto, de manera general como eximentes de responsabilidad. Detallaremos brevemente este parecer:

1. *Con relación a la culpa de la víctima:* el art. 1729 establece que la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial. Así por ejemplo si una persona se inmiscuye en un grupo que reconocidamente profesa una idea futbolística, política, religiosa, etc, detentando imágenes, indumentaria, inscripciones o frases contrapuestas a esas ideas, y como consecuencia de dicha provocación los integrantes del grupo le propician golpes ocasionando un daño a la persona, no se puede desconocer que la culpa de la víctima haya tenido incidencia causal en dicho resultado, por lo que corresponde atenuar la responsabilidad del grupo proporcionalmente a esa incidencia causal, mas no excluirla.-

2. *El caso fortuito y el hecho de un tercero:* el art. 1730 dispone que se considera caso fortuito al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El proyecto, emplea los términos "caso fortuito" y "fuerza mayor" como sinónimos, estableciendo que estos eximen de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Por su parte, el proyecto equipara los efectos del caso fortuito al hecho del tercero. Así, el art. 1731 dispone que para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito. En estos casos, la eximición de responsabilidad es total en la mediada que se pruebe la causal. Por ejemplo si el accionar del grupo que causa el daño es

consecuencia de un movimiento de masas, evidentemente este hecho de imposible inevitabilidad, es causal suficiente para eximir de responsabilidad al grupo como tal.-

7. Colofón

Como corolario de todo lo expuesto y a modo conclusivo podemos señalar que:

1. El proyecto de Código Civil admite la responsabilidad colectiva y anónima por el daño causado por un grupo, diferenciando claramente dos supuestos divergentes, como son la responsabilidad del *autor anónimo de un grupo cualquiera*, de aquella responsabilidad que recae en un *grupo que desarrolla una actividad peligrosa*. (Por ejemplo barras bravas).-

2. La intervención en el hecho de un autor anónimo de un grupo determinado es disyuntiva y acumulativa, por lo cual se admite la eximición de responsabilidad probando la no participación en la producción del daño. Mientras que la intervención de un autor anónimo de un grupo peligroso por su actividad, es de carácter grupal.-

3. Creemos que deberían haberse contemplado expresamente las causales excusatorias de la *culpa de la víctima* y *del caso fortuito* en los arts. 1761 y 1762. En el primer caso, porque el derecho no puede proteger la desidia y desaprensión de la víctima, en los supuestos en los cuales ella es causa del daño.[46] Y con elación a la caso fortuito, porque sería exigir a los miembros del grupo que respondan por lo imposible, es decir, por algo imprevisto o que siendo previsto no podría haberse evitado.[47] No obstante lo expuesto, entendemos que si se enlazan las precitadas disposiciones con otras de carácter general, como las previstas en los arts. 1729, 1728 y 1729 del proyecto, las casuales mencionadas cobran virtualidad y pueden ser utilizadas como herramientas defensivas.-

4. Con relación al *marco de imputación,* en el caso del *autor anónimo de un grupo determinado, -grupo que no realiza actividad peligrosa-*, la misma *puede ser escindida en trono a cada uno de los partícipes*, -habida cuenta que estos pueden demostrar que no han producido el menoscabo-. En el ámbito de la *responsabilidad grupal –grupo que realiza una actividad peligrosa-*, la *imputación es atribuible al grupo como tal*. En este último caso no basta para eludir la atribución de responsabilidad probar la no participación en la producción del daño, sino que es menester acreditar que el partícipe no formaba parte del grupo que desarrolla la actividad peligrosa.-

5. En ambos casos, las obligaciones que emergen del daño son ***solidarias***, permitiendo al damnificado dirigir su acción contra cada uno de los partícipes del daño grupal, por el todo.-

Nos complace vislumbrar en el proyecto de reformas la incorporación de la responsabilidad colectiva, por la que desde viejos lustros venía abogando la doctrina y magistratura nacional, la cual ha sido regulada con cierta sistematización y apego a las circunstancias que rodean a nuestro país. Pues, como exponen el maestro LOPEZ MESA, la actuación dañosa de grupos espontáneos u organizados constituye una problemática del derecho actual, que no puede permanecer apegado a moldes clásicos pensados para el tiempo del hombre del traje gris paradigma racional, intelectual e individualista de LARENZ, alejado por completo del promedio de la actual población argentina y latinoamericana.[48]

Bibliografía.

[2] ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. Ed. Hyspamérica. Buenos Aires. 1984. Pág. 121.

[3] PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de derecho civil español. Obligaciones y contratos*. Tomo IV. Vol. I. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 36.

[4] MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Jean, MAZEAUD, León, CHABAS, Francois. *Derecho Civil. Obligaciones*. Trad. Luis ANDORNO. Tomo I. Ed. Zavalia. Pág. 23.

[5] Para comprender debidamente la temática de la aplicación de las reglas de los delitos al ámbito cuasidelictual, ver voto del Dr. Marcelo LOPEZ MESA, en sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, del 27/5/2009, in re "Morra, A. M. y Otro c/ Enríquez, C. y Otro s/ Sumario" (Expte. 131 - Año 2009 CANE), en Infojus y elDial.com. Asimismo, ver el comentario a ese fallo (cfr. **JALIL**, Julián **Emil**, Plena aplicación del régimen delictual a los cuasidelitos civiles. Publicado en El Derecho. 14/05/10. Pag 3 e ídem, "El artículo 1109 del Código Civil como péndulo vacilar que subyace adyacente a los diferentes supuestos de tipicidad civil" Publicado en: TemisNet: Archivos Doctrina Judicial, blog.juschubut.gov.ar/sijblog/doctrina-judicial.

[6] Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I, Serna, Juan Carlos c. Benavidez Neira, Carlos A. y otros s/daños y perjuicios, 06/12/2011, LLPatagonia 2012 (abril) LLPatagonia 2012 (abril), 202, AR/JUR/85091/2011.

[7] POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. 2ª ed. Trad. Guillermo CABANELLAS de TORRES. Ed. Heliasta. Buenos Aires. 2007. Pág. 138.

[8] LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1958. Pág. 504.

[9] PIZARRO, Ramón en: BUERES Alberto J (Director), HIGHTON Elena I. (Coordinadora). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Tomo 2 A. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 1998. Pág. 658.

[10] Debemos destacar que esa pluralidad de vínculos es concentrada o coligada, ya que los vínculos no subsisten separados o aislados ni son independientes entre sí, como sí ocurre en las obligaciones simplemente mancomunadas. La pluralidad de vínculos produce importantes consecuencias en las obligaciones solidarias: — Una obligación puede ser pura y simple para un acreedor o deudor y condicional o a plazo para otro (art. 702 CC). En este caso, el acreedor sólo podrá reclamar el pago al primero, debiendo aguardar al cumplimiento de la modalidad (plazo o condición) para poder reclamar el pago al último. — La nulidad del vínculo ocasionada por la incapacidad de un acreedor o deudor no afecta la validez de la obligación con respecto a los otros integrantes del respectivo grupo si éstos son capaces, para quienes la obligación sigue siendo solidaria (art. 703 CC). — Si alguno de los deudores ha padecido un error esencial o ha sido víctima de dolo principal o violencia, el acto jurídico obrado por él es anulable, pero dicha nulidad es ajena a la obligación respecto de los otros deudores que no sufrieron vicio alguno. — La renuncia parcial a la solidaridad efectuada por el acreedor en provecho de uno de los codeudores no afecta el carácter solidario de la obligación respecto de los otros (art. 704 CC). — Existe también independencia de las defensas que pueden hacer valer los distintos obligados. Así lo dispone el art. 715 CC. Cada uno de los deudores puede oponer a la acción del acreedor, todas las excepciones que sean comunes a todos los codeudores. Puede oponer también las que le sean personales, pero no las que lo sean a los demás deudores. CALVO COSTA, Carlos A Obligaciones solidarias y obligaciones concurrentes: Similitudes y diferencias. LA LEY 31/03/2010.

[11] MAZZIA, María de las Mercedes "Defensa de prescripción. Litisconsorcio facultativo y obligación solidaria". LA LEY 15/12/2011.

[12] Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, sala B, Niz, Nicolás A. c. Ferrocarriles Argentinos, 26/02/1997, LLLitoral 1998-2 LLLitoral 1998-2, 138 LA LEY 1999-B LA LEY 1999-B, 848, AR/JUR/4662/1997.

[13] Ver, entre otros, los trabajos de: ANDORNO, L., La responsabilidad civil y la obligación in solidum, JA, 1972-Doctrina, p. 439. BUSNELLI, F., L´obbligazione soggettivamente complessa, Giuffrè editore, Milano, 1.974. CALVO COSTA, C., Obligaciones solidarias y obligaciones concurrentes: Similitudes y diferencias, LA LEY, 2010-B, 1111. CHABAS, F., L'influence de la pluralité de causes sur le Droit a réparation, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967. CHAUSOVSKY, G., Obligaciones concurrentes: su regulación en el proyecto de Código Civil de 1.998, en Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI, Homenaje al Profesor Doctor Roberto M. López Cabana, Abeledo Perrot, 2001. DE ACUTIS, M., La solidarità nella responsabilità civile, Riv. Dir. Civ., p. 531, 1975. DESCALZI, J., Obligaciones concurrentes o in solidum, DJ, 2003-1, 431. MIGNOT, D., Les obligations solidaires et les obligations in solidum en Droit privé français, Dalloz, Paris, 2002. MOIA, A., Los acuerdos transaccionales en la cuantificación de la indemnización por daños.

Su funcionamiento en las obligaciones concurrentes. A propósito de un fallo docente, RCyS, 2010-65. MOISSET DE ESPANES, L., Reformas en materia de solidaridad, JA, 1969-73. MONTES, C., Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito, p. 40, Bosch, Barcelona, 1985. MORO, E., Responsabilidad objetiva. Obligaciones in solidum. Transacción entre el comitente y el damnificado-accionante: ¿liberación del co-deudor concurrente?, LLLitoral, 2010-833. MULLER, E. - DELLAMONICA, Perfiles actuales de las obligaciones in solidum, Zeus, t. 91, Enero/Abril 2003. TALE, C., Obligaciones solidarias: cuestiones controvertidas y soluciones, 1994

[14] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fabro, Víctor y otra c. Provincia de Río Negro y otros, 09/11/2000, La Ley Online, AR/JUR/5632/2000

[15] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Gómez, Eugenio y otros c. Villalba, Raúl y otros C 63.968, 15/06/1999, LLBA 1999 LLBA 1999, 792. (Del voto de la mayoría).

[16] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, Sanatorio Otamendi y Miroli S.A. c. Ruiz Moreno, Jezabel, 26/10/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/71250/2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, "M., S. M. c. Lecumberri, Luis E.", 07/06/2005, LA LEY, Online, AR/JUR/5890/2005.

[17] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, Banco Comercial del Norte, S. A. c. Kahan, José S., 07/04/1988, LA LEY 1988-E LA LEY 1988-E , 296, AR/JUR/287/1988

[18] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, Pizzuto, Laura c. Sanatorio Santa Isabel y otro, 11/08/2006, LA LEY 31/10/2006 31/10/2006 LA LEY 31/10/2006, 4 31/10/2006 LA LEY 2006-F LA LEY 2006-F, 323, AR/JUR/4788/2006

[19] PREVOT, Juan Manuel. Obligaciones "In solidum" LLLitoral 13/10/2011.

[20] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ahumada, Lía Isabel c. Provincia de Buenos Aires y otros, 25/09/2001, La Ley Online, AR/JUR/5452/2001. por mayoría, a la que no adhieren los Doctores Nazareno, Belluscio, Petracchi y Boggiano)

[21] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Rodríguez, José M. c. Lysycky, Sergio N., 05/12/1995, La Ley Online, AR/JUR/1545/1995. Al respecto, dicho organismo, en otro precedente consideró que las obligaciones emergentes de la relación entre los copartícipes y los responsables indirectos de un cuasidelito son "in solidum", las que se caracterizan porque varias personas adeudan al acreedor la misma prestación sin ocupar la posición de deudores solidarios, esto es, tienen un mismo objeto aunque diversidad de causa y de deudor. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Gómez, Eugenio y otros c. Villalba, Raúl y otros C 63.968, 15/06/1999, LLBA 1999 LLBA 1999, 792.

[22] BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La responsabilidad colectiva en el resarcimiento de daños": Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 867

[23] ENNECCERUS, Ludwig - LEHMAN, Heinrich. *Derecho de las obligaciones*. Ed. Bosh. Barcelona. 1966. Pág. 1140.

[24] INFANTE RUIZ, Francisco José, La responsabilidad por daños, nexo de causalidad y causas hipotéticas. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002. Pág. 211.

[25] VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones,* Traducido del alemán y concordado por W. ROCES. Tomo I Editorial Reus, Madrid. 1934., Pág. 67.

[26] BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "La responsabilidad... Ob. Cit. 867

[27] Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala III, Fomicz de Ilucko, Teodora c. Provincia de Buenos Aires -Policía de la Provincia-, 30/09/1986, LA LEY 1987-D con nota de Hernán Racciatti LA LEY 1987-D, 453 DJ 1988-1 DJ 1988-1, 519, AR/JUR/1821/1986.

[28] LOPEZ MESA, Marcelo J., en TRIGO REPRESAS - LOPEZ MESA, *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Tomo VI. 2. ed. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2011. Pág. 61.

[29] La Gestalt es una palabra alemana que quiere decir conjunto, configuración, totalidad o "forma", constituye una escuela de psicología que interpreta los fenómenos como unidades organizadas, estructuradas, más que como agregados de distintos datos sensoriales. La Gestalt, que ha hecho un substancial aporte al estudio del aprendizaje, la memoria, el pensamiento y la personalidad y motivación humanas, surgió en Alemania pero se trasladó a Estados Unidos en los años treinta, cuando allá se refugiaron los psicólogos alemanes Max WERTHEIMER, Wolfgang KÖHLER, y Kurt KOFFKA, que encontraron eco receptivo en su visión de

quitarle énfasis al análisis, como detrimento de los valores humanos. La influencia de filósofos como KANT, MATCH y HÜSSERL sobre el pensamiento de los psicólogos de la Gestalt fue considerable.

La frase "el todo es más que la suma de las partes" es propia de la Psicología de la Gestalt alemana. Hacia 1920, WERTHEIMER, KÖHLER y KOFFKA desarrollan esta vertiente de la Psicología que se oponía la Psicología Estructuralista que justamente planteaba esta idea de que el todo era la suma de las partes. Para hacerlo sencillo, la idea es del Estructuralismo es la siguiente: si yo sumo todos los sistemas del cuerpo humano, obtengo un ser humano. La Gestalt le dice no; si yo sumo todos los sistemas solo obtengo un montón de tripas arrojadas sobre la mesa; pues el todo es más que la suma de las partes. Es decir, cada parte tiene sus propiedades individuales, pero al formar un todo, éste, tiene propiedades distintas de las que tenían sus partes que lo integran.

Otro ejemplo, más cotidiano, si yo digo que la familia es la suma de las personalidades de sus integrantes estoy cometiendo la típica falacia estructuralista. La Gestalt dirá que las personalidades individuales, al formar la familia, tienen conductas que no tenían por separado; o sea, que al conformar un sistema, sus integrantes no pierden sus propiedades, pero funcionan de forma distinta por el bien del todo. Ésa sería la idea, que de hecho, ha influenciado a muchas Psicologías contemporáneas como por ejemplo la Psicología Sistémica que se utiliza para la Psicoterapia de parejas, familias, organizaciones, grupos, etc. ALLERAND, Mabel. Piedra libre. Terapia gestáltica. Buenos Aires: Editorial Planeta. AUER, Helga. Psicología humanística. Lima: UNIFE. BARANCHUK, Julia. Atención, aquí y ahora. La terapia gestáltica. Buenos Aires: Abaddon Ediciones. CASTANEDO, Celedonio. Grupos de encuentro en terapia gestalt. Barcelona: Herder. CASTANEDO, Celedonio. Terapia gestalt. Un enfoque centrado aquí y ahora. Barcelona: Herder. FAGAN, Joan y SHEPERD, Irma. Teoría y técnica de la psicoterapia gestáltica. Buenos Aires: Amorrortu. GAINES, Jack. Fritz Perls aquí y ahora. Santiago: Cuatro Vientos.GINGER, Serge y GINGER, Anne. La gestalt: una terapia de contacto. México: Manuel Moderno. IANNACONE, Felipe. Psicopatología gestáltica. Lima: mimeo. IANNACONE, Felipe. Historia de la psicoterapia guestáltica en el Perú. Lima: mimeo. LATNER, Joel. El libro de la terapia guestalt. Santiago: Cuatro Vientos .MIGUENS, Marcela. Gestalt transpersonal. Un viaje hacia la unidad. Buenos Aires: Era Naciente. .NARANJO, Claudio. La vieja y novísima guestalt. Santiago: Cuatro Vientos. OAKLANDER, Violet. Ventanas a nuestros niños. Terapia gestáltica para niños y adolescentes. Santiago: Cuatro Vientos. PERLS, Fritz. El enfoque guestáltico y testimonios de terapia. Santiago: Cuatro Vientos. POLSTER, E. y POLSTER, M. Terapia guestàltica. Buenos Aires: Amorrortu. .RIVEROS, M. y SHIRAKAWA, I. ¿Qué es la Terapia Gestáltica? En: Revista de Psicología Clínica. Lima, vol. I, nº 3, pp. 114-120. 1976 .SALAMA, Héctor y CASTANEDO, Celedonio. Manual de diagnóstico, intervención y supervisión para psicoterapeutas. México: Manual Moderno. STEVENS, John. Esto es guestalt. Santiago: Cuatro Vientos. YONTEF, Gary. Proceso y diálogo en psicoterapia gestáltica. Santiago: Cuatro Vientos

[30] ALTERINI, Atilio. *Responsabilidad civil*. Buenos Aires. 1970. Pág. 164/166. LOPEZ OLACIREGUI, J. M., "En la senda de los plenarios: reflexiones sobre el que afirma la solidaridad de los coautores de un cuasidelito". J. A. 1946-II, p. 63. LLAMBIAS, Jorge Joaquín. "Estudios de la reforma del Código Civil ley 17.711", Ed. J. A., Buenos Aires, 1969, p. 257. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "La responsabilidad colectiva… Ob. Cit. Pág. 867.

[31] Ver al respecto: LOPEZ CABANA, R. M., "Responsabilidad colectiva", en LÓPEZ CABANA, R. M. (Coordinador), "Responsabilidad civil objetiva", Buenos Aires, 1995. Pág. 212. PARELLADA, C. A., "El tratamiento de los daños en el Proyecto de Unificación de las obligaciones civiles y comerciales", en LA LEY, 1987-D, 977. Y ALTERINI, Atilio Aníbal, "¿No a la reforma? ¿No a esta reforma?", en Rev. JA, 1999-II, 1012.

[32] No se dejó pasar la ocasión para receptar en el derecho argentino una regulación actualizada para la responsabilidad colectiva, esto es, los supuestos de daños producidos por un miembro indeterminado de un grupo conocido, vieja aspiración de la doctrina nacional, hasta el presente desoída por el Parlamento. El Proyecto obtuvo media sanción en Diputados, perdiendo luego estado legislativo. Proyecto publicado en el orden del día N° 2827, Sesiones Ordinarias, Com. de Legislación General, ej. Impreso el día 17 de septiembre de 2007. LOPEZ MESA, Marcelo J., en TRIGO REPRESAS - LOPEZ MESA, *Tratado, c*it. Pág. 65/66.

[33] Tribunal Colegiado de Instancia Única en lo Civil de 6a Nominación de Rosario, Primavera de Fernández, Dora A. y otros c. Pelegri, Carlos A. y otros., 28/08/1989, LA LEY 1991-B LA LEY 1991-B , 145, AR/JUR/1482/1989.

[34] Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Mercedes, sala I, Guerrero Contardo, Bernardo c. Méndez, Juan y otro, 28/02/2008, RCyS 2008 RCyS 2008, 979 ED 06/05/2008 06/05/2008 ED 06/05/2008, 6 ED 227 ED 227, 339, AR/JUR/1152/2008. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, "Alí, Juan P. c. H., A.", 23/06/2006, RCyS 2006, 1209.

[35] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, Tramezzani, María Laura c. Beckerman, Carlos María y otros, 16/08/1988, Colección de Análisis Jurisprudencial Obligaciones Civiles y Comerciales - Director: Dora M. Gesualdi - Editorial LA LEY 2003 con nota de Dora Mariana Gesualdi Colección de Análisis Jurisprudencial Obligaciones Civiles y Comerciales - Director: Dora M. Gesualdi - Editorial LA LEY 2003, 74, AR/JUR/2457/1988.

[36] GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo La responsabilidad colectiva. Alcance y efectivización, L., LA LEY 22/10/2007, LA LEY 01/01/2007, LLP 01/01/2008.

[37] Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Formosa, Cabrera, Norma c. Matorras, Lidia y otro, 24/08/2009, RCyS 2010-II con nota de Edgardo I. SAUX, RCyS 2010-II, 68 LLLitoral 2010 (mayo) con nota de Edgardo I. SAUX, LLLitoral 2010 (mayo), 381, AR/JUR/48540/2009.

[38] Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala III, Fomicz de Ilucko, Teodora c. Provincia de Buenos Aires -Policía de la Provincia-, 30/09/1986, LA LEY 1987-D con nota de Hernán Racciatti LA LEY 1987-D, 453 DJ 1988-1 DJ 1988-1, 519, AR/JUR/1821/1986.

[39] RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol. Obligaciones*. Tomo V. Ed. La Ley. Buenos. Aires. Pág. 14.

[40] Juzgado Federal de 1a Instancia Nro. 2 de Rosario, U.N.R. c. Recoaro, Carlos A. y O., 20/07/2010, La Ley Online, AR/JUR/34754/2010. Ver También: Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II, "Spano, Adrián Alejandro c. Monjardin, Sergio Alberto y otro", 28/08/2008: LLBA 2008 (noviembre), 1158; Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Mercedes, sala I, "Guerrero Contardo, Bernardo c. Méndez, Juan y otro", 28/02/2008: RCyS 2008, 979; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, "Calcaterra, Rubén y otra c. Municipalidad de Buenos Aires", 24/05/1990: LA LEY 1991-D, 469, con nota de Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO; DJ 1991-2, 994. Al respecto se ha señalado que constituye un caso de responsabilidad colectiva, cuando varios médicos cohesionados por pertenecer a una unidad departamental o de "un servicio" constituyen "un grupo". Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, Calcaterra, Rubén y otra c. Municipalidad de Buenos Aires, 24/05/1990, LA LEY 1991-D con nota de Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO LA LEY 1991-D, 469 DJ 1991-2 DJ 1991-2, 994, AR/JUR/1629/1990.

[41] YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*. Madrid. 2001. Pág. 419.

[42] Así lo ha sostenido reiteradamente nuestra jurisprudencia. Se ha dicho al respecto, que la parte final del art. 1119 del Cód. Civil ofrece una hipótesis de responsabilidad colectiva en el derecho civil argentino, al atribuir responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o que caen habiendo estado suspendidas de un modo peligroso, a todos los habitantes de una casa cuando "se ignora la habitación de donde procede" el elemento causante de perjuicio. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, Morales, Restituto c. Club Atlético Vélez Sarsfield y otros, 11/03/1981, LA LEY 1981-B con nota de Jorge Joaquín Llambías LA LEY 1981-B, 523 ED 93 ED 93, 690, AR/JUR/1600/1981. La jurisprudencia ha hecho uso de dicho precepto para responsabilizar colectivamente a quienes hayan incidido en la causación de un daño. Así se ha dicho que tratándose de los daños causados a un campo por el incendio provocado a raíz del recalentamiento del motor del automóvil en que se trasladan los integrantes de una partida de caza, para determinar la responsabilidad de todos los intervinientes, el hecho desencadenante debe ser meritado desde sus mismos orígenes y no desde el aislado momento del atascamiento final del vehículo en un pajonal, el recalentamiento del motor y comienzo del incendio, circunstancias éstas que no pueden ser tenidas como causa única y eficiente del daño. Si bien no medió entre los intervinientes en la partida una verdadera confabulación que importa la coautoría con la particular intención de dañar que caracteriza, al delito civil, al menos existió entre ellos un acuerdo de voluntades para realizar en calidad de partícipes un fin común, aun actuando independientemente, pero en un verdadero plano de igualdad por encima de la actividad específica de cada uno, corriendo por consiguiente todos -no solamente el dueño y conductor del vehículo- con las eventuales consecuencias, incluso las adversas, que la consecución de tal logro podría acarrearles Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores, De Anchorena, Manuel N. J.

c. Cristófalo, Antonio J., 14/12/1982, LA LEY 1983-C- con nota de Jorge BUSTAMANTE ALSINA, LA LEY 1983-C, 298, AR/JUR/3948/1982. (Voto del doctor Eyherabide). Con similares argumentos el Juzgado Federal de 1a Instancia Nro. 2 de Rosario, puntualizó que corresponde responsabilizar a dos sindicatos por los daños materiales ocasionados a un inmueble que se incendió a raíz de los artefactos pirotécnicos arrojados durante una manifestación pues, si bien no se ha logrado individualizar a los autores del hecho, se comprobó que miembros de los gremios demandados tiraron bombas de estruendo en el lugar desde donde provino el artefacto que ocasionó el siniestro, se trata de un supuesto de responsabilidad colectiva, que torna aplicable lo previsto en el art. 1119 in fine del Código Civil. Juzgado Federal de 1a Instancia Nro. 2 de Rosario, U.N.R. c. Recoaro, Carlos A. y O., 20/07/2010, La Ley Online, AR/JUR/34754/2010. En este orden, también se ha señalado que conforme el art. 1119 del Código Civil, resulta responsable en forma personal y exclusiva uno de los codemandados por los daños que sufrió una mujer cuando, luego de ser atropellada, fue golpeada por los ocupantes del rodado embistente, pues aún cuando no se lo pudo identificar como el agresor, se acreditó que integraba el grupo violento y no pudo él identificar verazmente quien fue específicamente el integrante del grupo que ejerció violencia física sobre la víctima. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Formosa, Ocampo, Dora Elena c. Zelaya, Isidoro, 24/08/2009, LLLitoral 2010 (febrero) LLLitoral 2010 (febrero), 95, AR/JUR/30304/2009.

[43] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, Morales, Restituto c. Club Atlético Vélez Sarsfield y otros, 11/03/1981, LA LEY 1981-B con nota de Jorge Joaquín LLAMBÍAS LA LEY 1981-B, 523 ED 93 ED 93, 690 AR/JUR/1600/1981.

[44] MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictual y contractual. Traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Tomo II-1. Ed. Ejea. Buenos Aires. 1962. Pag. 578 y sigts.

[45] LOPEZ MESA, Marcelo J., en TRIGO REPRESAS - LOPEZ MESA, *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Tomo VI. 2. ed. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2011. Pág. 66

[46] Supongamos un sujeto que se inmiscuye en la tribuna que corresponde a la ubicación de los simpatizantes de un club con la camiseta adversa a la institución de estos simpatizantes.

[47] Por ejemplo una avalancha en un sector de un estadio, movimientos generados por la multitud, etc.

[48] LOPEZ MESA, Marcelo J., en TRIGO REPRESAS - LOPEZ MESA. *Tratado*... Ob. Cit. Pág. 53/54

Certificados médicos prenupciales y SIDA: rozando los umbrales de la discriminación

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2010 (abril), 18
Cita Online: AR/DOC/528/2010
[Consultado el: 01/07/2020]

Sumario.

1. Impedimentos matrimoniales: algunas consideraciones generales. 2. Clasificación de los impedimentos matrimoniales. 3. La prohibición del artículo 13 de la ley 12.331 como impedimento: Finalidad inmediata y mediata. 4. Certificados médicos prenupciales y SIDA 5. Diferentes corrientes doctrinarias en torno a la inclusión del SIDA en los exámenes prenupciales. 6. La interpretación actual de la ley: el SIDA como enfermedad venérea en periodo de contagio. 7. Necesidad o innecesidad de incluir al SIDA como impedimento: una cuestión ética y jurídica. 8. Rozando los umbrales de la discriminación. 9. Nuestras Conclusiones.

No caben dudas que el SIDA constituye un impedimento en los términos de la ley 12.331, es decir el no padecer de una enfermedad venérea en período de contagio aparece como un requisito insoslayable a la hora de acceder a las nupcias, es absurdo entender que el SIDA escapa al enunciado, sustentándose en el hecho que no existe el periodo de contagio que prevé el enunciado normativo.

"Cometer injusticia es más ignominioso que recibirla" (Platón)

1. Impedimentos matrimoniales: algunas consideraciones generales.

Explica el notable autor español Puig Peña que junto a la aptitud natural que deben tener quienes deseen contraer matrimonio, el Derecho exige asimismo una aptitud legal, es decir, que concurran en los dos contrayentes determinadas circunstancias previstas por el legislador. Estas circunstancias, tradicionalmente se han formulado en forma negativa y han dado lugar a la clásica teoría de los impedimentos matrimoniales, construida por la ciencia del derecho canónico. (1)

De esta manera, aparece la idea de impedimentos matrimoniales que, como los define Vidal Taquini es el conjunto de requisitos que la ley exige para que una persona pueda celebrar matrimonio. Los requisitos pueden ser biológicos, que hacen a la *aptitud física*: edad (art. 133 y 166, inc. 5°), ausencia de enfermedad contagiosa o grave deficiencia psíquica o física de la persona que pretende casarse con un menor (art. 169, inc. 3°), enfermedad venérea en período de contagio (art. 13 de la ley 12.331 —Adla, 1920-1940, 703—), y con proyección posterior a la celebración del matrimonio: la impotencia de uno de los cónyuges, o de ambos, que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos, lo cual provoca la nulidad relativa del matrimonio (art. 220, inc. 3°). La persona que quiere contraer matrimonio debe estar acorde con las exigencias ético-sociales reclamadas por la comunidad a la cual pertenece, las cuales hacen a su *aptitud ética* para casarse con otra persona: no ser pariente consanguíneo, adoptivo o afín, en los límites previstos por la ley (art. 166, incisos 1°, 2°, 3°, 4°); no tener ligamen anterior (art. 166 inc. 6°); no haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso del cónyuge de la persona con quien pretende casarse (art. 166, inc. 7°); no tener imposibilidad de expresar su consentimiento al tiempo de la celebración (art. 1666, inc. 8° y 9°); no observar conducta desordenada o inmoral cuando pretende casarse con un

menor (art. 169, inc. 4°); además de la contemplación ética que la ley efectúa cuando sanciona de nulidad relativa al matrimonio celebrado adoleciendo el consentimiento de los vicios de error, dolo y violencia (art. 175 y 220, inc. 4). (2)

2. Clasificación de los impedimentos matrimoniales.

Si bien puede encontrarse diferentes clasificaciones de los impedimentos, nos interesan en especial tres: por un lado la que distingue entre impedientes o dirimentes, por otro la que distingue entre permanentes y transitorios, y por último la que diferencia los impedimentos absolutos de los relativos.

2.1. Impedientes y dirimentes: los *impedimentos dirimentes* atentan contra la validez del acto, siendo la nulidad de las nupcias la consecuencia ante su transgresión. Los *impedimentos impedientes* son aquellos que no provocan la nulidad del acto jurídico matrimonial sino otro tipo de sanción legal. En el primer caso podemos citar el ejemplo de dos personas que se casan mediando consanguinidad (artículo 166 inciso 1° y 2°), en el segundo supuesto podemos incluir el caso de los menores que acceden al matrimonio sin la debida autorización que establece la ley (artículo 168 del Código Civil), la sanción legal que establece el Código Civil es la inaptitud nupcial hasta alcanzar la mayoría de edad (artículo 131 segundo párrafo).

2.2. Impedimentos permanentes y transitorios: por otro lado los impedimentos pueden ser permanentes o transitorios. Son *permanentes* cuando los mismos no desaparecen por el transcurso del tiempo, es decir nunca podrán contraer matrimonio dos hermanos porque siempre los va a unir ese lazo de parentesco los va a unir durante toda la vida. Son *transitorios* cuando las circunstancias personales que conllevan a la existencia del impedimento pueden desaparecer. Por ejemplo la persona que llegada a la mayoría de edad (artículo 126 del Código Civil) adquiere la aptitud nupcial que en la minoridad no poseía.

2.3. Impedimentos relativos y absolutos: También podemos dividir a los impedimentos en absolutos y relativos. Solían repetir los hermanos Mazeaud que, algunos impedimentos son relativos, en el sentido de que no vedan el matrimonio sino con ciertas personas determinadas; otros son absolutos, o sea, que el matrimonio está prohibido con quien quiera que sea. (3)

Compartimos la opinión de los destacados tratadistas franceses, por ello decimos que los impedimentos *absolutos* son aquellos que no permiten unir la persona con ningún otro sujeto. Son impedimentos intrínsecos a quien los padece. Por ejemplo quien se encuentra privado, permanente o transitoriamente, de la razón por cualquier causa. (Artículo 166 inciso 8 del Código Civil). Son *relativos* aquellos que impiden las nupcias con sujetos determinados, por ejemplo quienes se encuentran en grado de afinidad en línea recta. (Artículo 166 inciso 4 del código Civil).

Permanentes... Transitorios

Absolutos... Relativos

La combinación de los impedimentos absolutos y permanentes trae aparejada una consecuencia perversa para el sujeto que se encuentra en ella: *la imposibilidad de contraer matrimonio por el resto de su vida.*

Como dijimos oportunamente, la particularidad que presentan los impedimentos permanentes es que se refieren a personas determinadas o supuestos especiales (relatividad), que siempre dejan subsistentes la posibilidad de contraer nupcias con otros sujetos o ante otras circunstancias. La existencia del SIDA hace variar toda esta percepción, porque admitiendo que el mal se encuentra comprendido en el enunciado del artículo 13 de la ley de profilaxis, evidentemente quien lo padece no podrá contraer matrimonio por el resto de su vida, salvo si se descubre la cura de la enfermedad.

3. La prohibición del artículo 13 de la ley 12.331 como impedimento: Finalidad inmediata y mediata.

Sin lugar a dudas que el fin perseguido por los creadores de la ley 12.331, al determinar la prohibición nupcial para aquellas personas que adolezcan de una "*enfermedad venérea en periodo de contagio*", es la inclusión de un nuevo impedimento matrimonial, fundado en razones eugenésicas, y con un fin profiláctico.

Además de encontrarse dentro de la llamada ley de profilaxis, es la propia doctrina la que ha calificado su origen y finalidad, de esta forma Díaz de Guijaro manifiesta este enunciado caracteriza el fin eugenésico de la ley y su firme propósito de impedir el matrimonio de quienes padezcan dolencias tan vinculadas con la salud racial y con el bienestar de la familia, y más adelante agrega la ley trata con esta restricción, de despertar el interés por la curación y por el tratamiento sistemático. A la finalidad eugenésica, que es mediata, se añade la profiláctica, que es inmediata. Y eliminado el periodo de contagio se recupera la aptitud nupcial. (4)

Entonces, la finalidad que persigue la norma en relación a su enunciado es justamente crear un impedimento matrimonial, es decir una restricción al derecho a contraer matrimonio. Vale decir, que la cuestión se vuelve confusa si se admite que el SIDA se encuentra incluido en el enunciado de la norma, porque la finalidad inmediata no se cumple y la mediata en muchos casos tampoco.

4. Certificados médicos prenupciales y SIDA.

El artículo 187 inc. 4° del Código Civil impone a los futuros contrayentes la obligación de presentar al oficial público encargado del Registro del Estado y Capacidad de las Personas "los certificados médicos prenupciales". Dichos certificados, previstos en las leyes 12.331 y 16.668, son expedidos por las autoridades sin indagar sobre la presencia del virus transmisor del SIDA.

Un gran debate se ha gestado en relación a determinar si se encuentra incluido el HIV dentro del enunciado del artículo 13 de la ley de profilaxis, y por ende si debe indagarse o no sobre la existencia del SIDA en los certificados. (5)

Tal es la magnitud de la cuestión que ha motivado el análisis exhaustivo de los juristas a través de jornadas y eventos. Podemos mencionar 3 de las reuniones más significativas donde se debatió el tema: la XI Conferencia Nacional de Abogados celebrada en San Carlos de Bariloche, (6) las Primeras Jornadas de Derecho de Familia de Morón, (7) y las Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal. (8)

Basta con vislumbrar los pronunciamientos de la doctrina para evidenciar que existe una discrepancia arraigada en torno a dilucidar el papel del derecho de familia, y en especial el de los impedimentos matrimoniales, frente al SIDA, la cual se encuentra vigente aun en nuestra época.

5. Diferentes corrientes doctrinarias en torno a la inclusión del SIDA en los exámenes prenupciales.

5.1 Corrientes que admiten la inclusión de la enfermedad.

La doctrina sigue siendo no conteste al respecto, hay autores que sostienen que la enfermedad forma parte del concepto de "*enfermedad venérea en periodo de contagio*", así Velazco y Yarke expresan que ante la ausencia de una disposición expresa que determine la necesidad de efectuar estudios previos a la celebración del matrimonio tendientes a determinar la existencia o no del virus del SIDA, debe interpretarse que este flagelo universal se

encuentra comprendido dentro del elenco de enfermedades venéreas en los términos del artículo 13 de la ley 12.331, y en consecuencia, atento a su alta contagiosidad, se constituye en impedimento para la celebración del acto jurídico matrimonial. (9)

En este sentido podemos citar a Mazinghi, este autor entiende que si la duración de la enfermedad es indeterminable, la seguridad del contagio total y las consecuencias del mal gravísimas, sea lícito, mientras no aparezcan medios seguros para que la enfermedad remetida o el contagio sea evitado, prohibir el matrimonio de quienes, casándose, difundirían amplísimamente el mal, con deplorables consecuencias para la comunidad.

Es por ello que concluye de manera contundente, aseverando que el SIDA está incluido entre los casos de impedimentos por enfermedad venérea en periodo de contagio, que establece la ley 12.331, y que, por consiguiente, las autoridades sanitarias deberán incluir, en los exámenes prenupciales, el análisis destinado a determinar si alguno de los contrayentes, o ambos padecen de SIDA. (10)

5.2. Corrientes que pregonan la exclusión de la enfermedad: hay quienes sustentan, con gran ahínco, que la enfermedad se encuentra excluida de los certificados prenupciales porque es ajena al concepto de enfermedad venérea. Como se verá mas adelante, no compartimos esta opinión.

Por otro lado, otros autores entienden que la enfermedad se encuentra excluida de ese enunciado, pero abogan por incorporar un impedimento especial que contemple este supuesto, de esta manera sostiene Suares que es necesario, incluir expresamente como impedimento dirimente la portación del virus causante del SIDA en cualquiera de los futuros contrayentes. Este impedimento tendrá carácter transitorio y subsistirá hasta que la enfermedad haya sido controlada por la ciencia médica erradicando su carácter mortal. (11)

6. La interpretación actual de la ley: el SIDA como enfermedad venérea en periodo de contagio.

A nuestro entender, es menester hacer un análisis minucioso de los términos legales empleados para encuadrar el supuesto de hecho, porque la ley no es lo que queremos que sea sino lo que es. Por lo tanto, proponemos el siguiente proceso de análisis, del cual ya hemos dado indicios cabales en otra parte de esta investigación, pero consideramos necesario dejar bien en clara nuestra posición al respecto.

En primer término, es preciso saber si el SIDA es *una enfermedad venérea*, luego debemos soslayar si existe un *periodo de contagio*, y por último una mención a la *interpretación* o sentido que debemos darle a la norma.

6.1. El SIDA como enfermedad venérea: en cuanto a si el SIDA es una *enfermedad venérea*, entendemos que sí lo es, porque aunque se adviertan otras vías de contagio, ello no obsta entender que una de las sendas de acceso más frecuentes al mal es la sexual. En este sentido, dice Mazzinghi, que la forma con la cual se contagia dicha enfermedad no es exclusivamente el contacto sexual, sino que hay otros modos de contagio que se producen a través de la sangre. Pero esta característica no es sin embargo, exclusiva del SIDA. También la sífilis admite otros tipos de contagio que no consisten en la relación sexual con un enfermo.

Avalando la posición que acto seguido vamos a proponer, sostiene el jurista, que no cabe, pues excluir al SIDA de los exámenes médicos prenupciales, por dudar de su carácter venéreo, que es el previsto por la ley 12.331, ya que resulta de la posibilidad de contagio mediante el acoplamiento sexual, sin perjuicio de otras vías de acceso a la enfermedad. (12)

Por otro lado, tanto el Ministerio de Salud de la Nación, (13) como la OMS califican al SIDA como una enfermedad de transmisión sexual, por lo que encuadraría dentro de las enfermedades venéreas, aunque existen otras importantes fuentes de contagio. (14)

6.2. Sobre el período de contagio: en cuanto al *período de contagio*, la cuestión parece más compleja. En cierta medida, se dice que no podríamos hablar de periodo de contagio porque la enfermedad es permanente, entonces no habría período. En este sentido sostienen Monti y Minyersky que el impedimento que sanciona la mentada ley reviste el carácter de transitorio, ya que solo rige durante el periodo de contagio. Pasado dicho lapso, aun cuando la enfermedad persista, los contrayentes adquieren aptitud nupcial. En cambio con los portadores del HIV, con el actual nivel de conocimiento, este período no tendría fin, con lo cual concluyen los autores, que esta circunstancia escapa al tenor de la ley 12.331. (15)

Esto es inexacto, porque técnicamente existe un período. Es decir, por período entendemos un espacio de tiempo de se compone de dos términos, uno inicial y otro final, en el caso de análisis hemos encontrado los mismos, el término inicial es del momento en el que se *contagia la enfermedad*, y el término final, por lo menos en la actualidad, es el de la *muerte*, por más drástico que ello suene, porque hasta hoy no se conoce la cura de la enfermedad.

6.3. Sobre el espíritu legislativo: por último, se podría pensar que el HIV no debe entenderse incluido dentro del enunciado de la norma porque el legislador nunca podría haber tenido en cuenta una enfermedad como ésta al momento de gestar la norma, justamente porque ella no existía o por lo menos no se tenía conocimiento de su existencia.

Ello es absurdo, porque para arribar a esta interpretación deberíamos circunscribirnos a la escuela histórica de Savigny, es decir entender a la ley conforme la tuvo en miras el legislador que la gestó.

Nosotros proponemos leer la norma teniendo en cuenta los elementos legislativos teleológicos, pero conforme a las circunstancias actuales y adaptadas a ellas.

Es obvio que el legislador no pudo tener en cuenta al SIDA al momento de gestar la norma, pero es plenamente aplicable la ficción de entender que dicho enunciado incluye al SIDA en relación a la voluntad actualizada del generador de la norma, en definitiva el derecho recurre sistemáticamente a ficciones y ello no está mal, el problema surge cuando la ficción se transforma en una ilusión, en este sentido dice De Lorenzo que las ficciones son falsedades que se asumen como tales. La ilusión, también es una falsedad, pero a diferencia de la ficción, es creída como verdadera. (16)

En definitiva al hablar del espíritu de la ley se exige una acepción objetiva y no una percepción imprecisa basada en subjetividades abstractas y difíciles de probar.

Nuestra posición sobre el tema la podemos comprimir en el siguiente razonamiento deductivo (*Dado A y B y C debe ser X*), que sería:

Si la OMS ha dicho que el HIV es una enfermedad venérea aunque existan otras vías de contagio;
Si afirmamos que el período existe como tal;
Si nos ubicamos en la interpretación de la ley en razón de la cual adaptamos la norma a las circunstancias actuales para no tornarla virtual;
Entonces, entendemos que el SIDA se encuentra comprendido dentro del enunciado de la norma.

7. Necesidad o innecesidad de incluir al SIDA como impedimento: una cuestión ética y jurídica.

Ya desde tiempos pretéritos y en un desdén desesperado por encaminar la situación, decía Díaz de Guijarro, es menester la inmediata sanción de leyes nacionales y provinciales y de ordenanzas municipales, todo con máxima rapidez, para la sanción de normas legales profilácticas imperativas, como también la ampliación

indispensable del impedimento de enfermedad venérea, que contiene la ley de matrimonio civil, para incluir como nuevo impedimento matrimonial padecer SIDA. (17)

Comparte esta posición Suarez, quien encuentra un fin social en la prohibición, (18) entiende que la normativa debe brindar una respuesta a la sociedad impidiendo las uniones para evitar lesionar a la sociedad misma, dice que es necesario incluir expresamente como impedimento dirimente la portación del virus causante del SIDA en cualquiera de los futuros contrayentes. Este impedimento tendrá carácter transitorio y subsistirá hasta que la enfermedad haya sido controlada por la ciencia médica erradicando su carácter mortal, en similar sentido se pronuncia Mosquera, para quien razones de orden social, de sanidad general nos llevan a aceptar la instauración de un nuevo impedimento para el matrimonio, aunque, reconoce el autor, el impedimento no solucionará el problema de fondo, y además el concubinato sería una vía de escape a la prohibición. (19)

Por otro lado, para este autor, el orden constitucional no se vería lesionado, porque entiende que la tesis permisiva en cuanto se funda en el art. 19 de la Constitución, olvida que, conforme al texto constitucional las acciones privadas de los hombres son intangibles no solo en tanto no ofendan al orden y la moral pública, sino también en cuanto no perjudiquen a terceros. Y son precisamente terceros tanto el contrayente sano que será condenado al contagio, como la descendencia, que no ha podido prestar su consentimiento para venir a este mundo con secuelas funestas. (20)

Nosotros entendemos que la norma tiene un claro fin eugenésico que consiste en evitar trasmitir la enfermedad al otro cónyuge y principalmente a la prole, si bien consiste en un fin social noble, este es utópico y no se condice con la realidad del siglo XXI, (21) además, como enseña Fanzolato, los mismos peligros sanitarios para la pareja y su descendencia generan el concubinato y, respecto de estas últimas uniones de hecho, sería imposible jurídicamente imponer una exigencia similar a la que intentaría crear un impedimento matrimonial, además se generaría un resultado disvalioso ya que los enfermos quedarían condenados a las uniones sexuales extraconyugales. (22)

8. Rozando los umbrales de la discriminación.

Pero evidentemente la existencia de un impedimento de estas características podría traer aparejado un claro supuesto de *discriminación*, porque quienes padecen de este mal se encontrarían vedados por siempre de contraer nupcias, quedando circunscriptos a mantener uniones de hecho.

Consideramos que un impedimento de esta índole podría ceñirse con el espíritu mismo de la ley de SIDA, en este sentido Zannoni y Bossert sostienen que sobre la base de los principios programáticos de la ley 23.798 (Adla, L-D, 3627), debemos preguntarnos sostener que el SIDA constituye un impedimento matrimonial no implica una discriminación que margina de legalidad a quienes pretenden casarse, condenándolos, sin remedio definitivamente, a mantener relaciones extramatrimoniales sin beneficio propio y sin constituir tampoco, un medio idóneo para la asistencia y tratamiento del mal. (23)

De ello se ha hecho eco la jurisprudencia marplatense, (24) siendo robustecido este argumento por el Profesor Cordobés Fanzolato, quien hace especial mención a la desvalía constitucional que provocaría admitir al SIDA dentro de los impedimentos matrimoniales, dice el autor que un precepto legal en tal sentido implicaría una violación del ius connubio, como derecho del hombre a casarse y a fundar una familia (art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; art. 17 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por ley 23.054 —Adla, XLIV-B, 1250—); además se incurriría en una total abstracción de los principios de dignidad y de no discriminación amparados implícitamente por la Constitución Nacional y explícitamente por la ley 23.798. (25)

En sentido contrario se argumenta, que por sobre todas las cosas debe protegerse el derecho a la integridad física, psíquica y moral (art. 5° inciso 1° C. A. D. H.), comprensivo del derecho a la vida (art. 4, inc. 1° C. A. D. H.), de los futuros descendientes, (26) en este orden de ideas sostiene Sarlo que la naturaleza de los hechos y su peligrosidad para la humanidad es suficiente motivo, al menos en nuestro país, para volcar la balanza a favor de esa percepción, argumentando que si esto de defender la sociedad de un enemigo mortal es discriminar, debemos revisar urgentemente los conceptos porque ya no sirven. (27)

A favor de esta última posición, podemos encontrar a la legislación sueca, que muestra un alto grado de coerción para impedir el eventual contagio de la población de enfermedades contagiosas en las que expresamente se incluye el SIDA. (28)

9. Nuestras Conclusiones:

No caben dudas que el SIDA constituye un impedimento en los términos de la ley 12.331, es decir el no padecer de una enfermedad venérea en período de contagio aparece como un requisito insoslayable a la hora de acceder a las nupcias, como oportunamente mencionamos, es absurdo entender que el SIDA escapa al enunciado, sustentándose en el hecho que no existe el periodo de contagio que prevé el enunciado normativo, porque ya demostramos que ello no es así.

Al ser una enfermedad venérea, es indiscutible que se encuentra comprendida en la norma como impedimento, aunque adelantamos nuestra posición, de repudio a dicha inclusión, es decir, nosotros entendemos que conforme la redacción actual de la proposición normativa que consagra el artículo 13 de la ley de profilaxis, el HIV *se encuentra incluido como impedimento en el derecho argentino*. No obstante ello, nos consideramos partidarios de la corriente que entiende que *no debería estarlo*.

Como se puede apreciar una cosa es el aspecto *objetivo y concreto*, que responde a la pregunta: ¿*Está comprendido el HIV en la descripción que efectúa la norma*? a la cual respondemos de manera *afirmativa*; y otra cosa es la connotación *valorativa y abstracta*, es decir: ¿*debería estar incluido el SIDA en un impedimento matrimonial*?, a la cual respondemos *negativamente*, porque entre otras razones ello conllevaría a vedar el derecho de acceder a las nupcias a determinadas personas de por vida, constituyéndose como oportunamente explicamos, un impedimento *permanente* y *absoluto*, que no se condice con nuestro Estado de derecho.

Bibliografía.

(1) PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil Español, t. II. Derecho de Familia. Vol. I, Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957, p. 109.

(2) Los impedimentos deben constituir la excepción porque el principio es que la persona es hábil para casarse, en este orden de ideas VIDAL TAQUINI sostiene que el derecho a casarse es un derecho natural, la ley parte del principio que toda persona es hábil para hacerlo; por ello establece inversamente los impedimentos, que son los hechos, según el estado de las personas, que obstan a la celebración del matrimonio, cuyo fundamento reside en que no se cumplen las exigencias físico-éticas-sociales que la ley determina para considerar a una persona con aptitud nupcial. VIDAL TAQUINI, Carlos H. Matrimonio Civil. Ley 23.515. 1ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 54.

(3) MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León, MAZEAUD, Jean, Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Volumen III. La familia. Constitución de la familia. Traducción de Luis ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 145.

(4) DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, Matrimonio y Eugenesia. El impedimento matrimonial de enfermedad. Guillermo Kraf S.R.L., Buenos Aires, p. 174.

(5) Creemos que este debate adquiere no menos de tres dimensiones: legislativa, doctrinaria y jurisdiccional.

En cuanto a la dimensión legislativa se han dictado normas positivas que exigen el test de VIH como examen prenupcial, aunque con distintos alcances. Así, la ley cordobesa, referida a las enfermedades de transmisión sexual, pero cuyo catálogo comprende expresamente al SIDA, establece que los certificados médicos prenupciales expedidos por la autoridad competente serán de realización obligatoria para las personas que contrajeran matrimonio, en prevención de las enfermedades contempladas por la ley, y en la forma y modalidades que se establezcan por vía reglamentaria. En cambio, la ley catamarqueña, si bien dispone la obligación de practicar el test prematrimonial, establece que el certificado extendido no deberá contener el resultado, el que será comunicado en forma personal a los interesados por el Centro Unico de Referencia para la Prevención del HIV. Además, dispone expresamente que el resultado positivo no obstaculizará la celebración del matrimonio.

Algunas leyes provinciales han consagrado fórmulas intermedias, que por ejemplo invitan a practicar el test en caso de matrimonio, con garantía de confidencialidad, y con notificación del resultado al interesado y al futuro cónyuge. Independientemente de tal invitación, todos los futuros contrayentes, y los padres de niños recién nacidos —previo registro de su nacimiento—, deben ser informados por la autoridad del Registro Civil sobre las formas de transmisión de los retrovirus humanos y SIDA, como así de los medios y formas de evitar su contagio (art. 6°). WIERZBA, Sandra. Sida y responsabilidad Civil, Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, pp. 231/2.

La dimensión doctrinal, que será desarrollada en los puntos venideros, centra su atención en explicar argumentativamente la conveniencia ética de incluir a la enfermedad dentro del impedimento eugenésico.

Desde la óptica jurisprudencial, como veremos oportunamente solo un fallo en nuestro país llegó al decisorio jurisdiccional, entendiéndose que el Sida no constituía un impedimento para contraer matrimonio.

(6) En la XI Conferencia Nacional de Abogados celebrada en San Carlos de Bariloche se declaró entre otros aspectos que si se considera al SIDA una enfermedad de transmisión sexual, resulta aplicable el artículo 13 de la ley 12.331 (Adla, 1920-1940, 703) y el artículo 1 ley 16.668 y el artículo 187 inc. 4 del Cód. Civil (ley 23.515 —Adla, XLVIII-B, 1535—). Sin perjuicio de eso ante la eventualidad de que se produzcan dudas en su aplicación, se exigirá por medio de la disposición del registro de las personas, la obligatoriedad de la realización y la presentación del examen médico prenupcial. SUAREZ, César Roberto, "El SIDA y la urgente necesidad de legislar imponiendo el impedimento matrimonial dirimente de carácter transitorio", JA, 1991-IV-677/8.

(7) En las Primeras Jornadas de Derecho de Familia de Morón se enfatizó: debe interpretarse que, siendo el SIDA, una enfermedad de transmisión sexual, resulta aplicable el artículo 13 de la ley 12.331 y el artículo 1 de la ley 16.661 y el artículo 187 inc. 4 del Código Civil. SUAREZ, Cesar Roberto. "El SIDA y la urgente necesidad de...", ob. cit. p. 678.

(8) En las Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, se resolvió lo siguiente: Por mayoría: El síndrome de inmunoindeficiencia adquirida no está comprendido en el impedimento del artículo 13 de la ley 12.331. (Patricia ARECHAGA, Karina HUBERMAN, Graciela TAPIA, Nelly MIYERSNKY, Eduardo MONTI, Cesar Alberto LOMBARDI, Nora LLOVERAS, Mirta LLUNDAI, Carlos ARIANNA, Mabel FERNANDEZ, Patricia ROCA DE ESTRADA, Eloy Abel ROLDÁN, Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI). Por minoría: Debe interpretarse que siendo el SIDA una enfermedad de transmisión sexual, está comprendida en el artículo 13 de la ley 12.331. (María del Carmen YARKE y José VELAZCO, Eduardo ZANNONI) "Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, y Procesal", JA, 1990-IV-904/5.

(9) Es por ello, sostienen que los exámenes prenupciales deben comprender los estudios necesarios tendientes a determinar la presencia de esta enfermedad a fin de evitar que el vínculo se contraiga entre quienes se hallan afectados de la misma, aun cuando se trate de los llamados portadores sanos. VELAZCO, José Raúl y YARKE, María del Carmen, "Abordaje integral del SIDA en el derecho de familia", LA LEY, 1992-A, 601.

(10) MAZZINGHI, Adolfo Jorge, Derecho de Familia, t. I, 3ª edición, Abaco, pp. 196/7. Aunque sostiene que la restricción a la libertad de contraer matrimonio debe estar limitada por distintos elementos —su temporalidad, la certeza del contagio y la gravedad del mal—.

(11) SUAREZ, Cesar Roberto, "El SIDA y la urgente necesidad de legislar imponiendo el impedimento matrimonial dirimente de carácter transitorio", ob. cit., p. 678.

(12) MAZZINGHI, Adolfo Jorge. Derecho de Familia, ob. cit., p. 197.

(13) Conforme con informes oficiales del Ministerio de Salud, existen tres grandes vías de contagio. Se dividen en grupo por transmisión sexual, por vía del torrente sanguíneo y transmisión madre-hijo. En el primer caso, la transmisión sexual se genera en los distintos tipos de relaciones sexuales que tiene diferente capacidad de infectar, y es posible que una sola relación no alcance en todos los casos, para producir su contagio. SARLO, Rubén Mario, Afectados de Sida y posibilidad de contraer matrimonio. Civil. (Delicada tarea de la jurisprudencia ante el vacío legal), LA LEY, 1993-A, 1125.

(14) FANZOLATO, Eduardo Ignacio, "El SIDA y el derecho de familia". Revista de la facultad. Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Vol. 2. Año 1994. Córdoba, p. 108.

(15) MONTI, Eduardo J. - MINYERSKY, Nelly, El SIDA y los impedimentos matrimoniales, LA LEY, 1991-C, 842.

(16) DE LORENZO, Federico, "Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el Derecho Privado". En ALTERINI, Atilio, NICOLAU Noemí (Directores), HERNANDEZ, Carlos (coordinador). El Derecho Privado ante la Internacionalidad, la Integración y la Globalización, La Ley, Buenos Aires, p. 72.

(17) DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. "El SIDA como problema jurídico en cuanto a aptitud nupcial y a los efectos familiares", JA, 1987-IV-839. Continúa el prestigioso jurista aseverando en este sentido, que la regulación normativa tal vez se adelante, así, a lo que cabe anhelar, esto es, que la ciencia elimine o compense los riesgos del SIDA. Pero mientras es deber inexcusable establecer regulaciones y procedimientos que liberen de tales inmediatos riesgos del SIDA y esto exige en el campo jurídico la inmediata implantación legislativa del impedimento matrimonial por causa de SIDA.

(18) Dice SUARES que no sólo los que resultarán damnificados por el contagio, sino la sociedad tiene derecho a impedir la prolongación de la unión matrimonial y la conservación de un vínculo que solo proporcionará una descendencia condenada a muerte. SUARES, Roberto Cesar. "El S.I.D.A. y la urgente necesidad de legislar imponiendo el impedimento matrimonial dirimente de carácter transitorio", ob. cit. p. 678.

(19) MOSQUERA, Gerardo Raúl. "El SIDA como impedimento del matrimonio civil", LA LEY, 1992-E, 1258.

(20) SUARES, Roberto Cesar. El S.I.D.A. y la urgente necesidad de legislar imponiendo el impedimento matrimonial dirimente de carácter transitorio, ob. cit. p. 679.

(21) Al momento de gestarse la norma allá por el año 1936 la realidad social de nuestro país era otra, la institución matrimonial era diferente, en la mayoría de los casos se accedía al matrimonio sin acceso carnal anterior al mismo, pero, evidentemente la cuestión ha variado considerablemente.

(22) Este autor, manifiesta que nuestra ley positiva no contempla al SIDA entre los impedimentos matrimoniales. En cuanto a si debería incluírselo como tal, sostiene que no.

Entre las razones que fundamentan la inconveniencia de incluir al SIDA dentro del ámbito jurídico-matrimonial de los impedimentos matrimoniales, expresa: si el impedimento se fundara en el miedo a propagar la enfermedad, sea contagiando al cónyuge sano o transmitiéndola a través de un prole hereditariamente enfermo, tales peligros pueden conjurarse a través de la práctica sexual en condiciones no aptas para la transmisión de la enfermedad al cónyuge o en forma tal que se haga inviable la procreación. No debe olvidarse que la procreación no es el único fin u objetivo que persigue la institución matrimonial. Si así fuera, debería negarse el vínculo civil aquellos que están inhabilitados física o psíquicamente para procrear. Aunque quedase excluida la procreación subsistirían otros importantes fines de la unión conyugal; tales como la ayuda mutua, la asistencia y el estímulo que puede significar el matrimonio en orden a lograr un desarrollo humano de los esposos en todos los aspectos de la vida (físico, moral e intelectual).

En el estado sanitario actual de nuestro país sería imposible un testeo masivo de personas sin antecedentes porque tales pruebas, a más de antieconómicas e imposibles de afrontar de acuerdo a la realidad financiera de la República Argentina, exigen una infraestructura sanitaria de la que solo se dispone en las grandes ciudades. No olvidemos que la institución del matrimonio rige tanto para el habitante de las capitales como para el poblador de zonas rurales alejadas de los centros ciudadanos. FANZOLATO, Eduardo Ignacio. "El SIDA y el Derecho de Familia", ob. cit. p. 107.

(23) BOSSERT Gustavo A. - ZANNONI Eduardo A. Manual de derecho de familia. Editorial Astrea. 4° Edición Buenos Aires. Argentina. 1996. Pág. 401. Estos autores ponen de resalto algunas pautas esbozadas por MINYERSKY cuando explica que los factores determinantes que se deben tener en cuenta al legislar sobre

SIDA, menciona la autora que la no discriminación y el respeto a los derechos humanos sopesando lo concerniente al derecho público y privado. MINYERSKY, Nelly. "El derecho de familia frente al SIDA". En Revista de Derecho de familia. Abeledo Perrot. Buenos Aires, p. 91.

(24) El único fallo que se conoce sobre el tema pertenece al Juzgado Civil y Comercial N° 5 de Mar del Plata, que el 30 de septiembre de 1991 se expidió de la siguiente manera: "...El derecho a contraer matrimonio significa apuntar a la libertad jurídica de emplazar al respectivo estado de familia. Es decir, no se trata de que el Estado reconozca a los hombres la libertad (de hecho) de casarse, sino que reconozca jurídicamente los efectos del matrimonio, el primero de los cuales es la adquisición del estado civil de casados por parte de los contrayentes con todas las relaciones personales y o patrimoniales que de ese estado derivan para ellos, para sus hijos y para sus parientes..." "...Los impedimentos impedientes eugenésicos prohíben la unión matrimonial entre personas afectadas por enfermedades puntualmente determinadas en la legislación. La cuestión queda centrada en la legislación argentina por las llamadas enfermedades venéreas, según el artículo 13 de la ley 12.331. Ello así, la presencia del certificado correspondiente de afección de otras enfermedades —el SIDA— no cae bajo la triplicación propia de un impedimento matrimonial para la legislación de nuestro país..." "...Ninguna persona afectada por SIDA podrá ser privada de derechos que le serían reconocidos en el caso de no encontrarse enferma del citado mal. Si esta distinción opera, entonces la misma debe ser considerada como discriminatoria e inaceptable por contraproducente en referencia a la doctrina básica de los derechos humanos...", LA LEY, 1991-E, 460.

(25) FANZOLATO, Eduardo Ignacio, "El SIDA y el derecho de familia", ob. cit. p. 109.

(26) MOSQUERA, Gerardo Raúl. "El SIDA como impedimento del matrimonio civil", ob. cit. p. 1257. Esta es la posición sostenida por el autor en diversas publicaciones, en otras oportunidades ha dicho que los principios que emergen de la ley de SIDA en cuanto a su confidencialidad parecen debilitarse frente a la necesidad de proteger la salud pública. Ello acontece cuando manteniéndose en secreto la existencia de una enfermedad como el SIDA, se podría poner en peligro la salud de todos otros individuos, en particular quienes conforman los afectos del paciente. MOSQUERA, Gerardo Raúl. SIDA: ¿Presentación de la confidencialidad o deber de divulgación? LA LEY, 1992-E, 1353.

(27) SARLO, Rubén Mario, Afectados de Sida y posibilidad de contraer matrimonio. Civil. (Delicada tarea de la jurisprudencia ante el vacío legal), ob. cit. p. 1127.

(28) En "The Comunicable Diseases Act", del 15/12/88, en vigencia a partir de julio de 1989 en ese país, se establece el deber de las personas que tienen razón para sospechar que han sido infectadas de una enfermedad infecciosa seria, de consultar a un médico sin demora y de permitirle extraer las muestras necesarias para determinar si padece de tal enfermedad, así como seguir las instrucciones que el profesional le dé al respecto. Más aun, se establece la posibilidad de ordenar el examen compulsivo sometido a una custodia temporaria, de las personas que presumiblemente se hallan afectadas por un mal de esa índole mediante su detención en un hospital por un período no mayor de 7 días. También es posible someterla a un aislamiento compulsivo, por un período de hasta tres meses. HIGHTON, Elena L. - WIERZBA, Sandra, L., La relación médico-paciente: el consentimiento informado, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991, p. 201.

La falta de servicio o el servicio deficiente como factor objetivo de responsabilidad del estado

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: La Ley 03/04/2009, 6. La Ley 2009-B, 639
Cita Online: AR/DOC/1423/2009
[Consultado el: 30/07/2020]

Sumario.

I.Antecedentes del caso. - II. Breve análisis histórico de la responsabilidad del Estado. - III. Hacia la moderna concepción del Estado como responsable por su accionar. - IV. El estado como responsable extracontractual frente a sus súbditos. - V. Aplicación de las normas del derecho privado a personas del derecho público. - VI La responsabilidad directa o indirecta del estado como elemento determinante del factor de atribución. - VII. El elemento objetivo: Servicio deficiente. - VIII. Colofón.

"Las leyes deben ser como la muerte; no deben exceptuar a persona alguna" (Montesquieu)

1. Antecedentes del caso.

Nos convoca el comentario de un fallo particular que reconoce ciertos precedentes similares en nuestro país (1) y que, conforme el estado actual de la administración pública vislumbramos que es muy probable, por no decir seguro, que existan ulteriores pronunciamientos en este sentido.

En relación a los hechos podemos sintetizar lo acaecido manifestando que un pasajero de un vuelo internacional demandó por daños y perjuicios a la Dirección Nacional de Migraciones, debido a que, al momento de embarcarse, se le impidió la salida del país en virtud de una interdicción judicial que había sido levantada y notificada al organismo emplazado. El juez de grado admitió la acción. La Cámara confirmó dicho decisorio.

En cuanto a los fundamentos del decisorio la Cámara entendió que debe admitirse la acción de daños y perjuicios incoada contra la Dirección Nacional de Migraciones por un pasajero a quien se le impidió salir del país al momento de embarcarse, en virtud de una interdicción que había sido levantada, pues el funcionamiento defectuoso de dicho organismo configura una falta de servicio, factor objetivo de de la responsabilidad directa del Estado en los términos del art. 1112 del Código Civil.

2. Breve análisis histórico de la responsabilidad del Estado.

Habremos de comenzar recordando que, como los administrativistas apuntan, la aceptación de la *responsabilidad del Estado*, cuando el mismo desarrolla su actividad en el ámbito del derecho público, fue de tardía aparición, ya que originariamente se sostenía la no responsabilidad del mismo como principio general (2).

Hasta comienzos del siglo XX el principio era el de la irresponsabilidad por los actos estatales, esto fue así hasta la década de los años 50', en este sentido, el daño que sufría el particular como consecuencia de la actividad estatal debía ser soportado por el ciudadano, sin que éste tuviera acción alguna para reclamar u obtener indemnización ni contra el agente, del cual emanaba directamente el acto, ni contra el soberano. De esta forma aparecían aniquilados, por el Estado mismo, la integridad y el goce de los derechos de sus súbditos, en aras de la idea absoluta e injusta del poder del príncipe y de su derecho divino. La idea que pueda tenerse de los derechos individuales o derechos privados parece haber sido absolutamente extraña a las legislaciones de la antigüedad (3).

En nuestro país, a mediados de 1864, en el caso Bates Stokes y Cía. contra el gobierno nacional la CSJN dio lugar a la responsabilidad de Estado haciéndose eco de una demanda incoada contra éste, como consecuencia de una inundación producida en la Aduana que trajo perjuicio a bienes privados, pero no mucho tiempo después el máximo Tribunal cambia dicha percepción para considerar que el Estado nacional es indemandable (4).

La idea de falta de servicio debe ubicarse en Francia a partir de lo resuelto por el Consejo de Estado en el arrêt "Blanco" de 1873 (5). En sus orígenes, fue concebida como una figura extraña al derecho civil, que se construyó en torno a la noción de servicio público para los supuestos en que éstos se prestaban de manera defectuosa (6).

3. Hacia la moderna concepción del Estado como responsable por su accionar.

Como venimos explicando, en un principio se sostenía la idea de la irresponsabilidad del Estado y de sus agentes públicos (funcionarios y empleados); luego se aceptó la responsabilidad del agente público, excluyendo la del Estado; luego la de ambos (agente publico y Estado), y finalmente, la del Estado en forma directa. La irresponsabilidad del Estado actuando en el Derecho Público era una consecuencia de la "soberanía". A raíz de ello, se necesitó la "venia" legislativa para accionar (7).

Como ha sostenido el Máximo Tribunal Provincial, la responsabilidad del Estado se rige por las mismas normas que se aplican a los particulares, tal como lo señala el art. 1112 del Cód. Civil, pues el Estado no es un ente situado por encima o al costado de las leyes que él mismo impone a los demás (8).

Ahora bien la responsabilidad del Estado puede ser sin falta, es decir, por la actividad lícita del mismo y cuyo fundamento para resarcir se encuentra en los artículos 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional, la Ley de Expropiaciones y en el artículo 18 del Decreto-ley N° 19.549 (Adla, XXXII-B, 1752). O la responsabilidad del Estado puede ser con falta, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 1112 del Código Civil, por falta de servicio (9).

4. El Estado como responsable extracontractual frente a sus súbditos.

Como destaca Marienhoff la responsabilidad del Estado puede ser de dos tipos, a saber: contractual y extracontractual. A su vez los eventos pueden suceder en el ámbito del derecho público o privado y en cada una de las especies el Estado puede responder por su actuar lícito o ilícito (10).

Con relación a la responsabilidad dentro del mundo extracontractual, puede ser originada dentro de la esfera de los actos, hechos u omisiones de los poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial. Los actos lícitos que sean su consecuencia generan responsabilidad por los daños que puedan sufrir los particulares, cuyos derechos se sacrifican al interés general (11). Como bien lo señala Videla Escalada, la situación responsabilizadora puede originarse a raíz del funcionamiento de cualquiera de los poderes del Estado, sea el legislativo, el ejecutivo o el judicial (12).

En el caso que comentamos la deficiencia prestacional deviene del plano de actuación administrativa del Estado, habida cuenta que la Dirección Nacional de Migraciones no cumplió de manera adecuada la actividad para la cual está destinado dicho órgano estatal; en este orden de ideas, su responsabilidad frente al ciudadano se centra dentro del ámbito extracontractual por un accionar ilícito o ilegitimo.

Para la configuración de la responsabilidad del Estado por su actuación ilegítima en el ámbito extracontractual es menester la concurrencia de ciertos presupuestos: a) la imputabilidad material del acto o hecho a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones; b) la falta de servicio por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento o por el funcionamiento defectuoso del servicio (ilegitimidad objetiva); c) la existencia de un daño cierto en los derechos del administrado; d) la conexión causal entre el hecho y el daño causado (13).

Como vemos, en el caso de autos todos estos extremos se configuran con creces.

5. Aplicación de las normas del derecho privado a personas del derecho público

Como apunta Buteler, resulta necesario discernir qué ocurre cuando en un caso se endilga responsabilidad a personas estatales y esa contienda no encuentra cobertura normativa en las normas de derecho público. Esta última circunstancia, ¿nos obliga a acudir a las normas análogas como las que integran el Código civil? (14).

Algunos autores se han inclinado por un cierto repudio en torno a la aplicación del derecho civil a la responsabilidad estatal: en este sentido dice Dromi que en principio no son aplicables en materia de responsabilidad de Estado los postulados del derecho civil. Esto así, en razón de la iniciativa jurisprudencial que ha elaborado una serie de reglas específicas para regularla conforme al derecho público (15).

Desde una perspectiva más moderada cierta jurisprudencia ha preferido imponer una preponderancia en relación a la aplicación del derecho administrativo, pero sin desconocer el empleo en supuestos especiales de las normas del Cód. Civil sobre la materia: así se ha dicho que la responsabilidad del Estado se funda en una serie de principios específicos, sustancialmente de derecho público y sólo en alguna medida en normas del derecho civil, en virtud de que aquéllas forman parte de los estándares generales del sistema normativo (16).

Nosotros creemos que, en definitiva, el Código Civil se desenvuelve de manera supletoria (17), regulando un aspecto del derecho administrativo que se entremezcla con el derecho de daños, pero ello no implica que dicha actuación complementaria sea desmeritada, máxime cuando lo que está en juego, como en el caso que comentamos, son los principios generales de la reparación del daño, que de no ser porque interviene el Estado, sería una cuestión netamente civilística.

Consideramos, siguiendo la opinión de algunos autores, que la norma que prescribe el art. 1112, al reglamentar la responsabilidad del Estado por hechos y omisiones de los funcionarios públicos, es una típica norma de derecho público, como lo son otras que se encuentran en el Código Civil (vgr. art. 2340) (18). Pero ello no implica que este tipo de responsabilidad debiera tener un tratamiento aislado del derecho de daños que se encuentra regulado por la normativa privatista, porque lo cierto es que la "Teoría general del responder" es una sola, aplicable a todo sujeto de derecho, y receptada normativamente en el Código Civil (19).

6. La responsabilidad directa o indirecta del Estado como elemento determinante del factor de atribución.

Desde un principio la responsabilidad del estado denotó una raigambre esencialmente subjetiva basada en una imputación sustentada en el reproche activo del agente causante (20), esto es así porque se reconocía un carácter eminentemente indirecto de dicha atribución de responsabilidad (21).

Como dice Seijas, ello se relaciona necesariamente con otra cuestión sustancial. La desvinculación de la idea tradicional de culpa y de riesgo. El Estado responde por las faltas cometidas por sus agentes y la responsabilidad por el hecho de otro no se apoya en la idea de culpa. La doctrina superó con facilidad la idea de que no hay culpa posible imputable directamente a las personas jurídicas prevaleciendo la concepción basada en la falta de servicio, idea sustancial para delimitar los alcances del instituto en el ámbito extracontractual (22).

Recién en el año 1984, en la causa "Vadell", en la cual también se discutía la responsabilidad del Estado por la emisión de un certificado de dominio equivocado del Registro de la Propiedad Inmueble y la de los escribanos intervinientes, la Corte entendió que la responsabilidad del Estado encontraba fundamento exclusivo en el art. 1112 del Código Civil y no en las normas de los arts. 1109 y 1113 (23).

A partir de este precedente la doctrina nacional es coincidente en sustentar dicho criterios, como explica Mosset Iturraspe, la responsabilidad del Estado por el actuar de sus órganos es directa y objetiva... directa en cuanto la víctima puede accionar contra el Estado sin necesidad de demandar previamente al agente actuante; es a la vez refleja en la medida en que el Estado responde por el obrar de los integrantes o miembros de sus "órganos". Y objetiva porque no tiene como base una culpa en el elegir o en el vigilar, sino que se funda en el "riesgo" que origina el ejercicio de sus actividades (24).

De este modo parecería claro que, dentro del régimen de nuestro Código, en el caso de haber incurrido el agente en una "falta de servicio" responde frente al tercero directamente el Estado con fundamento en el art. 1112 (responsabilidad objetiva), pudiendo luego el Estado formular un cargo al funcionario y efectivizar así la responsabilidad de este último (25).

Pero en el caso "Tortorelli c. Pcia. de Buenos Aires", la Corte Suprema Nacional condenó al Juez de la quiebra por su propia negligencia, a la Provincia de Buenos Aires, por la conducta del magistrado (considerando 11), "en tanto la actuación de aquél tiene aptitud para comprometer la responsabilidad de esta última (art. 1112 del Código Civil), y al Estado Nacional por los defectos propios del servicio" (Considerando 13). O sea que aplicó en el caso la doctrina de la "falta o falla de servicio" en la prestación del servicio de justicia, para fundar una responsabilidad directa del Estado, y no refleja por el hecho de sus funcionarios o agentes; lo que sin duda abre expectativas más amplias (26).

7. El elemento objetivo: Servicio deficiente.

La *falta de servicio* es explicada, siguiendo la tradicional doctrina de la Corte, la que expresó que el Estado resulta responsable principal y directo de las consecuencias dañosas que acarree la actividad de los órganos o funcionarios que de él dependen, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades a las que pertenecen También se destacó que la idea objetiva de la *falta de servicio* encuentra fundamento en la aplicación subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil que establece un régimen de responsabilidad por los hechos y las omisiones 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 (27).

Las deficiencias del servicio, sin embargo, no tiene que soportarlas el usuario mismo, que debe tener una acción expedita contra el Estado, responsable de la buena organización del servicio (28).

8. Colofón.

Consideramos acertado el criterio de la Cámara en relación a la condena del ente estatal conforme los hechos de autos, porque en definitiva resulta evidente que la deficiencia en el servicio publico del organismo estatal, —en este caso la Dirección Nacional de Migraciones— configura una causal eficiente para la consecución del resultado dañoso, el cual ha producido una frustración que se materializa en un perjuicio cierto, y como dice el gran jurista francés Le Tourneau, de toda frustración deviene un perjuicio que clama por un responsable (29).

Profesamos el criterio mayoritario de la doctrina nacional y extranjera —que es el mismo que sustenta el fallo— en cuanto a la objetividad del factor de atribución, porque ello emerge del mismo Código Civil (Vgr. art. 1112), que en definitiva consagra como medio para propiciar la indemnización correspondiente, *una responsabilidad directa ceñida de un tinte no subjetivo.*

Entendemos que el fin último de dicho resarcimiento descansa en una *óptica de justicia distributiva* (30), *en donde la ley coloca al ajusticiador en una posición de justiciable y juzga su accionar desde la perspectiva que ella misma le ha reconocido, es decir, desde la óptica de una persona de derecho*. En definitiva, no es otra cosa que el deber de cualquier sujeto del derecho de responder por sus propios actos, máxime cuando ellos proporcionan lesiones a los conciudadanos, por quienes el Estado mismo debe velar (31).

Bibliografía.

(1) Vale mencionar a modo de ejemplo que en el año 2006, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sostuvo que corresponde responsabilizar al Estado Nacional por los daños y perjuicios ocasionados a quien se le impidió viajar al exterior a pesar de que ya había cesado la interdicción de salida del país dispuesta en su contra en una quiebra, pues, visto que al comunicar esa orden a las distintas reparticiones involucradas se identificó la fecha hasta la que tendría vigencia dicha prohibición, debe concluirse que el Estado incurrió en un supuesto de responsabilidad por la prestación irregular de un servicio a su cargo en los términos del art. 1112 del Cód. Civil, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, Sala IV, 19/12/2006, "Tillet, Luis Fernando y otro c. Dirección Nac. de Migraciones, La Ley Online.

(2) Al Estado soberano se lo consideraba irresponsable salvo en los casos especialmente contemplados por la ley; atento que, se decía, el mismo no puede causar daños (the king can do not wrong), o, en todo caso, que tenía relativamente muy pocas posibilidades de poderlos ocasionar. TRIGO REPRESAS, Félix A. "Responsabilidad de los jueces y del estado-juzgador por daños derivados de errónea actividad judicial" Acad. Nac. de Derecho 2008 (junio), 1.

(3) BARRAZA, Javier Indalecio. "Actualidad en la jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual del Estado". LA LEY, 2000-A, 943. Derecho Constitucional, Doctrinas Esenciales. Tomo II, 105. TEISSIER, George, "La responsabilité de la puissance publique", París, 1906. P. 2, A modo ejemplificativo y desde la perspectiva legislativa, la responsabilidad estatal se incrementa en España a partir de la Constitución de 1931 y en Inglaterra, a partir de 1947 donde se extendió la responsabilidad que antes pesaba sobre el funcionario a la Corona.

(4) Ver Fallos: 1:317.

(5) Un análisis exhaustivo en la materia es realizado por LOPEZ MESA y TRIGO REPRESAS. Explican los mencionados tratadistas, con sustento en la doctrina administrativista francesa, que ese caso dio un vuelco fenomenal en la materia, desarrollando el principio de sumisión de la administración al derecho, ello entraña un fuerte aggionarmento de la puesta en escena de la responsabilidad administrativa; a partir de ese caso, una irregularidad conlleva una sanción y un daño una reparación. TRIGO REPRESAS, Félix A., LOPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad Civil". Tomo IV. Ed. La Ley. Págs. 6 y 7.

(6) Ver en este sentido el interesante comentario de Barra. En BARRA, Rodolfo C., "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", ED, 127, Pág. 166.

(7) Vgr. ley 3952 —Adla, 1889-1919, 490— dejada sin efecto por la ley 11.634 (Adla, 1920-1940, 268). PRIERI BELMONTE, Daniel A., "Responsabilidad extracontractual del Estado por error del Registro de la Propiedad", LLBA, 2001-603.

(8) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 11/04/2007, "Acuña, Luis E. y otros c. Rosano, Mariano E. y otros". DJ, 2007-3-650. (Voto de Roncoroni).

(9) Es decir, el factor de atribución se encuentra directamente vinculado con la falta de servicio prevista en el artículo 1112 del Código Civil. SOLARI, Paola, "¿Cómo juega el Código Civil en la responsabilidad del Estado?", LA LEY, 2008-F, 65.

(10) MARIENHOFF, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo IV, 4ª ed., actualizada, Ed. Abeledo Perrot, 1987, Pág. 145.

(11) HITTERS, Juan Manuel. "Responsabilidad del estado por error judicial", LA LEY, 2003-F, 1070, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo IV, 1340.

(12) VIDELA ESCALADA, Federico, "La Responsabilidad Civil de Estado y de los Funcionarios Públicos", ED, 116-760.

(13) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Tomo I. Págs. 268 y s.

(14) BUTELER, Alfonso, "La responsabilidad del Estado por falta de servicio en un nuevo fallo de la Corte Suprema", LA LEY, 2007-D, 319.

(15) Explica el autor que a pesar de que todavía se habla responsabilidad civil del Estado, ello es en puridad de verdad un eufemismo porque ni se trata de la clásica responsabilidad del derecho privado, ni es tampoco de esencia privatística en el sentido de que se maneje a través de las normas de dicho Código. Por ello recomienda la elaboración de una normativa expresa que establezca un sistema integral de responsabilidad pública DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", Ed. Ciudad Argentina, 8ª edición, Buenos Aires, 2000, Pág. 815.

(16) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 22/10/2008, "Holzcan, Claudio Esteban y otros c. GCBA (Escuela N° 5 República del Salvador distrito escolar N° 12) y otros", LLCABA, 2009 (febrero), 47. Voto de la doctora Daniele. Este fallo contó con nota de Marcelo Hersalis.

(17) En este sentido explica Solari que evidente cuando se habla de que el derecho civil es de aplicación subsidiaria en derecho administrativo, se parte del supuesto de que la cuestión no puede ser resuelta por los datos o materiales propios del derecho administrativo; pero cuando la solución puede hallarse en los principios generales del mismo ordenamiento administrativo, va de suyo que el derecho civil nada tiene que hacer en tal caso". Así, sostiene la autora, la responsabilidad del Estado se funda en una serie de directrices específicas, substancialmente de derecho público y sólo en alguna medida en normas de derecho civil, en virtud de que aquéllas forman parte de los estándares generales del sistema normativo. Y por último concluye aseverando que la aplicación de las normas del derecho civil no debe realizarse en el derecho administrativo respetando su pureza original; sino que se las debe integrar con los principios y normas del derecho administrativo. SOLARI, Paola. "¿Cómo juega el Código Civil en la responsabilidad del Estado?", LA LEY, 2008-F, 65.

(18) PERRINO, Pablo E., "Los factores de atribución de la responsabilidad extra-contractual del Estado" en la obra colectiva "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 68. CASSAGNE, Juan Carlos, "Nuevos criterios en la jurisprudencia de la Corte", LA LEY, 2007-B, 1294. Vale apuntar, que esta percepción de "...las normas de forma en el Código de fondo..." era una constante en las enseñanzas del "Maestro" Carlos MOLINA PORTELA, a quien aprovechamos para rendirle su merecido homenaje a escaso tiempo de su desaparición física. Valga esta cita a modo de recuerdo y reconocimiento de su bienaventurada sapiencia.

(19) Entonces, siendo el Estado un sujeto de derecho más debe ser tratado en sede judicial como tal —excepción hecha de disposiciones legales expresas en sentido contrario—, vgr.: modo de pago de ciertas sentencias recaídas en su contra CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel, "Responsabilidad del Estado", LA LEY, 1995-E, 326.

(20) Este criterio subjetivista fue tomado por una abundante jurisprudencia, en este sentido se dijo que debía rechazarse la demanda de daños y perjuicios incoada contra el Estado Nacional debido al suicidio de un penitenciario, en el caso, se ahorcó con una sábana, ya que de las pruebas de la causa surge que el Servicio

Penitenciario ha actuado con total diligencia, arbitrando los medios necesarios para tratar el padecer psicológico del interno, y no puede imputársele a aquél responsabilidad por un acto voluntario de éste, máxime cuando el detenido se quitó la vida con un elemento que no era extraño a los objetos vitales para su estadía. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 19/12/2007, "Sosa, Nimia Jorgelina c. Estado Nacional, DJ, 28/05/2008, 235. Con nota de Juan Manuel Prevot; DJ, 2008-2-235. Algunos autores han advertido una predisposición en el espíritu legislativo de Vélez al suprimir ciertas frases que existían en la fuente original del artículo 1112 contrapartida de la atribución subjetiva de responsabilidad, ello lo advierte Bonpland, quien se pregunta: ¿Qué quiso modificar con ello Vélez? Y el autor responde a este cuestionamiento sosteniendo que cuando el codificador prescribió que los hechos y las omisiones de los funcionarios por no cumplir sino de una manera irregular sus obligaciones legales son comprendidas en las disposiciones de este título (título que se denomina: "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos") sin remitir a la aplicación del 1109 como lo hicieron Aubry y Rau, quiso apartarse de la solución antedicha, incluyendo tales supuestos en una disposición especial y novedosa para su tiempo que responsabilizara al Estado por las faltas de sus funcionarios, máxime cuando debía superar el obstáculo que significaba el viejo art. 43 del Cód. Civil (o1, XXVIII-B, 1799). BONPLAND, Viviana. "Responsabilidad extracontractual del Estado. (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)", LA LEY, 1987-A, 779.

(21) Como dice Ritto, se consideró que el funcionamiento anormal se refería a una responsabilidad subjetiva, es decir, a una actuación dolosa o culposa de personas concretas. RITTO, Graciela B., "Un fallo ejemplificador sobre la Responsabilidad del estado por Omisión. A mayor responsabilidad del estado, mayor seguridad jurídica", LLC, 2007-138. En este sentido explica Ugolini, que en el año 1933 en el caso "Devoto" la Corte estableció la responsabilidad del Estado en base a un factor de atribución subjetivo e indirecto, es decir, por culpa de los agentes públicos y dada su condición de empleados, aplicando los arts. 1109 y 1113 del Código Civil. Recuérdese que se trató de un incendio provocado por empleados del telégrafo que dejaron un bracero encendido mientras estaban trabajando en un campo de Devoto.

Pocos años después, en 1938 nuevamente la Corte se expidió en el caso "Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires" y entendió responsable al Estado por error en la emisión de un certificado del Registro de la Propiedad Inmueble, sosteniendo que existía falta de servicio, con fundamento en el art. 1112 del Código Civil, pero manteniendo el factor de atribución indirecto, aplicando el art. 1113 por la culpa del funcionario dependiente. UGOLINI, Daniela. "La responsabilidad del Estado en la actual jurisprudencia de la Ciudad de Buenos Aires", Publicado en Sup. Adm., 2008 (octubre), 1; LA LEY, 2008-F, 995. Ese decisorio contó con una importante disidencia del doctor Vázquez quien se resiste a la aplicación irrestricta del sistema objetivo a la responsabilidad estatal, en este sentido consideró el ministro de la Corte que la responsabilidad del Estado es indirecta y no se funda en el art. 1112 del Cód. Civil (que supone establecido para sancionar la responsabilidad del funcionario por falta personal) sino en el art. 1113 de dicho Código, concluyendo en que las manifestaciones televisivas del Fiscal de Cámara no forman parte del contenido de su función y resultan de la exclusiva responsabilidad personal del agente. Esta postura del doctor Vázquez no es compartida por la mayoría del Alto Tribunal que continúa fundando la responsabilidad del Estado en el precepto contenido en el art. 1112 (Fallos: 320:368). — (N. de R. LA LEY, 2000-C, 373) Ferrocarril Oeste", Fallos 182:5 (LA LEY, 12-123, con nota de Alberto G. Spotta) y "Vadell" Fallos: 306:2030 —LA LEY, 1985-B, 3— y 320:368).

(22) Explica la autora que del caso Vadell (Fallos: 300-2036) se desprende que no resulta necesario probar la culpa del agente y ni siquiera individualizar al autor del daño. Basta con demostrar el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio para que se configure el factor que permite atribuir la responsabilidad. Expresa la Corte que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para lograr el fin para el que ha sido establecido y es responsable por los daños causados por su incumplimiento o ejecución irregular. SEIJAS, Gabriela "Responsabilidad del Estado en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. Deslinde jurisdiccional. Carácter iuspublicístico de la materia" LA LEY, 2003-F, 284.

(23) Allí la Corte expresa que "el Registro de la Propiedad, al incurrir en las omisiones señaladas, cumplió de manera defectuosa las funciones que le son propias y que atienden, sustancialmente, a otorgar un conocimiento cabal de las condiciones de dominio de los inmuebles. Esa idea objetiva de falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad "por los hechos y las omisiones 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". La Corte concluye que la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público no requiere como fundamento de derecho positivo recurrir al art. 1113 del Código Civil, ya que no se trata de una responsabilidad indirecta la que se compromete, "toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas". UGOLINI, Daniela. Ob. Cit. pág. 997. Este criterio sigue siendo ratificado por la CSJN en diversos precedentes, en este sentido el Máximo Tribunal ha sostenido que no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para los fines del desenvolvimiento de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas". LA LEY, 1985-B, 3. No obstante ello, en varios precedentes la Cámara de Apelaciones acudió a la idea de culpa, para condenar o eximir de responsabilidad al Estado, se sustenta principalmente en la idea de culpa "in eligendo" o "in vigilando", por lo que concluimos que el criterio aún no es unánime. Es decir la responsabilidad indirecta del principal por la de sus dependientes LA LEY, 1994-A, 411; 1997-B, 224; 1998-C, 201, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo IV, 1147.24.

(24) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Visión jurisprivatista de la Responsabilidad del Estado" Revista de Derecho de Daños. Rubinzal-Culzoni, 2000, Volumen 9. Págs. 15 y 16. En igual sentido se pronuncia Bustamante Alsina para quien el art. 1112, que se refiere a la responsabilidad de los funcionarios públicos por el ejercicio irregular de sus funciones, en coordinación con la señalada responsabilidad del Estado, es fundamento bastante para atribuir a este último una responsabilidad directa, habida cuenta de que el funcionario actúa como órgano de éste, y objetiva a la vez, pues se configura esa responsabilidad por la falta de servicio en que incurre el agente. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. "Responsabilidad civil del Estado Nacional por falta de servicio (acto ilícito) de un agente policial" LA LEY, 1997-B, 224. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales. Tomo IV, 1529. Siguiendo este orden de ideas, explica Botassi que la responsabilidad del Estado en su forma tradicional, dejando de lado la moderna concepción de la responsabilidad por conducta lícita que resulta ajena a nuestro tema, se apoya en la existencia de una "actividad" estatal irregular, que acarrea una responsabilidad directa (y no refleja, a causa de la conducta del agente-dependiente) y objetiva (ajena a la consideración del dolo o negligencia del funcionario) BOTASSI, Carlos, "Responsabilidad del Estado por omisión", UNLP, 2005-36, 69.

(25) BONPLAND, Viviana, "Responsabilidad extracontractual del Estado. (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)". LA LEY, 1987-A, 779.

(26) TRIGO REPRESAS, Félix A. Ob. Cit. Pág. 3. C.S.J.N., 23-05-2006, "Tortorelli c. Provincia de Buenos Aires y otros", LA LEY, 2006-D, 345 y RCyS, 2006-517. MARQUEZ, "Responsabilidad de los jueces y del Estado por daños causados por la actividad judicial", en RCyS, N° V. 2006, Pág. 517.

(27) BARRAZA, Javier Indalecio Barraza, Luis Jerónimo. "Responsabilidad del estado por error judicial". LA LEY, 2006-B, 182.

(28) TAWIL, Guido Santiago, "La Responsabilidad del Estado y de los magistrados y Funcionarios Judiciales por el mal Funcionamiento de la Administración de Justicia", Ed. Depalma. 1989, Págs. 72 y 75.

(29) LE TOURNEAU, Philippe, "La responsabilidad civil". Traducción de Tamayo Jaramillo, Editorial Legis, Bogotá, 2004, Pág. 73.

(30) Así, frente a un resultado dañoso, los principios de la justicia distributiva imponen la obligación al Estado de reparar los daños provocados a los administrados a través de su obrar ilegítimo. BUTELER, Alfonso, "La responsabilidad del Estado por falta de servicio en un nuevo fallo de la Corte Suprema", LA LEY, 2007-D, 319. En similar sentido ha dicho la CSJN que cuando el Estado asume la ejecución de cometidos públicos debe responder por los daños y perjuicios que provoque a los particulares por su obrar irregular. Sólo de esa manera podremos hablar de justicia distributiva. En autos: "Serradilla, Raúl A. c. Provincia de Mendoza y otro", Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 2007/06/12.

(31) Como dice Spota a menor responsabilidad del Estado en el quehacer de sus gobernantes y funcionarios, menor seguridad jurídica..." RITTO, Graciela B. Un fallo ejemplificador sobre la Responsabilidad del estado por Omisión. "A mayor responsabilidad del estado, mayor seguridad jurídica", LLC, 2007-138. SPOTA, Alberto A., Prólogo a la obra de Collauti. "Responsabilidad del Estado", Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

Responsabilidad por enfermedades intrahospitalarias

Por Julián Emi Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LA LEY 27/10/2008, 6 • LA LEY 2008-F, 226
Cita Online: AR/DOC/2829/2008
[Consultado el 12/07/2020]

Sumario.

1. Antecedentes del caso. - 2. Hacia una aproximación al concepto de enfermedades intrahospitalarias. - 3. Procedencia de la responsabilidad de las clínicas y obras sociales como personas jurídicas. - 4. Encuadre legal de las relaciones jurídicas existentes. - 5. Reflexiones en torno a la obligación de seguridad. - 6. El factor de atribución aplicable. - 7. Algunas precisiones sobre el concepto de enfermedad endógena. - 8. Carácter de la obligación asumida. - 9. Acciones que nacen de la encrucijada contractual. - 10. Colofón.

1. Antecedentes del caso.

Reclamó el actor daños y perjuicios por mala praxis responsabilizando a las demandadas. En su relato explica haber sufrido varias fracturas y lesiones en su pierna derecha como consecuencia de haber participado en un partido de fútbol amateur. Que internado en la Clínica Bazterrica se le practicó una intervención quirúrgica comenzando a padecer síntomas de infección en la herida a la cual debieron reabrir para colocar un drenaje, siendo derivado por OSDE al Sanatorio Mater Dei por indicársele que se requería atención de una institución con capacidad para atender patologías de mayor complejidad.

Afirmó que en dicho nosocomio se efectuó un seguimiento traumatológico e infectológico, que se le practicaron varias toilettes quirúrgicas y que su evolución fue buena. Además se le efectuaron cultivos que determinaron que el germen *clostidrium perfringens* que se le había hallado en el anterior ente asistencial ya no se encontraba; se le interrumpieron dos de los tres antibióticos que tenía indicados debido a la favorable evolución, continuando con penicilina. Pero días más tarde contrajo un nuevo germen (*stafilococcus aureus* 100%) correspondiente a una cepa intrahospitalaria.

Refirió que llegó a una situación de empeoramiento total siendo derivado a cuidados intensivos, resolviéndose ponerle una valva y sacarle el tutor que le habían colocado. Dijo que al efectuar una interconsulta al Dr. Stambulian, se decidió suspender todos los antibióticos con recultivos de 48 a 72 horas. Sintetizó que padeció infección generalizada por dicho germen, que fue internado y externado en varias ocasiones, que le practicaron intervenciones quirúrgicas. Sostuvo que a causa de la infección intrahospitalaria contrajo osteomielitis indicando que actualmente está rengo y con el pie desviado hacia adentro; además de sufrir una lesión cutánea ulcerada que cubre permanentemente con apósitos debido a la supuración, con un pronóstico incierto.

Tanto el sanatorio demandado, cuanto OSDE y las citadas en garantía negaron en sus respondes la responsabilidad endilgada y, tras describir los distintos tratamientos que se le efectuaron al actor en sus internaciones en el nosocomio demandado, solicitaron el rechazo de la demanda.

2. Hacia una aproximación al concepto de enfermedades intrahospitalarias.

Como predica Calvo Costa, se consideran enfermedades intrahospitalarias a aquellas que son contraídas por los pacientes mientras se encuentran internados en una institución hospitalaria, se trate ésta de una entidad pública o privada (1). Por su parte, Allison y Col definen la infección hospitalaria como cualquier infección adquirida por un paciente en el medio hospitalario. Clínicamente es una infección que aparece durante el curso de una enfermedad distinta, a la que originalmente el paciente fue admitido en el hospital, y que puede atacar el tracto respiratorio, el gastrointestinal, las mucosas, las heridas, o manifestarse como una fiebre inespecífica (2).

Como se desprende de la definición, consideramos de especial trascendencia dos elementos tipificantes de una afección intrahospitalaria, uno de raigambre objetivo, que lo constituye *el ámbito de contagio de la dolencia*, es decir el nosocomio (3), y otro de carácter personal o subjetivo, que consiste en que dicha dolencia *no se encuentre en el sujeto con precedencia a la internación o ingreso*, en este caso al sanatorio.

3. Procedencia de la responsabilidad de las clínicas y obras sociales como personas jurídicas

Si bien la cuestión no se encuentra en la variables de conflicto actual, es necesario dejar bien en claro la viabilidad de la pretensión en relación a la legitimidad pasiva de las obras sociales y clínicas en procesos judiciales. Vale señalar siguiendo el pensamiento de Rivera, que los entes colectivos son sujetos de derechos distintos de quienes la constituyeron, sean individuos u otras personas jurídicas, así como de los miembros que actúen en ellas, en su caso (4).

Como veremos más adelante, uno de los temas más candentes es determinar el factor de atribución aplicable a casos como el que convoca este comentario. Con ánimo retórico se pregunta Casiello, ¿puede un ente o persona ideal, carente de suyo de voluntad psíquica incurrir en culpa?, y explica el autor que el tema está resuelto normativamente, aquí y en todas partes, en tanto la ley reconoce a estos entes ideales capacidad para adquirir derechos y para contraer obligaciones, de donde han de responder frente a compromisos de origen contractual como así por resarcimiento de daños derivados de actos ilícitos (5).

De todas maneras, como veremos en los próximos párrafos, cuando cierta parte de la doctrina y jurisprudencia afirma que el factor de atribución tiene que tener un carácter subjetivo lo hace teniendo en cuenta la culpa del galeno o de determinado personal del ente asistencial (en este caso de quienes se encargan de la asepsia del lugar), es decir, dicho factor subjetivo, no recae en el nosocomio como persona de derecho, sino que aparece como un requisito para atribuirle a este el factor objetivo de atribución.

4. Encuadre legal de las relaciones jurídicas existentes.

En principio parecería confusa como se enlazan las diferentes relaciones jurídicas que emergen del tribal existente entre clínica, obra social, médicos y paciente. Consideramos necesario deslindar las diferentes esferas de actuación:

4.1. La obra social como parte contratante

Nos preguntamos en dónde reposa fundamento jurídico del deber de responder que pesa sobre la obra social cuando ésta no ha participado del hecho que causa el daño de la víctima (en este caso la infección intrahospitalaria). En realidad, es esta persona jurídica la que se obliga al servicio de salud (6).

Como ha dicho la Cámara Nacional de Apelaciones la obra social es responsable puesto que si promete en un contrato el servicio de salud debe cumplirlo, sea que lo haga por si mismo o por terceros contratados al efecto (7).

Es por ello que, como explica Bustamante Alsina, desde que el paciente se somete a la prestación asistencial de la obra social, aquél como beneficiario resulta aceptante de la estipulación y puede exigir el cumplimiento de la obligación contractualmente asumida por los promitentes (instituto asistencial o médico de su cuerpo profesional) quedando estos últimos civilmente responsables de lo que el afiliado pueda sufrir como consecuencia de la deficiente prestación o "mala praxis" médica (8).

Entonces no caben dudas de que se trata de una responsabilidad de índole contractual que se sustenta en el incumplimiento de la prestación debida; en definitiva, se viola la palabra empeñada, ya que el servicio de salud al cual se había comprometido la Obra Social en el caso que comentamos, se cumple de manera deficiente.

4.2. La clínica como promitente en la estipulación a favor de tercero

Un sujeto exige la prestación del servicio médico en una determinada clínica, la relación que une al mismo con ella adquiere carácter contractual en los términos del artículo 1137 del Cód. Civil (9), pero, como en el supuesto de análisis y en la mayoría de los casos, el paciente llega al ente asistencial porque el mismo se encuentra en la cartilla otorgada por la respectiva Obra Social. En definitiva, quien requiere del organismo de salud depende de relaciones contractuales foráneas que haya suscripto su obra social con determinados nosocomios.

Es por ello que nosotros entendemos, siguiendo la postura de Trigo Represas, que todos los servicios, incluidos los medicales y paramedicales que se hallan comprendidos en el contrato marco que las obras sociales celebran con los prestadores, comprometiéndose en ellos la estipulación a favor de terceros en los términos de lo dispuesto por el artículo 504 del Código Civil. Es decir, que la obra social actuaría como "estipulante", la clínica y el médico como "promitente" y el paciente como "tercero beneficiario"(10). En lo que respecta a los efectos de dicha calificación, en realidad no varían demasiado en torno a la consideración esgrimida en el primer párrafo, ya que la Cámara Nacional de Apelaciones ha dicho que como la responsabilidad contractual se aplica tanto a las partes entre sí como al beneficiario de la estipulación por otro que acepta el beneficio, la responsabilidad del médico o del hospital en el supuesto de daños y perjuicios causados al enfermo es siempre de orden contractual (11).

5. Reflexiones en torno a la obligación de seguridad.

La idea de obligación de seguridad nace en un célebre caso de la Cours de Cassation de 1911, en torno al transporte de pasajeros en donde se produce un visible cambio interpretativo que va a influir directamente en el plano probatorio; en este sentido, apuntan Hersalis y Magri, que el objeto de dicho cambio jurisprudencial recae en liberar a la víctima de la casi imposible prueba de la culpa del transportista (12): Desde el punto de vista conceptual se puede definir dicha obligación como aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, debiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato a través de su interpretación e integración en base al principio general de la buena fe (13).

El paciente que asiste a un establecimiento clínico y se interna busca, además de tratamiento para su enfermedad, que se le brinden todas las seguridades que lo pongan a cubierto y resguardo de las situaciones riesgosas que se puedan presentar durante la internación constituye una verdadera obligación de resultado (14), en definitiva como dice Bueres, el respeto a la persona humana y la necesidad de protección al consumidor (de

asistencia galénica), que es el más débil (aspectos que también poseen connotaciones sociales), justifican la extensión que acordamos al deber jurídico tácito de seguridad (15)

6. El factor de atribución aplicable.

El criterio jurisprudencial y doctrinario es dispar: hay quienes entienden que la responsabilidad reposa en un factor de atribución objetivo, donde lo trascendental consiste en probar la relación de causalidad existente entre el daño (menoscabo en la salud) y la circunstancia de tiempo y sitio, es decir, que dicho menoscabo sea conforme a la infección contagiada dentro del sanatorio o clínica (16), en este mismo sentido pero bajo otros fundamentos se hace especial hincapié en el concepto de prestación eficiente, el cual a nuestro entender constituye un parámetro objetivo (17). Enrolado en esta posición encontramos al Profesor López Mesa para quien los sanatorios responden por déficit prestacionales o de servicio, sin importar si ellos derivan de culpa o dolo de sus empleados. Lo único que debe analizarse es si el daño sufrido por el paciente está justificado o no, siendo en este último caso la responsabilidad de esencia objetiva y derivada del incumplimiento del deber de seguridad que lleva aparejado el contrato de prestación médica o sanitaria (18); en este sentido afirma Prevot que no hay obstáculo lógico-jurídico que nos prohíba aducir que pesa sobre la institución, profesional o centro de salud una obligación de seguridad resultado, consistente en que el paciente no contraerá durante su estadía o como consecuencia de ella infecciones intrahospitalarias (19).

En la mayoría de los precedentes judiciales se hace especial hincapié en la presencia de un factor de imputación subjetivo basado en la idea de culpa pero no del nosocomio en sí mismo; entiéndase bien, sino del personal interviniente en él (20), esta posición tiene acogida doctrinal entre otros por parte del profesor Bueres, quien explica que médico y clínica, cuando ésta asume los cuidados médicos, desde luego, tiene obligaciones para con el paciente; situadas, diríamos, en un mismo plano de jerarquías. Pero en punto al fenómeno de la responsabilidad, el médico debe obrar con culpa, en el terreno subjetivo, para que nazca el deber de seguridad. La obligación del galeno es subordinante, la de la institución es subordinada (en este particular aspecto) (21).

Por último, alguna doctrina ha sustentado la idea de aplicar el factor de atribución en su carácter objetivo o sujetivo, teniendo en cuenta las circunstancias particulares y principalmente las partes intervinientes (22), no adoptamos dicho criterio, pensamos que en todo caso se trata de una obligación de *resultado atenuada* (23), que en definitiva presume la culpa de los sujetos intervinientes, pero no podemos aceptar que existan prerrogativas sustentadas en el carácter público o privado de los entes intervinientes, porque ello no se condice con el espíritu de igualdad de nuestra CN, y principalmente, porque atenta contra la parte más débil: la víctima del daño.

7. Algunas precisiones sobre el concepto de enfermedad endógena.

En principio debemos distinguir una enfermedad endógena de una exógena. Una enfermedad *es endógena* cuando el sujeto ingresa al nosocomio portando la dolencia o la desarrolla como consecuencia de su propia patología, mientras que *es exógena* cuando la enfermedad se contagia en el ambiente de internación o dentro del ente asistencial. Sólo este último caso genera responsabilidad de la persona jurídica (24).

Como bien aprecia López Mesa, el organizador del servicio médico se trasforma en garante de su inocuidad o, en caso contrario, en responsable de su dañosidad, cualquiera sea la causa del daño, mientras que no se trate de una causa ajena, que corte el nexo causal respecto del sanatorio u hospital (25). Entonces debemos preguntarnos siguiendo el correcto razonamiento del jurista citado, *¿cuál sería una causa ajena en este sentido?* Afirma en este sentido Calvo Costa que ninguna duda cabe si el paciente ya portaba el cuadro infeccioso al momento de ingresar al nosocomio (infección endógena), ningún reproche podrá hacérsele al ente hospitalario, cuestión que cambiará radicalmente, y acarreará responsabilidad a este último, cuando la infección haya sido contraída por el

enfermo durante el período en que permaneció en el nosocomio, siempre y cuando el germen haya provenido de una fuente ajena al organismo del paciente (26).

8. Carácter de la obligación asumida.

Nos preguntamos si la obligación de seguridad asumida es en sí de medios o de fines, es decir, siguiendo a Hersalis y Magri: si la prestación a cargo del deudor se halla configurada meramente por su actividad diligente o si el elemento prestacional se halla configurado por un producto, una obra o un producido final (27).

Afirma Trigo Represas que el deber de seguridad sería de resultado, ya que el establecimiento no sólo responde porque se preste el servicio, sino porque se lo preste de forma tal que el paciente no sufra daños por deficiencias en la prestación prometida (28), en sentido inverso dice Andorno: es una verdadera obligación de medios, pues como en toda prestación médica no se garantiza un resultado (29).

Nosotros creemos que se trata de una obligación de resultado, porque no existe aleatoriedad alguna en el deber prestacional, es decir, siguiendo a Picasso, la consecución de la finalidad esperada por el acreedor deriva normalmente de la actividad comprendida por el deudor, sin que influyan en el logro de ese resultado, otros factores de importancia ajenos a la conducta del obligado que, por tal motivo, lo tornen aleatorio (30).

En el caso de análisis, la obligación de seguridad pasa a ser de resultado porque aparece la intervención de una cosa, y el carácter de dicha obligación se correlaciona con el empleo de la misma (31).

9. Acciones que nacen de la encrucijada contractual.

El paciente puede dirigir su acción contra la obra social (por incumplimiento contractual) o contra la entidad asistencial (por el derecho que emana de ser beneficiario en la estipulación a su favor), o contra ambas a la vez (32), aunque creemos propicio señalar, que, como en el caso, que comentamos, el galeno quedaría fuera de cualquier acción por mala praxis porque, en todo caso el deber de asepsia pesa sobre otros sujetos y no recae en la actividad médica propiamente dicha (33).

10. Colofón.

En principio resulta oportuno dejar nuevamente en claro el encuadre jurídico en torno a las relaciones que se configuran: por un lado entre el ente asistencial y la obra social existe una relación de índole *contractual* cuyos elementos esenciales particulares recaen en la obligación que asume el primero de asistir a través del cuerpo médico al beneficiario y la obligación de la obra social consistente justamente en pagar un determinado importe en relación a dicha prestación. Lo mismo ocurre entre el afiliado y la obra social, en donde el objeto contractual consiste en una atención médica que puede revestir diferentes variables y complejidades y que indefectiblemente va a ser proporcional al caudal económico del beneficiario.

Por último entre el beneficiario, clínica y obra social, existe una *estipulación a favor de tercero*, de tal modo que el primero puede reclamar al ente asistencial la prestación debida -ello como consecuencia de la aplicabilidad de los *efectos contractuales*- pero entendemos que no necesariamente esto implica que exista un contrato entre dichas figuras, sino un efecto contractual cuestión que es diferente.

Como bien lo pone de resalto el fallo, pesa sobre la demandada una obligación de seguridad, es decir: el paciente no debe sufrir ninguna dolencia proveniente de anomalías de la institución, salvo que devengan de la

misma causa de ingreso a dicho nosocomio; sobre este hecho no existe aleatoriedad alguna. En definitiva, consiste en un deber de indemnidad que deviene tácito y que se sustenta en la buena fe.

En cuanto al carácter de dicha obligación, en el fallo se dice que reviste el carácter objetivo, porque en realidad el juzgador advierte que se encuentra en el hecho una cosa (en este caso un catéter) que reviste la cualidad de cosa riesgosa; por lo tanto se objetiviza el factor de atribución. Creemos que si ello no fuera así, estaríamos frente a lo que la doctrina llama una obligación de *resultado atenuada*, en donde la culpa de los dependientes del ente asistencial se presume, pero acepta ser desvirtuada por éste demostrando la culpa de un tercero por quien no deba responder, o la propia culpa de la víctima, o que el personal obró conforme los parámetros que se exigen para la correcta asepsia del lugar y de los instrumentos (34)

Estas últimas condiciones no se configuran en el *casus*; por ende festejemos el buen criterio y la sapiencia de la resolución judicial comentada, porque los magistrados han cumplido con espíritu jurídico y ciudadano la difícil misión que se les ha encomendado: *hacer justicia en base a justos y adecuados razonamientos jurídicos*.

Bibliografía.

(1) CALVO COSTA, Carlos Alberto. "Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital", LA LEY, 2005-E, 861.

(2) DALVARADE, Julio Ubaldo, FERNANDEZ; Mario Luis, "Seguridad e Higiene hospitalaria. Acciones sanitarias para su saneamiento", Editorial Médica Panamericana. Buenos Aires. Pág. 47.

(3) En este sentido se ha dicho que la infección que afectó al actor luego de ser operado tuvo su origen en gérmenes contaminantes del ambiente en que se desarrolla la intervención quirúrgica, es decir, cuando se trata de una infección intranosocomial. C. Nac. de Apel. Sala E. 20/10/1994. En autos Espiñeira Jorge E. c.Obra social de empleados de comercio y actividades civiles s/ sumario. Revista de Jurisprudencia Argentina. Tomo 2005-I. Pág. 605.

(4) RIVERA, Julio César, "Instituciones de derecho Civil. Parte General", Ed. Abeledo Perrot. Tomo II. Buenos Aires. 1993. Pág. 219. TRIGO REPRESAS, Félix A., "La diferencia en los ámbitos contractual y extracontractual. Similitudes y diferencias. Los profesionales y la dependencia. Médicos de hospitales y de sanatorios", Revista de Derecho de Daños. Responsabilidad de los Dependientes. Año 2007-3. Ed. Rubinzal Culzoni. Pág. 58.

(5) CASIELLO, Juan José, "Responsabilidad de las clínicas y de las obras sociales por mala praxis", LA LEY, 1995-E, 53.

(6) Dicha obligación puede ser cumplida de manera directa, es decir, cuando la misma obra social presta la atención asistencial o, como ocurre en la mayoría de los casos de manera indirecta, cuando ésta encomienda dicha actividad a determinados entes. En definitiva la Obra Social se obliga con relación al afiliado a prestarle la asistencia debida. Como explica VAZQUEZ FERREIRA: quien promete en virtud de un contrato el servicio de salud, debe cumplirlo ya esté previsto que lo haga por sí o por terceros contratados al efecto, lo que determina la consecuencia de que la obra social responda por los actos reprochables-dolosos y culposos- cometidos por el personal médico del sanatorio contratado. Adviértase que la forma en que se realizará la prestación obliga a la obra social por los hechos ilícitos cometidos por el sanatorio contratado a través de su personal médico. VAZQUEZ FERREIRA, Roberto A., "Valor vida y daño moral", ob. cit., Pág. 4.

(7) CNCom., Sala C, Agosto 20-993. LA LEY, 1994-E, 4. Vale agregar que ese contrato es pluriforme, porque involucra diferentes facetas y tipos contractuales.

(8) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario", LA LEY, 1996-A, 406.

(9) Vale señalar con Casiello que hay excepciones en lo relativo a la naturaleza contractual que se predica la prestación de servicios de clínicas, así por ejemplo el supuesto en que el establecimiento asistencial se ve obligado a admitir a un enfermo o un accidentado que requiere urgente atención CASIELLO, Juan José, "Responsabilidad de las clínicas y de las obras sociales por mala praxis médica", ob. cit. Pág. 56.

(10) TRIGO REPRESAS, Félix A., "Derecho de las obligaciones", 3ª ed., Tomo 5, Buenos Aires, 1996, Pág. 646. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario", ob. cit. Pág. 406.

(11) Cámara Nacional de Apelaciones Sala C, 6/4/1976. LA LEY, 1976-C, 67.

(12) HERSALIS, Marcelo, MAGRI, Eduardo, SICA, Josefina, "Un aspecto particular de la obligación de seguridad", LLC, 2005-152.

(13) VAZQUEZ FERREIRA, Roberto A., "Responsabilidad civil de los hospitales y clínicas por la negligencia médico sanitaria", ob. cit., Pág. 240.

(14) SANTOS BALLESTEROS, Jorge, "La responsabilidad civil médica en el derecho colombiano". En LOPEZ MESA, Marcelo. (Director). "Tratado de la Responsabilidad Médica". Editorial Legis. Buenos Aires. 2007. Pág. 481. No obstante dicha postura nosotros preferimos hablar de obligación de resultado atenuada, porque si ello no es así, se deja al nosocomio en un estado total de indefección, situación que parece a nuestro entender abusiva.

(15) BUERES, Alberto, "Responsabilidad Civil de los médicos", Ed. Hamurabi, 2ª Edición, Buenos Aires, 2006, Pág. 312. Una importante posición doctrinaria ha afirmado la no necesidad de incluir en este campo la obligación de seguridad, porque su carácter accesorio se desvirtuaría. En este sentido el profesor Mayo explica que cuando las obligaciones que hacen al contrato, como el de prestar servicio médico, recaen directamente sobre la persona del otro contratante, la categoría carece de trascendencia en cuanto se superpondría sobre las obligaciones principales. MAYO, Jorge, "Sobre las denominadas obligaciones de seguridad", LA LEY, 1984-B, 961.

(16) Así el Tribunal Supremo de España ha dicho que demostrada la relación de causalidad entre el contagio de la enfermedad y la transfusión resulta manifiesto que el centro médico demandado omitió adoptar las precauciones necesarias para evitar dichas infecciones intrahospitalarias Tribunal Supremo de España, Sala I en lo Civil, 10/06/2004, "D. T. B. c. J. S. M. y Clínica Virgen del Consuelo", RCyS, Rev. IX /2004, Pág. 165. GARAY Oscar, "Manual de Jurisprudencia. Responsabilidad del médico del establecimiento Asistencial y de las obras sociales", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, Pág. 102.

(17) Dice Bustamante Alsina que cuando la entidad se obliga a la prestación del servicio médico por medio de su cuerpo profesional, es responsable no solamente de que el servicio se preste sino también de que se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daño por la deficiencia de la prestación prometida. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Responsabilidad de las clínicas por mala praxis de su cuerpo médico. Revista El Derecho. Tomo 150. Pág. 116. En el mismo sentido ver BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad Civil", 7ª ed., 1992, Pág. 500. Nosotros creemos que esto es así porque el concepto de prestación eficiente perfila un parámetro de cotejo objetivizado, el cual va a determinar la procedencia o improcedencia de la responsabilidad civil (conjuntamente con el daño, la antijuridicidad y la relación de causalidad).

(18) LOPEZ MESA, Marcelo, "Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado", en "Tratado de la Responsabilidad Médica", ob. cit. Pág. 230.

(19) PREVOT, Juan Manuel, "Obligación de seguridad, infecciones hospitalarias y responsabilidad médico-asistencial". LA LEY, 2006-F, 704.

(20) En este orden de ideas ha dicho la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones que si bien es exacto que la responsabilidad de las clínicas y sanatorios o establecimientos asistenciales por los daños sufridos por los pacientes es objetivo y directo y descansa en la violación de una obligación de seguridad generada por aplicación del artículo 504 del Código Civil, no es menos cierto que para que resulte aplicable y procedente la obligación accesoria de garantía de aquéllos es condición "sine qua non" demostrar la existencia de culpa médica en la actuación del profesional frente al paciente, en virtud de lo establecido por los artículos 512, 902 y 909 y conos. del Código Civil. CNCiv, Sala K, octubre 5-998. En autos "C. T. de A. A. I. c. Baini, Eduardo O y otros", LA LEY, 1999-B, 689. En similar sentido, la Sala D de dicho tribunal sostuvo que probada la infección hospitalaria, cabe presumir la culpa del médico u Hospital en la producción de aquélla, pero éstos se liberan si demuestran haber actuado con diligencia arts. 512 y 902 de Código Civil. Cam. Nac. de Apelaciones en lo Civil. Sala D. 16/4/2001. "F. A. c. Centro Ortopedia traumatológica", RCyS, 2002-351. GARAY, Oscar, "Manual de

Jurisprudencia. Responsabilidad del médico del establecimiento Asistencial y de las obras sociales", ob. cit. Pág. 103.

Siguiendo el mismo criterio, es decir, aquél que pone el acento en el reproche jurídico que deriva de la conducta de imputación, la Cámara Federal sostuvo que la clínica no observó una conducta adecuada a las circunstancias debido a que la falta de asepsia productora de una infección es factor determinante de imputabilidad, por lo tanto generadora de responsabilidad a cargo del establecimiento asistencial respectivo. C. Nac. Civil y Comercial Federal Sala 2°. 23/5/2000. En autos "Mezquiriz, Rodolfo R. c. Hospital Italiano de Buenos Aires y otros sobre responsabilidad médica". Publicado en Revista de Jurisprudencia Argentina. Tomo 2005-I. Pág. 605. El establecimiento asistencial se eximirá en la medida que logre acreditar que la infección contraída por el paciente (aun cuando a priori se considere que no es de carácter endógena) no se debió a la falta de asepsia, respecto de la cual el nosocomio adoptó todas las medidas necesarias para su preservación dando cumplimiento acabado con la normativa vigente en la materia CALVO COSTA, Carlos A., "Infecciones intrahospitalarias. ¿Responsabilidad objetiva o responsabilidad subjetiva?". En ALTERINI, Atilio Aníbal (Director), DE LORENZO, Miguel Federico (Sud-Director). RCyS, Año X, Mayo de 2005. Ed. La Ley. Pág. 76.

(21) BUERES, Alberto, "Responsabilidad Civil de lo médicos", ob. cit. Pág. 356 (Nota al pie).

(22) En este sentido dice Labombarda que los hospitales públicos pueden adolecer de una infraestructura menor a los centros privados ... Por eso que el juzgador deberá tener en consideración cada uno de los casos en concreto y acudir o no a la aplicación del factor de atribución objetivo de imputación LABOMBARDA, Pablo Martín. "La responsabilidad del Estado por la mala Praxis médica en hospitales públicos." LA LEY, 2005-A, 1184.

(23) Este tipo de obligaciones ha tenido acogida jurisprudencial y por parte de la más destacada doctrina nacional en la materia. En las obligaciones de resultado atenuadas, la culpa se presume pero puede ser desvirtuada probando el obrar carente de negligencia o imprudencia, como explica López Mesa en dichas obligaciones el deudor se exime de responsabilidad ante el incumplimiento probando que obró de manera diligente. LOPEZ MESA, Marcelo, "Tratado de la Responsabilidad Civil", Tomo II, Ed. La Ley. Buenos Aires. 2004, Pág. 143 y Cámara Nacional Civil Sala L Sentencia del 6/6/2000. "F.R.B. c G.A.L.", RCyS, 2001-419. En este orden de ideas dice Alterini que, en estos casos, la prueba de la falta de culpa, o sea la conducta diligente, resulta bastante para la liberación del deudor. ALTERINI, Atilio, AMEAL, Oscar, LOPEZ CABANA, Roberto, M., Curso de obligaciones. Tomo II. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1992. Pág. 168/9.

(24) En este orden de ideas, la Sala IV de la Cámara optó por la eximición de responsabilidad sustentada en este criterio de enfermedades endógenas, dijo el Tribunal que tanto la iatrogenia como la infección nosocomial constituyen hechos imprevisibles en la problemática del riesgo terapéutico o quirúrgico, y ni en los más avanzados centros hospitalarios del mundo ha sido posible erradicar totalmente la irrupción de infecciones que, por lo general, libran de culpa al médico y al establecimiento asistencial, en razón de que el daño suele ser de naturaleza endógena, es decir originado en el propio enfermo. CNCiv. y Corr. Sala IV. 29/10/1991, LA LEY, 1992-D, 284. En igual sentido la Sala E de la Cámara ha sostenido que el ente asistencial es responsable si la infección que padeció la actora revistió la condición de intrahospitalaria, es decir, proveniente del medio ambiente, no atribuible a patología propia del paciente, aun cuando resulte imposible llevar a cero la posibilidad de una infección hospitalaria, y cualquiera sea el fundamento de tal responsabilidad. Cam. Nac. Civil. Sala E. 20/10/2004. En autos "Maciel, Amanda E. c/ Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires/ Daños y Perjuicios". BARBADO, Patricia. "Responsabilidad médica derivada de infecciones intrahospitalarias". Publicado en Revista de Jurisprudencia Argentina. Tomo 2005- I. Pág. 605.

(25) LOPEZ MESA, Marcelo. "Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado" Ob. Cit. Pág. 230.

(26) CALVO COSTA, Carlos Alberto. "Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital". Ob. Cit. Pág. 862.

(27) HERSALIS Marcelo, MAGRI, Eduardo. "Cirugía Plástica. Régimen de la obligación que asume el profesional", LA LEY, 2005-B, 434.

(28) TRIGO REPRESAS, Félix A., "La diferencia en los ámbitos contractual y extracontractual. Similitudes y diferencias. Los profesionales y la dependencia. Médicos de hospitales y de sanatorios" En Revista de Derecho de Daños. Responsabilidad de los Dependientes. Año 2007-3. Ed. Rubinzal Culzoni. Pág. 64/5.

(29) ANDORNO, Luis, "Responsabilidad civil médica, deber de los facultativos. Valor de las presunciones judiciales, responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos". En Revista de Jurisprudencia Argentina. Tomo 1990-II. Pág. 77. Este criterio es seguido, entre otros, por Vázquez Ferreira, para quien la obligación es de medios, por lo que no habrá responsabilidad si la institución o el personal médico acreditan que emplearon todos los medios aconsejados por la lex artis para combatir la eventualidad de una infección. Mas allá de eso, nada se puede exigir a los demandados. VAZQUEZ FERREIRA, "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", Ed. Hammurabi. 2ª Edición. 2002. Pág. 152.

30) PICASSO, Sebastián. "Obligaciones de medio y resultado". Revista J.A., Tomo 1996 - II - Pág. 731.

(31) Es por ello que en el fallo comentado se afirma que cuando esa obligación tácita de seguridad se refiere al caso de los actos puros de la profesión médica, entonces la obligación puede ser considerada de medios o en última instancia existir una presunción de culpa (ob. de resultado atenuada), pero cuando, como en el supuesto de autos, está destinada a afianzar las cosas utilizadas, sean los ámbitos físicos, instrumentos quirúrgicos —como en este caso el catéter— la obligación pasa a ser de resultado.

(32) Como dice Bustamante Alsina, si bien el paciente tiene una acción directa contra la entidad prestadora (instituto o clínica) y contra el médico, nacidas ambas acciones de aquella estipulación a su favor, también tiene una acción directa contra la obra social por incumplimiento o cumplimiento irregular de la asistencia debida en razón de la obligación tácita de seguridad implícita en el contrato. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario". Ob. Cit. Pág. 406. En similar sentido opina Casiello, para quien el paciente que ha sufrido daños por mala praxis puede invocar su relación contractual para demandar por incumplimiento a la clínica (con la cual él mismo contrató o bien lo hizo la obra social por él) y también puede el paciente perjudicado invocar su condición de afiliado para demandar a la obra social. CASIELLO, Juan José, "Responsabilidad de las clínicas y de las obras sociales por mala praxis", Ob. Cit. Pág. 57.

(33) Como bien resalta Tobías, resulta del principio vigente en el ámbito contractual según el cual el deudor responde de los hechos culposos de quienes, auxiliares o dependientes, se valen para cumplir su obligación. Si bien es cierto que en nuestro derecho no existen reglas generales sobre la materia, sus diversas aplicaciones particulares (art. 1561, 1631 etc.) han llevado a la doctrina a admitir genéricamente, en los términos y con el alcance que se verá, la responsabilidad contractual por el hecho del otro. TOBIAS, José W., "El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas" en LA LEY, 1983-B, 1145. Este criterio fue seguido por la Cámara Federal quien sostuvo que la responsabilidad del ente asistencial por la infección intrahospitalaria se halla incluida en el deber de seguridad y control del servicio, pero no constituye un supuesto de mala praxis que involucre con exclusividad la labor profesional de los médicos o de quienes éstos dependan CNCiv. Y Comercial Federal. Sala 1°. 17/08/04. "Colángelo de Vellón Dora E. c. Hospital Naval de la Ciudad de Buenos Aires y otro". Revista de Jurisprudencia Argentina. Tomo 2005-I. Pág. 601. También la Cámara Nacional adoptó similar criterio al sostener que la responsabilidad del lavado, desinfección, esterilización y preparación, tanto de los quirófanos como de todo el instrumental y elementos que allí se utilizan, implican procesos técnicos especiales y personal idóneo a tal fin, los cuales se encuentran fuera de la esfera de la responsabilidad del jefe del equipo quirúrgico, en tanto no es quien ejerce un control directo o supervisión sobre tal actividad. CNCrim y Correccional Sala IV 29/10/91. LA LEY, 1992-D, 284

(34) Entendemos que este es el criterio a seguir, puesto que en materia de enfermedades intrahospitalarias hay bacterias y virus que mutan y la posibilidad de predecir dichas mutaciones escapa al obrar humano, por ende no podría atribuirse responsabilidad al nosocomio cuando se configure un supuesto que devenga de estos casos.

Después de muchos años de investigación se ha comprobado que hay virus y bacterias que mutan. Veamos el siguiente ejemplo: en el año 1980 un paciente que poseía una extraña sintomatología arriba al hospital New Castel en Boston. Sus síntomas eran de fiebre alta y malestar estomacal; lo trató como una infección interbacteriana y se le suministró antibiótico. Este hombre fue alojado en un cubículo en guardia; después de un tiempo prudencial y luego de ver un rápido mejoramiento, fue dado de alta pasado las 48 hs (llamaremos a este paciente A); entonces los médicos notaron que en el cubículo contiguo empezaban a tener la misma sintomatología. ¿Cómo podría ser esto posible, si el sujeto estaba en el otro cubículo contiguo separado por una pared? El Dr. Berfon mandó a analizar mediante un examen de sangre al nuevo paciente (B) y pudo comprobar

que poseía el mismo grupo virósico que el paciente A dado de alta. ¿Cómo podía ser esto posible? El virus se había trasladado mediante hombre a hombre; eso quiere decir que había mutado. Más tarde el paciente A vuelve con el cuadro agravado y se había comprobado que este mismo había estado en China y poseía fiebre amarrilla, por ende se tuvo que poner en cuarentena a todos aquellos que habían estado en contacto. Esta era una enfermedad intrahospitalaria por contagio atmosférico difícil de prevenir, a diferencia de las que pueden ser por falta de higiene como la mala esterilización del instrumental. Hasta el 2003 en los congresos de salud todavía estaba en discusión qué se podía tomar como enfermedad intrahospitalaria, por eso en los EE.UU. el paciente firma una forma que deslinda de responsabilidad al nosocomio de fallas no humanas. Penguin Books. "The real guide for the new doctor". En Ana SUBIJONA. Guía Médica. Ediciones B grupo Z. Barcelona. 2005. Pág. 118/9 y 325. Es loable advertir, siguiendo el criterio expuesto precedentemente, que la obligación de seguridad no puede ser un abanico de soluciones mágicas ante el sin fin de inconvenientes que se pueden presentar en la materia. Para un estudio más acabado de esta idea ver HERSALIS, Marcelo, MAGRI, Eduardo, TALCO, Gabriel, "Para que no todo sea deber de seguridad", RCyS, octubre/2005, Pág. 306 y sigtes.

Responsabilidad por el anormal funcionamiento de la justicia

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LLGran Cuyo 2009 (setiembre), 731
Cita Online: AR/DOC/2460/2009
[Consultado en 07/06/2020]

Sumario.

I. Antecedentes del caso. - II. Introducción. - III. La responsabilidad del Estado: análisis histórico. - IV. Marco jurídico en el cual se desenvuelve la responsabilidad estatal. - V. El Estado como responsable contractual o extracontractual y su accionar ilegítimo o legítimo. - VI. Aplicación de los presupuestos esenciales del derecho de daños en el derecho administrativo. - VII. La responsabilidad directa o indirecta del Estado como elemento determinante del factor de atribución. - VIII. El elemento objetivo: Servicio deficiente. - IX. La conducta omisiva. - X. Responsabilidad por cumplimiento defectuoso de la función jurisdiccional y responsabilidad especial de quien cumple dicha función. - XI. La responsabilidad estatal deviniente del error judicial y del anormal funcionamiento de la justicia. - XII. La dilación indebida como supuesto de anormal funcionamiento de la justicia. - XIII. Nuestras conclusiones.

I. Antecedentes del caso.

El 6 de marzo de 1998, por ante el Juzgado Cuarto en lo Civil de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza, un matrimonio inicia demanda por daños y perjuicios contra el Estado provincial.

Denunciaron que el día 12 de enero de 1979 desapareció su hijo de 17 años, en la zona de El Nihuil, y que en virtud de las primeras constataciones sumarias, dejaron entrever contradicciones que llevaron a la presunta existencia de un hecho delictivo; que en abril de 1979, pasados tres meses de la desaparición, se detectaron una serie de incongruencias en los testimonios de las personas que habían estado con el joven antes de la desaparición; que entre abril y octubre de ese mismo año, no obstante los permanentes reclamos del padre del menor, el Juez de Instrucción no realizó actividad alguna; o que bien, actuó en forma parcial e irregular; incurriendo en negligencias y demoras que impidieron saber la verdad de lo ocurrido, lo que motivó al abogado del matrimonio a recusarlo en octubre de 1979.

Diez meses más tarde, el Fiscal de Instrucción requirió la recepción de los testimoniales que no habían sido recibidos y de los cuales, según su opinión, podrían haber surgido importantes revelaciones; que el juez de instrucción permaneció hasta 1983; que siete años y diez meses más tarde, el fiscal subrogante advierto al juez que existían elementos de investigación que hacían pensar seriamente que la verdad real de los acontecimientos no había sido tocada en profundidad; el dictamen dio lugar a que el 11 noviembre de 1986, se efectuaran imputaciones concretas de los delitos de privación ilegal de la libertad agravada; y que a once años y 4 meses más tarde aún no se ha concretado la citación de los imputados.

Mientras tanto el expediente se mantuvo secreto hasta abril de 1997; que el secreto del sumario, que normalmente sirve para asegurar el éxito de la investigación, en este caso duró dieciocho años convalidando la

impunidad de los sospechosos; que ese secreto y la imposibilidad de acceder al expediente surge con claridad de la respuesta del tribunal al Ministerio del Interior fechado 31 de julio de 1992, agregada a la causa penal, motivando incluso la intervención de la Suprema Corte de la Provincia.

Que el 4 de agosto de 1993 el padre del menor desaparecido solicitó se levantara el secreto del sumario y se autorizara el préstamo del expediente a su abogado, pedido que fue rechazado; idéntica petición se hizo el 6 octubre de 1994, recibiendo la misma respuesta (No ha lugar); que se trata de un típico caso de morosidad judicial; que estos daños deben ser reparados, según la manera prevista en la Ley 24.043 (Adla, LII-A, 30) que reconoció aptitud para demandar a la gente privada de libertad sin proceso.

Ante dicha situación, el Gobierno provincial compareció, oponiendo la excepción de prescripción y, en subsidio contestó la demanda. Sostuvo que la acción estaba prescripta cualquiera sea el momento inicial que se tome para el cómputo de los dos años previstos en el art. 4037. Los actores tuvieron conocimiento de los hechos que atribuyen al juez en 1989 según surge de las propias manifestaciones vertidas ante los medios periodísticos; que los jueces no podían arrestar a personas sin evidencias que las implicaran en un hecho que, lamentablemente, no ha podido esclarecerse.

II. Introducción.

Nos convoca el comentario de un fallo particular de la justicia de Mendoza, en donde una vez más surge a la luz de los acontecimientos la cuestión de la responsabilidad del Estado por su actuar ilegítimo. En este caso lo que se pone en juego es la responsabilidad emergente de su actuar en la función jurisdiccional.

Como veremos la atribución de responsabilidad al Estado ha sido fruto de una evolución paulatina donde la jurisprudencia y la doctrina han jugado un papel fundamental. Desde un comienzo se generó el principio de irresponsabilidad estatal pera luego dar un sentido inverso al mismo, así en un primer momento apareció reconocida principalmente en las funciones administrativas y legislativas, para que en última instancia le llegara el turno a la función jurisdiccional.

Los casos más frecuentes de atribución de responsabilidad por la función judicial, han sido el error en el proceso (principalmente en el proceso penal) y el anormal funcionamiento de la justicia. El caso que nos ocupa adquiere particular relevancia en el sentido de que no se trata de un error judicial propiamente dicho, sino de una dilación indebida del proceso que contribuyó a que nunca se esclareciera y llegara a la verdad, por cuanto lo acaecido en la investigación. Consideramos como ya lo expondremos oportunamente, que este caso se trata de una subespecie dentro del género: anormal funcionamiento de la justicia.

Por último creemos de suma importancia dejar una contribución en torno al análisis del factor de atribución de responsabilidad, que en estos casos, tanto la doctrina como la jurisprudencia no se encuentran contestes al respecto.

III. La responsabilidad del Estado: análisis histórico

Habremos de comenzar recordando que, como los administrativistas apuntan, la aceptación de la responsabilidad del Estado, cuando el mismo desarrolla su actividad en el ámbito del derecho público, fue de tardía aparición, ya que originariamente se sostenía la no responsabilidad del mismo como principio general. 1

Hasta comienzos del siglo XX el principio era el de la irresponsabilidad por los actos estatales, esto fue así hasta la década de los años 50', en este sentido, el daño que sufría el particular como consecuencia de la actividad estatal debía ser soportado por el ciudadano, sin que éste tuviera acción alguna para reclamar u obtener

indemnización ni contra el agente, del cual emanaba directamente el acto, ni contra el soberano. De esta forma aparecían aniquilados, por el Estado mismo, la integridad y el goce de los derechos de sus súbditos, en aras de la idea absoluta e injusta del poder del príncipe y de su derecho divino. La idea que pueda tenerse de los derechos individuales o derechos privados parece haber sido absolutamente extraña a las legislaciones de la antigüedad (2).

En nuestro país, a mediados de 1864, en el caso Bates Stokes y Cía. c/ el gobierno nacional, la CSJN dio lugar a la responsabilidad de Estado haciéndose eco de una demanda incoada contra éste, como consecuencia de una inundación producida en la Aduana que trajo perjuicio a bienes privados, pero no mucho tiempo después el Máximo Tribunal cambia dicha percepción para considerar que el Estado nacional es indemandable (3).

La idea de falta de servicio debe ubicarse en Francia a partir de lo resuelto por el Consejo de Estado en el arrêt "Blanco" de 1873. En sus orígenes, fue concebida como una figura extraña al derecho civil, que se construyó en torno a la noción de servicio público para los supuestos en que éstos se prestaban de manera defectuosa (4) dicho precedente dio un vuelco superador en la materia, desarrollando el principio de sumisión de la administración al derecho; ello extraña un fuerte aggiornamiento de la puesta en escena de la responsabilidad administrativa: a partir de ese caso, una irregularidad conlleva a una sanción y un daño una reparación (5).

Como venimos explicando, en un principio se sostenía la idea de la irresponsabilidad del Estado y de sus agentes públicos (funcionarios y empleados); luego se aceptó la responsabilidad del agente público, excluyendo la del Estado; luego la de ambos (agente publico y Estado), y finalmente, la del Estado en forma directa (6) no cabe dudas que ello debe ser así porque como dice GARCIA MÁYNEZ aún cuando el poder soberano sea el más alto y no dependa de ningún otro, hállese, sin embargo sometido al derecho y, en tal sentido, posee determinadas restricciones (7).

En la actualidad dicha responsabilidad con ciertos matices es aceptada de manera unánime, como expresan TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA no hay en nuestros días vacíos de responsabilidad en el campo del derecho administrativo, el Estado es responsable y resultaría chocante y hasta intolerable, que hoy alguien pretendiera fundar en algún argumento ingenioso la irresponsabilidad del Estado (8), como señala PICASSO decir que el Estado responde por los hechos ilícitos practicados por sus funcionarios y dependientes es, en el derecho moderno, una verdad de Perogrullo (9).

IV. Marco jurídico en el cual se desenvuelve la responsabilidad estatal.

Es loable desde esta perspectiva tener en consideración el sustento normativo y jurisprudencial en virtud del cual el Estado, como sujeto de derecho puede ser objeto de un pleito jurisdiccional. Ello debe ser analizado desde las siguientes ópticas:

Desde la óptica del derecho constitucional: es necesario dejar en claro que no existe en nuestra Carta Magna norma específica alguna que atribuya la responsabilidad reparatoria del Estado. Ello hace que sean inmediatamente aplicables todas las disposiciones relativas a la igualdad (art. 16), al principio de legalidad (art. 19) y a la teoría de la demandabilidad del Estado (art. 116, hace alusión al ente estatal en su calidad de parte sin especificar si será como actora o demandada) (10).

Desde la óptica del derecho privado: como ha sostenido el Máximo Tribunal Provincial, la responsabilidad del Estado se rige por las mismas normas que se aplican a los particulares, tal como lo señala el art. 1112 del Cód. Civil, pues, el Estado no es un ente situado por encima o al costado de las leyes que él mismo impone a los demás (11).

Desde la creación pretoriana: la responsabilidad del Estado por el obrar de cualquiera de sus poderes fue el fruto de un largo y pedregoso camino, que se ha construido a través de los cimientos que se fueron solidificando

por medio del derecho pretoriano, la doctrina y posteriormente por el reconocimiento expreso (o tácito pero no prohibitivo) de la legislación (12).

Desde el propio derecho natural: porque la responsabilidad del Estado existe con anterioridad y por sobre la recepción normativa de ella, que simplemente en caso de producirse, la reviste del barniz sacro de la obligatoriedad legal, pero que ni la crea, ni significa para ella el único o principal fundamento (13).

En numerosos fallos nuestros Tribunales han ido marcando el rumbo de este tipo de responsabilidad, configurando sus elementos, sus requisitos, y dando a lugar aún hoy en día, a amplios debates sobre el carácter de dicha responsabilidad (14).

La incidencia de la apreciación de los tribunales en relación a la responsabilidad del Estado fue tan cabal que algunos autores han llegado a reconocer la innecesidad de una regulación normativa más extensa al respecto (15).

V. El Estado como responsable contractual o extracontractual y su accionar ilegitimo o legitimo.

V.1. El Estado como responsable contractual o extracontractual

Como destaca Marienhoff la responsabilidad del Estado puede ser de dos tipos, a saber: contractual y extracontractual. A su vez los eventos pueden suceder en el ámbito del derecho público o privado, y en cada una de las especies el Estado puede responder por su actuar lícito o ilícito (16).

Es decir, en numerosas oportunidades el Estado como persona de derecho celebra determinados actos con los particulares o con otros entes ideales, que comprometen su responsabilidad como consecuencia de esa yuxtaposición de voluntares que genera el deber de responder. En estos casos la antijuridicidad deviene del incumplimiento de las mismas cláusulas contractuales.

Por otro lado, conforme lo que venimos explicando la responsabilidad estatal puede tener una fuente aquilina, de donde deriva el deber de responder, en estos supuestos la fuente obligacional emana del hecho ilícito y en determinados casos, puede surgir incluso de hechos lícitos.

V. 2. Responsabilidad del Estado por su obrar licito o ilícito.

Ahora bien la responsabilidad del Estado puede ser sin falta, es decir, por la actividad lícita del mismo y cuyo fundamento para resarcir se encuentra en los artículos 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional, la Ley de Expropiaciones y en el artículo 18 del Decreto-ley N° 19.549 (Adla, XXXII-B, 1752). O la responsabilidad del Estado puede ser con falta, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 1112 del Código Civil, por falta de servicio (17).

El Estado responde por los actos lícitos en base a un principio de solidaridad ya que los perjuicios provocados no tiene que ser soportados exclusivamente por los damnificados directos; el particular tiene que ser resarcido por los daños que le causa el Estado en tanto y en cuanto, no tenga jurídicamente el deber de soportarlos y no existan causas de justificación que hagan legitimo el perjuicio causado (18).

Para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, en principio deben reunirse los siguientes requisitos:

a) el Estado debe incurrir en una falta de servicio -art. 1112, Cód. Civil-,
b) la actora debe haber sufrido un daño cierto y

c) debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (19).

V.3. Diferentes órganos que pueden comprometer la responsabilidad estatal.

Con relación a la responsabilidad dentro del mundo extracontractual, puede ser originada dentro de la esfera de los actos, hechos u omisiones de los poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial. Los actos lícitos que sean su consecuencia, generan responsabilidad por los daños que puedan sufrir los particulares, cuyos derechos se sacrifican al interés general (20) Como bien lo señala VIDELA ESCALADA, la situación responsabilizadora puede originarse a raíz del funcionamiento de cualquiera de los poderes del Estado, sea el legislativo, el ejecutivo o el judicial (21).

En el caso que comentamos, la deficiencia prestacional deviene del plano de actuación judicial del Estado, la justicia penal no cumplió de manera adecuada la actividad para la cual está destinada, la dilación indebida del proceso provocó un daño cierto y concreto en los padres del menor que se traduce en una inminente indemnización, en este orden de ideas, su responsabilidad frente al ciudadano se centra dentro del ámbito extracontractual por un accionar ilícito o ilegitimo.

VI. Aplicación de los presupuestos esenciales del derecho de daños en el derecho administrativo.

Como apunta BUTELER, resulta necesario discernir qué ocurre cuando en un caso se endilga responsabilidad a personas estatales y esa contienda no encuentra cobertura normativa en las normas de derecho público. Esta última circunstancia, ¿nos obliga a acudir a las normas análogas como las que integran el Código Civil? (22).

Algunos autores se han inclinado por un cierto repudio en torno a la aplicación del derecho civil a la responsabilidad estatal, en este sentido dice DROMI, que en principio no son aplicables en materia de responsabilidad del Estado los postulados del derecho civil. Esto así, en razón de la iniciativa jurisprudencial que ha elaborado una serie de reglas específicas para regularla conforme al derecho público (23).

Desde una perspectiva más moderada cierta jurisprudencia ha preferido imponer una preponderancia en relación a la aplicación del derecho administrativo pero sin desconocer el empleo en supuestos especiales de las normas del Cod. Civil sobre la materia, así se ha dicho que la responsabilidad del Estado se funda en una serie de principios específicos, sustancialmente de derecho público y sólo en alguna medida en normas del derecho civil, en virtud de que aquellas forman parte de los estándares generales del sistema normativo (24).

Nosotros creemos que, en definitiva, el Código Civil se desenvuelve de manera supletoria (25) regulando un aspecto del derecho administrativo que se entremezcla con el derecho de daños, pero ello no implica que dicha actuación complementaria sea desmeritada, máxime cuando lo que está en juego, como en el caso que comentamos, son los principios generales de la reparación del daño, que de no ser porque interviene el Estado, sería una cuestión netamente civilística.

Consideramos, siguiendo la opinión de algunos autores, que la norma que prescribe el art. 1112, al reglamentar la responsabilidad del Estado por hechos y omisiones de los funcionarios públicos, es una típica norma de derecho público, como lo son otras que se encuentran en el Código Civil (vgr. art. 2340) (26). Pero ello no implica que este tipo de responsabilidad debiera tener un tratamiento aislado del derecho de daños que se encuentra regulado por la normativa privatista, porque lo cierto es que la "Teoría general del responder" es una sola, aplicable a todo sujeto de derecho, y receptada normativamente en el Código Civil (27). Además el derecho "vivo" el de nuestros tribunales, no adopta la misma actitud que los autores administrativistas, si bien admite la presencia de principios específicos, recurre en forma permanente al articulado del Código Civil (28).

La responsabilidad directa o indirecta del Estado como elemento determinante del factor de atribución.

Desde un principio la responsabilidad del Estado denotó una raigambre esencialmente subjetiva basada en una imputación sustentada en el reproche activo del agente causante ello (29) esto es así por que se reconocía un carácter eminentemente indirecto de dicha atribución de responsabilidad (30).

Como dice SEIJAS ello se relaciona necesariamente con otra cuestión sustancial. La desvinculación de la idea tradicional de culpa y de riesgo. El Estado responde por las faltas cometidas por sus agentes y la responsabilidad por el hecho de otro no se apoya en la idea de culpa. La doctrina superó con facilidad la idea de que no hay culpa posible imputable directamente a las personas jurídicas, prevaleciendo la concepción basada en la falta de servicio, idea sustancial para delimitar los alcances del instituto en el ámbito extracontractual (31).

Recién en el año 1984, con el caso "Vadell", en el cual también se discutía la responsabilidad del Estado por la emisión de un certificado de dominio equivocado del Registro de la Propiedad Inmueble y la de los escribanos intervinientes, la Corte entendió que la responsabilidad del Estado encontraba fundamento exclusivo en el art. 1112 del Código Civil y no en las normas de los arts. 1109 y 1113 (32). A partir de este precedente la doctrina nacional mayoritaria es coincidente en sustentar dicho criterios, como explica MOSSET ITURRASPE, la responsabilidad del Estado por el actuar de sus órganos es directa y objetiva.... directa en cuanto la victima puede accionar contra el Estado sin necesidad de demandar previamente al agente actuante; es a la vez refleja en la medida en que el Estado responde por el obrar de los integrantes o miembros de sus "órganos". Y objetiva porque no tiene como base una culpa en el elegir o en el vigilar, sino que se funda en el "riesgo" que origina el ejercicio de sus actividades (33).

De este modo parecería claro que, dentro del régimen de nuestro Código, en el caso de haber incurrido el agente en una "falta de servicio" responde frente al tercero "directamente" el Estado con fundamento en el art. 1112 (responsabilidad objetiva), pudiendo luego el Estado formular un cargo al funcionario y efectivizar así la responsabilidad de éste último (34).

En el caso "Tortorelli c. Pcia. de Buenos Aires", la Corte Suprema Nacional condenó por la conducta propia y negligente del Juez de la quiebra (considerando 11), a la Provincia de Buenos Aires "en tanto la actuación de aquel tiene aptitud para comprometer la responsabilidad de esta última (art. 1112 del Código Civil), y al Estado Nacional por los defectos propios del servicio" (Considerando 13). O sea que aplicó en el caso la doctrina de la "falta o falla de servicio" en la prestación del servicio de justicia, para fundar una "responsabilidad directa del Estado", y no refleja por el hecho de sus funcionarios o agentes; lo que sin duda abre expectativas más amplias (35).

No obstante lo que venimos explicando una autorizada parte de la doctrina encuentra el fundamento de este tipo de responsabilidad en el artículo 1113 1° parte consagrando de esta manera una responsabilidad indirecta y no directa (36) por nuestra parte creemos, siguiendo la posición mayoritaria que por razones de buena administración de justicia en orden a la realización del valor "seguridad jurídica", y por el respeto que merece la apropiada y bien fundada doctrina jurisprudencial del más alto Tribunal de Justicia de la Nación, los tribunales inferiores deben adoptar uniformemente el valioso precedente del caso "Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires" del 18 de diciembre de 1984 (La Ley, 1985-B, 3), que reconoce la responsabilidad extracontractual directa y objetiva del Estado, por el daño que cause a terceros el ejercicio irregular de las funciones de sus órganos o agentes (falta de servicios) (37).

VII. El elemento objetivo: Servicio deficiente.

La cuestión de la responsabilidad, que es mera cuestión de reparación de daños, de protección de derechos lesionados, de equilibrio social, debe, pues, ser resuelta atendiendo solamente a un criterio objetivo: quien se aprovecha de los beneficios que sus actividades le proporcionan, debe, inversamente soportar los males originados en esas mismas actividades (38).

La falta de servicio es explicada, siguiendo la tradicional doctrina de la Corte, la que expresó que el Estado resulta responsable principal y directo de las consecuencias dañosas que acarree la actividad de los órganos o funcionarios que de él dependen, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades a las que pertenecen. También se destacó que la idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil que establece un régimen de responsabilidad por los hechos y las omisiones 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 (39).

Las deficiencias del servicio, sin embargo, no tiene que soportarlas el usuario mismo, que debe tener una acción expedita contra el Estado, responsable de la buena organización del servicio (40).

En cuanto al marco normativo en donde se exterioriza la responsabilidad resultante del déficit de servicio, decimos que el Estado es una persona jurídica de carácter público (art. 32 y 33, inc. 1°, Cód. Civil) y su responsabilidad extracontractual por el daño que causa a terceros está consagrada en el art. 43 del mismo Código. Por su parte el art. 1112, que se refiere a la responsabilidad de los funcionarios públicos por el ejercicio irregular de sus funciones, en concordancia con la señalada responsabilidad del Estado, es fundamento bastante para atribuir a este último una responsabilidad directa, habida cuenta de que el funcionario actúa como órgano de éste, y objetiva a la vez, pues se configura esa responsabilidad por la falta de servicio en que incurre el agente (41).

VIII. La conducta omisiva.

Como regla general, y a la luz de nuestra jurisprudencia, debe entenderse que la inactividad administrativa no es generadora de responsabilidad salvo cuando una obligación legal expresamente impone el deber de actuar (42).

Pero en ciertas ocasiones se dan hechos que adolecen de la acción debida cuando la circunstancia lo requiere. En tal sentido se dice que no se hizo lo que debería haberse hecho, o lo que es lo mismo, manifestamos que se ha incurrido en omisión, porque no se llevó a la práctica el comportamiento esperado (43).

Recordando que la responsabilidad del Estado por omisión se basa en el principio de la igualdad ante las cargas públicas y que el Estado somos todos y tenemos derecho a exigir su Poder de Policía de asistencia y tutela de nuestros bienes (44).

Ahora bien, esta "omisión antijurídica" no se configura con el solo incumplimiento de una norma legal, incluso aunque ésta sea de rango constitucional. Habrá que analizar en cada supuesto cuál es el tipo de norma conculcada y muy especialmente cuál es la relación de causalidad entre la omisión y el daño (45).

El límite que convierte tal omisión, en un hecho ilícito sancionable, se encuentra dado porque el hecho omiso constituya un deber jurídico que el sujeto omiso debió cumplir. Así cuando el Estado deja de realizar una actividad cuya obligatoriedad le está dada en forma implícita o explícita por la constitución, la ley o el reglamento y su consecuencia directa es la producción de un daño a la persona o los bienes de un particular, es pues el Estado quien debe responder por la denominada "falta de servicio"(46).

A modo conclusivo decimos que el ciudadano, el factor humano de la sociedad, delega en el Estado determinadas atribuciones, no lo hace de manera gratuita, sino que a través de sus contribuciones fiscales e impositivas. Dado ello, es completamente válido la exigencia de un determinado servicio acorde a las necesidades sociales que permitan el ejercicio eficaz de los derechos que la Constitución Nacional les ha conferido, en definitiva, el Estado tiene un "deber de actuar" de manera que le permita cumplir con su enmienda ciudadana. En este sentido, dice MARIENHOFF que la posibilidad concreta de ejercer los derechos individuales esta en manos del Estado quien debe garantizarlo y asegurarlos, si así no lo fuere y el Estado en ejercicio de ese deber incurriere en un comportamiento omisivo la técnica jurídica admite su responsabilidad por las consecuencias dañosas de tal situación (47).

Las omisiones o el irregular cumplimiento de los actos o hechos señalados pueden generar supuestos de responsabilidad del Estado derivada del ejercicio de su actividad jurisdiccional. En forma reiterada la jurisprudencia ha venido dando cuenta acerca de la posibilidad de que los actos o hechos en cuestión sean llevados a cabo de forma indebida (antijurídica) por los integrantes del órgano judicial, o que se incurra en desafortunadas omisiones cuando su realización viene impuesta por el ordenamiento jurídico (48).

IX. Responsabilidad por cumplimiento defectuoso de la función jurisdiccional y responsabilidad especial de quien cumple dicha función.

A modo de reseña mencionamos que no existe normativa constitucional explícita en nuestro país que asigne especialmente al órgano jurisdiccional responsabilidad por su actuar (49) entonces lo vinculado con dicha especie de responsabilidad se regirá por lo previsto en el artículo 1112 del Código civil, habida cuenta que, en definitiva, la función jurisdiccional no deja de ser una actuación estatal (50).

En un primer lugar hay que diferenciar le responsabilidad emergente en relación al Estado y por otro lado la responsabilidad individual del órgano jurisdiccional. En el primer caso no caben dudas que se trata de una responsabilidad objetiva deveniente de una subespecie dentro del concepto de falta de servicio.

En cuanto a la "responsabilidad que surge con relación al magistrado en sí" y el particular damnificado, es necesario que el accionar del primero sea reprochable a titulo subjetivo. Así, el proyecto de reforma del '98, disponía en su art. 1685 que sin perjuicio de disposiciones especiales, en los siguiente casos solo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave [...] b) si el daño es causal o por errores de jueces o de arbitro en el ejercicio de sus funciones (51) como dice Mosset Iturraspe la responsabilidad de los magistrados por los daños y perjuicios ocasionados a terceros en el ejercicio irregular de su función es de carácter extracontractual. El proyecto de Código Civil de 1998 establece en ese sentido, en su artículo 1686, la exigencia del dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de los jueces para generar el derecho de indemnización (52).

A modo de síntesis y siguiendo a Kemelmajer de Carlucci decimos que una cosa es la culpa del funcionario (como persona física) y otra la del Estado (como ente). En todo caso como dice la autora, cabría discutir si se requiere o no culpa del funcionario, pero la responsabilidad del ente es siempre inexcusable aún dentro de los principios que emergen del derecho privado (53). Entonces, como explica Tawil la responsabilidad del Estado resultara, independiente de la existencia o no de dolo, culpa o negligencia por parte de los magistrados o funcionarios judiciales responsables de la tramitación, los cuales podrán ser, ello si, objeto de una acción de responsabilidad civil por parte del particular damnificado, de haber resultado efectivamente culpables de la demora [...] que ésta depende en gran medida de la celeridad con que se imparta (54).

Por otro lado, los supuestos de responsabilidad estatal directa por el funcionamiento de la jurisdicción son los siguientes:

1) error judicial penal constatado en recurso de revisión.
2) el supuesto concreto de dilación indebida de justicia en el orden social.
3) decisiones judiciales contrarias a derechos humanos.
4) error judicial en general.
5) prisión preventiva injusta.
6) dolo o culpa grave de jueces.
7) anormal funcionamiento de la administración de justicia.

Cabe, ciertamente intentar reducir cualquier supuesto legal a la dicotomía constitucional error judicial - anormal funcionamiento de la jurisdicción. Desde esta perspectiva, todo lo que no sea error, seria anormal funcionamiento (55). Como explica Reyes Monterreal, el fundamento de esta responsabilidad, no es otro que "la garantía constitucional del patrimonio del sujeto dañado".

Entendemos que, tanto el funcionamiento normal como el anormal originan, en general, una responsabilidad objetiva que, precisamente porque lo es, hace irrelevante la conducta del agente... En ambos casos, el Estado en definitiva, responde del "riesgo" de la gestión del servicio público, en general, en cuanto gestor del mismo, ya sea a través del Poder Ejecutivo o Administración de justicia, esta ultima también a cargo del Estado. La responsabilidad administrativa de carácter objetivo, en general, se ha dicho, no se basa en una antijuridicidad subjetiva porque la conducta de su autor sea contraria a derecho, sino mas simplemente, porque el sujeto no tenga el deber de soportarla (antijuricidad objetiva) (56).

Parece baladí la distinción causa - consecuencia según se trate de error judicial o anormal funcionamiento de la administración de justicia, respectivamente: sin embargo, es interesante notar que en el supuesto de anormal funcionamiento, se pone más el acento en la consecuencia que en la causa.

Quizás porque es más decisivo, a la hora de generar responsabilidad el daño objetivamente producido que la determinación precisa de la culpabilidad del causante, en coherencia con las más recientes teorías sobre el fundamento de la responsabilidad administrativa (57).

X. La responsabilidad estatal deviniente del error judicial y del anormal funcionamiento de la justicia.

XI.1. El Error judicial.

En el ámbito jurisdiccional el Estado responde no solo por el dolo o culpa de los magistrados o funcionarios, sino también por los errores judiciales excusables y, en general, por la mala administración de justicia derivada de una deficiente organización (58).

El error de más graves consecuencias es el error judicial penal, al estar en juego el derecho fundamental a la libertad, cuando no la integridad física o la vida, en ciertos casos o situaciones (59). El error judicial se define como "el que surge como consecuencia de la declaración de voluntad de un magistrado, y que puede derivar de un error de hecho como de derecho. Vale decir que este tipo de responsabilidad solo es viable si el acto jurisdiccional que origina el daño es declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la decisión impide juzgar, en tanto se mantenga que hay error (60) por otro lado queda excluido cualquier actividad de interpretación de las normas de derecho y las referidas a la valoración de los hechos y de las pruebas, así lo opinable no ingresa dentro del ámbito de lo resarcible (61).

En síntesis, el error judicial reflejado en la aplicación de la ley que provoca la afectación de bienes jurídicos de los justiciables, debe concatenar en forma directa la asignación de responsabilidades de diversa índole, de quienes han sido designados para cumplir una correcta y digna administración de justicia (62).

El error judicial sólo puede producirse cuando se ejercita la potestad de juzgar o resolver sobre el modo de ejecutar lo juzgado. Una declaración de voluntad del Juez, no puede pedírsele que no se equivoque, sino que ponga toda la diligencia exigible según su oficio en no equivocarse. La apreciación de los hechos como en el encuadramiento de estos en el Ordenamiento jurídico y, desde otro, porque, según tendremos ocasión de ver, la ausencia de culpabilidad es irrelevante al efecto de que esta causa de responsabilidad exista. En resumen, creemos estar en condiciones de afirmar que, para que exista error judicial, es irrelevante la actuación dolosa o culposa de quien, interviniendo de algún modo en el proceso, hubiera dado lugar a que el mismo se produzca. Pero para que la indemnización por consecuencia del error se pueda conseguir, se ha de tomar en consideración en cualquier caso la conducta procesal de quien la pretenda (63).

En el fallo que comentamos, y conforme el preciso razonamiento del decisorio no está en juego la debatida cuestión de los daños derivados de errores judiciales, o sea, decisiones equivocadas emanadas de los jueces (Por ej., procesamientos o condenas. Ver precedentes citados en sentencia de esta Sala del 19/5/2008, publicada en JA 2008-III-208 y en Rev. del Foro n° 89, pág. 79, entre muchos), porque los actores no son personas sometidas a un proceso penal en calidad de imputados, sino los padres de un adolescente que habría sido víctima de un delito que el sistema judicial nunca pudo dilucidar (64).

XI.2. El anormal funcionamiento de la justicia como elemento configurativo de la deficiente prestación servicio por parte del Estado.

El funcionamiento anormal de la justicia trae aparejada un responsabilidad de carácter objetivo, cuando ella se desprende del fin al cual está destinada. No se exige la eficacia en torno al descubrimiento de la verdad material de los hechos, pero sí que en definitiva se persiga una verdad formal con sustento argumentativo. A los efectos del funcionamiento anormal es necesario cotejar lo que se consideraría un funcionamiento normal, y si el actuar del órgano no llega a la línea divisoria que exige el adecuado desenvolvimiento judicial. La responsabilidad procede per se, solo bastará vislumbrar el daño y la relación causal que lo une con el defectuoso funcionamiento jurisdiccional.

Como explica Jiménez Rodríguez, en el derecho español se considero que el funcionamiento anormal se refería a una responsabilidad subjetiva, es decir, a una actuación dolosa o culposa de personas concretas. No obstante, si bien la anormalidad puede derivarse de una actuación dolosa o culposa, también puede ser fortuita: seria una anormalidad estructural. Aunque se podría decir que siempre existe algún genero de negligencia por esta anormalidad estructural, que sería de orden político.

La responsabilidad objetiva puede referirse al funcionamiento normal, en el sentido debate parlamentario: un funcionario normal generaría responsabilidad objetiva, entendiendo por tal la que se atiende al daño producido -responsabilidad por riesgo- y no a la culpabilidad del sujeto actuante, que sería la responsabilidad subjetiva. Como hemos dicho, la responsabilidad objetiva también puede referirse a un funcionamiento anormal (65).

Desde esta arista de pensamiento, el funcionamiento anormal de la justicia es un subgénero dentro del género "falta de servicio" y a través de su configuración aparece el elemento objetivo indispensable para la procedencia de la reparación del daño. Éste, juntamente con otros elementos a los que nos referiremos seguidamente, constituyen los requisitos necesarios para la atribución de la responsabilidad estatal.

XII. La dilación indebida como supuesto de anormal funcionamiento de la justicia.

Ahora bien donde circunscribimos la dilación indebida en los supuestos analizados, creemos estos casos son producidos dentro del marco del anormal funcionamiento de la justicia. Entendemos por dilación indebida la extensión sistemática en el tiempo sin respuestas ni actividad conducente, es decir consiste en una omisión en cuanto al pronunciamiento dentro de un tiempo material razonable para paliar la incertidumbre.

No se requiere el arribo a la verdad sólo el funcionamiento regular del órgano judicial mediante las medidas y actos que la misma ley le impone, como bien reseña el Máximo Tribunal provincial, en este proceso no se indemniza no haber descubierto la verdad. Muchos procesos concluyen sin que el autor del delito haya podido ser descubierto. En cambio, debe indemnizarse el daño moral sufrido por dos padres que, durante más de veinte años, han reclamado en juicio medidas tendientes a descubrir qué pasó con su hijo; si lo mataron o sufrió un accidente; si desapareció por su voluntad o fue privado de sus derechos fundamentales por parte de otros sujetos; y si después de todos los esfuerzos judiciales, la verdad no aflora, que el proceso se cierre, sin esa verdad, en un tiempo razonable, para comenzar a hacer el duelo (66).

Ahora bien nos planteamos lo siguiente: ¿es forzoso atribuir culpa o dolo del magistrado interviniente? y por otro lado, ¿cuáles serían los limites a este tipo de pretensiones, habida cuenta que el funcionamiento de la justicia en relación a los tiempos dentro de la Argentina está lejos de ser el deseado?

En relación al primer interrogante, y como ya hemos visto la responsabilidad procede con un carácter objetivo sin indagar sobre un reproche del agente causal. Dicho carácter resulta manifiesto en el caso comentado, habida cuenta que, durante el proceso, la demandada había solicitado se citara en garantía a los presuntos responsables directos (juez de la causa), esa citación fue rechazada y la decisión quedó firme; la Fiscalía de Estado interpretó esa circunstancia procesal en el sentido que los daños reclamados provenían de una causal objetiva, cual era, la dilación indebida de los procedimientos, por lo que el tribunal debía rechazar cualquier prueba ofrecida que no tuviera en miras ese encuadre.

Pero entonces bastaría con que se produzca la extensión sistemática en el tiempo para que sea viable la acción. Es evidente que si esto fuera así nuestros tribunales se verían abarrotados de este tipo pretensiones (67). Nosotros consideramos que para la viabilidad de la acción se requieren los siguientes requisitos que servirán como límites a las excesivas peticiones que pueden gestarse en este sentido.

Los requisitos que proponemos son:

1- *Un déficit en el servicio de ju*sticia: que se produce como consecuencia de una dilación indebida (elemento objetivo). Ello surgirá de analizar los siguientes elementos objetivos:

a) El tiempo efectivamente sufrido en el proceso.
b) La materia en la que se circunscribe el caso.
c) La estructura actual de la justicia en dicho ámbito es decir, en nuestro país conforme el estado actual de las cosas, no podría hablarse de daño cuando un proceso se dilata como consecuencia de la falta de personal o infraestructura en general porque como dijimos oportunamente la dilación indebida debe ser cotejada juntamente con la situación estructural general en la que se encuentra la función jurisdiccional, pero no teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, lugar y las características de las personas involucradas (68).
d) El resultado de ello deberá ser cotejado con la actuación debida de la justicia teniendo que comparar, a tales efectos, el funcionamiento en el caso concreto y los parámetros normales de actuación judicial.

2- *El daño efectivamente padecido*: es necesario probar el menoscabo producido por el tiempo en el cual la justicia debió actuar y no lo hizo, siguiendo a Tawil aunque no es en general esta demora, la causa directa e inmediata del perjuicio producido al particular, al resultar comúnmente este consecuencia de la conducta u

omisión en virtud de la cual se ha solicitado el auxilio judicial, es la falta de prestación adecuada del auxilio peticionado en debido tiempo y forma, y de resultar este ordinariamente apto para remediar el perjuicio, genera asimismo la responsabilidad del Estado, al haber asumido este en forma exclusiva la carga de prestar en debida forma justicia (69).

3- *La relación causal*: es decir, será necesario probar que ese daño cierto es efectivamente consecuencia directa de la extensión indebida en el tiempo.

Por último, vale apuntar que todos los casos que hemos visto indudablemente pueden comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado e integran según la opinión que hemos seguido, una subespecie o categoría formada por los supuestos de responsabilidad derivada del ejercicio de la función jurisdiccional. Si bien esta subespecie ha tenido un desarrollo más tardío que el que han experimentado los casos de responsabilidad por el actuar administrativo o legislativo del Estado, a la fecha presenta un horizonte propicio para el estudio, potenciado por los antecedentes jurisprudenciales y las numerosas obras doctrinarias que en los últimos años se han ocupado específicamente de la materia (70).

XIII. Nuestras conclusiones.

Consideramos acertado el criterio del fallo en relación, por cuanto se condena al Estado conforme a los hechos de autos, puesto que en definitiva, resulta evidente que la deficiencia en el servicio público de la administración de justicia -en este caso la dilación indebida del proceso penal- configura una causal eficiente para la consecución del resultado dañoso. Dicho resultado ha producido una frustración, un daño en los sentimientos de los padres del menor, que se materializa en un perjuicio cierto, y como dice el gran jurista francés Le Tourneau, de toda frustración deviene un perjuicio que clama por un responsable (71).

Profesamos el criterio mayoritario de la doctrina nacional y extranjera -que es el mismo que sustenta el fallo- en cuanto a la objetividad del factor de atribución, pues ello emerge del mismo Código Civil (Vgr. art. 1112), que en definitiva consagra como medio para propiciar la indemnización correspondiente, *una responsabilidad directa ceñida de un tinte no subjetivo*, cuyo fundamento consiste, como enseña Josserand, en asegurar a la víctima de un daño injustificado una reparación legítima (72) aunque como bien sostienen Ripert y Boulanger el daño es irremediable y el reemplazo en la reparación es imposible (73).

Vale decir que dicha responsabilidad se subjetiviza si lo que analizamos es la responsabilidad del magistrado en particular, pero en el caso que comentamos la acción se dirigió contra el Estado, entonces la misma es directa y objetiva, es decir poco importa en este supuesto, los motivos intrínsecos que hicieron dilatar indebidamente la investigación.

Ello sí creemos de suma importancia para que sean viables este tipo de pretensiones, que al momento de cotejar la situación concreta con el parámetro de normalidad y eficacia temporal, tener presente el déficit estructural de la justicia, es decir para que exista dilación indebida en nuestro país, debe tenerse como medición lo que sería exigible en cuanto al tiempo, *conforme la situación general del funcionamiento de la justicia en la Argentina*.

Entendemos que el fin último de dicho resarcimiento descansa en una óptica de justicia distributiva (74) en donde la ley coloca al ajusticiador en una posición de justiciable y juzga su accionar desde la perspectiva que ella misma le ha reconocido, es decir desde la óptica de una persona de derecho.

En definitiva, no es otra cosa que el deber de cualquier sujeto del derecho de responder por sus propios actos, máxime cuando ellos proporcionan lesiones a los conciudadanos, por quienes el Estado mismo debe velar (75). Como explica Heller el Estado es la fuente formal de validez del todo el derecho, pues sus órganos son quienes lo crean, a través de la función legislativa, o le imprimen tal carácter, por la aplicación de una costumbre a

la solución de casos concretos (76) desde esta perspectiva, al constituirse en origen formal de validación, es óbice que deba estar sometido a la normativa que él mismo crea y responder por las deficiencias prestacionales de cualquiera de sus funciones.

Nos pronunciamos en conformidad del fallo preciso y cauteloso del Máximo Tribunal mendocino, habida cuenta que, a través del mismo, se incorpora un importante y valioso aporte jurígeno al derecho nacional, sustentado en un exhaustivo análisis de la doctrina y jurisprudencia extranjera, que seguramente servirá de guía y estandarte de ulteriores precedentes jurisdiccionales de nuestro país. Por nuestra parte intentamos aportar una mera contribución a la cuestión de fondo en que se inspira el fallo, ya que como sostiene López Mesa frente al tópico de la administración de justicia, quien no es parte de la solución, es parte del problema (77).

Bibliografía.

(1) Al Estado soberano se lo consideraba irresponsable salvo en los casos especialmente contemplados por la ley; atento que, se decía, el mismo no puede causar daños (the king can do not wrong), o, en todo caso, que tenía relativamente muy pocas posibilidades de poderlos ocasionar. TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad de los jueces y del Estado juzgador por daños derivados de errónea actividad judicial", Acad. Nac. de Derecho, 2008 (junio), p. 1.

(2) BARRAZA, Javier Indalecio, "Actualidad en la jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual del Estado", Revista La Ley, 2000-A, 943. Derecho Constitucional, Doctrinas Esenciales. Tomo II, 105. TEISSIER, George, La responsabilité de la puissance publique, París, 1906, p. 2. A modo ejemplificativo y desde la perspectiva legislativa, la responsabilidad estatal se incrementa en España a partir de la Constitución de 1931 y en Inglaterra, a partir de 1947 donde se extendió la responsabilidad que antes pesaba sobre el funcionario a la Corona.

(3) Ver fallos: 1:317.

(4) Ver en este sentido el interesante comentario de Barra. En BARRA, Rodolfo C., "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", Revista ED, 127-166.

(5) TRIGO REPRESAS, Félix; LOPEZ MESA, Marcelo, Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo IV, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 6 y 7.

(6) La irresponsabilidad del Estado actuando en el Derecho Público era una consecuencia de la "soberanía". A raíz de ello, se necesitó la "venia" legislativa para accionar. Vgr. ley 3952 -Adla, 1889-1919, 490- dejada sin efecto por la ley 11.634, Adla, 1920-1940, 268. PRIERI BELMONTE, Daniel A., "Responsabilidad extracontractual del Estado por error del Registro de la Propiedad", LLBA, 2001-603. Estas ideas, en cuanto al flujo evolutivo de este tipo especial de responsabilidad del Estado y del agente público pueden ser sintetizadas de esta manera: 1. Hasta comienzos del siglo XX la responsabilidad del Estado era un hecho casi inexistente y se ha consolidado recién a partir de la década de los años 50'. 2. La principal barrera para el reconocimiento de la responsabilidad del Estado ha sido el principio de la inmunidad soberana. 3. La inmunidad soberana fue soslayada inicialmente con la responsabilidad personal del funcionario público.4. Hoy día la responsabilidad personal del funcionario público ha desaparecido casi totalmente para dar lugar a la del Estado. Probablemente en Estados Unidos es donde con mayor intensidad se mantiene aún. 5. En los Estados Unidos donde el principio de la inmunidad soberana se mantiene todavía más fuerte y arraigado, y por ende es el que más dificultades ha exhibido en admitir la responsabilidad del gobierno federal y de los gobiernos locales. 6. De las tres ramas del gobierno, la que más inmune permanece a la responsabilidad es el Poder Judicial. 7. Mientras en España existe una satisfacción general, expresada por boca de los más autorizados doctrinarios, acerca del estado de la responsabilidad del Estado, no existe igual sentimiento en los Estados Unidos. BIANCHI, Alberto B., "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado", La Ley, 1996-A, 922 y Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo I, p. 773.

(7) GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, 57ª ed., México, 2004, p. 103.

(8) TRIGO REPRESAS, Félix; LOPEZ MESA, Marcelo, ob. cit. p. 14.

(9) PICASSO, Sebastián, "Responsabilidad del Estado por Inexactitudes Registrales", JA, 2000-I, 826.

(10) HITTERS, Juan Manuel, "Responsabilidad del Estado por error judicial", La Ley, 2003-F, 1070 y Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales, Tomo IV, p. 1337.

(11) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 11/04/2007, "Acuña, Luis E. y otros c. Rosano, Mariano E. y otros", DJ, 2007-III, 650 (Voto de Roncoroni).

(12) HITTERS, Juan Manuel, ob. cit. p. 1339.

(13) TRIGO REPRESAS, Félix; LOPEZ MESA, Marcelo, ob. cit. p. 148.

(14) Como veremos en los próximos párrafos, se ha discutido mucho si el estado responde objetivamente o si en definitiva puede eximirse de responsabilidad demostrando la falta de culpa de sus agentes. Si bien la Corte federal ha tomado partida por el carácter objetivo de la mencionada responsabilidad, aún hoy ciertos tribunales admiten un criterio disímil.

(15) En este sentido dice BIANCHI que el grado de desarrollo que la responsabilidad estatal ha logrado a impulsos de la jurisprudencia es tal que ha permitido la constitución de un sistema jurídico que hoy día poco mejoraría con el dictado de una ley regulatoria de la materia. Es más si se consumara tal iniciativa legislativa creo que enseguida se desatarían una serie de debates en torno a su interpretación que muy probablemente provocarían -al menos en lo inmediato- un retroceso. De modo tal que el estudio de la responsabilidad del Estado es en buena medida -y sin perjuicio de los numerosos y valiosos aportes doctrinarios que existen- el estudio de los precedentes que la han ido construyendo. Claramente es la jurisprudencia de la Corte Suprema y la de los tribunales federales la que marca el ritmo con que la responsabilidad avanza o retrocede, BIANCHI, Alberto B., ob. cit. p. 777.

(16) MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, 4ª ed. actualizada, Ed. Abeledo Perrot, 1987, p. 145.

(17) Es decir, el factor de atribución se encuentra directamente vinculado con la falta de servicio prevista en el artículo 1112 del Código Civil. SOLARI, Paola, ¿Cómo juega el Código Civil en la responsabilidad del Estado?", La Ley, 2008-F, 65.

(18) ARAZI, Roland, "Responsabilidad de los jueces, del Estado y de los abogados", ED, 160-745. Y CNCiv. Sala A 30/8/85 (Voto Dr. Zannoni), La Ley, 1987-C, 290. Con nota de SPISSO, Rodolfo R.; MORILLO, Augusto, M, Compensación del Estado por daños originados en su accionar licito, ED, 120-890.

(19) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28/06/2005, R. G. P. c. Provincia de Córdoba, DJ, 22/02/2006, 429 - LA LEY, 21/12/2005, 12 - LA LEY, 2006-A, 829 — DJ, 2005-3, 485. Vease también: "Ramos, Graciela Petrona c. Pcia. de Córdoba s/ daños y perjuicios" (LA LEY, 2006-A, 829). Ver también "Zacarías, Claudio H. c. Provincia de Córdoba y otros" (LA LEY, 1998-C, 322).

(20) HITTERS, Juan Manuel, ob. cit. p. 1340.

(21) VIDELA ESCALADA, Federico, "La Responsabilidad Civil de Estado y de los Funcionarios Públicos", ED, 116-760.

(22) BUTELER, Alfonso, "La responsabilidad del Estado por falta de servicio en un nuevo fallo de la Corte Suprema", La Ley, 2007-D, 319

(23) Explica el autor que a pesar de que todavía se habla responsabilidad civil del Estado, ello es en puridad de verdad un eufemismo porque ni se trata de la clásica responsabilidad del derecho privado, ni es tampoco de esencia privatístiva en el sentido de que se maneje a través de las normas de dicho Código. Por ello recomienda la elaboración de una normativa expresa que establezca un sistema integral de responsabilidad pública DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Ed. Ciudad Argentina, 8° ed., Buenos Aires, 2000, p. 815.

(24) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 22/10/2008, "Holzcan, Claudio Esteban y otros c. GCBA (Escuela N° 5 República del Salvador distrito escolar N° 12) y otros", LLCABA, 2009 (febrero), 47. Voto de la Dra. Daniele. Este fallo contó con nota de Marcelo Hersalis.

(25) En este sentido explica SOLARI que evidente cuando se habla de que el derecho civil es de aplicación subsidiaria en derecho administrativo, se parte del supuesto de que la cuestión no puede ser resuelta por los datos o materiales propios del derecho administrativo; pero cuando la solución puede hallarse en los principios generales del mismo ordenamiento administrativo, va de suyo que el derecho civil nada tiene que hacer en tal caso" Así, sostiene la autora, la responsabilidad del Estado se funda en una serie de directrices específicas,

substancialmente de derecho público y sólo en alguna medida en normas de derecho civil, en virtud de que aquéllas forman parte de los estándares generales del sistema normativo. Y por último concluye aseverando que la aplicación de las normas del derecho civil no debe realizarse en el derecho administrativo respetando su pureza original; sino que se las debe integrar con los principios y normas del derecho administrativo. SOLARI, Paola, "¿Cómo juega el Código Civil en la responsabilidad del Estado?", La Ley, 2008-F, 65.

(26) PERRINO, Pablo E., "Los factores de atribución de la responsabilidad extra-contractual del Estado", en la obra colectiva Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 68. CASSAGNE, Juan Carlos. "Nuevos criterios en la jurisprudencia de la Corte", La Ley, 2007-B, 1294. Vale apuntar, que esta percepción de "...las normas de forma en el Código de fondo..." era una constante en las enseñanzas del "Maestro" Carlos MOLINA PORTELA a quien aprovechamos para rendirle su merecido homenaje a escaso tiempo de su desaparición física. Valga esta cita a modo de recuerdo y reconocimiento de su bienaventurada sapiencia.

(27) Entonces, siendo el Estado un sujeto de derecho más debe ser tratado en sede judicial como tal - excepción hecha de disposiciones legales expresas en sentido contrario, vgr.: modo de pago de ciertas sentencias recaídas en su contra CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel, "Responsabilidad del Estado", La Ley, 1995-E, 326

(28) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Responsabilidad del Estado", en Estudios en Homenaje al Dr. Guillermo Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1985, p. 212.

(29) Antes de comenzara analizar la posición jurisprudencial que sostiene estas ideas, vale apuntar cierta reflexiones que hemos dejado plasmadas en otras publicaciones en torno a la idea de culpa en nuestro derecho, así explicaba MAGRI con gran destello que estaría dispuesto a discutir que la noción de culpa, tiene por basamento la idea de reproche. Fuera de toda concepción religiosa en la cual se la asocie al pecado, puede afirmarse que reprochamos, cuando consideradas todas las cosas (es decir las diligencias que exigiere el cumplimiento de la obligación y las circunstancias de persona de tiempo y de lugar) estamos en condiciones de poder afirmar que el sujeto imputado debería haber obrado de otra manera para evitar el daño. Para hacer este juicio tomamos en consideración la entidad del menoscabo (definida por su naturaleza y su magnitud: cualitativa y cuantitativamente) y su probabilidad de ocurrencia; de modo que una conducta es culposa si luego de tomar debida conciencia de la entidad y probabilidad del daño que ella supone, no hubiera sido realizada por una persona razonable. En homenaje a lo apuntado, existe un standar de lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer. Si lo expuesto es cierto nuestra teoría clásica incorpora a la noción de riesgo como uno de los elementos relevantes para definir la idea de culpa. Y es que desde el momento en el cual se deja de lado a la mera causación como procedimiento para atribuir responsabilidad, se reconoce que los seres humanos no controlamos todas las consecuencias de nuestra conducta. Por eso es que el estándar de lo que se debe hacer -cuya violación amerita reproche-, no puede estar definido por los efectos nocivos que no debemos causar a otros, sino por los riesgos que no debemos imponer a otros. De lo contrario, quiero significar: si el estándar se definiese por la consecuencias que no se deben causar-, las personas terminarían respondiendo por circunstancias que -aún teniéndolos por protagonistas- escapan a su control (por caso fortuito). En HERSALIS, Marcelo; MAGRI, Eduardo O.; JALIL, Julián, E., "Los factores de atribución en la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores", LLBA, 2005-1175 y RCyS, 2006-II. 138. El criterio subjetivista en torno a la responsabilidad estatal fue tomado por una abundante jurisprudencia, en este sentido la Cámara Contencioso Administrativa Federal resolvió que debía rechazarse la demanda de daños y perjuicios incoada contra el Estado Nacional debido al suicidio de un penitenciario, en el caso, se ahorcó con una sábana, ya que de las pruebas de la causa surge que el Servicio Penitenciario ha actuado con total diligencia, arbitrando los medios necesarios para tratar el padecer psicológico del interno, y no puede imputársele a aquél responsabilidad por un acto voluntario de éste, máxime cuando el detenido se quitó la vida con un elemento que no era extraño a los objetos vitales para su estadía. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 19/12/2007, "Sosa, Nimia Jorgelina c. Estado Nacional, DJ, 28/05/2008, 235. Con nota de PREVOT, Juan Manuel, DJ 2008-II, 235. Algunos autores han advertido una predisposición en el espíritu legislativo de Vélez al suprimir ciertas frases que existían en la fuente original del artículo 1112 contrapartida de la atribución subjetiva de responsabilidad, ello lo advierte BONPLAND, quien se pregunta: ¿Qué quiso modificar con ello Vélez? Y el autor responde a este cuestionamiento sosteniendo que cuando el codificador prescribió que los hechos y las omisiones de los funcionarios por no cumplir sino de una manera irregular sus obligaciones legales son

comprendidas en las disposiciones de este título (título que se denomina: "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos") sin remitir a la aplicación del 1109 como lo hicieron Aubry y Rau, quiso apartarse de la solución antedicha, incluyendo tales supuestos en una disposición especial y novedosa para su tiempo que responsabilizara al Estado por las faltas de sus funcionarios, máxime cuando debía superar el obstáculo que significaba el viejo art. 43 del Cód. Civil. BONPLAND, Viviana, "Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)" La Ley, 1987-A, 779.

(30) Como dice RITTO, se consideró que el funcionamiento anormal se refería a una responsabilidad subjetiva, es decir, a una actuación dolosa o culposa de personas concretas. RITTO, Graciela B., "Un fallo ejemplificador sobre la Responsabilidad del estado por omisión. A mayor responsabilidad del estado, mayor seguridad jurídica" LLC, 2007-138. En este sentido explica UGOLINI, que en el año 1933 en el caso "Devoto" la Corte estableció la responsabilidad del Estado en base a un factor de atribución subjetivo e indirecto, es decir por culpa de los agentes públicos y dada su condición de empleados, aplicando los arts. 1109 y 1113 del Código Civil. Recuérdese que se trató de un incendio provocado por empleados del telégrafo que dejaron un brasero encendido mientras estaban trabajando en un campo de Devoto.

Pocos años después, en 1938 nuevamente la Corte se expidió en el caso "Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires" y entendió responsable al Estado por error en la emisión de un certificado del Registro de la Propiedad Inmueble, sosteniendo que existía falta de servicio, con fundamento en el art. 1112 del Código Civil, pero manteniendo el factor de atribución indirecto, aplicando el art. 1113 por la culpa del funcionario dependiente. UGOLINI, Daniela, "La responsabilidad del Estado en la actual jurisprudencia de la Ciudad de Buenos Aires", Sup. Adm., 2008 (octubre), 1; LA LEY, 2008-F, 995. Ese decisorio contó con una importante disidencia del doctor Vázquez quien se resiste a la aplicación irrestricta del sistema objetivo a la responsabilidad estatal, en este sentido consideró el ministro de la Corte que la responsabilidad del Estado es indirecta y no se funda en el art. 1112 del Cód. Civil (que supone establecido para sancionar la responsabilidad del funcionario por falta personal) sino en el art. 1113 de dicho Código, concluyendo en que las manifestaciones televisivas del Fiscal de Cámara no forman parte del contenido de su función y resultan de la exclusiva responsabilidad personal del agente. Esta postura del doctor Vázquez no es compartida por la mayoría del Alto Tribunal que continúa fundando la responsabilidad del Estado en el precepto contenido en el art. 1112 (Fallos: 320:368) (N. de R.: LA LEY, 2000-C, 373) Ferrocarril Oeste", Fallos 182:5 (La Ley, 12-123, con nota de Alberto G. SPOTA) y "Vadell" Fallos: 306:2030 - La Ley, 1985-B, 3 y 320:368).

(31) Explica la autora que del caso Vadell (Fallos: 300-2036) se desprende que no resulta necesario probar la culpa del agente y ni siquiera individualizar al autor del daño. Basta con demostrar el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio para que se configure el factor que permite atribuir la responsabilidad. Expresa la Corte que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para lograr el fin para el que ha sido establecido y es responsable por los daños causados por su incumplimiento o ejecución irregular. SEIJAS, Gabriela "Responsabilidad del Estado en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. Deslinde jurisdiccional. Carácter iuspublicístico de la materia" SEIJAS, Gabriela, "Responsabilidad del Estado en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. Deslinde jurisdiccional. Carácter iuspublicístico de la materia", La Ley, 2003-F, 284.

(32) Allí la Corte expresa que "el Registro de la Propiedad, al incurrir en las omisiones señaladas, cumplió de manera defectuosa las funciones que le son propias y que atienden, sustancialmente, a otorgar un conocimiento cabal de las condiciones de dominio de los inmuebles. Esa idea objetiva de falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad "por los hechos y las omisiones 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". La Corte concluye que la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público no requiere como fundamento de derecho positivo recurrir al art. 1113 del Código Civil, ya que no se trata de una responsabilidad indirecta la que se compromete, "toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas". UGOLINI, Daniela, ob. cit. p. 997. Este criterio sigue siendo ratificado por la CSJN en diversos precedentes, en este sentido el Máximo Tribunal ha sostenido que no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez

que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para los fines del desenvolvimiento de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas", La Ley, 1985-B, 3. No obstante ello, en varios precedentes la Cámara de Apelaciones acudió a la idea de culpa, para condenar o eximir de responsabilidad al Estado, se sustenta principalmente en la idea de culpa "in eligendo" o "in vigilando", por lo que concluimos que el criterio aún no es unánime. Es decir la responsabilidad indirecta del principal por la de sus dependientes, LA LEY, 1994-A, 411. LA LEY, 1997-B, 224 y LA LEY, 1998-C, 201; Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales, Tomo IV, 1147-33

(33) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Visión jurisprivatista de la Responsabilidad del Estado", Revista de Derecho de Daños. Rubinzal-Culzoni, 2000, Volumen 9, p. 15. En igual sentido se pronuncia BUSTAMANTE ALSINA para quien el art. 1112, que se refiere a la responsabilidad de los funcionarios públicos por el ejercicio irregular de sus funciones, en coordinación con la señalada responsabilidad del Estado, es fundamento bastante para atribuir a este último una responsabilidad directa, habida cuenta de que el funcionario actúa como órgano de éste, y objetiva a la vez, pues se configura esa responsabilidad por la falta de servicio en que incurre el agente. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. "Responsabilidad civil del Estado Nacional por falta de servicio (acto ilícito) de un agente policial", La Ley, 1997-B, 224. Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales, Tomo IV, p. 1529. Siguiendo este orden de ideas explica BOTASSI que la responsabilidad del Estado en su forma tradicional, dejando de lado la moderna concepción de la responsabilidad por conducta lícita que resulta ajena a nuestro tema, se apoya en la existencia de una "actividad" estatal irregular, que acarrea una responsabilidad directa (y no refleja, a causa de la conducta del agente-dependiente) y objetiva (ajena a la consideración del dolo o negligencia del funcionario) BOTASSI, Carlos "Responsabilidad del Estado por omisión", Revista de la UNLP. Año 2005, tomo 36. p. 6-9.

(34) BONPLAND, Viviana, "Responsabilidad extracontractual del Estado. (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)", La Ley, 1987-A, 779.

(35) TRIGO REPRESAS, Félix A., ob. cit. p. 3. C.S.J.N., 23-05-2006, "Tortorelli c. Provincia de Buenos Aires y otros", LA LEY, 2006-D, 345 y RCyS, 2006-517. MARQUEZ, "Responsabilidad de los jueces y del Estado por daños causados por la actividad judicial", en Revista de RCyS, 2006-517.

(36) En este sentido vale agregar la postura de PICASSO quien prefiere inclinarse por la postura que acude, para responsabilizar al Estado a la aplicación del parr. 1° del artículo 1113 del Cod. Civil, en cuanto responsabiliza al principal por el hecho de su dependiente, el cual resulta también aplicable al Estado, en tanto persona jurídica (art. 33 del CC), por la expresa remisión que efectúa el art. 43 de ese cuerpo normativo. Y sustenta la postura el autor manifestando que el artículo 1112 se refiere claramente a la responsabilidad de los funcionarios públicos y no a la del estado, que en tanto persona jurídica que es, se encuentra sujeto a las reglas de responsabilidad que la ley sienta para ese tipo de entes. PICASSO, Sebastián, ob. cit. p. 827/8. En igual sentido ALTERINI-LLOVERAS, "Responsabilidad civil por inexactitudes regístrales", ED, 62-550. Una importante corriente jurisprudencial ha seguido esta postura. Ver Supra pto. 7 (nota al pie).

(37) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ¿La responsabilidad extracontractual del Estado es indirecta y subjetiva o directa y objetiva?, La Ley, 1998-C, 201; Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales, Tomo IV, p. 1147.

(38) MOSSET ITURRASPE, Jorge, Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 312.

(39) BARRAZA, Javier Indalecio; BARRAZA, Luis Jerónimo, "Responsabilidad del Estado por error judicial", La Ley, 2006-B, 182.

(40) TAWIL, Guido Santiago, La responsabilidad del estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia, Ed. Depalma, 1989, ps. 72.

(41) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad civil del Estado Nacional por falta de servicio (acto ilícito) de un agente policial", LA LEY, 1997-B, 224; Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales, Tomo IV, p. 152.

(42) HUICI, Héctor, "La responsabilidad del Estado por omisión", La Ley, 1993-D, 829.

(43) Lo anteriormente referido se aplica a las conductas estatales, cuando aquello que le es debido al cuerpo social y a sus integrantes mediante acciones positivas queda sin ejecutarse por la razón que fuere. Hablamos entonces de que el Estado omitió llevar a cabo lo que el deber jurídico le imponía. Acontecido esto, surge el tema de la responsabilidad. GONZÁLEZ PONDAL, Tomás Ignacio, "La responsabilidad del Estado

por sus hechos omisivos", La Ley, 2008-A, 1081. Vale señalar a los efectos ilustrativos, que no es lo mismo abstención que omisión, pese a la analogía que entre ambos términos existe. Tanto la noción de una como otra suponen inactividad, pero entre ella es dable comprobar diferentes matices. La omisión involucra siempre un olvido, una negligencia, mientras que la abstención trae aparejada la idea de una inactividad general; y así mientras ésta implica una iniciativa que es resultado de una volición y de un querer, aquella puede ser concebida sin esa iniciativa. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La responsabilidad del Estado por omisión en la experiencia jurisprudencial", Responsabilidad por daños en el tercer milenio, Homenaje a Atilio Alterini, Ed. Abeledo-Perrot, p. 494. CHIAVO, Carlos A., Responsabilidades emergentes de omisiones en el ejercicio de control de las entidades aseguradoras, Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad, Año V, N° 17/20, p. 130, Nota 22.

(44) RITTO, Graciela B., ob. cit. p. 138.

(45) GAMBIER, Beltrán, "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia", La Ley, 1990-E, 617.

(46) ALVÉREZ TAGLIABUE, Cynthia, "Responsabilidad del Estado por omisión del deber de seguridad", La Ley, 2002-A, 128.

(47) Desde luego, el cumplimiento de esos deberes por parte del Estado hallase supeditado a razonables o racionales limitaciones. MARIENHOFF, Miguel. S., Comunicación publicada en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias de Buenos Aires, Segunda Epoca, Año XLI, Número 34, 1996, p. 360.

(48) Dice el autor que los repertorios registran gran cantidad de casos en los que se demandan indemnizaciones frente al Estado en virtud de: la errónea gestión tribunalicia respecto de fondos depositados en autos; omisiones en el envió de comunicaciones a organismos de seguridad en causas penales; entrega de giros a personas distintas de aquella a quien estaba dirigido; extravió de cheques y demás documentación depositada en juzgados y tribunales; notificaciones erróneamente practicadas; irregularidades en la actuación de martilleros; síndicos o peritos dependientes de la organización estatal; decomiso indebido de mercaderías; entre tantos otros. MELAZZI, Luis A., El fuero contencioso-administrativo bonaerense y los casos de responsabilidad del Estado deriva del anormal funcionamiento del servicio de justicia, Ed. Lexis Nexis, N°1, Enero 2006, p. 3.

(49) Aunque ello deviene de manera implícita de determinados preceptos constitucionales y tratados con jerarquía constitucional los cuales son válidamente aplicables y forman parte de nuestro derecho vigente, con gran acierto el fallo comentado se hace eco de ello. En España por ejemplo, la misma constitución lo contempla en el artículo 121 de dicho cuerpo normativo, en este sentido explica JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, que conforme al art. 121 LEF de 16 de Diciembre de 1954, dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que dicha ley se refiere (es decir, los susceptibles de apropiación) siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la administración pueda exigir a sus funcionarios con tal motivo. JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Andrés, La responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la justicia, Ed. Impredisur, Granada, 1991, p. 113.

(50) Aunque como veremos más adelante hay que distinguir la responsabilidad atribuible al estado por su falta de servicio de aquella que se aplica al sujeto interviniente en el actuar u omisión que causa el daño, porque varía de un supuesto al otro el factor de aplicación para la imputación de responsabilidad.

(51) Véase el notable comentario de MOSSET ITURRASPE. En MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Visión Jurisprivatista de la Responsabilidad del Estado, Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni, 2000, Volumen 9, ps. 9-10.

(52) MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit. p. 141.

(53) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Responsabilidad del Estado, Ed. UNSTA, Tucumán, Argentina, 1982, ps. 70/1.

(54) TAWIL, Guido Santiago, La Responsabilidad del Estado y de los magistrados y Funcionarios Judiciales por el mal Funcionamiento de la Administración de Justicia, Ed. Depalma, 1989, ps. 72.

(55) JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Andrés, La responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la justicia, Ed. Impredisur, Granada, 1991, p. 117 y 119.

(56) El autor cita la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1985 en donde el Máximo Tribunal español dijo: "el perjuicio no es antijurídico por la manera de producirse", pero, "sin embargo, el titular del bien o

derecho lesionado no tiene el deber de soportarlo" Entendemos que esta idea se soportabilidad en la que radica el fundamento de exclusión del funcionamiento normal por parte del artículo 121 de la Constitución. Porque la responsabilidad en esta materia "no sólo es posible sino necesaria ya que los daños que causen a los particulares tiene una gravedad tanto mas condenable cuanto que deben ser soportados en nombre de la Justicia. REYES MONTERREAL, José María, La Responsabilidad del Estado por error y anormal Funcionamiento de la Administración de Justicia, Ed. Colex, 1987, p. 15.

(57) JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Andrés, ob. cit. p. 34

(58) ARAZI, Roland, "Responsabilidad de los jueces, del Estado y de los abogados", ED, 160-745.

(59) JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Andrés, ob. cit. p. 35.

(60) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, "El deber de los jueces de reparar el daño causado", en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, Vol. 9, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 113.

(61) TRIGO REPRESAS, Félix; LOPEZ MESA, Marcelo, ob. cit. p. 180.

(62) MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit., p. 147.

(63) REYES MONTERREAL, José María, ob. cit. p. 28.

(64) Del voto de la Dra. Aída Kemelkajer de Carlucci.

(65) Destaca el autor que lo ilícito, a efectos de responsabilidad, podría provenir de la culpabilidad del sujeto activo. Pero también cabria una responsabilidad en supuestos de caso fortuito (ausencia de culpabilidad), porque no se atendría a la conducta activa, sino al resultado efectivamente producido para el sujeto pasivo (responsabilidad por el resultado). Asi, de una conducta licita podría devenir un resultado ilícito, que el sujeto pasivo no tenga obligación de soportar, creándole una desigualdad en relación a los demás ciudadanos. JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Andrés, ob. cit. p. 48 y 49.

(66) Conforme voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci.

(67) En este sentido explica TAWIL que las dilaciones indebidas que con tanta frecuencia tiene que soportar el justiciable, son en muchas ocasiones consecuencia indeseable de factores múltiples, entre los que no son de rechazar la escasez de medios materiales y de personas o el exceso de trabajo. Las deficiencias del servicio, sin embargo, no tiene que soportarlas el usuario mismo, que debe tener una acción expedita contra el Estado, responsable de la buena organización del servicio. TAWIL, Guido Santiago, ob. cit., p. 75.

(68) Consideramos que esto debe ser así porque en el caso contrario se generaría un torbellino de procesos en este sentido, sirviendo lo antedicho como un límite moderador. Vale la pena la reflexiones de JIMENEZ RODRIGUEZ en este sentido, dice el autor que en cada proceso, sale una parte considerándose defraudada, en sus legitimas o infundadas pretensiones, o en sus oposiciones, circunstancia que creemos puede convertirse en determinante de actitudes proclives a la utilización de pretensiones como la que nos ocupa, de forma masiva y en cascada. Por ello, el autor, no es partidario de una interpretación extensiva del principio de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. En efecto el proceso, por su propia naturaleza, genera daños para la parte perdedora, Ciertamente, será normalmente un daño injusto o, mejor dicho, una reparación por el daño pre procesal, producido por el sujeto condenado en un proceso penal o la parte perdedora en un proceso civil. Por ello, una institución como la responsabilidad por el funcionamiento de la jurisdicción puede tender a ser utilizada de manera masiva por todo perdedor en el proceso. No estamos, pues, ante una responsabilidad cualitativamente distinta a otras, en el sentido de que sus principales informadores sean peculiares; por el contrario, hay un sometimiento a los que se llama "exigencias comunes" a toda petición indemnizatoria por acción u omisión culpable o por "determinación legal" (entendemos que hay una referencia aquí a la responsabilidad objetiva, que exige siempre una determinación legal expresa para cada supuesto, a diferencia de la responsabilidad subjetiva por culpa, que encuentra amparo en el articulo 1902 del C.C.), JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Andrés, ob. cit. p. 57.

(69) TAWIL, Guido Santiago, ob. cit., p. 72.

(70) MELAZZI, Luis A., El fuero contencioso-administrativo bonaerense y los casos de responsabilidad del Estado deriva del anormal funcionamiento del servicio de justicia, Lexis Nexis, N° 1, Enero 2006, ps. 3 y 4.

(71) LE TOURNEAU, Philippe, La responsabilidad civil, Traducción de Tamayo Jaramillo, Editorial Legis, Bogotá, 2004, p. 73.

(72) JOSSERAND, Louis, Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones, Tomo II, Vol. I, Ed. Boch y Cia., p. 378.

(73) RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean, Tratado de Derecho Civil, Tomo V, Obligaciones, 2ª Parte, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 95.

(74) Así, frente a un resultado dañoso, los principios de la justicia distributiva imponen la obligación al Estado de reparar los daños provocados a los administrados a través de su obrar ilegítimo. BUTELER, Alfonso, "La responsabilidad del Estado por falta de servicio en un nuevo fallo de la Corte Suprema", La Ley, 2007-D, 319. En similar sentido ha dicho la CSJN que cuando el Estado asume la ejecución de cometidos públicos debe responder por los daños y perjuicios que provoque a los particulares por su obrar irregular. Sólo de esa manera podremos hablar de justicia distributiva. En autos: Serradilla, Raúl A. c. Provincia de Mendoza y otro. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 2007/06/12.

(75) Como dice SPOTA a menor responsabilidad del Estado en el quehacer de sus gobernantes y funcionarios, menor seguridad jurídica..." RITTO, Graciela B., ob. cit. p. 138. SPOTA, Alberto A., Prólogo a la obra de COLLAUTI, Responsabilidad del Estado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe. p. 2.

(76) HELLER, Hernán, Teoría del Estado, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1912, p. 211.

(77) LOPEZ MESA, Marcelo, "Los jueces en la postmodernidad (La necesaria vuelta a los valores en un tiempo de crisis)", Revista ZEUS, Tomo 81, (Septiembre-Diciembre 1999), p. D-120.

Cláusulas abusivas

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: **https://informacionlegal.com.ar/**
Publicado en: RCyS 2009-X, 202
Cita Online: AR/DOC/3638/2009
[Consultado el 20/06/2020]

Si bien la ilicitud de las cláusulas abusivas es formal cuando contrarían prohibiciones expresas de la ley, existe también la ilicitud o antijuridicidad material, que se haya constituido por pautas jurígenas, distintas de la ley, como ser el ejercicio regular de los derechos, el orden público, la buena fe, la regla moral, la equidad y las buenas costumbres, cuya violación a través de la incorporación de dichas cláusulas importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual.

Generalidades.

Ámbito de aplicación.

Cabe desestimar el planteo de invalidez de una cláusula de prórroga de jurisdicción pactada en un contrato de mutuo, por su carácter abusivo, toda vez que dicho planteo se sustenta, centralmente, en la ley de Defensa del Consumidor y en la Resolución N° 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, y el contrato base de la ejecución no es de aquellos denominados como de adhesión, máxime si el demandado no ha requerido su nulidad, ni ha demostrado que se le afecte la debida defensa en juicio o que le genere una virtual denegación de justicia.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13/03/2007, Banco Río de la Plata S.A. c. Industrias J. Matas S.C.A. y otro, La Ley Online.

El abogado como sujeto de la relación de consumo.

La condición de abogado que pueda tener quien contrata un servicio para consumo final o beneficio propio, no lo priva de su calidad de consumidor amparado por la ley 24.240, siendo impertinente establecer en su contra un estándar de apreciación riguroso en cuanto a la oponibilidad a su respecto de las cláusulas del contrato que resultan abusivas.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 06/02/2008, Pla Cárdenas, Ramón c. All Seasons S.R.L. y Otro, La Ley Online;

Ilicitud de las cláusulas abusivas.

Si bien la ilicitud de las cláusulas abusivas es formal cuando contrarían prohibiciones expresas de la ley, existe también la ilicitud o antijuridicidad material, que se haya constituido por pautas jurígenas, distintas de la ley, como ser el ejercicio regular de los derechos, el orden público, la buena fe, la regla moral, la equidad y las buenas

costumbres, cuya violación a través de la incorporación de dichas cláusulas importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual.

CNCom, sala A, 18/10/2007, Slatapolsky, Jorge Alberto c. Banco do Brasil S.A., La Ley Online.

Declaración de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas.

Aún cuando los demandados no hayan reconvenido por nulidad de las cláusulas abusivas de un contrato de tarjeta de crédito, la jurisdicción puede aplicar de oficio las disposiciones de la ley de defensa del consumidor 24.240 en tanto su art. 65 dispone que se trate de una norma de orden público

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I, 27/04/2005, Banco de San Juan c. Liñan Gutiérrez, Miguel y otros, LLGran Cuyo 2005 (noviembre), 1235.

Plazo de prescripción aplicable.

Se encuentra prescripta la acción de nulidad formulada respecto de un contrato de mutuo —en el caso, con fundamento en que la tasa de interés estipulada violaría los artículos 4°, 36 y 37 de la ley de defensa del consumidor— celebrado entre el actor y una entidad bancaria, toda vez que entre la celebración del contrato y el de inicio del procedimiento de mediación previa obligatoria transcurrió el plazo de tres años establecido en el artículo 50 de la ley de defensa del consumidor.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 04/12/2007, Bastos de Aragone, María Liliana y otro c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., La Ley Online.

Interpretación favorable al consumidor.

La adhesión a cláusulas predispuestas por una empresa de medicina prepaga y la existencia de un servicio prestado para un consumidor final, indica que debe darse tanto a la ley cuya interpretación se discute como al contrato que vincula a las partes, entre todos los sentidos posibles, el que favorezca al consumidor de conformidad con el art. 42 de la Constitución Nacional y los arts. 3 y 37 de la ley 24.240 de defensa del consumidor.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28/08/2007, Cambiaso Péres de Nealón, Celia M. A. y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas, LA LEY 05/09/2007, 05/09/2007, 8 - DJ 2007-III, 172 - IMP 2007-19 (Octubre), 1830 - LA LEY 19/03/2008, 10, con nota de Jorge Mario Galdós; LA LEY 2008-B, 304, con nota de Jorge Mario Galdós; RCyS 2008, 444, con nota de Mariana Catalano; Jurisprudencia Argentina 02/04/2008, 17.

Cláusula de prórroga de la jurisdicción.

Resulta procedente declarar la nulidad de la cláusula del contrato de adhesión por la cual se estableció la prórroga de la jurisdicción para actuar ante la justicia pues, según la ley 24.240, el Código Civil y teniendo en cuenta que los contratos deben celebrarse y analizarse de conformidad con el principio de buena fe, la mencionada cláusula vulnera el derecho del actor creándole un detrimento, un desequilibrio significativo de sus obligaciones y de sus derechos en tanto dificulta su reclamo a tal punto de terminar en definitiva, renunciando en forma anticipada a su defensa en juicio.

Cámara de Apelaciones de Trelew, sala B, 20/06/2008, H., M. N. c. O., A. M., LLPatagonia 2008 (octubre), 486. (Voto de Marcelo López Mesa)

Renuncia a un reclamo judicial ulterior.

Es improcedente considerar que quien retiró dinero de un banco en el contexto de la emergencia económica ocurrida en los años 2001 y 2002 haya querido renunciar al ejercicio de su derecho a formular un reclamo posterior, pues es un hecho notorio y relevado de prueba, la existencia de una situación en la que los bancos no devolvían el dinero y que los depositantes no podían retirarlo de ninguna manera, salvo aceptando lo poco que se les daba, por lo cual se trató de una adhesión -carente de voluntariedad- a una cláusula abusiva e ineficaz para ser oponible al firmante. (Del voto del doctor Lorenzetti según su voto en Rodríguez -29/04/2008, (LA LEY 2008-C)-, al cual remite)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28/05/2008, Cantarelli, Desio Osvaldo y otro c. P.E.N. - B.C.R.A. - Bco. Suquía o Nvo. Bco. Suquía, La Ley Online.

Función preventiva del artículo 38 de la ley de defensa del consumidor.

La circunstancia de que el demandado no haya impugnado oportunamente los resúmenes de cuenta que le fueron remitidos por el banco acreedor, no impide reducir judicialmente los intereses allí fijados, ya que a los contratos bancarios les son aplicables las reglas tuitivas del consumo, porque cuando el art. 38 de la ley de defensa del consumidor hace alusión al control administrativo, sólo está brindando un doble encordado de protección a las cláusulas generales, toda vez que las funciones administrativas -como las contenidas en el citado art. 38- son preventivas y el método de control mediante la actuación judicial es la solución generalmente elegida por el legislador, por sobre la actuación ex ante o ex post de organismos administrativos.

Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 08/09/2005, Banco Suquía c. Lazcano, Raúl H, LLC 2006, 148, con nota de Ramón D. Pizarro; LLC 2006, 61.

De los contratos en particular-Contrato de compraventa.

Resulta abusiva la cláusula inserta en un contrato de compraventa de automotor importado según la cual cualquier variación en el precio es a cargo del comprador, ya que, a efectos de mantener la igualdad de las partes ante las reglas del mercado, el contrato que establece un precio variable no puede prever sólo una variación para el caso de aumentos.

Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 110, 03/07/2008, G., M. J. c. Honda Automóviles de Argentina S.A. y otro, LA LEY 21/07/2008, 21/07/2008, 11 - LA LEY 21/07/2008.

Prohibición de ceder derechos.

Es abusiva la cláusula contractual que establece la prohibición de cesión a una parte y la permite para la otra, pues implica la ruptura del equilibrio de la buena fe, la lealtad, la recíproca colaboración entre contratantes y vulnera la funcionalidad del derecho al ejercerlo irregularmente, en consecuencia, la cedida no puede alegar la inoponibilidad de la acción de cobro en base a una cláusula abusiva de la que ella misma fue la estipulante, máxime teniendo en cuenta que se le cursaron varias intimaciones de pago antes de promover acciones judiciales, sin emitir ningún tipo de respuesta (del voto de la Dra. Ana I. Piaggi)

CNCom., sala B, 24/08/2007, Zold, Ladislao Jorge c. Amsa S.A, La Ley Online.

Contrato de medicina prepaga y aumento abusivo de la cuota:

Aumento unilateral de la cuota del servicio.

La cláusula contractual que habilita a la empresa de medicina prepaga a modificar unilateralmente la cuota del servicio en cualquier momento y sin previo aviso, resulta claramente abusiva; pues coloca al consumidor en una situación de total indefensión frente a la empresa, la que puede aumentar el monto de la cuota mensual sin criterios claros que la limiten, poniendo en riesgo su derecho constitucional a la salud.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 15/11/2004, Sociedad Italiana de Beneficencia de Bs. As. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, DJ 2005-1, 451.

El aumento de la cuota ante "determinadas circunstancias que lo justifiquen".

Conforme la art. 37 de la ley 24.240, corresponde tener por no convenida a la cláusula pactada en un contrato de medicina prepaga en la cual se habilitó el aumento de la cuota ante determinadas circunstancias "que lo justifiquen", en tanto la aplicación de dicha disposición implica una ampliación injustificada de los derechos de la prestadora del servicio y priva la asociado del conocimiento anticipado de la cuantía del incremento de su aporte.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 25/07/2008, HSBC Salud (Argentina) S.A. c. Ciudad de Buenos Aires, LLCABA 2008 (octubre), 233.

Contrato de Seguro:

Cláusula que limita la cobertura a los daños ocasionados a terceros no transportados.

Resulta abusiva la cláusula contenida en un contrato de seguro de responsabilidad civil en cuanto limita la cobertura a los daños ocasionados a terceros no transportados, excluyendo los causados a los transportados pues, la diferencia entre el contenido de dicha cláusula y lo declarado por el productor de seguros en relación al riesgo cubierto, revela que en el caso no se cumplió satisfactoriamente con el deber impuesto al proveedor, por el art. 4° de la ley 24.240, de informar con exactitud las características del seguro contratado.

CNCiv, sala L, 28/04/2009, Fernández, Liliana Mónica y otros c. Bonavera, Walter Oscar y otros, La Ley Online.

Estado de ebriedad y legitimación pasiva de la aseguradora citada en garantía.

Cabe rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la aseguradora citada en garantía en un juicio de daños y perjuicios, fundada en que el conductor del vehículo embistente se encontraba en estado de ebriedad al momento del accidente, toda vez que la cláusula por la que se amplía el "no seguro" resulta abusiva, pues su aplicación suprime la obligación de la compañía de seguros, en contra de lo dispuesto por el art. 158 de la ley de seguros (Adla, XXVII-B, 1677).

CNCiv, sala K, 06/04/2006, Artuso, Juan y otros c. Anechine, Guillermo M. y otros, RCyS 2006, 1114 - LA LEY 19/03/2007, 5, con nota de Enrique José Quintana; LA LEY 2007-B, 391, con nota de Enrique José Quintana.

Franquicia: oponibilidad al asegurado e integración del contrato.

Siendo inoponible al asegurado la franquicia que la compañía de seguros citada en garantía pactó con aquél, por desnaturalizar el vínculo contractual, corresponde integrar el contrato de manera que el asegurado participe en el siniestro conforme las previsiones contenidas en el artículo 37 in fine de la ley de Defensa del Consumidor —en el caso, el asegurado participa en un 10% de la indemnización que resulte de la sentencia judicial, incluyendo honorarios, costas e intereses a su cargo, en tanto no supere el 1% de la suma asegurada al momento del siniestro, por cada acontecimiento— aplicable al contrato de seguro por tratarse de un contrato de consumo.

CNCom, sala A, 14/06/2007, L., L. M. c. Línea 146 Copla, RCyS 2007, 989.

Fundamentos de la abusividad de la cláusula que establece una franquicia a favor de la aseguradora.

Corresponde declarar la nulidad absoluta, parcial, de pleno derecho de la cláusula que en el contrato de seguro establece una franquicia a cargo de la asegurada —en el caso, $ 40.000— por ser abusiva y cuantitativamente irrazonable, desde que desnaturaliza el vínculo contractual y contraría el orden público, la moral, la buena fe y sus derivados, como ser la doctrina del acto propio, el ejercicio regular de los derechos, las normas legales relativamente imperativas, los principios esenciales que informan y gobiernan el derecho dispositivo, la finalidad económica y jurídica del tipo contractual seleccionado por las partes, en tanto perjudican la posición contractual del asegurado y de los terceros damnificados.

Contratos bancarios.

Caja de Seguridad. Cláusula de irresponsabilidad del banco.

Es abusiva la cláusula de irresponsabilidad del banco respecto del contenido de una caja de seguridad, en atención a la obligación esencial de aquél en este tipo de contrato.

CNCom., sala A, 14/12/2007, Tommasi Automotores S.A. c. CIADEA S.A. y otro, IMP 2008-7 (Abril), 650 - LA LEY 17/04/2008, 5, con nota de Facundo M. Zavala Rodríguez y Carlos Juan Zavala Rodríguez.

Tarjeta de crédito: autorización irrevocable para debitar de cualquier cuenta del usuario los saldos impagos.

Resulta abusiva en los términos del art. 37 de la ley de defensa del consumidor la cláusula que otorga al banco emisor de una tarjeta de crédito una autorización irrevocable para debitar de cualquier cuenta del usuario los saldos que estuviesen impagos, pues, el art. 42 de la ley 25.065 veda la posibilidad de recurrir al cobro ejecutivo aún respecto de cuentas corrientes abiertas para saldos de tarjetas de crédito.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 19/12/2008, Banco Hipotecario S.A. c. Ciudad de Buenos Aires, LLCABA 2009 (junio), 274, con nota de Federico M. Alvarez Larrondo.

Facultad de la entidad bancaria de no comunicar al cliente la decisión de no renovar la tarjeta crédito.

Resultan abusivas y violatorias de lo establecido en el art. 37 de la ley 24.240 las cláusulas insertas en los contratos celebrados con una entidad bancaria y sus adherentes que establecen la irresponsabilidad del banco por los daños ocasionados por el uso de las tarjetas y la facultad de la entidad de no comunicar al cliente su decisión de no renovar los contratos o tarjetas, pues, esta última disposición resulta violatoria del principio de igualdad por

cuanto el usuario debe comunicar con un mes de antelación la decisión referida, en tanto que la primera significa una renuncia anticipada de derechos por parte del consumidor, máxime cuando quien presta un servicio debe responder por el perjuicio que ocasione su mal funcionamiento.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 26/09/2008, BankBoston National Association c. Ciudad de Buenos Aires, LLCABA 2008 (diciembre), 365.

Contrato de servicio telefónico móvil: cobro ante la ausencia de comunicación efectiva.

Cabe hacer lugar parcialmente a la acción de amparo colectivo impetrada por una asociación civil, debiendo como consecuencia ordenarse la suspensión por 90 días de las cláusulas contractuales por las cuales se impone a los usuarios del servicio de telefonía celular de la demandada, residentes en la Provincia de Río Negro, el pago de la tarifa desde el momento en que se acciona la tecla "send" pues, visto que la facturación basada en el uso de la línea puede importar una práctica comercial abusiva dada la ausencia de comunicación efectiva entre quien llama y quien debería recibir el llamado, dicha condición debe ser revisada en un ámbito de mayor debate y prueba, máxime cuando en caso de dudas las normas deben ser interpretadas a favor del consumidor.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro • 01/03/2006, Decovi, LLPatagonia 2006, 329 - LLPatagonia 2006, 433, con nota de Horacio L. Bersten; RCyS 2007-II, 100, con nota de Horacio L. Bersten.

Contrato de garaje. Redondeo por exceso en el fraccionamiento del tiempo de estadía.

La generalidad en la utilización de una cláusula contractual -en el caso, la que establece el redondeo por exceso sobre las fracciones inferiores a la hora cuando se pretende fijar el precio por el servicio de estacionamiento- no es suficiente para eludir la conceptualización de dicha estipulación como abusiva ya que, el modelo puede estar "aceptado", pero sólo será conforme a la buena fe si responde a una justificación objetiva y razonable.

Audiencia Provincial, de Madrid, 08/09/2005, Ministerio de Sanidad y Consumo c. Parking Campilli y otros, La Ley Online.

Contrato de turismo. Renuncia a reclamos posteriores.

Debe tenerse por no convenida la cláusula del contrato de viaje que representa una renuncia o restricción de los derechos del pasajero al disponer que una vez comenzado el viaje, su interrupción por razones personales no dará lugar a reclamo alguno, pues resulta aplicable la Ley 24.240 de defensa del consumidor, y de conformidad con el artículo 37, no puede ser admitida porque desequilibra la justicia conmutativa del contrato y constituiría un inaceptable enriquecimiento sin causa.

CNCom., sala D, 06/02/2008, Pla Cardenas, Ramón c. All Seasons S.R.L. y otro, La Ley Online.

Concursos televisivos de preguntas y respuestas: cuestionamientos que admiten más de una respuesta correcta.

Resulta abusiva la cláusula contenida en un contrato suscripto por un participante de un concurso televisivo de preguntas y respuestas, por la cual se dispone que sólo se considerarán correctas las respuestas que establezca el organizador, aún cuando éstas puedan ser tenidas por erróneas mediante la consulta a fuentes distintas, razón por la cual corresponde responsabilizar al organizador del concurso por los daños derivados de la descalificación del actor motivada en la elección de una respuesta distinta a la elegida por el demandado, aunque también fuese correcta.

CNCiv., sala E, 21/09/2004, Tórtora, Graciela E. c. Promofilm S.A. y otro, RCyS 2004, 1223.

Contrato de seguro.
Pasajero que viaja en una parte del vehículo no destinada al transporte de personas.

No reviste el carácter de abusiva aquélla cláusula inserta en una póliza de seguro de responsabilidad civil, que dispone la exclusión de la cobertura cuando el pasajero viaja en una parte del vehículo no destinada al transporte de personas, ya que dicha disposición se encuentra enderezada a evitar la multiplicación de accidentes, restringiendo la tendencia de los conductores a llevar personas en sitios diseñados para el transporte de mercaderías.

CNCiv, sala E, 09/02/2009, González, Ricardo Julián Antonio c. Quintero, Humberto Rubén y otro, LA LEY 21/07/2009, 21/07/2009, 7

Estado de ebriedad.

La cláusula que excluye el seguro en caso de ebriedad del conductor, no parece abusiva respecto de éste ni contraría la buena fe negocial, pues conducir ebrio no sólo es una condición excluida en la póliza sino también prohibida por la propia ley.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 01/07/2008, Triunfo Cooperativa de Seguros en J. 83.303/9126 Triunfo Coop. de Seguros en J. 82.776 Navarría, Gisela c/Sabatino Bustos, F. p/daños y perjuicios s/inconstitucionalidad y casación, La Ley Online.

Exclusión de la cobertura ante la negativa a practicarse el dosaje de alcohol.

No reviste el carácter de abusiva aquélla cláusula, inserta en una póliza de seguro de responsabilidad civil, que dispone la exclusión de la cobertura cuando el conductor del vehículo asegurado se encuentra en estado de ebriedad o se niegue a practicarse el dosaje de alcohol desde que, dicha disposición resulta razonable a efectos de que el seguro no se transforme en un generador de irresponsabilidad.

Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, 25/04/2007, Maza, Elio Germán c. Costa, Juan José y otro, LLGran Cuyo 2008 (diciembre), 1041, con nota de José Luis Correa.

Seguro de vida y enfermedad preexistente.

La cláusula mediante la cual la compañía de seguros excluyó la cobertura del seguro de vida en los supuestos en que el fallecimiento del asegurado se produzca como consecuencia directa o indirecta de una enfermedad preexistente al tiempo de la vigencia inicial del certificado individual, no exhibe ilicitud ni de algún modo es abusiva sino que delimitó razonablemente el riesgo y colaboró con en la determinación de la prima a cargo del adherente, máxime teniendo en cuenta que se supone autorizada por la Superintendencia de Seguros de la Nación (del voto en disidencia parcial del doctor Cuartero)

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 02/09/2005, Martinez, Mirta A. c. Diners Club Argentina S.A.C. y de T., La Ley Online.

Responsabilidad de los establecimientos educativos y deber de vigilancia en los viajes estudiantiles

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2009-XII, 211
Cita Online: AR/DOC/3893/2009
[Consultado el 15/06/2020]

Sumario.

I. Generalidades: Responsabilidad del establecimiento educativo en los viajes de estudio: requisitos para su configuración. - II. Apreciación del "deber de vigilancia" - III. El incumplimiento del deber de vigilancia de los docentes como eximente de la responsabilidad - IV. Ambito de aplicación del deber de cuidado y su acentuación fuera de la esfera del colegio - Fundada en la distancia y la ausencia de vigilancia de los padres. - Fundada en los nuevos riesgos y potenciales situaciones de peligro. - V. Límites del deber de vigilancia. - VI. Inaplicabilidad de la fuerza mayor ante un acto delictivo. - VII. Supuesto de inaplicabilidad relativa del derecho de daños - Concurrencia causal en la producción del resultado entre el docente a cargo y la víctima. - VIII. Supuestos de inaplicabilidad absoluta de la responsabilidad civil - Organización del viaje sin intervención del establecimiento educativo - Actividad fuera de la extensión curricular y sin connotaciones educativas.

En las "salidas educativas" o "viajes de estudio" el Colegio conserva en plenitud las obligaciones de proporcionar cuidado y seguridad a los educandos, del mismo modo y con no menor intensidad que la debida dentro del propio establecimiento pues, en definitiva, los alumnos están confiados a las autoridades y cuerpo docente cuya responsabilidad no sufre atenuación alguna y sí una acentuación por la presencia de nuevos riesgos y potenciales situaciones de peligro.

I. Generalidades.

Responsabilidad del establecimiento educativo en los viajes de estudio: requisitos para su configuración.

El establecimiento educacional demandado es responsable por las lesiones sufridas por un menor de edad durante un viaje de estudios realizado a un predio municipal, oportunidad en la cual se desmoronó la estructura allí existente -en el caso, cayó desde la réplica de un cabildo- , si la actividad se realizó en horario escolar, bajo la compañía de docentes, previa organización del instituto y con autorización de los padres y del ente municipal, ya que los docentes tenían un deber de vigilancia y control respecto de los alumnos, que consistía en adoptar medidas tendientes a prevenir todo daño que pudieran sufrir aquellos, teniendo en cuenta las circunstancias y el riesgo que la actividad entrañaba.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Garantías en lo Penal de Necochea, 30/03/2007, G., E. y otra c. Colegio Ntra Sra. del Rosario, LLBA, 2007-576.

II. Apreciación del "deber de vigilancia".

El deber de vigilancia sobre los estudiantes debe apreciarse con menor estrictez si éstos poseen una cierta comprensión de sus actos acorde a su edad. También debe valorarse en la determinación de la culpa de la víctima, el estado de excitación que normalmente provocan determinadas situaciones en los preadolescentes -v.gr. hallarse

en grupo en un viaje de fin de curso-, que los vuelve aún más imprudentes que de ordinario, lo cual dificulta la comprensión de las consecuencias probables de sus actos. Se acentúa así el deber de los docentes de extremar la diligencia en el cuidado de los menores.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 25/04/1995, A., H. M. y otro c. Quilmes S.A. Expreso y otros, LA LEY, 1997-A, 23 — LLC, 1997-332.

III. El incumplimiento del deber de vigilancia de los docentes como eximente de la responsabilidad.

La Municipalidad en cuyo predio existía una estructura que se desmoronó - en el caso, cayó desde la réplica de un cabildo- y provocó lesiones a un menor de edad que se encontraba realizando un viaje de estudios organizado por la institución educativa a la cual asistía, no puede ser responsabilizada por el daño derivado del evento, atento la acabada prueba del hecho del tercero, consistente en la ausencia de vigilancia de parte de los docentes que acompañaban al grupo de alumnos

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Garantías en lo Penal de Necochea, 30/03/2007, G., E. y otra c. Colegio Ntra Sra. del Rosario, LLBA, 2007-576.

IV. Ámbito de aplicación del deber de cuidado y su acentuación fuera de la esfera del colegio:

- Fundada en la distancia y la ausencia de vigilancia de los padres.

No hay diferencia alguna en la labor educativa según se preste dentro o fuera del establecimiento escolar.Por tanto, desde el punto de vista jurídico, esa diferencia de lugares es intrascendente en orden a la responsabilidad de los docentes. Es más, puede afirmarse que el deber de cuidado o seguridad se acentúa ante la realización de un viaje educativo oficial a muchos kilómetros de distancia y con la permanencia de un numeroso grupo de adolescentes lejos de sus hogares y sin la vigilancia de los padres.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 12/10/1995, M., J. G. y otros c. Ministerio de Educación y Justicia -Secretaría de Educación, LA LEY, 1997-E, 1022.

- Fundada en los nuevos riesgos y potenciales situaciones de peligro.

En las "salidas educativas" o "viajes de estudio" el Colegio conserva en plenitud las obligaciones de proporcionar cuidado y seguridad a los educandos, del mismo modo y con no menor intensidad que la debida dentro del propio establecimiento pues, en definitiva, los alumnos están confiados a las autoridades y cuerpo docente cuya responsabilidad no sufre atenuación alguna y sí una acentuación por la presencia de nuevos riesgos y potenciales situaciones de peligro.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 12/10/1995, M., J. G. y otros c. Ministerio de Educación y Justicia -Secretaría de Educación, LA LEY, 1997-E, 1022.

V. Límites del deber de vigilancia.

No cabe requerir a docentes y preceptores en los viajes de estudio conductas que superen lo posible ni lo razonable, pero sí ha de exigírseles la máxima de las diligencias que las circunstancias impongan

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 12/10/1995, M., J. G. y otros c. Ministerio de Educación y Justicia -Secretaría de Educación, LA LEY, 1997-E, 1022

VI. Inaplicabilidad de la fuerza mayor ante un acto delictivo.

El ingreso de un delincuente al hotel en el que se hospedaban alumnos en un viaje de estudios no comporta un hecho inevitable e imprevisible, pues bien pudo ser evitado y previsto con personal de guardia o custodia suficiente para impedir el acceso a los pasillos internos y habitaciones del mismo.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 12/10/1995, M., J. G. y otros c. Ministerio de Educación y Justicia. Secretaría de Educación, LA LEY, 1997-E, 1022.

VII. Supuesto de inaplicabilidad relativa del derecho de daños:

- Concurrencia causal en la producción del resultado entre el docente a cargo y la víctima.

Existe responsabilidad concurrente de la Provincia de Buenos Aires y del menor estudiante de un establecimiento público -en el caso, se atribuyó el 50 % de responsabilidad para cada una- por las lesiones que aquél sufrió al caer al vacío luego de optar por abrir las puertas del ascensor del hotel en el cual se hospedaba con motivo de un viaje de estudio, tras quedar el mismo detenido entre dos pisos, pues la docente encargada del grupo no actuó con la diligencia y precaución que hubiera observado una persona cuidadosa de acuerdo a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, mientras que la víctima estaba en plenas condiciones de comprender la acción que emprendía y de percibir los eventuales peligros que su proceder implicaba.

Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala I, 29/06/2004, M., J. A. y otra c. Provincia de Buenos Aires y otros, LLBA, 2005-432.

VIII. Supuestos de inaplicabilidad absoluta de la responsabilidad civil:

- Organización del viaje sin intervención del establecimiento educativo.

Debe eximirse de responsabilidad al colegio al que concurría el menor que falleció mientras se encontraba en un viaje de fin de curso -en el caso, al ahogarse en un arroyo-, ya que la excursión no fue organizada por el instituto sino por los padres de los alumnos, ningún docente tomó parte en ella en representación de la escuela y tampoco el viaje era de interés educativo.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 17/05/2005, Bea, Héctor y otro c. Secretaría de Turismo, RCyS, 2005-1159.

- Actividad fuera de la extensión curricular y sin connotaciones educativas.

El comportamiento negligente del coordinador de un viaje de estudios que colaboró causalmente con el fallecimiento de uno de los estudiantes del contingente -en el caso, el menor recibió disparos de arma de fuego a la salida de un local bailable al que aquél los llevó- y que determinó la responsabilidad de la agencia de viajes, no puede ser considerado como consecuencia inmediata, ni de ninguna otra índole, de la que tuvieran que hacerse cargo el responsable educativo del establecimiento al que aquéllos asisten, ni las autoridades de la provincia de la cual él depende; máxime cuando éstos no participaron de la celebración del contrato, ni los alumnos quedaron bajo su custodia, responsabilidad o vigilancia, ni el propósito del viaje tenía connotaciones educativas, ni era una extensión de la actividad curricular.

Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 26/09/2003, Franzoni, Juan C. y otra c. Transporte Automotor Caluch S.A. y otros. RCyS, 2004, 759 — LLBA, 2004-229.

Ni crisis del contrato, ni crisis de la voluntad: la crisis de la confianza

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2010-I, 82
Cita Online: AR/DOC/3838/2009
[Consultado el 20/06/2020]

Sumario.

I. Introducción.- II. Breve acotación histórica.- III. La inmiscuición de la autonomía de la voluntad en el plano normativo de los Estados Modernos.- IV. Reflexiones en torno a la libertad y el derecho.- V. Lo autónomo.- VI. Lo voluntario.- VII. Lo heterónomo.- VIII. Relación entre contrato, autonomía y ley: regulación legal, consensual y fuerza vinculante.- IX. La autonomía de la voluntad en los tiempos contemporáneos.- X. Colofón.

"La crisis no es normativa, no recae en el contrato como institución, ni en la autonomía de la voluntad, creemos que ella recae sobre la confianza, es que cada vez esperamos menos del otro y cada vez el otro espera menos de nosotros, y ese no es un problema normativo, es una cuestión social, allí reposa el problema coyuntural, ahí radican las causas, y este déficit hoy es evidente tanto en la contratación individual como en la de adhesión o de consumo, por ello: ni crisis de la autonomía de la voluntad, ni crisis del contrato, estamos frente a la crisis de la confianza".

"...Si no tenemos confianza en nosotros, todo está perdido. Si tenemos demasiada, no encontramos cosa de provecho. Confiar pues, sin fiarse... yo no sé si es posible. Pero veo que es necesario..." José ORTEGA Y GASSET (1883-1955).

I. Introducción.

Los tiempos actuales nos llevan a pensar que los cimientos en los que se proyectó el Código Civil argentino, están marchitos, a tal punto que corren peligro de derrumbe.

La autonomía de la voluntad, prevista en materia contractual, en el artículo 1197 del Código Civil argentino, parece que ya no forma parte de los principios en los cuales reposa la estructura contractual de la actualidad. Ello, lleva a considerar a la doctrina imperante, que en realidad, la institución contrato se encuentra en crisis, y por ende, como mencionamos, el Código Civil en su totalidad también.

Si bien quienes erogan estas aseveraciones gozan de gran sustento teórico y evidencial (1), consideramos necesario centrar nuestra atención en desentrañar si la crisis referida recae efectivamente sobre la autonomía de la voluntad, o si lo afectado es el contrato en sí, o si, en definitiva, el conflicto no subyace en ninguno de estos aspectos sino en otro.

II. Breve acotación histórica.

Como sabemos, el derecho romano es un orden normativo altamente simplista, práctico y cáustico. Es decir, si bien en al antiguo derecho se hablaba de contratos y, en cierta medida ello significaba un acuerdo entre

partes, este derecho no llego a incorporar un principio general, en razón del cual, la sola voluntad obliga, sino una serie de contratos en los cuales las partes se compelían a cumplir determinadas obligaciones ya preexistentes, pero sin una autodeterminación demasiado amplia.

Esto lo advierten los Maestros franceses Ripert y Boulanger, quienes afirman que el derecho romano jamás llegó a separar completamente el consentimiento de las formas que le dan su valor. Ha aumentado el número de los contratos consensuales y de los pactos, pero no logró formular la regla de que la sola voluntada obliga (2).

Ello tardó notablemente en constituirse como una regla general, creemos que esto ocurrió, en el apogeo de la escuela del derecho natural racionalista, de donde se desprende el deber de conciencia que gesta la palabra dada y que tiempo más tarde se traduce en la máxima "quien por su propia voluntad se obliga a algo debe cumplir".

III. La inmiscusión de la autonomía de la voluntad en el plano normativo de los Estados Modernos.

Sustentado en el Derecho Romano el Código Civil francés recoge la regla mencionada anteriormente, la cual se traduce en el artículo 1134 que reza "...los convenios legalmente formados tiene fuerza de ley para los que los han celebrado...", lo paradójico de esto es que, como mencionamos en el punto anterior, dicho orden normativo no llegó a formular una máxima de este estilo, en definitiva como dice Esmein el derecho romano nos ha dado lo que el no tenía (3).

Nuestro Código Civil, recoge una regla similar en el artículo 1197 que prescribe: "...las convenciones hechas por las partes en los contratos forman una regla a la cual deben someterse como si fuera la ley misma...".

Esta es la idea en la que se inspira Vélez, con arduo sustento en una filosofía liberal e individual propia de la época, es decir, la idea de libertad e igualdad fluye en el aire todo el siglo XIX, y se infiltra minuciosamente en las diferentes legislaciones europeas y americanas, impregnando en la conciencia de aquellos a quienes están dirigidas, una percepción social novedosa.

IV. Reflexiones en torno a la libertad y el derecho.

Con gran acierto explica Soler que en cuanto forma social de vida el derecho es libertad jurídica, (4) es decir, en la idiosincrasia de los nuevos Estados Nacionales, no se concibe el desempeño de vida sin cotejarlo con la idea de libertad, son órdenes que se desenvuelven dentro del mismo plano.

Esa libertad permite que en el ámbito contractual las partes puedan auto determinarse en cuanto a sus obligaciones, las cuales se complementan y condicionan con determinadas normas legales, ambas normas (consensuales y legales) gozan de finalidades divergentes, en este sentido, dice Lorenzetti, que la regulación privada, expresa lo que las partes quieren hacer, la regulación legal lo que la colectividad pretende que hagan (5).

Entonces, siguiendo a Messineo libertad contractual significa que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato y que este debe ser el resultado del libre debate entre ellas (6).

Ahora bien, esta concepción puede tener una doble arista de influencia en el plano jurídico, una que se desenvuelve en el plano de la acción y otra que se encuentra dentro del marco de la abstención.

Esto es advertido por Galgano, quien enseña que, la libertad o autonomía significa, en sentido negativo, que nadie puede ser privado de sus propios bienes o ser constreñido a ejecutar prestaciones a favor de otros,

contra o, en general, independientemente de su propia voluntad. Y significa, en un sentido positivo, que las partes pueden, con un acto de su voluntad, constituir o regular o extinguir relaciones patrimoniales (7).

Vemos entonces que autonomía y libertad son dos piezas de un mismo bloque, su separación afecta la totalidad y funcionalidad del mismo, como también lo afectaría la sobrecarga de una en detrimento de la otra, como dice Guardiola, en todo caso, el dogma de la autonomía de la voluntad va unido directamente a la libertad de la persona, es una manifestación necesaria del respeto de los que es debido y constituye el centro mismo del derecho privado. Aunque resulte peligroso para la misma libertad la defensa de la autonomía en forma absoluta e ilimitada, (8) en definitiva como expresa Alterini la noción de autonomía de la voluntad descansa sobre la de libertad; supone la igualdad jurídica de todos y la libertad jurídica de todos; termina por entender que todo lo libremente querido es obligatorio (9).

Si bien lo expuesto, debemos concluir aseverando que todo los actos, en cierta medida, se encuentran afectados en cuanto a su carácter libre o por lo menos condicionados, pero ello no les quita el aspecto volitivo, ya que como dice López Mesa, en la base de muchos actos voluntarios se hallan presiones o influencias externas, sentimentales, morales, psicológicas etc., que pretenden volcar la voluntad del individuo hacia los intereses de un tercero, negar esto sería un acto de inocencia propio de infantes (10).

V. Lo autónomo.

Dice Guardiola que, la autonomía privada es, en un sentido amplio, el poder de autodeterminación de la persona, y se refiere a la esfera de libertad de la persona, tanto para ejercitar facultades y derechos como para conformar las distintas relaciones jurídicas que le afectan. Tan importante concepto es definido por el autor, como aquél poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derecho, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social (11).

En un notable trabajo, explica Goldshmidt, que la autonomía consiste, en sustituir las disposiciones dispositivas del derecho aplicable a los contratos, por estipulaciones propias que, por supuesto, deben respetar al orden público interno. Esta limitación es inherente a la definición de la autonomía restringida, toda vez que el orden público interno es idéntico al conjunto de las disposiciones coactivas jugando par deinitionem la autonomía restringida solo con miras a las disposiciones dispositivas. Entendía, el destacado maestro, que la autonomía puede ejercerse por inserción (12) o por referencia (13).

Bien, ahora sintetizando esta idea, nosotros entendemos que una conducta es autónoma, cuando quién la ejecuta tiene la facultad de reunir, de contemplar un abanico de situaciones posibles de las cuales en definitiva, si está capacitado podrá optar, en este último caso el acto además de autónomo será voluntario.

VI. Lo voluntario.

Sería necesario hacer una distinción entre los conceptos de voluntad y de autonomía, si bien, ambos se encuentran en plena cohesión, creemos que no son sinónimos, en cuanto al primero de ellos, la voluntad, los griegos y los escolásticos decían que ella es una facultad del alma (14). Y San Agustín entendía que toda la vida conciente está gobernada por la voluntad, (15) ¿pero que es realmente lo voluntario? Bueno, nuestro Código civil en los artículo 896 y sgts. reguló una serie de normas en relación a este interrogante, el acto es voluntario si puede ser ejecutado con discernimiento intención y libertad (art. 897), caso contrario es in voluntario y no produce obligación alguna para quién lo realiza (art. 900) (16). Es decir, el hombre es obligado por su voluntad siempre y cuando ella no esté viciada, como dicen López Mesa y Valiente, liberados del fatalismo mágico de las civilizaciones incipientes, debemos aceptar, sin cortapisas, que el hombre debe responder por sus actos, al menos

que los mismos alojen en sí algún vicio, jurídicamente reconocido, como obstativo para la plena eficacia de la manifestación o la conducta jurídicamente vinculante.

Como en el caso anterior, entendemos que el carácter volitivo del acto va a influir directamente (17), en un aspecto intrínseco del sujeto, en este caso, en la posibilidad de elegir, entonces, si unimos ambos conceptos, *la autonomía implica reunir, y la expresión de la voluntad consiste en elegir entre aquello que se ha logrado reunir.*

VII. Lo heterónomo.

Explica Kant que la autonomía de la voluntad es un principio supremo de la moralidad, y la heteronomía de la voluntad es fuente de falsos principios de moralidad (18).

Siguiendo a Rosenfeld se entiende que la heteronomía es tal o ha de definirse como la no autonomía. El principio de ordenación de las relaciones, ligado a la autoridad, impone su modalidad y estatuye los efectos según criterios que tiene en cuenta el interés general y que razonan, por tanto, la obligatoriedad del precepto para todos cuantos, personas, grupos instituciones (19).

Es decir, en la contratación la conducta es autónoma cuando una de las partes genera normas por sí sin que la otra participe, pero al suscribir el acuerdo, y conforme a la legislación vigente, está última queda sujeta a todos los efectos legales que emanan del mismo, los cuales, en definitiva, devienen en su mayoría en su contra.

Esta cuestión es altamente problemática, ya que los cimientos en los que se construyó el Código Civil argentino se apoyaron en otra realidad (20), y ahora la situación hace suponer, que las normas de dicho cuerpo legal, no son aptas para solucionar el sin fín de inconvenientes que surgen de este tipo de contratación (21).

En la actualidad, la energía está puesta en la protección del débil frente al derecho, que como dice Alterini, no significa la destrucción de la libertad de contratar, sino la afirmación del verdadero concepto de libertad: poder obrar como se quiere, queriendo obrar como se debe, y ser libre de contratar, en auténtica noción de igualdad, sin distorsiones o presiones derivadas, generalmente de la desigualdad económica (22).

VIII. Relación entre contrato, autonomía y ley: Regulación legal, consensual y fuerza vinculante.

VIII.1. Regulación legal.

Como explican Planiol y Ripert, el Código Civil encauza la expresión de la voluntad regulando los contratos más usuales, si bien estas reglas no son de carácter imperativo. Las leyes supletorias o interpretativas constituyen marcos cómodos para las partes, que generalmente se preocupan del efecto esencial de su convenio, desatendiéndolas consecuencias jurídicas secundarias (23).

Entonces, en principio, el ordenamiento jurídico permanece latente y expectante, es decir, le da prevalencia a la regulación de las partes, pero cuando esta falla o es insuficiente, es misión del juez rellenar esos vacíos, como dice Lorenzetti, la lectura de la jurisprudencia revela hasta qué punto las partes han realizado una obra inconclusa. El juez convoca permanentemente a la ley, los principios generales, los preceptos judiciales, a fin de desarrollar el programa privado o bien para rectificarlo (24).

Ahora bien, nos preguntamos con Goldshmidt, ¿Cuál de los dos principios merece en justicia la preferencia, la libertad o la autoridad?, y el notable jurista nos marca el camino sosteniendo conforme su percepción trialista del derecho que, he aquí la preferencia dikelógica del reparto autónomo, puesto que el reparto

autoritario, cuesta, necesariamente una injusticia, la de ignorar la voluntad de los recipiendarios, mientras que el reparto autónomo puede llevarse a efecto sin incurrir en injusticia alguna (25).

VIII.2. Relaciones no reguladas por el derecho.

En muchas ocasiones y a través de la práctica del artículo 1197 del CC, las partes van gestando acuerdos que no se condicen con los regulados por Vélez, así van creando nuevas formas contractuales. Esto es así porque la fórmula amplia del artículo 1197 del CC lo permite, al igual que la del 1134 del C C francés, otras legislaciones prevén normas más amplias para crear contratos de tipicidad social, así explica Messineo, que el CC Italiano faculta a las partes a concluir contratos con finalidades prácticas aún no previstas por la ley, pero subordinando su reconocimiento a la condición de que el contrato se dirija a realizar intereses merecedores de tutela, según el ordenamiento jurídico (26).

Como dice Galgano en definitiva libertad de de utilizar contratos atípicos para conseguir finalidades atípicas (27).

VIII.3. Acerca de la fuerza vinculante del contrato.

El artículo 1197 dice que lo acordado por las partes forma una regla, y nos preguntamos , cual es la finalidad y el alcance de dicha regla, en cuanto al primer planteo vale decir que la yuxtaposición de voluntades genera una fuerza vinculante, la cual en las palabras de Puig Peña tiene una raíz subjetiva y una objetiva. Al ser el contrato una proyección de la propiedad y libertad individuales, si se reconocen estas absolutamente, deben ser estimadas asimismo en sus efectos, tanto positivos como negativos. La segunda se asienta en razones de conveniencia social, pues que a la sociedad le interesa procurar el respeto y cumplimiento de lo acordado por sus miembros (28).

En cuanto al segundo interrogante, si bien es un criterio discutido en doctrina (29), nos inclinamos por considerar que el acuerdo de voluntad no le dá fundamento a la fuerza obligatoria del contrato, porque ello significaría convertir al ciudadano en legislador, nosotros creemos que dicha obligatoriedad deriva de la ley, compartimos el criterio de Mayo, para quien la autonomía de la voluntad no es el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato (y por ende del negocio jurídico). Explica el autor que se han confundido dos cuestiones bajo la misma noción, la autonomía de la voluntad la libertad de los particulares. Y como corolario de su apreciación nos dice que desde el momento en que la voluntad de los particulares no implica el ejercicio de un poder normativo, carece de sentido mantenerla como noción diversa de la libertad contractual (30).

IX. La autonomía de la voluntad en los tiempos contemporáneos.

Con solvencia, el jurista Messineo afirma que el principio de la autonomía de la voluntad, constituye la piedra angular de la disciplina general del contrato, (31) que reposa, como ya hemos dicho en la idea de la libertad. Ahora bien, sabemos que en este último tiempo hemos experimentados cambios que modificaron rotundamente esta concepción, o por lo menos han influido sobre ella, hasta llegar a considerarse que se encuentra en plena crisis.

Como dice Hersalis, la libertad es un don supremo del hombre, y la misma se ha visto cristalizada como medio para que el hombre logre sus proyectos personales y que los mismos no obstaculicen otros, mediante la dominación. También teniendo como fundamento la libertad, pero en ciertas oportunidades y fundamentalmente por los cambios que existieron en el mundo, como ser la revolución industrial y el maquinismo, hasta llegar a la globalización, ha llevado a que las legislaciones impongan límites a la autonomía, ella tiene como fundamento el fortalecimiento de las relaciones jurídicas en un pie de igualdad, a fin de evitar desequilibrios y desigualdades que existen en la contratación moderna (32).

La consecuencia inmediata de esta situación, es el debilitamiento de la autonomía de la voluntad, en este sentido Puig Peña afirma que en la actualidad, el principio de la autonomía de la voluntad, ha perdido la omnipotencia que tenía durante el siglo XIX y parte del presente, encontrándose en profunda crisis (33).

No nos caben dudas de ello, pero el motivo de esta investigación consiste en desentrañar si realmente es la autonomía de la voluntad la que está en crisis, si es el contrato o si la crisis recae en algún otro aspecto.

X. Colofón.

Hemos dicho, que la autonomía de la voluntad en el contrato consiste en poder reunir y elegir (34). Crisis del contrato, crisis de la autonomía de la voluntad, son palabras que resuenan como campanarios dominicales por las Facultades de Derecho de la Argentina, en definitiva, parece una verdad consumada que el Código Civil no resiste el análisis ante la nueva realidad circundante en materia contractual que pone en tela de juicio lo expresado con precedencia.

Es óbice, que hoy existe una contratación que dista mucho de aquella que previó Vélez, porque, en definitiva, la sociedad también dista mucho de aquella que vio vivir al Maestro Cordobés. Hoy, la realidad demuestra que una parte se impone en la contratación sobre otra por gozar de mayor poderío económico, es decir, la imposición del más fuerte en una sociedad capitalista, es la imposición del más rico.

Pero esto *¿realmente crea una crisis en la institución del contrato, y más precisamente en el principio de la autonomía de la voluntad?* Mucho nos ha quitado el sueño estos interrogantes, pero las respuestas a esta complejidad planteada, la encontramos paradójicamente en la simpleza, sí, en aquellas enseñanzas que profesa la lingüística, en especial, en lo pertinente a las proposiciones.

Bueno, pero cual es el razonamiento, qué une al entrecruzamiento de voluntades y a las proposiciones.

Veamos, la proposición es un elemento gramatical semejante a la oración, pero se diferencia de esta, en que no es un enunciado independiente dentro de un texto, sino que está unida a otro enunciado, que también es una proposición (35).

Existen varias maneras de vincular dos oraciones pero vamos a hacer hincapié en dos tipos de proposiciones: por un lado las coordinadas, y por otro las subordinadas adjetivas.

La primera de ellas, es decir, la proposición coordinada, es aquella que relacionada con otra por medio de nexos coordinantes, (36) lo característico de este tipo de proposiciones es que una oración no depende de la otra, ni se encuentra subordinada a la misma, creemos que esto simboliza en cierta manera, lo que ocurría con la contratación tradicional que reguló Vélez, en donde ambas partes, en principio, se encuentran en igualdad fáctica de negociar y ninguna se halla inmersa en una disvalía que condicione su existencia en la relación.

Por otro lado, en las proposiciones subordinadas adjetivas, una oración tiene una relación de dependencia con respecto a otra oración, (37) porque siempre se refiere a un sustantivo, que recibe el nombre de antecedente.

Y están encabezada por nexos relacionantes: (que quien, cuyo, donde, el cual) (38). Esto, creemos, simboliza la contratación actual, en donde, quien detenta el capital, se impone por sobre quien se configura como el débil de la relación, en definitiva, los consumidores o usuarios.

No vemos tan caótica la situación como la ha descripto alguna doctrina, consideramos que la ley de defensa del consumidor ha sido una herramienta eficaz para, en cierta medida, amedrentar los efectos nocivos que surgen de la eminente desprotección del débil jurídico (39).

De manera gráfica, hemos expuesto la problemática en estos tipos de contratación que, en ciertos aspectos difieren y en otros gozan de semejanzas. ¿Pero donde encontramos esas similitudes? La descripción que hemos hecho, tomada de la lingüística sería incompleta si no dijéramos que representan para nosotros el nexo coordinante y el nexo relacionante, ambos (los nexos), aunque diferentes, son elementos comunes a los dos tipos de contratación, ahora bien, agudizando nuestra sapiencia vislumbramos que en materia contractual el nexo, ese elemento en común de ambas formas de contratación, lo hallamos en la confianza, ello es lo que cualquier contratación tiene en común, es decir, lo que se espera del otro, y esto se proyecta tanto en la contratación individual que tuvo en mente Vélez, como en la contratación de consumo que hoy impregna el fenómeno contractual.

Consideramos, sin temor a yerro, que la crisis no es normativa, no recae en el contrato como institución, ni en la autonomía de la voluntad, creemos que ella recae sobre la confianza, es que cada vez esperamos menos del otro y cada vez el otro espera menos de nosotros, y ese no es un problema normativo, es una cuestión social, allí reposa el problema coyuntural, ahí radican las causas, y este déficit hoy es evidente tanto en la contratación individual como en la de adhesión o de consumo, por ello: ni crisis de la autonomía de la voluntad, ni crisis del contrato, estamos frente a la crisis de la confianza.

Bibliografía.

(1) La propia realidad que nos rodea hace visible una rotunda modificación y transformación de la concepción del contrato, y principalmente una nueva percepción del concepto de autonomía de la voluntad, la cual en la mayoría de los casos contemporáneos se resume en el mero asentimiento de la propuesta de quien se encuentra dentro de la relación contractual en una posición dominante.

(2) RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol. Tomo IV. Las Obligaciones. Volumen I. Ed. La Ley. Buenos Aires. Pág. 16.

(3) RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. Ob. Cit. Pág. 16. Nosotros creemos que los cultores del Código Civil francés, DOMANT y POTHIER, extraen esta idea de una concepción evolucionada del derecho natural racionalista, en donde sí se había descripto un principio de raigambre general que tenía un sustento moral.

(4) SOLER, Sebastián. Ley, historia y libertad. Editorial Losada. Buenos Aires. Pág. 95.

(5) LORENZETTI, Ricardo. "Análisis crítico de la autonomía privada contractual". En Revista de Jurisprudencia Argentina. Tomo 1994-IV. Pág. 955. Complementa esta idea diciendo que ninguna de ellas son neutras en términos económicos distributivos.

(6) MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Traducción de R. O. FONTANARROSA., S. SENTIS MELENDO, M., VOLTERRA. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Pág. 16.

(7) Es decir, que estas pueden disponer de sus bienes o pueden obligarse a ejecutar prestaciones a favor de otros (bajo el primer aspecto, la autonomía contractual coincide con la facultad de disposición de las cosas, que se encuentra en el contenido del derecho de propiedad GALGANO, Francisco. El negocio jurídico. Traducción de Francisco BLASCO GASCO, y Lorenzo, PRAT ALBENTOSA. Ed. Tirant Io Blanch. Valencia. 1992. Pág. 66.

(8) GUARDIOLA, Manuel Amorós. "Las limitaciones a la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico De Castro". En Anuario de Derecho Civil. TOMO XXXVI, Fascículo IV Octubre-Diciembre MCMLXXIII. Artes gráficas y ediciones SA. Pág. 1131. En igual sentido, Federico DE CASTRO. "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad". En Anuario de Derecho Civil. TOMO XXXIV. 1982. Artes gráficas y ediciones SA. Pág. 987 y sgts. En este orden de ideas, explican los maestros franceses PLANIOL y RIPERT, que el principio de la libertad en la contratación es una pieza indispensable de

un régimen que acepta la propiedad privada y la libertad de trabajo. El deber del legislador ha de reducirse a prevenir sus excesos, protegiéndolos contratantes frente a las sorpresas y las injusticias del contrato, prohibiéndoles, especialmente, modificar con sus acuerdos privados las relaciones que interesan al orden público. Pero hay que tener cuidado de que tal reglamentación no se haga excesiva, entorpeciendo de ese modo el comercio jurídico, al destruir la seguridad. PLANIOL, Marcelo, RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo Sexto. Las Obligaciones. (Primera Parte). Traducción de Mario DIAZ CRUZ. Ed. Cultural S. A. Habana. 1936. Pág. 29.

(9) ALTERINI, Atilio Aníbal. Derecho Privado. 2° Edición. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1981. Pág. 350.

(10) LOPEZ MESA, Marcelo. "La violencia como vicio de la voluntad". Revista La Ley. Tomo 2005-E. Sec. Doctrina. Pág. 1238.

(11) GUARDIOLA, Manuel Amorós. Ob. Cit. Pág. 1135.

(12) La autonomía por inserción, para el autor, consiste en excluir normas dispositivas ante la incorporación de cláusulas propias acordadas por las partes.

(13) Dice el autor que es admisible que las partes, en lugar de formular las estipulaciones que deseen convenir en sustitución de las disposiciones legales, las elijan por medio de una referencia a otro derecho aplicable. Esta referencia puede hacerse en derecho privado, determinado, sea nacional (por ejemplo, el francés), sea regional, (por ejemplo el neoyorkino). No hay inconveniente en que la referencia se haga a un derecho privado derogado. GOLDSHMIDT, Werner. "Autonomía universal de la voluntad" En Revista española de Derecho Internacional. Vol. XXV, Nums 1-4. Madrid. 1974. Pág. 183.

(14) Puerto de consolación arribada forzosa de sus búsquedas, los griegos crearon esa entidad metafísica y reversible de las facultades Los escolásticos la apartaron y clasificaron después con sorprendente aptitud RISOLIA, Marco Aurelio. Soberanía y crisis del Contrato. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1958. Pág. 20. se decía: Ignoti nulla cupido nihil volitum nisi pracognitum. La reflexión solo puede abstraer del acto voluntario el elemento voluntad, inseparable de otros intelectuales o afectivos.

(15) SAN AGUSTIN. La ciudad de Dios. Traducción de J. C. DIAZ DE BEYRAL. Vida de Hernando y Civa. Madrid. 1893. Pág. 74. Ignoti nulla cupido nihil volitum nisi pracognitum. La reflexión solo puede abstraer del acto voluntario el elemento voluntad, inseparable de otros intelectuales o afectivos.

(16) Decía ARISTOTELES que los actos voluntarios son objetos de alabanza o censura; los involuntarios de perdón y algunas veces de piedad. Lo voluntario es lo que principalmente determina la virtud.

(17) LOPEZ MESA, Marcelo. VALIENTE, Luis Alberto. "El Negocio jurídico (manifestación de voluntad libre y consciente)". Revista La Ley. Tomo 1992-E. Sec. Doctrina. Pág. 979.

(18) KANT. Fundamentos de una metafísica de la costumbre. Traducción de A. ZOZAYA. Editorial Banca económica filosófica. Madrid. 1904. Pág. 95. Las ideas de este pensador van a influir notablemente en el fundamento de las normas vinculadas con la autonomía de la voluntad, como señalan RIPERT y BOULANGER, la filosofía francesa ha sido muy sensible a su influencia. Ha enseñado que la voluntad del hombre hace su ley y esa afirmación ha robustecido la creencia en el valor moral de la teoría de la autonomía de la voluntad. RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. Ob. Cit. Pág. 21.

(19) Explica, el autor, que la heteronomía no puede ser conceptuada bajo el único signo negativo de la limitación; en ella existe una naturaleza propia, que la independiza y la constituye, siendo la raíz ultima de la heteronomía el principio de autoridad o sea una extrema reglamentación, impuesta a la propia voluntada del individuo por virtud de normas que imperan su mandato. ROSENFELD, Carlos L. "Autonomía de la voluntad y orden público". En Revista Notarial. N° Especial N° 853. Pág. 2159.(20) VELEZ tuvo en miras la contratación individual, en donde las partes negociaban en pie de igualdad y donde ninguna se sobreponía ante la otra, lo deliberado en cuanto satisfacía los intereses de las partes, formaba parte del acuerdo y en definitiva no existía una presión hacia la contratación. Esta situación, se desnaturalizó completamente.

(21) La ley de Defensa del Consumidor vino a intentar moderar esta antinomia entre el derecho y la realizad, y creemos que en gran medida lo ha logrado, aunque todavía queda mucho por recorrer.

(22) ALTERINI, Aníbal Atilio. Ob. Cit. pág. 350.

(23) PLANIOL, Marcelo, RIPERT, Jorge. Ob. Cit. pág. 30.

(24) LORENZETTI, Ricardo. Ob. Cit. pág. 954.

(25) GOLDSHMIDT, Werner. Ob. Cit. pág. 192.

(26) MESSINEO, Francesco. Ob. Cit. pág. 16

(27) Como en el caso del contrato fiduciario o del contrato indirecto, o combinar entre ellas varias figuras contractuales típicas o atípicas, para realizar, como sucede en los contratos colegiados, a los que nos referiremos en su momento, intereses diversos de los que subyacen en cada contrato, singularmente considerado. GALGANO, Francisco. Ob. Cit. Pág. 68.

(28) PUIG PEÑA. Federico. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Obligaciones y Contratos. Vol. II. 2° edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 18.

(29) Algunos autores participan de la idea de que la fuerza obligatoria del contrato de deriva de la autonomía de la voluntad, pero eso es inexacto, porque quines pueden generar obligatoriedad de las relaciones civiles son las leyes, y consecuentemente sus creadores: los legisladores.

(30) Explica el profesor que el contrato deriva su carácter de regla obligatoria para las partes del propio derecho objetivo que así lo reconoce, tal cual lo determina el artículo 1197 del Código Civil, pues es manifiesta la insuficiencia de la autonomía de la voluntad para explicar porqué es obligatorio lo convenido, cuando ello es el resultado de una voluntad pasada, muerta, que debe prevalecer ante una voluntad viva, que se rehúse a ejecutar el contrato. MAYO, Jorge. "La autonomía de la voluntad. ¿Es el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato?" En Revista la Ley, Tomo 1996-E. Pág. 836.

(31) MESSINEO, Francesco. Ob. Cit. Pág. 15.

(32) HERSALIS, Marcelo, JALIL, Julián (Colaborador). "Heteronomía Vs. autonomía de la voluntad. ¿Y el derecho de defensa en juicio?" Revista La Ley Buenos Aires. Año 12. Número 1. Febrero de 2005. Pág. 21.

(33) Entre las causas de esta situación, el autor la encuentra en la falsedad de la tan decantada igualdad de las partes en el momento de la celebración del contrato, y afirma que la vida real ha demostrado que el usuario o el consumidor acuden al contrato en condiciones de verdadera inferioridad frente a la potencia económica que supone el patrono o la empresa que disfruta de un monopolio de hecho o de derecho. PUIG PEÑA. Federico. Ob. Cit. Pág. 11.

(34) Como dice RISOLIA reunir y elegir son los verbos que corresponden a las funciones lata y estricta de la voluntad reunir es la acción que está al comienzo de la vida consciente; elegir es la acción en que la vida consciente culmina. RISOLIA, Marco Aurelio. Ob. Cit. Pág. 20. HOFFDING, H. Bosquejo de una psicología basada en la experiencia. Traducción de D. VACA, Madrid. Jorro 1904, Pags. 138 y sgts. ROUSTAN, D. Lecciones de Psicología. Traducción de G. FINGERMANN. Editorial Polet. Buenos Aires. 1938. Pág. 119/465. PAULHAN, F. La voluntad. Traducción de R. RUBIO. Editorial D. Jorro. Madrid. 1905. Pags. 3 y 5. Como señala LOVECE la autonomía del hombre, como principio fundamental de todo sistema social, reflejado en la praxis en su libertad y capacidad de opción, encuentra dentro del sistema jurídico en el principio filosófico de la autonomía de la voluntad, su expresión más acabada. LOVECE, Graciela. "El principio de la autonomía de la voluntad. Sus Límites en la sociedad actual". Diario La Ley. Año LXXI N° 194. Octubre de 2007. Pág. 1.

(35) MARIN, Marta. Lengua. Editorial Aique. Buenos Aires. 1998. Pág. 243.

(36) LESCANO, Marta, LOMBARDO, Silvia. Para Comunicarnos. Editorial del Eclipse. Buenos Aires. 1998. Pág. GP-14.

(37) MARIN, Marta. Ob. Cit. Pág. 243.

(38) LESCANO, Marta, LOMBARDO, Silvia. Ob. Cit. Pág. GP-14.

(39) Además, esta ley se encuentra en plena evolución, recientemente hemos visto una reforma a ella y creemos que este es el camino para regular la realidad circundante. Para nada, creemos que dicha ley modificó el Código Civil, en absoluto, solo lo complementó, e impregnó con su perfume, la fragancia del necesario rejuvenecimiento en el plano contractual dentro de la gran obra de VELEZ.

La asunción de riesgos y sus diferentes ámbitos de aplicación

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: **https://informacionlegal.com.ar/**
Publicado en: RCyS 2010-II, 245
Cita Online: AR/DOC/3896/2009
[Consultado el 25/06/2020]

Ante la ausencia legislativa concreta, la doctrina intenta encausar el concepto analizando su viabilidad como elemento autónomo de exclusión de la responsabilidad civil, o como justificativa del daño, y en este sentido cobra trascendencia activa la idea de la concausa en la relación causal para fundamentar su aplicación fáctica.

Sinopsis.

La asunción de riesgos cobra cada vez mayor virtualidad en el plexo jurisprudencial, configurándose como una causal de atenuación de la responsabilidad civil emergente del hecho y en ciertos casos como un verdadero supuesto de exclusión de ésta.

Resulta curiosa la multiplicidad de situaciones jurídicas en donde la institución tiene acogida, alcanza con visualizar los precedentes seleccionados para denotar su procedencia jurisdiccional en situaciones disímiles y con fundamentos axiológicos divergentes.

Ante la ausencia legislativa concreta, la doctrina intenta encausar el concepto analizando su viabilidad como elemento autónomo de exclusión de la responsabilidad civil, o como justificativa del daño, y en este sentido cobra trascendencia activa la idea de la concausa en la relación causal para fundamentar su aplicación fáctica.

Como veremos a continuación, cierto sector doctrinal es reacio a la aplicación judicial de la idea de "asunción de riesgos" habida cuenta que la misma se encontraría en eclipse conceptual con otros institutos contemplados en la legislación civil nacional.

Casuística.

Culpa de la víctima. Ciclista que no cumple con las normas de seguridad al circular por la ruta.

Corresponde distribuir mayor responsabilidad en el accidente de tránsito al ciclista víctima fatal -en el caso, se le otorga un 80%, mientras que al demandado se impone un 20%- que circulaba en una bicicleta sobre una ruta asfaltada, de noche y sin elementos que permitan advertir su desplazamiento, pues ello implica la irresponsable asunción de riesgo a la integridad física, constituyéndose en un obstáculo a la normal circulación al resultar difícil advertir su presencia con tiempo y margen de maniobra para evitar su colisión.

CApel. Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, 26/08/2002, Barra, Lorena S. c. Díaz, Rubén A. y otro, LLLitoral, 2003-964.

Contexto doctrinario.

Correa, José Luis. Responsabilidad del conductor automovilista por el cruce de peatones en rutas de tránsito rápido. LLGran Cuyo, 2007-701.

Explica el autor que la víctima que intenta el cruce por una zona no habilitada sin tomar las debidas precauciones, ni respetar la prioridad del demandado, rompe el nexo causal, es decir, sostiene que hay una violación a las normas de tránsito y la culpa de la víctima constituye una grave imprudencia y negligencia, que se configura al no verificar si circulaba algún vehículo, al atravesar la ruta por un lugar donde no tenía prioridad, con su bicicleta al lado y en estado de ebriedad, entendiendo que es responsable del accidente al contrariar los reglamentos de tránsito y actuar negligente e imprudentemente.

Biblioteca.

Brebbia, Roberto H., "Accidentes de automotores" Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961.
Colombo, Leonardo A., "Culpa aquiliana" (cuasidelitos), t. II, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 1965.

Casuística.

Transporte benévolo. Improcedencia de la causal como eximente de responsabilidad:

a. Con sustento en la real finalidad del transportado.

La tesis de la asunción de los riesgos por parte del transportado por complacencia es ficticia y peca por excesiva, porque no puede afirmarse que el pasajero acepte realmente los riesgos "a priori" sino que sólo desea ser transportado de un lugar a otro, y no ser dañado: si supiera que eso acontecería seguramente no aceptaría subir, ya que nadie que tenga mediano sentido está renunciando a la vida o la integridad física cuando se sube a un automóvil.

CCiv. y Com. Junín, 07/05/1998, Surace, Pablo E. c. Bengoechea, Roberto F. y otros, LA LEY 1999-D, 808 - LLBA 1999-24, con nota de María del Carmen, Romero Acuña.

Contexto doctrinario.

Bustamante Alsina, Jorge. En el transporte benévolo no se puede invocar como factor de responsabilidad el vicio o riesgo de la cosa. LA LEY 1991-D, 106

Expone el autor como funciona la concurrencia de culpas, cuando la víctima acepta haber asumido el riesgo del daño que padeció.

Biblioteca.

Trigo Represas, F. A.-Lopez Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil" Ed. La Ley. Buenos Aires 2004.

Mosset Iturraspe, Jorge "Responsabilidad por daños", Buenos Aires.-Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999.

b. Con sustento en un argumento normativo-legal.

El dueño del rodado en el que viajaba una persona transportada en forma benévola, es responsable por el daño sufrido por éste con motivo de un accidente de tránsito, pues corresponde aplicar la presunción que deriva

del art. 1113 del Cód. Civil en tanto no puede suponerse que el transportado en tal situación aceptara el riesgo, renunciando por anticipado a su derecho a mantener su propia indemnidad, la asunción de los riesgos normales del viaje no es causal de supresión ni de disminución de la responsabilidad por los principios que emanan de los arts. 1109 y 1111 del Cód. Civil.

CNCiv., sala B, 04/07/2002, Melnik de Quintana, Mirna E. y otros c. Carafi, Juan M., LA LEY, 2002-E, 832 — DJ, 2002-3, 607

Contexto doctrinario.

-Brebbia, Roberto H. Transporte benévolo (Teoría del riesgo. Neutralización de riesgos. Relación de causalidad. Concausa. Valor económico de la vida humana). LA LEY, 1990-C, 523-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 391

En este trabajo se analizan los supuestos configurativos del transporte benévolo, la aplicación de la teoría del riesgo, la neutralización de los riesgos, la concurrencia de culpa y el riesgo. Asimismo se hace referencia a la relación de causalidad entre el hecho ilícito y las lesiones psíquicas sufridas por las víctimas indirectas como así también el valor económico de la vida humana.

- Brianti, Felipe Omar. Transporte benévolo y responsabilidad del transportista. DJ, 2004-3, 776.
El autor pone de manifiesto las diferentes posiciones en torno a la fundamentación de la responsabilidad en el trasporte benévolo, explicando especialmente las doctrinas que se sustentan en argumentos de equidad y moral, en la asunción de riesgos por el transportado, o en su culpa concurrente.

Biblioteca.

Bustamante Alsina, j. "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987.
Bueres, Alberto, J., "El acto ilícito", Hammurabi, Buenos Aires, 1986.

Casuística.

Procedencia parcial de la eximición de responsabilidad.

a. Con sustento en la grave imprudencia y el riesgo previsible

Corresponde responsabilizar en un 80% al actor y un 20% al demandado por los daños sufridos por aquél, en ocasión de haber ingresado a un campo ajeno a sabiendas de la existencia de personal de vigilancia armado y resultó herido por uno de ellos, en tanto su conducta se encuentra teñida de grave imprudencia a la par de la asunción voluntaria de un riesgo previsible.

C1aCiv. y Com. San Nicolás, 08/07/2003, Reynoso, Walter R. c. Salas, Rubén A. y otros, LLBA 2004-452

Contexto doctrinario.

- Burgos, Débora Marchand, Silvina Parellada, Carlos A. La asunción del riesgo ¿Causa eximente o de justificación?. LA LEY, 08/09/2009, 1.

Los autores analizan el argumento que aparece en ciertos pronunciamientos judiciales -algunos de los cuales se examinan- acerca de la "asunción del riesgo" por parte de la víctima, con la finalidad de establecer si se trata de una causal de eximición autónoma de la responsabilidad civil o una causa de justificación, asimismo

denotan su ámbito de aplicación y los requisitos que se deben reunir para excluir o aminorar el crédito resarcitorio.

- Mayo, Jorge, Prevot, Juan Manuel, La idea de aceptación de riesgos en materia de responsabilidad civil, LA LEY, 31/08/2009,1.

A través del presente trabajo los distinguidos profesores tratan de arribar a una noción coherente de "responsabilidad civil," tarea para la cual resulta menester no sólo indagar sus aspectos semánticos, históricos y etimológicos, sino también terminológicos. De ello se deriva, entre otras cosas, que la identificación de la responsabilidad con la culpabilidad no es más que un mito y que el anglicismo Law of Tort ("Derecho de Daños") poco o nada añade a la cuestión.

Biblioteca.

Zavala de González, Matilde "Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones el derecho de daños", Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
LLAMBIAS, J. J. "Tratado de Derecho Civil", T. III Obligaciones Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977.

b. Con sustento en una visión sociológica.

Corresponde disminuir a la mitad el monto indemnizatorio al que hizo lugar la demanda que perseguía la indemnización de los daños sufridos por la actora al tener un accidente el vehículo en el que viajaba en forma benévola, toda vez que el transporte amigable significa para el transportado una opción circunstancial de vida al prescindir de la alternativa del transporte oneroso e implica una plena asunción de los riesgos a que se encuentra expuesto, lo contrario implicaría desalentar este tipo de transporte con consecuencias negativas sobre la solidaridad comunitaria.

CApel. Noreste del Chubut, sala B, 24/02/2005, Sandoval, Néstor Fabián c. Muñoz Cheuque, Rafael y otros, LLPatagonia 2006, 131 - RCyS 2007, 315, con nota de Ricardo J. LENS.

Contexto doctrinario.

- Mosset Iturraspe, Jorge ¿El transportado gratuitamente viaja a riesgo y ventura? (La asunción o aceptación del riesgo como falacia jurídica). LA LEY, 1991-E, 440-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo IV, 399.

El jurista santafesino explica como el derecho se orienta hacia la consagración del deber de reparar los perjuicios ocasionados frente a todo "daño injusto"; cualquiera sea la actividad que está en su génesis y que guarda con el resultado negativo relación de causalidad adecuada, poniendo de resalto que la gratuidad, no justifica el daño es decir, no libera de la responsabilidad civil.

- Romero Acuña, María del Carmen. Acerca del transporte benévolo. LLBA, 1999-23.

La autora comenta el reclamo indemnizatorio efectuado por los padres, en representación de una menor, que sufriera daños físicos, la pérdida de su ojo derecho, como consecuencia del accidente automovilístico que padeciera en oportunidad de encontrarse en el automóvil de un transportador de cortesía, que ofreciera trasladarla. En este sentido hace incapié en la influencia de la sentencia en sede penal, y si corresponde la indemnización no mediando una incapacidad laborativa concreta.

Biblioteca.

Borda, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil", T. II, Obligaciones, Actualizado por Alejandro Borda. Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2008.

Trigo Represas, F. A.-Stiglitz R. S. "Derecho de Daños", Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1989.

Casuística.

Deportes riesgosos.

a. Daño durante el período de aprendizaje.

Al tratarse de un deporte voluntariamente ejercido por la damnificada, le corresponde asumir las consecuencias derivadas del peligro natural de la actividad y del período de aprendizaje que lo agrava, y por haber sido ella misma quien decidió, con conciencia de sus limitaciones y del riesgo que afrontaba exponerse a éste, deben serle cargadas a su cuenta, por lo menos en sustancial proporción, los efectos dañosos. La asunción del riesgo, a sabiendas del grado elemental de pericia que lo agravaba, es pues, determinante.

CNCom., sala A, 13/10/1986, La Construcción Cía. de Seguros c. Christiani & Nielsen, S. A, LA LEY 1987-C, 51, con nota de José Luis García CAFFARO.

Contexto doctrinario.

- Mazzinghi (h.), Jorge Adolfo Los daños en el deporte. Una sentencia severa pero justa. LA LEY, 1996-C, 698- Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 1247

Explica el autor la funcionalidad de la asunción de riesgos y que los deportistas deben hacerse cargo de reparar los daños que resulten de su obrar culposo o excesivo, exteriorizando su posición en torno a que el desarrollo de una actividad deportiva no tiene porqué ser una pantalla o un pretexto para excusar un comportamiento temerario o manifiestamente imprudente.

- Weingarten, Celia. Los espectáculos deportivos y la asunción del riesgo. LLGran Cuyo 2007-27.

La autora explica que todo deporte implica, en mayor o menor grado, un riesgo para quien lo practica que debe ser por él asumido y el funcionamiento de la obligación tacita de indemnidad que opera con menor intensidad, porque hay una cantidad de daños que constituyen el riesgo propio y ordinario que la actividad deportiva entraña y que no resultan reparables, en este sentido sienta las bases en relación a la asunción de riesgos.

Biblioteca.

Ghersi, Carlos (Director), Weingarten Celia (Coordinadora), "Tratado de daños reparables" Ed. LA LEY, Buenos Aires 2009.

Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G. "Instituciones de Derecho Privado," Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J, Tratado de la responsabilidad civil, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2004.

b. La destreza del aprendiz y su incidencia en la producción del daño.

El aprendizaje de un deporte riesgoso hace presumir, por sí mismo, la asunción implícita del riesgo normal y habitual por quien se somete voluntariamente a la práctica, pues también la prudencia, diligencia y aun la destreza propia del alumno juegan un rol importante para evitar la producción de daños.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 04/05/2000, Failace, Diego c. Fundación Equus Fidei, RCyS 2000, 371, con nota de Jorge A. MAYO; LA LEY, 1999-D, 764 — LLC, 1999-78.

Contexto doctrinario.

- Galdós, Jorge Mario Dependencia y esponsorización - A propósito de un fallo de la Suprema Corte de Mendoza. LA LEY, 1998-C, 1049-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 979.

Intenta demostrar el autor, sustentado en la doctrina judicial que comenta, como la actividad económica de esponsorización es, en sí misma, un nuevo factor de atribución de responsabilidad en los deportes de alta competitividad y riesgo, residiendo en el beneficio económico que obtiene el esponsor ante la asunción de graves riesgos por los deportistas esponsorizados en una suerte -según lo entendemos nosotros- de derivación del riesgo de empresa.

- Marcó, José Luis. Una aproximación al derecho del esquí. LA LEY, 1980-D, 1263

Hablando de derecho del esquí el autor no pretende sugerir la existencia de una nueva rama del derecho, sino tan solo conceptuar la problemática jurídica que se desarrolla en función, en ocasión y a raíz de la práctica del esquí tanto de placer como de competición y el régimen de responsabilidad civil aplicable ante los diversos daños que puedan acaecer.

Biblioteca.

Barbieri, Pablo C., Fútbol y Derecho. Ed. Universidad. Buenos Aires. 2000.
Mosset Iturraspe, Jorge, Bueres, Alberto (Directores), Kemelmajer de Carlucci, Aída (Coordinadora). Responsabilidad Civil. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1993.

Casuística.

Concurrencia de culpas.

Los agravios expuestos por la titular registral de un inmueble en remodelación no bastan para eximir por completo la responsabilidad que le cabe frente al hecho acaecido por el vicio de la cosa sita en su predio y cuyo acceso fue permitido a la víctima, aunque la voluntaria asunción de un riesgo por parte de esta última, al introducirse en aquel peligroso ámbito, justifica que se decrete la concurrencia de culpas en partes iguales.

CNCiv., sala A, 16/03/2007, Flores, Teodosia c. Dique Uno S.A. y otro, La Ley Online

Contexto doctrinario.

- Leguina Villa, Jesús. Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la administración. Comentario de Barraza, Javier Indalecio. LA LEY, 2008-C, 1359.

En este punto, el autor aborda un novedoso pensamiento, que operaría como una causal eximente de responsabilidad para el Estado: se trata del funcionamiento normal de los servicios pero que comportan riesgos o peligro cierto de daños potenciales para los particulares. En estos casos, el autor entiende que si el ciudadano asume voluntariamente el riesgo, esto exonera a la Administración de responsabilidad. También ocurre lo mismo, cuando la conducta de la víctima es ilegal o culposa, puesto que en este caso se presume tácitamente la asunción del riesgo y finalmente; el tercer supuesto, de exoneración, es el caso de los daños que se derivan de situaciones de riesgo que la propia administración crea con ignorancia invencible de que el daño pueda producirse o evitarse a la luz de los datos suministrados por la ciencia o la técnica, los que usualmente se denomina riesgos del progreso, ej. los tratamientos médicos que aplican terapias avanzadas, en el que se desconocen sus consecuencias o secuelas perjudiciales.- Castiglione, Rafael Alberto Enfoque sobre la mala práctica profesional de los abogados. LLNOA, 2007-571.

Se pone de resalto la actual crisis del "servicio de justicia" que tiene mucho que ver con el modo de cumplir la función por parte de abogados, haciendo referencia al desconocimiento del saber jurídico o la negligencia o imprudencia en su aplicación que redundan en graves fallas en aquel servicio. En este sentido, se analiza la viabilidad o inviabilidad de la asunción de riesgos en la elección del letrado conforme a su grado de conocimientos.

Biblioteca.

Mertheikian, Eduardo. "La Responsabilidad Pública". Ed. Abaco 2001.

Parellada, Carlos Alberto. "Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional". Ed. Astrea. Buenos Aires 1990.

Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela Nora, "La responsabilidad civil en la era tecnológica" Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1989.

Carlos Alberto, "Responsabilidad Profesional", Astrea, Buenos Aires, 1996.

Viabilidad de la pretensión resarcitoria del daño moral deviniente de un divorcio casual

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2010-IV, 239
Cita Online: AR/DOC/1174/2010
[Consultado el 27/06/2020]

"Los precedentes judiciales intentan delimitar los supuestos de procedencia de la reparación del daño moral, determinando casi con criterio unánime, que la mera configuración de la causal subjetiva de divorcio no habilita la reparación del agravio, es necesario probar la existencia del mismo a través de los principios de la responsabilidad civil".

Sinopsis.

Aun cuando gozamos de un plenario sobre la materia que en cierta medida guía las aristas que proporciona la cuestión, el tema del resarcimiento del daño moral del cónyuge inocente ante el divorcio culpable, sigue dando notables connotaciones jurisprudenciales y divide a la doctrina del derecho de familia y del derecho de daños; y no es para menos, se encuentra en juego una percepción aticista de un problema de coyuntura social e incluso religiosa.

El dilema es el siguiente: ¿el divorcio por causal debe agotarse en un régimen alimenticio, remedio propio del derecho de familia, otorgado al cónyuge inocente o puede además integrarse con los principios generales de la responsabilidad civil que regula el Código para resarcir el agravio que pudiera existir?

Los precedentes judiciales intentan delimitar los supuestos de procedencia de la reparación del daño moral, determinando casi con criterio unánime, que la mera configuración de la causal subjetiva de divorcio no habilita la reparación del agravio, es necesario probar la existencia del mismo a través de los principios de la responsabilidad civil, como veremos, este criterio se aprecia con una discreción más o menos estricta según la idiosincrasia y postura del tribunal examinador.

Casuística.

Procedencia resarcitoria del daño moral ante el hecho configurativo de la causal de divorcio. Requisitos para su configuración.

1. Acreditación del daño.

Es procedente otorgar una indemnización por daño moral a la cónyuge reconviniente por injurias graves en el juicio de divorcio, toda vez que se encuentran acreditados los padecimientos que ha sufrido durante el matrimonio tanto sentimentales como espirituales derivados del trato del actor, así como la mortificación debido a una relación que el actor mantenía con una compañera de trabajo de ambos.

CNCiv., sala C, L., P. M. c. S., M. A.

2. La necesidad del obrar malicioso y nocivo del cónyuge.

Tratándose del rubro indemnizatorio daño moral el comportamiento merecedor de una sanción por tal concepto, no está dado por la sola configuración de alguna de las causales de divorcio, sino por el obrar malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge.

CNCiv., sala A, G. A., C. c. P. C., A. P.

3. La necesidad de una lesión a los sentimientos grave que afecte un interés legítimo.

Es procedente otorgar a la esposa una indemnización en concepto de daño moral en virtud del alejamiento intempestivo del marido del hogar conyugal y de la relación extramatrimonial que éste mantuvo, pues dicho accionar debió causarle padecimientos tanto sentimentales como espirituales de grave envergadura, y una lesión en sus afecciones legítimas tuteladas por la ley.

CNCiv., sala C, , T. J. V. c. G. B. M. La Ley Online.

4. Extensión de la responsabilidad del cónyuge culpable a un tercero.

Corresponde condenar a la ex cónyuge del actor y a su concubino por el daño moral sufrido luego del divorcio, puesto que el actuar fraudulento de aquéllos, en cuanto llevó al pretensor a emplazarse en la condición de padre de cuatro menores respecto de los cuales no tenía ningún vínculo biológico, reviste la suficiente entidad como para lesionar el honor del apelante.

CNCiv., sala B, B., O. J. c. C. L., A. F. RCyS 2006, 1019 - LA LEY 2006-D, 339 - DJ 2006-2-792.

5. La necesidad del carácter inocente de quien solicita el resarcimiento.

Si bien el fallo plenario "G., G. G. c. B. de G., S. A." dispuso que es susceptible de reparación, el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, para que la indemnización por este rubro sea procedente, es necesario que quien lo solicita revista el carácter de cónyuge inocente.

CNCiv., sala A O., C. c. M. M., O. D., LA LEY 2009-B, 702, con nota de Néstor E. Solari.

Improcedencia resarcitoria del daño moral ante el hecho configurativo de la causal de divorcio.

1. La falta de demostración del afán por dañar la integridad espiritual o la honra.

Corresponde desestimar la pretensión indemnizatoria por daño moral entablada por la cónyuge reconviniente en un juicio de divorcio, si no logró acreditar que el se exhibiera desinteresadamente con su nueva pareja, por lo que a pesar de haberse acreditado el abandono voluntario y malicioso, así como el adulterio del esposo, y no obstante reflejar esto una conducta que resulta clara expresión de la pérdida del vínculo afectivo, no alcanza para presumir que tal comportamiento tuviera el inequívoco afán de mortificar, dañar el prestigio, honor e integridad espiritual.

CNCiv., sala A, A., M. D. c. B., P. M., DJ, 2007-2-701.

2. La mera configuración de las causales de divorcio culpable no es suficiente para permitir la reparación del agravio moral.

La sola configuración de causales de divorcio atribuida culpablemente a uno de los cónyuges no es suficiente, por sí sola, para generar un derecho a la reparación del daño moral a favor del inocente, sin que ello importe negar que ésta proceda en cuando el daño excede el amparo específico del derecho de familia.

CNCiv., sala F, , A., M. A. c. B., L. H.

3. El análisis particular de los presupuestos del derecho de daños.

En los divorcios con atribución de culpa no siempre es procedente la indemnización del daño moral producido al cónyuge inocente, pues corresponde al juez, en definitiva, analizar los elementos de juicio que presenta cada caso, la conducta de los cónyuges y la relación de causalidad entre ésta y el daño moral que cada uno alega.

CNCiv., sala B, G., A. M. c. O., J. A., LA LEY 1998-E, 772.

4. Agravamiento las repercusiones espirituales propias de la ruptura matrimonial.

El hecho de que se haya decretado el divorcio por culpa de uno de los cónyuges bajo la causal de adulterio, no es suficiente por sí solo para generar derecho a la reparación del daño moral a favor del inocente, sino que debe demostrarse que dicha situación agravó las repercusiones espirituales propias de la ruptura matrimonial.

CCiv. y Com. Mercedes, sala III, S., A. T. c. F., M. R., LLBA, 2009-1146.

Contexto doctrinario.

FAMA, María Victoria; GIL DOMINGUEZ, Andrés. Divorcio y daño moral: Una mirada constitucional. LA LEY, , 1.

Desde una perspectiva constitucionalista los comentaristas vierten sus singulares apreciaciones sobre la cuestión que nos convoca, principalmente la supervivencia del deber de fidelidad luego de la separación de hecho como así también la apreciación del daño moral deviniente del hecho constitutivo de la causal de divorcio.

SOLARI, Néstor E., Responsabilidad civil y divorcio, LA LEY, 2001-D, 1182

En un extenso trabajo, el autor ha destacado los matices más salientes en cuanto a la viabilidad o improcedencia de la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, en esta línea de pensamiento, exterioriza varias razones en defensa de la tesis negativa, como la tendencia al abandono del viejo esquema del divorcio sanción., la teoría de la especialidad, y el vacío normativo, denotando consecuentemente las postulaciones antagónicas a dichos sustentos teóricos.

URIARTE, Jorge A. Las injurias graves y los daños y perjuicios en un divorcio por culpa de ambos esposos. LLBA, 1995-1109.

Estudia el mentado analista la procedencia del reclamo de los daños y perjuicios resultantes de un hecho constitutivo de una causal subjetiva, en un divorcio contencioso decretado por culpa de ambos esposos, explica los hechos que dieron origen al pronunciamiento judicial de primera instancia y emite su opinión en torno a las consideraciones de la alzada.

ROMANO, Claudio Gustavo; PERROT, Celina Ana, Los daños y perjuicios emergentes del divorcio, LA LEY 1991-D, 1016 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 699.

Los autores ponen de resalto la evolución jurisprudencial, como así también las posturas contrarias al resarcimiento de daños y perjuicios derivados del divorcio, la idea de autonomía y especialidad en el divorcio, como también las conclusiones vertidas en las Jornadas de responsabilidad por daños en homenaje al doctor Jorge Bustamante Alsina, por último dejan en claro su posición ante la cuestión analizada.

SAMBRIZZI, Eduardo A. Subsistencia del deber de fidelidad durante la separación de hecho y daño moral derivado de la causal de adulterio. LA LEY 2005-C, 199.

El destacado docente sostiene la tesitura de que el deber de fidelidad lo deben guardar obligatoriamente los esposos y que no pueden ellos modificarlo, dado su carácter imperativo, además entiende que éste continúa vigente después de la separación de hecho y hasta la sentencia de divorcio. Desde esta perspectiva desentraña los argumentos por lo cuales no coincide con el decisorio judicial del fallo que comenta, y analiza la viabilidad de la procedencia del daño moral en este supuesto de hecho.

MOLINA QUIROGA, Eduardo, La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio, LA LEY 1995-B, 334-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 727.

El autor pone de resalto los hechos del decisorio que anota, analiza en particular la posición desarrollada en el fallo, la procedencia del resarcimiento de los daños derivados del divorcio, como así también las causas del divorcio, en especial el incumplimiento del deber de fidelidad y la magnitud del agravio.

VELOSO, Sandra F. Daños y perjuicios derivados de la falsa atribución de la filiación paterna. Un caso donde la realidad supera la ficción. LLBA 2004, 960.

La comentarista nos ilustra sobre los efectos jurídicos emergentes de la falsa atribución paterna, y como opera la presunción de paternidad matrimonial, como así también la configuración de un acto ilícito como es el ocultamiento de la paternidad y el daño que dicho accionar conlleva, asimismo denota su posición en torno a la procedencia de la aplicación del derecho de daños al derecho de familia.

DI LELLA, Pedro. "Derecho de daños vs. derecho de familia", LA LEY 1992-D, 862.-

Desde antaño la cuestión de la responsabilidad entre cónyuges motivó la preocupación de juristas y docentes como en este caso, donde el autor analiza la compatibilidad de los términos divorcio y reparación del daño, como así también el marco legal donde puede sustentarse éste último supuesto, la interpretación legal de la normativa analizada y sus efectos prácticos.

BORDA, Guillermo, El daño moral en el matrimonio la conveniencia de un nuevo plenario, LA LEY 2005-C, 755-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 773.

El jurista sostiene su posición de que habiendo transcurrido más de diez años del plenario de 1994 y el cambio significativo que ha tenido el Tribunal en su integración desde aquella época al presente, se amerita un nuevo análisis de la cuestión habida cuenta que mucha agua ha corrido bajo el puente, y las opiniones, posiciones doctrinales y jurisprudenciales han variado notablemente.

MIZRAHI, Mauricio Luis, Los daños y perjuicios emergentes del divorcio y el plenario de la Cámara Civil, LA LEY 1996-D, 1702-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 745

El docente pone de manifiesto la dinámica de las posiciones, la primigenia doctrina denegatoria de los daños entre cónyuges, los renovados fundamentos de la teoría denegatoria, la doctrina amplia permisiva, la doctrina restringida en los daños y perjuicios emergentes del divorcio, el contenido del fallo plenario del año 1994 y su alcance, el plenario de la Cámara Civil y el silencio del legislador, para culminar con una crítica a la doctrina restringida permisiva en los daños y perjuicios resultantes del divorcio.

BEDROSSIAN, Gabriel, ¿Existe adulterio luego del abandono?, LA LEY, 2005-D, 190 - DJ, 2005-3, 18.

A través de este comentario el autor analiza en qué medida se puede hablar de adulterio una vez que se ha producido el abandono, las posiciones jurisprudenciales al respeto, asimismo pretende dejar asentada su posición sobre el deber de fidelidad luego del abandono, y en este orden de ideas estudia la procedencia del daño moral, conforme la pretensión exteriorizada por la actora en el fallo comentado.

URIARTE, Jorge A. Rechazo de la indemnización del daño moral por el adulterio de uno de los cónyuges. LA LEY 1991-D, 216-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 693

Enfatiza el comentarista los fundamentos invocados en la sentencia acerca de la improcedencia de la reparación del daño moral como así también en que consistiría la reparación del mismo en cuanto a su contenido y alcance, de este modo hace referencia a la doctrina judicial existente al momento de la publicación de éste artículo de las salas de la CNCiv., de la Capital Federal.

MARIN GARCIA DE LEONARDO, María Teresa. Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales. Comentario de Famá, María Victoria. LA LEY 2006-E, 1514.

La autora comenta el trabajo de Marín García el cual ofrece un interesante panorama doctrinario y jurisprudencial de la evolución de la aplicabilidad de las normas de la responsabilidad civil en el derecho de familia en los diferentes países de Europa occidental, asimismo aprovecha la oportunidad para dejar en claro su posición al respecto, compartiendo la tesis que sostiene la inadmisibilidad de la reparación del daño moral por los hechos constitutivos del divorcio, preguntándose: ¿qué sentido tiene encontrar culpables frente a la crisis? ¿Cuál es la finalidad de una reparación económica que, lejos de allanar el camino para una separación digna y menos dolorosa, instala mayores obstáculos en la dinámica conyugal?

BOSCH MADARIAGA (h.), Alejandro F., Causas múltiples en el divorcio - Daño Moral. LA LEY, 2005-E, 842.

Se pregunta el autor si en una demanda de divorcio se puede invocar el agravio moral para lograr resarcimiento económico, poniendo de resalto que al respecto existen varias corrientes doctrinarias, en el caso en análisis el juez de 1° instancia desestimó la indemnización del daño moral pero la Cámara revocó el decisorio haciendo lugar al resarcimiento. Soslaya que si bien en nuestro ordenamiento legal se habla de cónyuge culpable o cónyuge inocente, lo cierto es que en la vida matrimonial, salvo casos excepcionales y puntuales, ambas partes cargan sobre sus espaldas con su cuota de responsabilidad, con un grado de culpa en el deterioro de la pareja, ya sea por acciones u omisiones, y al aceptar la posibilidad de resarcimiento se introduce un elemento discordante, fuente de mayores conflictos.

VELAZCO, José Raúl, La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio LA LEY, 1991-A, 1034-LLP 1992, 75 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 687.

Pone de resalto el anotador que la ausencia de norma expresa que establezca el resarcimiento de los daños causados por el divorcio y separación personal, ha sido motivo de amplia discusión, en doctrina y jurisprudencia, la procedencia o no de la reparación de los perjuicios causados por los hechos que dieron causa al divorcio o separación personal o de los daños ocasionados por el divorcio o separación personal en sí mismos,

entendiendo al respecto que no existe razón alguna para hacer del matrimonio un ámbito impenetrable para el derecho de daños, en este sentido argumenta sus postulaciones.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, Los daños emergentes del divorcio, LA LEY, 1983-C, 348 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 667.

El destacado profesor estudia las causales y divorcio como productoras de daños, su ubicación en la zona de los actos ilícitos, de esta manera perfila la virtualidad del deber de no dañar y las relaciones conyugales, analiza como funciona el llamado divorcio sanción y el divorcio por presentación conjunta en cuanto a la potencialidad de la atribución de responsabilidad civil, el factor de atribución aplicable a estos supuestos especiales, para por último, fundamentar su tesitura en torno a que el derecho de familia no es extraño a la responsabilidad civil.

SOLARI, Néstor E., El daño moral en el divorcio, LLNOA, 2006-901.

Luego de señalar que el tema de los daños y perjuicios en el divorcio se encuentra discutido en nuestro ordenamiento jurídico, pues, la ley no establece normas específicas en tal sentido, explica el jurista que frente a tal omisión, tanto la doctrina como la jurisprudencia se hallan divididas en cuanto a que, para algunos, es posible la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, mientras que para otros no serían aplicables dichas normas generales al divorcio, desentraña el sustento argumental del decisorio para rechazar en la especie el daño moral solicitado por la peticionante, cuyo fundamento recae en la reconciliación y la inacción de la misma por los hechos, como así también en una especie de "perdón" o, al menos, de "tolerancia" de la conducta del esposo culpable, habida cuenta que si bien estos hechos constituyen causa suficiente para llegar al divorcio sanción no llegan a configurar un daño en los términos de los principios generales de la responsabilidad civil.

Biblioteca.

FERRER, Francisco A. M., "Daños resarcibles en el divorcio" Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1997.

SAMBRIZZI, Eduardo A., Daños en el derecho de familia, Ed. LA LEY, Buenos Aires 2001.

LOPEZ DEL CARRIL, Julio J., "Derecho y Obligación Alimentaria", Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1981.

BARBERO, Omar U., "Daños y perjuicios derivados del divorcio, (tesis doctoral) Buenos Aires, 1977.

ACUÑA ANORENA, Arturo, "Estudios sobre la Responsabilidad Civil", Platense, La Plata, 1963.

BREBBIA, Roberto H., "El daño moral en las relaciones de familia", en ZANONNI, E, FERRER, F, y ROLANDO C. "Derecho de Familia, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991.

LORENZETTI, Ricardo L. "Digesto práctico La Ley: Daños y perjuicios", LA LEY, Buenos Aires 1999.

VIDAL TAQUINI, Carlos H., "Matrimonio Civil", Ed. Astrea, Buenos Aires. 1991.

BELLUSCIO, A. C., "Manual de Derecho de Familia", 7ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires.

LLAMBIAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, 1978.

ZANNONI, Eduardo A., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Astrea, 3ª ed, Buenos Aires.

TRIGO REPRESAS, Feliz A y STIGLITZ, Rubén S. (Directores de la obra), "Derecho de Daños", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

MENDEZ COSTA, María J., "Interpretación y aplicación del derecho positivo de familia", en "Estudios sobre sociedad conyugal", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1981.

BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Familia", Ed. Perrot, Buenos Aires. 1989.

ALTERINI, A., AMEAL, O., LOPEZ CABANA, R. Derecho de las obligaciones. Ed Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2004.

BELLUSCIO, A., ZANNONI, E., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Responsabilidad civil en el derecho de familia. Buenos Aires. 1993.

FERREIRA, PEIRANO FACIO, J., ORDOQUI, G., Daños y perjuicios causados por adulterio. Montevideo. 1990.

La historia clínica en el decreto 1089/12 reglamentario de la Ley 26.529

Por Fernando Yarroch
Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2012 (noviembre), 233
Cita Online: AR/DOC/5243/2012
[Consultado el: 04/07/2020]

Sumario.

I. Derechos de los pacientes. II. La historia clínica. III. Conclusión.

La ley y su decreto reglamentario se ocupan de llenar un vacío legislativo de antaño, colocando al doliente en situación de protección legal, con la titularidad de su historia clínica y enalteciendo sus derechos individuales, su autodeterminación y la disponibilidad amplia de sus facultades ante el sistema sanitario, donde muchas veces se encuentra en situaciones de inferioridad o debilidad.

I. Derechos de los pacientes.

"... Todo lo que vea y oiga en el ejercicio de mi profesión, y todo lo que supiere acerca de la vida de alguien, si es cosa que no debe ser divulgada, lo callaré y lo guardaré con secreto inviolable..."; "... guardar y respetar los secretos a mí confiados, aún después de fallecido mi paciente..." (1) Así reza una parte del juramento Hipocrático, prestado solemnemente por los galenos al momento de su ingreso en el mundo profesional, fórmula antiquísima establecida en el siglo V a.c. por Hipócrates de Cos, médico griego; y que adoptara posteriormente en la Roma Imperial del siglo II el médico Galeno de Pérgamo.

Dicha protocolar invocación ha sufrido con el correr de los siglos, lógicas modificaciones, establecidas como una exigencia por el plexo ético y moral de las sociedades en pleno desarrollo; y por más y nuevas necesidades profesionales y sociales. Es un testamento ecuménico y transhistórico de la antigüedad clásica para la ética médica. Y es una verdad de Perogrullo que el mismo constituye *el marco axiológico/ontológico de mínima en el desarrollo de la profesión médica*. Establece por sí mismo el continente ético (del griego *ethika*, de *ethos*, "comportamiento") y moral (del latín *mores*, "costumbre") para el desarrollo de la profesión y para la dinámica en el desenvolvimiento de la relación establecida en el tándem médico - paciente.

Consideramos de suma importancia la existencia actual de legislación en la materia, la que viene a enaltecer los derechos individuales en una faz absolutamente privada e íntima como lo es el derecho a la salud, vinculada a la *autonomía de la voluntad*; cada vez más influyente en nuestro derecho vernáculo; y que sin dudas forma parte de la tendencia jurídica y legislativa que da preeminencia a los derechos humanos conocidos como de cuarta generación, y que se encuentran íntimamente ligados a la aprehensión, el uso y aprovechamiento de información y nuevas tecnologías por parte del ciudadano en la era comunicacional. Y no debemos soslayar la existencia del nuevo derecho médico, donde podemos citar entre sus fuentes de carácter internacional la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagran los derechos a la vida y a la Salud; la Convención para la Protección de los Derechos del Hombre y de la Dignidad del Ser Humano, frente a las aplicaciones de la biología y de la medicina, aprobada por el Consejo de Europa en 1996; la Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes, aprobada por la Organización Mundial de la Salud en 1994; las Declaraciones de la mencionada Organización Mundial de la Salud; las dedicadas a temas específicos de derecho médico, como son la experimentación sobre seres humanos;

la donación y trasplante de órganos; las técnicas de reproducción humana asistida; el genoma humano; el síndrome de inmuno deficiencia adquirida; el aborto y las lesiones al feto.

Desarrollaremos entonces de corrido el análisis de la legislación nacional vigente actualmente -luego de años de anomia- en materia de derechos de los pacientes, consentimiento informado, e historia clínica, enfocándonos en esta última cuestión. Iremos intercalando los textos de las normas vigentes, a fines de sistematizar adecuadamente su estudio, desarrollo y análisis.

II. La historia clínica.

Nos encontramos con que la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 en su art. 12 nos da una definición legal de la historia clínica; al expresar que se entiende por historia clínica, el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.

La reglamentación, a través del decreto 1089/2012 si bien en su título manifiesta que "define" la historia clínica, no lo hace, pero sí establece su alcance, al prescribir, que a excepción de los casos de la historia clínica informatizada, los asientos de la historia clínica escrita deben ser suscriptos de puño y letra por quien los redacta, para identificar quién es responsable del mismo, con el sello respectivo o aclaración de sus datos personales y función, dejando constancia por escrito, de todos los procesos asistenciales indicados y recibidos, aceptados o rechazados, todos los datos actualizados del estado de salud del paciente, para garantizarle una asistencia adecuada.

Cada *establecimiento asistencial* debe archivar las historias clínicas de sus pacientes, y la documentación adjunta, cualquiera sea el soporte en el que conste, para garantizar su seguridad, correcta conservación y recuperación de la información. Los *profesionales del establecimiento* que realizan la asistencia al paciente y participan de su diagnóstico y tratamiento deben tener acceso a su historia clínica como instrumento fundamental para su adecuada asistencia. A estos fines cada centro debe arbitrar los recaudos para permitir su acceso.

Asimismo los *establecimientos de salud* deben adoptar los recaudos para que los datos con fines epidemiológicos o de investigación, sean tratados de modo tal que preserven la confidencialidad de los pacientes, a menos que el paciente haya dado su consentimiento y/o que hubiera mediado una orden judicial que solicite la remisión de los datos, en cuyo caso deberá estarse a los alcances de ese decisorio. Ello sin perjuicio de las otras previsiones del artículo 2° inciso d).

El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de planificación, acreditación, inspección, y evaluación, tiene derecho de acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones para la comprobación de la calidad asistencial o cualquier otra obligación del establecimiento asistencial, en relación con los pacientes y usuarios o de la propia administración. Dicho personal que accede a estos datos, en ejercicio de sus funciones, queda sujeto al deber de *secreto* y *confidencialidad*.

Los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual son responsables de la gestión y custodia de la documentación asistencial que generen.

Nos encontramos entonces con una primera aproximación al concepto de historia clínica, y los alcances que la legislación le otorga. Podemos definir entonces a la historia clínica como *la documentación, meticulosa y detallada, de las distintas vicisitudes médicas en la vida del paciente; determinando tempo espacialmente las prestaciones recibidas.* El diccionario terminológico de Ciencias Médicas, la define como la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales y familiares, como actuales, relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual.

Constituye un elemento de vasta trascendencia en el campo de la responsabilidad médica, ya que permite observar detenidamente la atención, el tratamiento; y la cirugía en su caso; estableciendo parámetros a priori y posteriori en la actuación del galeno, pudiendo otorgar un halo de luz a fines de poder acceder a la verdad real/material en la relación de causalidad como presupuesto básico en la imputación de responsabilidad profesional. El maestro francés LE TOURNEAU, con su diáfana pluma, ha expuesto que la causalidad es consustancial a la responsabilidad, porque no se puede imaginar la una sin la otra; si ella no existe, no existe responsabilidad sino un fruto del azar. (2) Podremos prescindir del elemento subjetivo (culpa en sentido laxo), pero jamás del ligamen causal.

Sin dudas, nos encontramos ante el instrumento de prueba por antonomasia dentro de los procesos judiciales por daños y perjuicios donde se discute la responsabilidad profesional de los médicos, desentendiéndonos en este punto, respecto de su carácter objetivo o subjetivo. Ya hemos dicho que de la historia clínica emanarán las principales conclusiones que los jueces deberán tomar en cuenta al momento de dar su veredicto. Su correcta confección, es el arma primordial de los profesionales de la medicina para comprobar que han actuado conforme debían hacerlo, respetando la lex artis y según sus obligaciones mandan, también es el elemento de prueba primordial con el que cuenta todo paciente para cuestionar sobre los tratos recibidos en el centro de salud que lo asistió. Su no existencia siempre acarreara una presunción en contrario de quienes estaban a cargo de la confección de la misma.

La historia clínica debe ser el fiel reflejo de *los pasos cronológicos seguidos en la atención al paciente*; y su contenido abarca no solo las hojas de evolución, sino que forma un entidad única con las planillas de prescripciones médicas, control y balance, controles de enfermería, análisis clínicos y toda otra información, formando un cuerpo impar e indivisible.

Veremos de seguido un doble propósito legislativo, que estimamos de por sí loable: la ley nacional recepta la tendencia del Estado ecológico de derecho -limitando el uso de papel mediante la aplicación de la tecnología al almacenamiento de datos sensibles- e intenta *aggionarse* a las tendencias informáticas y técnicas existentes en todo el orbe; ya que con el propósito de ingresar al mundo tecnológico, y receptar de algún modo la realidad -inundada de avances en cuanto a soportes magnéticos e informáticos- la ley establece la posibilidad o alternativa, no ya su obligatoriedad (quedará seguramente para dentro de algunos lustros) de salvaguardar los datos de la historia clínica mediante soportes alternativos al papel documento. Su art. 13 establece: el contenido de la historia clínica, puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma. A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad.

La reglamentación dispone que la documentación respaldatoria deberá conservarse y designa a los responsables que tendrán a su cargo la guarda de la misma. El decreto reglamentario responde a esa necesidad de establecer cuál es la documentación respaldatoria, y prescribe: la historia clínica informatizada deberá adaptarse a lo prescripto por la Ley Nº 25.506, sus complementarias y modificatorias. La documentación respaldatoria que deberá conservase es aquella referida en el artículo 16 de la Ley Nº 26.529 modificada por la Ley Nº 26.742, que no se pueda informatizar y deberá ser resguardada por el plazo y personas indicados en el artículo 18 de esa misma ley.

Vemos entonces que el decreto nos remite, primero a la ley 25.506, de firma digital; y en forma de devolución a la ley vertebral en este aspecto, más específicamente a su art. 16 vinculado al principio de integridad de la historia clínica, y al art. 18 (que será analizado más adelante). El primero de ellos establece: forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o

abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante.

Este artículo 16 no fue reglamentado por el decreto. Pero analizaremos a continuación la figura de la historia clínica informatizada. La misma recibe en la literatura científica diversas denominaciones: *e-medical record, e-patient record, e-health record, ambulatory medical record y computer based patient record*, a veces con significados idénticos y otras, en un intento de asociar a las distintas denominaciones diferentes grados de informatización.

Podemos diferenciar dos modelos:

1. *Modelos locales*, con la capacidad de diseñar el modelo de la historia clínica informatizada local de un paciente, introducir datos de la historia clínica tradicional en este nuevo modelo, y presentar los datos del nuevo modelo por pantalla, con capacidad para consultar a la base de datos. También se la conoce como integración de presentación, ya permite al usuario asistencial visualizar la información clínica del paciente, almacenada en los diferentes sistemas (radiología, laboratorio, informes clínicos).

Es la utilizada en la actualidad en la mayoría de los hospitales europeos y es muy útil en la práctica clínica diaria, pero es insuficiente cuando el usuario pretende recuperar información de distintos subsistemas.

2. *Modelos generales*, recogiendo un subconjunto de datos más vasto que los modelos locales. Se trata de la denominada integración de datos. Exige que todos los sistemas departamentales utilicen una codificación de los datos y que haya un mecanismo para transferir los mismos a un sistema central que permite su recuperación, llamados almacenes de datos clínicos.

La historia clínica informatizada goza de ciertos beneficios, ya que brinda seguridad, atento a que la modificación de los datos insertos debe realizarse por intermedio del programa informático, dicho programa no permite que se altere la secuencia en el llenado de la historia clínica, las copias de seguridad realizadas en CD o DVD garantizan la perdurabilidad de la misma. Se trata asimismo, de un elemento fácilmente transportable, donde consta todo la vida médica de un paciente.

Estamos en presencia entonces de un documento digital, definido como la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo y se caracteriza por constituir la equivalencia funcional de la escritura, siendo así equiparado al soporte papel y estableciéndose su validez jurídica en tanto documento escrito. (3)

Sabemos que a partir de la ley 25.506, la firma y el instrumento digital conquistan la misma jerarquía que los demás instrumentos escritos y firmados", a todos los efectos previstos por el artículo 974 de nuestro Código Civil, de manera que las exigencias de "firma y doble ejemplar" se resguardan también ahora con sus "modalidades o variantes digitales.

Debemos de antemano establecer y destacar que nos encontramos en presencia del supuesto del art. 2º de la ley 25.506; esto es, *la firma digital*; y no en la hipótesis del art. 5º de la citada ley: firma electrónica; que se encuentra conceptualizada en forma negativa, ya que la firma electrónica es el conjunto de datos electrónicos que no llega a constituir firma digital; esto es que carece de algún elemento para ser considerado firma digital. De este modo, el sistema legal trata de garantizar los principios de integridad, originalidad, inalterabilidad, durabilidad y recuperabilidad de los datos allí vertidos.

En el estado actual de nuestra legislación, los documentos electrónicos constituyen un *medio probatorio* (prueba documental) que tiene suficiente sustento normativo. La admisión, cada vez más frecuente, por parte de los órganos judiciales de medios de prueba que tienen encaje en los tradicionalmente reconocidos por las leyes, como es el caso de los medios de reproducción de imagen y de sonido (catalogables como medios de

prueba documental o de otro tipo), debe llevar también progresivamente a una solución favorable a la admisión de la historia clínica informatizada en sustitución del documento escrito. (4)

No obstante ello, se impone en el presente estadio la apertura de un pequeño paréntesis, a efectos de desentrañar una cuestión de gran importancia en los foros: el *onus probandi*:

Existe entre la firma digital (art. 2º de la ley 25.506) y la firma electrónica (art. 5º de la misma ley), una importante diferencia en relación a su carga probatoria; ya que en caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

Diferente es el supuesto de la firma digital, ya que conforme las prescripciones del art. 8º de dicha norma, se presume su integridad: si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma. O sea que nos encontramos aquí con una presunción *iuris tantum* acerca de la veracidad y certeza del contenido del documento digital con firma digital.

Pasaremos de corrido al análisis de la titularidad de la historia clínica. Tanto la ley como su decreto reglamentario, abordan la cuestión en su art. 14.

Así, la ley prescribe que el paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho horas de solicitada, salvo caso de emergencia.

A su turno, el decreto estableció que el paciente como titular de los datos contenidos en la historia clínica tiene derecho a que a su simple requerimiento se le suministre una copia autenticada por el director del establecimiento que la emite o por la persona que éste designe para ese fin dentro del plazo de 48 horas. Los efectores de salud deberán arbitrar los recaudos para procurar entregar la historia clínica de inmediato, cuando el paciente que la requiera se encontrare en proceso de atención, o en situaciones de urgencia o gravedad, donde corre peligro su vida o su integridad física, hecho que será acreditado presentando certificado del médico tratante.

A los fines de cumplimentar esta obligación las instituciones de salud deberán prever un formulario de solicitud de copia de la historia clínica, donde se consignen todos los datos que dispone el paciente para su individualización, el motivo del pedido y su urgencia.

En todos los casos el plazo empezará a computarse a partir de la presentación de la solicitud por parte del paciente o personas legitimadas para ello.

Exceptuando los casos de inmediatez previstos en la segunda parte del primer párrafo de este artículo, y ante una imposibilidad debidamente fundada, los directivos de los establecimientos asistenciales o quienes ellos designen para tal fin, podrán entregar al paciente una epicrisis de alta o resumen de historia clínica, y solicitarle una prórroga para entregar la copia de la historia clínica completa, que no podrá extenderse más allá de los 10 días corridos de su solicitud, conforme lo previsto por la Ley Nº 25.326.

El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo puede ser ejercido en forma gratuita a intervalos de 6 meses, salvo que se acredite un interés legítimo al efecto, y en un número limitado de copias, por lo cual, si existieren más de tres solicitudes, podrá establecerse que se extiendan con cargo al paciente el resto de ejemplares.

El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo en el caso de datos de personas fallecidas le corresponderá a sus sucesores universales o personas comprendidas en los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, con los alcances y límites fijados en la misma. En cualquier caso el acceso de terceros a la historia clínica motivado en riesgos a la salud pública se circunscribirá a los datos pertinentes, y en

ningún caso se facilitará información que afecte la intimidad del fallecido, ni que perjudique a terceros, o cuando exista una prohibición expresa del paciente.

La cuestión atinente a la *titularidad de la historia clínica*, nos enfrenta a interesantes cuestiones, que afectan a la intimidad, la confidencialidad, la disponibilidad y el acceso al "documento de identidad sanitario" que constituye la historia clínica. Por otro lado, estaremos asistiendo en los próximos años a una situación novedosa; ya que mediante los soportes magnéticos en los que se registrará la historia clínica informatizada, será el propio paciente el tenedor o poseedor material de la misma. Se nos presenta entonces una importante cuestión en torno a la titularidad de la historia clínica: esto es, a quién le pertenece.

Las doctrinas sobre la propiedad de la historia clínica son muy variadas; y de corrido serán someramente abordadas:

- *Propiedad del médico:* el basamento de esta teoría se vincula con la existencia de un derecho de propiedad intelectual en cabeza del médico, por el contenido de creatividad existente en los juicios de diagnóstico, pronóstico y demás valoraciones que incluya la historia clínica. (5)

Un sector de la doctrina defiende que el ejercicio privado de la medicina, hace al médico propietario de la historia clínica, y que en el caso de médicos empleados en centros públicos o privados, el propietario pasa a ser el centro sanitario, insistiendo que el paciente no es el propietario de la historia clínica, hecho que no es incompatible con su derecho de acceso, aunque con limitaciones.

- *Propiedad del paciente:* el paciente es el titular de la historia clínica, dado que es la fuente de toda información. Algunos autores opinan que como en el ejercicio privado de la medicina existe un contrato de arrendamientos de servicios que obliga adecuar la profesión a la *lex artis ad hoc*, así como a la elaboración de la historia clínica a cambio de un precio. Esta relación sinalagmática justificaría que la historia clínica pertenezca al paciente. Su fundamento se halla en el hecho de que los datos que contiene

- *Propiedad de la institución sanitaria:* esta doctrina aboga por considerar que la historia clínica es propiedad del centro de salud, ya que la relación entre médico y paciente se materializa dentro de un centro o institución sanitaria, que tiene además el deber de conservar o custodiar las historias clínicas.

Así, los argumentos de esta tesis se fundamentan, por un lado, en la obligación legal impuesta, relativa a la ubicación de la historia clínica en el área de salud; y, por otra parte, en el hecho de que el soporte de la historia clínica (papel, software...) es propiedad del centro sanitario. Además, atiende al hecho de que la actividad del facultativo se realiza, bien en centro sanitario público, o bien en centro privado; y ello comporta la cesión de los frutos de la actividad profesional a dicho centro empleador y, por tanto, resulta que la titularidad de la historia clínica corresponde a la institución pública o privada.

- *Teorías integradoras:* observan en la historia clínica componentes heterogéneos; ya que distinguen los relativos a la gestión y organización administrativa y económica del centro salud; en segundo lugar, los elementos referidos a los datos de identidad y sanitarios del paciente obtenidos en la anamnesis; y finalmente los resultados de las investigaciones médicas, tales como diagnóstico y pronóstico, junto a las anotaciones subjetivas del profesional. Así nos encontraríamos con que los titulares serían, conjuntamente, el centro sanitario, público o privado, el paciente y el profesional de la salud. (7)

Así, el propietario de la historia clínica es el centro sanitario; el paciente es el titular de la intimidad en ella reflejada, y el médico dueño de su aportación intelectual y administrador del interés de terceros allí registrados.

En nuestro país, Lorenzetti ha expuesto que la propiedad de la historia clínica es de quien la elabora, pero lo fundamental es que el paciente es el propietario de los datos insertados en ella. (8)

En el derecho comparado, por lo general no se reconoce a los pacientes el derecho de propiedad sobre su historia clínica, la que corresponde al médico o establecimiento asistencial. Sin perjuicio de ello, es pacífica la opinión que reconoce al paciente el derecho a conocer el contenido de la misma, es decir el libre acceso a su historia clínica. (9)

No obstante las diferentes doctrinas existentes en la materia, huelga decir que son determinantes los arts. 14 de la ley y del decreto, donde el soberano ha decidido otorgar la titularidad de la historia clínica al paciente, constituyendo en depositarios de aquella a los establecimientos asistenciales y a los profesionales de la salud en su carácter de propietarios de sus consultorios profesionales, exigiéndole la guarda y custodia durante un plazo de 10 años, a contar desde la última actuación en la historia clínica.

Desarrollaremos someramente nuestra opinión; adelantando desde ya que, amén de las prescripciones legales, consideramos que la propiedad de la historia clínica es *sui generis*, atento poseer varios titulares en lo que a su titularidad respecta.

Teniendo en cuenta entonces sus características, nos adherimos a la *tesis integradora*, ya que la historia clínica contiene elementos heterogéneos.

Debemos distinguir entonces, entre sus componentes, los relativos a la organización administrativa y económica del centro de salud; los componentes vinculados a los datos personales del paciente, su historia, su pasado, sus antecedentes, su marco socio ambiental, aportados por él mismo en las consultas realizadas, o deducidos por los propios facultativos; y, finalmente, los resultados arribados por el galeno; donde a menudo nos encontramos con creaciones propias del intelecto del profesional de la salud, vinculadas a su conocimiento científico y técnico y desarrolladas conforme su capacidad personal. Consideramos entonces que existe una titularidad tripartita de la historia clínica; ya que el primer componente pertenece al centro sanitario, el segundo al paciente y el último al profesional de la salud.

Pasaremos al desarrollo de ciertas características que debe reunir la historia clínica, traducidas en los principios de confidencialidad, seguridad, disponibilidad, unicidad, legibilidad e integridad de los asientos. Tópicos abordados en los arts. 15, 16 y 17 de las normas *sub examine*:

Tal como lo dispone el art. 15, en la historia clínica se deberá asentar:

a) La fecha de inicio de su confección;
b) Datos identificatorios del paciente y su núcleo familiar;
c) Datos identificatorios del profesional interviniente y su especialidad;
d) Registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes;
e) Antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos si los hubiere;
f) Todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas.

Los asientos que se correspondan con lo establecido en los incisos d), e) y f) del ese artículo, deberán ser realizados sobre la base de nomenclaturas y modelos universales adoptados y actualizados por la Organización Mundial de la Salud, que la autoridad de aplicación establecerá y actualizará por vía reglamentaria.

Complementando lo expuesto, la reglamentación prescribe en su art. 15 que en la historia clínica deberán constar fehacientemente, además de lo exigido por la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, el nombre y apellido del paciente, su número de documento nacional de identidad, pasaporte o cédula, su sexo, su edad, su teléfono, dirección y aquellos antecedentes sociales, y/u otros que se consideren importantes para su tratamiento.

Todas las actuaciones de los profesionales y auxiliares de la salud deberán contener la fecha y la hora de la actuación, que deberá ser asentada inmediatamente a que la misma se hubiera realizado.

Todos los asientos serán incorporados en letra clara y con una redacción comprensible. Con esa finalidad, la Historia Clínica no deberá tener tachaduras, ni se podrá escribir sobre lo ya escrito. No se podrá borrar y escribir sobre lo quitado. Se debe evitar dejar espacios en blanco y ante una equivocación deberá escribirse "ERROR" y hacer la aclaración pertinente en el espacio subsiguiente. No se deberá incluir texto interlineado. Se debe evitar la utilización de abreviaturas y, en su caso, aclarar el significado de las empleadas.

Los asientos que correspondan con lo establecido en los incisos d), e) y f) del artículo que se reglamenta deberán confeccionarse sobre la base de nomenclaturas CIE 10 de la Organización Mundial de La Salud (OMS) o las que en el futuro determine la autoridad de aplicación.

El art. 16 de la ley, que se encuentra sin reglamentar por el decreto, establece la integridad de la historia clínica: Forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante.

Asimismo, el art. 17 de la ley y su decreto reglamentario prescriben, respectivamente que la historia clínica tiene carácter único dentro de cada establecimiento asistencial público o privado, y debe identificar al paciente por medio de una "clave uniforme", la que deberá ser comunicada al mismo.

Los establecimientos asistenciales públicos o privados deben contar con una única historia clínica por paciente, la cual deberá ser identificable por medio de una clave o código único, o número de documento de identidad.

Los establecimientos tendrán un plazo de 365 días desde la entrada en vigencia del decreto para el cumplimiento de la obligación prevista en este artículo y para comunicar la clave respectiva a cada paciente.

Podemos aditar a este extremo, que el capítulo XI del Código de Ética de la Asociación Médica Argentina, en su art. 168 prescribe que la historia clínica ha de ser un instrumento objetivo y comprensible por terceros, y no solo por quienes escriben en ella. El art. 171 complementa lo expuesto, manifestando que debe ser legible, no debe tener tachaduras, no se debe escribir sobre lo ya escrito, no debe ser borrada, no se debe dejar espacios en blanco y ante una equivocación debe escribirse "error" y aclarar lo que sea necesario. No se debe añadir nada entre renglones.

En general, dicho capítulo del Código de Ética viene a afirmar las prescripciones de la legislación nacional.

Observamos ciertos caracteres entonces, en cuanto al contenido (asientos) que debe reflejar la historia clínica: información personal y médica; complejidad, integralidad, veracidad y unicidad: se debe registrar toda la información principal; la misma debe ser objetiva; deben constar todos los estudios, exámenes, etc.; debe haber una integración entre la información y los estudios de distinta naturaleza (complejidad); los datos médicos anotados deben respetar el principio de veracidad. La redacción debe ser completa, legible y autosuficiente. El llenado de la historia clínica debe ser contemporáneo a los hechos de naturaleza médica; se debe consignar la hora y la fecha -día, mes y año- en que se cumple el trámite de describir en dicho documento el acto médico. El profesional que consigna la información médica, debe firmar a continuación, aclarando nombre y apellido y n° de matrícula. Cada hoja debe estar foliada, agregándose en cada una de ellas, el nombre y apellido del paciente.

Se trata en realidad de requisitos mínimos y esenciales que hacen a la validez del documento.

El plexo normativo de este modo, trata de mantener la *unicidad e integridad del documento*, al enumerar una serie de elementos que forman parte de la HC, -que consideramos ejemplificativa y no taxativa-, como los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas.

El carácter de *completitud* importa que la misma debe contener la mayor cantidad de datos posibles ya sea en sus aspectos de forma y de fondo, relacionados con cuestiones administrativas y médicas a la vez. En cuanto a su estructura, sus partes administrativas, demográficas, médicas, sociales, sus consentimientos, intervención de terceros, etc., debe ser lo más detallado posible para reflejar en sus asientos la verdad de lo acontecido y que haya una verdadera coincidencia entre lo sucedido durante el acto médico y su registro.

La información asimismo, debe gozar de *confiabilidad*, y ser lo más verosímil posible; y los procedimientos deben ser cronológicos de los acontecimientos médicos. Como también la documentación debe reflejar su acumulación en el proceso y no una deliberada elaboración posterior.

A fines de evitar ambigüedades, vaguedades y confusiones, la legislación nacional ha establecido la utilización de *lenguajes artificiales normalizados denominados "lenguajes de indización"*. Este lenguaje está compuesto por códigos para identificar los términos, así como categorías de conceptos para su procesamiento por medios informáticos. A ello refiere la legislación vigente cuando se manifiesta respecto de las nomenclaturas.

Lorenzetti nos dice que la historia clínica es, desde el punto de vista médico, un documento en que se dejan constancias de los acontecimientos principales del acto médico y de la enfermedad del paciente. Desde el punto de vista jurídico, siendo que el médico tiene un deber de información, la historia clínica es la documentación del mismo. Ello significa que el galeno tiene el deber de informar, asentando los datos relevantes del diagnóstico, terapia y de la enfermedad del paciente. (10)

El plexo normativo establece asimismo el principio de *inviolabilidad* de la historia clínica; y determina también el depósito de la misma, y los plazos del mismo. Dichos aspectos son abordados en el art. 18 de ambas normas. Al respecto se señala que la historia clínica es inviolable. Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas. A los depositarios les son extensivas y aplicables las disposiciones que en materia contractual se establecen en el Libro II, Sección III, del Título XV del Código Civil, "Del depósito", y normas concordantes.

La obligación impuesta en el párrafo precedente debe regir durante el plazo mínimo de 10 años de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual. Dicho plazo se computa desde la última actuación registrada en la historia clínica y vencido el mismo, el depositario dispondrá de la misma en el modo y forma que determine la reglamentación.

La reglamentación absorbe entonces dicha carga; estableciendo que:

Una vez vencido el plazo de 10 años previsto en el artículo 18 de la Ley Nº 26.529 modificada por la Ley Nº 26.742, el depositario podrá proceder a:

a) Entregar la Historia Clínica al paciente.
b) Llegar a un acuerdo con el paciente para continuar con el depósito de la historia clínica, fijando la condición del mismo.
c) Su informatización, microfilmación u otro mecanismo idóneo para resguardar la información allí contenida.

d) No obstante, si transcurridos los diez -10- años, el paciente no expresara interés en disponer del original de su historia Clínica, podrá ser destruida toda constancia de ella. Los efectores de salud deberán comunicar a los pacientes que la Historia Clínica está a su disposición, al menos seis -6- meses antes del vencimiento de este plazo, por un medio fehaciente al último domicilio que hubiere denunciado.

Mientras se mantenga en custodia la Historia Clínica, se permitirá el acceso a la misma, por parte de los profesionales de la salud en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de los profesionales tratantes.
b) Cuando se encuentre en peligro la protección de la salud pública o la salud o la vida de otras persona/s, por parte de quienes disponga fundadamente la autoridad sanitaria.
c) Cuando sea necesario el acceso a la información para la realización de auditorías médicas o la labor de los agentes del seguro de salud, siempre y cuando se adopten mecanismos de resguardo de la confidencialidad de los datos inherentes al paciente.

La disposición de las Historias Clínicas se realizará de manera que se garantice la privacidad de los datos incorporados a la misma.

La obligación impuesta por la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, a los establecimientos y profesionales de la salud, referida a la conservación de las historias clínicas por el plazo de 10 años, en carácter de depositarios, comprende instrumentar y prever los medios y recursos necesarios aún en los casos de cese de actividad, concurso o quiebra, así como también compromete el en los supuestos enumerados en el párrafo precedente, los obligados legales o sus herederos pueden publicar edictos dando a conocer la circunstancia de cese, quiebra, concurso o fallecimiento, a los efectos de que en un plazo de 30 días hábiles los pacientes o los agentes del sistema nacional del seguro de salud, con autorización del paciente respectivo, retiren los originales de la historia clínica. Aún en ese supuesto por el plazo legal debe conservarse una copia microfilmada certificada por escribano público o autoridad judicial competente, de cada Historia clínica, junto al recibo de recepción del original rubricado por el paciente y eventualmente depositarse judicialmente.

Nos encontramos entonces con el principio o carácter de *inviolabilidad de la historia clínica*, asumiendo los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, su guarda y custodia, debiendo velar por su seguridad a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas.

Dicha obligación impuesta por la ley se torna aplicable lógicamente tanto al formato papel, como al informático. La historia clínica informatizada es una base o banco de datos, definida por la ley 25.326 como un conjunto organizado de datos personales que son objeto de tratamiento o procesamiento electrónico o no, cualquiera fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso.

Precisamente dicha ley tiene por objeto la protección integral de los datos asentados en archivos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos o privados; previendo inclusive nuevos tipos penales, establecidos en los arts. 117 bis y 157 bis del Cód. Penal.

La afirmación contenida en la ley que reza: "la historia clínica es inviolable" podríamos situarla dentro del deber ser *kelseniano*; ya que es una expresión de voluntad, que sienta un principio.

Por encima de tal error semántico, consideramos acertado endilgarle a los operadores médicos -individuales o colectivos- la calidad de depositarios de la historia clínica, imponiéndoles la guarda y custodia, con la ampliación obligacional de "... instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas." (11)

La obligación de guarda y conservación posee un plazo de finiquito con un mínimo de 10 años, duración amalgamada con el plazo de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual (art. 4023 Cód. Civil).

Dicho lapso temporal será computado desde la última actuación registrada en la historia clínica. Lo expuesto se establece a fines de evitar la existencia de un *sine die certus* en la finalización de la obligación de guarda de la historia clínica; y observamos un claro guiño al Cód. Civil en relación a los plazos prescriptivos en la responsabilidad de tipo contractual; y una remisión al contrato de depósito, cuyas prescripciones legales a través del Cód. Civil se encuentran en los arts. 2182 y siguientes.

El contrato de depósito es un contrato real, compuesto por el *consensus* y la *traditio* de la cosa sobre la cual versa el contrato. Dicha característica inmanente al contrato, y el hecho que la historia clínica sea confeccionada generalmente en el mismo ámbito del depositario, dan nacimiento a una especial situación fáctica: ya que el mismo sujeto que crea la historia, se convierte en su depositario.

Ahora bien, en cuanto al grado de exigencia en la custodia de la historia clínica, nos encontramos con una obligación de medios o de resultados.

La obligación consistente en *"... instrumentar los medios y recursos necesarios para evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas..."* es una *obligación de medios* con el consiguiente factor subjetivo de atribución. Así surge de lo dispuesto por los arts. 2202 y 2203 Cód. Civ. los cuales manifiestan respectivamente que *"el depositario está obligado a poner las mismas diligencias en la guarda de la cosa depositada, que en las suyas propias"*, pero creemos que la obligación genérica del galeno de *conservar la historia clínica* constituye una *obligación de resultado* que objetiviza el factor de atribución, por lo cual solo se exime de responsabilidad demostrando la ruptura del nexo causal, por parte de la actuación de un tercero, de la propia víctima, o a través de la prueba del caso fortuito o fuerza mayor.

Pasaremos vista ahora a los legitimados activos para solicitar la historia clínica en los centros sanitarios, tópico regulado en el art. 19 de ambas normas.

La ley establece que se encuentran legitimados para solicitar la historia clínica:

a) El paciente y su representante legal;

b) El cónyuge o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo según acreditación que determine la reglamentación y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que éste se encuentre imposibilitado de darla;

c) Los médicos, y otros profesionales del arte de curar, cuando cuenten con expresa autorización del paciente o de su representante legal.

d) A dichos fines, el depositario deberá disponer de un ejemplar del expediente médico con carácter de copia de resguardo, revistiendo dicha copia todas las formalidades y garantías que las debidas al original. Asimismo podrán entregarse, cuando corresponda, copias certificadas por autoridad sanitaria respectiva del expediente médico, dejando constancia de la persona que efectúa la diligencia, consignando sus datos, motivos y demás consideraciones que resulten menester.

El decreto nos dice que mientras la Historia Clínica se encuentre en poder del prestador de salud que la emitió, *ante la solicitud del legitimado para pedir una copia, se deberá entregar un ejemplar de la misma en forma impresa y firmada por el responsable autorizado a tales efectos*. Los costos que el cumplimiento del presente genere serán a cargo del solicitante cuando correspondiere. En caso de no poder afrontar el solicitante el costo de la copia de la historia clínica, la misma se entregará en forma gratuita.

e) El paciente y su representante legal o quienes consientan en nombre del paciente por representación podrán requerir la historia clínica por sí mismos, sin necesidad de expresión de causa, la que deberá ser entregada en los tiempos que establece el artículo 14 de la ley y este decreto reglamentario.

f) El cónyuge, conviviente o los herederos universales forzosos sólo podrán requerir la entrega de una copia de la historia clínica presentando autorización escrita del paciente. El cónyuge deberá acreditar su vínculo con la documentación que la legislación determine. El conviviente acreditará su vínculo mediante la certificación de la unión de hecho por parte de la autoridad local, información sumaria judicial o administrativa. Los herederos universales deberán acreditar su vínculo con la documentación correspondiente y les será requerida en su caso, la autorización del paciente.

g) Los casos en los que el paciente se encuentre imposibilitado de dar la autorización requerida deberán ser acreditados mediante certificado médico o prueba documental, para que pueda ser entregada la copia a las personas enunciadas en los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742 y esta reglamentación.

h) Quedan eximidos de la obligación de presentar autorización aquellos profesionales de la salud que al momento de requerir la Historia Clínica sean los responsables del tratamiento del titular de la misma.

i) La autoridad sanitaria que debe certificar las copias es el director médico del establecimiento o personal jerárquico por él determinado.

j) Cuando el original de la historia clínica sea requerida judicialmente, deberá permanecer en el establecimiento asistencial, una copia de resguardo debidamente certificada por sus autoridades, asentándose en el original y en la copia de resguardo los datos de los autos que motivan tal solicitud, el juzgado requirente y la fecha de remisión.

Vemos entonces, que los legitimados para solicitar la historia clínica, según la ley son: el paciente y su representante legal; el cónyuge o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que éste se encuentre imposibilitado de darla; los médicos, y otros profesionales del arte de curar, cuando cuenten con expresa autorización del paciente o de su representante legal. Asimismo, el decreto legitima al paciente y su representante legal o quienes consientan en nombre del paciente por representación; el cónyuge, conviviente o los herederos universales forzosos con expresa autorización.

El paciente puede acceder a la historia clínica sin necesidad de expresar causa, por ser titular de ese derecho. Los demás legitimados tendrán que expresar causa respecto de la utilización y la petición deberá ser por escrito, pues debe quedar constancia en el respectivo legajo.

Se pueden realizar algunas observaciones al presente articulado, ya que la normativa expresa "los herederos forzosos, en su caso...". Tal redacción nos llevar a preguntarnos, qué significa "... en su caso...". Asimismo, observamos una limitación, ya que al establecer a los herederos forzosos, se excluye a los parientes por afinidad y a los hermanos. No debemos soslayar que se trata de personas que en momentos o situaciones vitales complejas, pueden encontrarse acompañando en su trance al paciente, pero no tendrán derecho a solicitar la información.

Y como el derecho debe dar una respuesta a los cambios que acontecen en la sociedad, por un principio de justicia que tiende a restablecer la equidad cuando esta se ve alterada, debemos subrayar que resulta prudente legitimar a "la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo"; ya que recepta la realidad social de nuestro país, convirtiéndose en una legislación vanguardista en este sentido.

Ahora bien, sabemos que muchas veces los pacientes no tienen libre acceso a la historia clínica, pues los establecimientos asistenciales y los profesionales de la salud no son muy adictos a permitir la lectura de estos documentos por parte de los enfermos.

Ante esta situación, la legislación establece en su art. 20 que todo sujeto legitimado en los términos del artículo 19 de la presente ley, frente a la negativa, demora o silencio del responsable que tiene a su cargo la guarda de la historia clínica, dispondrá del ejercicio de la acción directa de "habeas data" a fin de asegurar el acceso y

obtención de aquélla. A dicha acción se le imprimirá el modo de proceso que en cada jurisdicción resulte más apto y rápido. En jurisdicción nacional, esta acción quedará exenta de gastos de justicia.

El decreto complementa la ley y establece que vencidos los plazos previstos en el artículo 14 de la Ley Nº 26.529 modificada por la Ley Nº 26.742 y esta reglamentación sin que se satisfaga el pedido, o evacuado el informe de la Historia Clínica éste se estimará insuficiente, quedará expedita la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en la Ley Nº 25.326, sin perjuicio de las sanciones que correspondan al establecimiento de salud respectivo.

Nos encontramos entonces con que la legislación nacional invita al legitimado a ocurrir por vía jurisdiccional a solicitar la entrega de la historia clínica, mediante el proceso de habeas data; aplicando el procedimiento más expedito que exista en su jurisdicción. *Pensamos que tal referencia no era necesaria, ya que sabido es que al constituir la historia clínica un banco de datos, el legitimado podrá ocurrir por medio de la acción de habeas data, sin necesidad que exista una disposición expresa en cada ley que trate sobre aspectos vinculados a datos personales y su protección, ya que es una figura receptada por la Carta Magna en su art. 43.*

Asimismo, pensamos que no es una acción excluyente de toda otra medida procesal, ya que su obtención podrá realizarse también mediante medidas preparatorias de prueba, prueba anticipada o secuestro judicial.

Finalizando ya los textos normativos, se establecen sanciones por parte de la ley, complementadas por el decreto 1089/2012 en el art. 21.

Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder, los incumplimientos de las obligaciones emergentes de la ley por parte de los profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales constituirán falta grave, siendo pasibles en la jurisdicción nacional de las sanciones previstas en el título VIII de la Ley 17.132 —Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas— y, en las jurisdicciones locales, serán pasibles de las sanciones de similar tenor que se correspondan con el régimen legal del ejercicio de la medicina que rija en cada una de ellas.

El decreto asimismo, establece que será considerada falta grave de los profesionales de la medicina, odontología y actividades auxiliares de las mismas, el incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 2° incisos a), b), e) y g), 5° inciso a) y 19 de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742 respecto de los mismos, en tanto se desempeñen en establecimientos públicos sujetos a jurisdicción nacional, sin perjuicio de las infracciones que pudieran aplicarse por imperio de la Ley Nº 25.326, por parte de la autoridad de aplicación respectiva.

Asimismo, se consideran infracciones a la Ley Nº 23.661, los incumplimientos a la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, en las cuales incurrieran los profesionales y establecimientos prestadores de los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud y esos mismos Agentes, sujetos al control y fiscalización de la Superintendencia de Servicios de Salud.

Los restantes profesionales y establecimientos sanitarios del ámbito de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sean efectores públicos o privados, estarán sujetos al régimen disciplinario que al efecto determinen esas jurisdicciones y su autoridad de aplicación, conforme el artículo 22 de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, con los alcances de la adhesión al régimen sancionatorio y/o de gratuidad al beneficio en materia de acceso a la justicia, que en cada caso se determine. Para el caso de la ciudad autónoma de buenos aires, la autoridad de aplicación será la autoridad local.

Por su parte, el decreto faculta al Ministerio de Salud, para dictar las normas complementarias, interpretativas y aclaratorias para la aplicación del mismo

Observamos entonces que la ley establece como faltas graves para los profesionales sanitarios, el incumplimiento de las prescripciones de la ley; vinculadas a las prescripciones de la ley 17.132 de ejercicio de la medicina a la cual la ley remite; y también las dispuestas por la ley de defensa del consumidor, cuando correspondiere la aplicación de tal marco normativo. En un precedente judicial, se han aplicado sanciones ante el extravío de una historia clínica, pues configura una deficiente prestación del servicio, situación comprendida en el art. 19 de la Ley 24.240 de derechos del consumidor. (12)

III. Conclusión.

A modo de conclusión, resta manifestar que celebramos abiertamente el dictado de la ley y su decreto reglamentario, ya que se ocupan de llenar un vacío legislativo de antaño, colocando al doliente en situación de protección legal, con la titularidad de su historia clínica y enalteciendo sus derechos individuales, su autodeterminación y la disponibilidad amplia de sus facultades ante el sistema sanitario, donde muchas veces se encuentra en situaciones de inferioridad o debilidad. Sin que lo expuesto constituya una declaración *pour la gallerie*, y amén de ciertas deficiencias que, como en toda norma jurídica se pueden observar, es dable destacar la intención legislativa de proteger al paciente en trances difíciles de su existencia; como así también la recepción de nuevas figuras e institutos legales que vienen a ubicarnos en la realidad circundante.

Abogamos por una visión humanista de la historia clínica, y así como comenzamos las presentes líneas recordando a Hipócrates; cerramos estas líneas con su pensamiento; recordando que *no hay enfermedad, sino enfermos*...

Bibliografía.

(1) Actualización de extractos de la fórmula hipocrática que llevó a cabo la Asociación Médica Mundial (Asamblea General, celebrada en Ginebra, 1948), luego revisada en 1968 (Sydney).

(2) LE TOURNEAU, Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Edit. Dalloz, París, 7ª edición, 2008, 507.

(3) SCAGLIA, Caroline P. Contratos celebrados a través del intercambio electrónico y automatizado de JA 2005-II-1358 - SJA 25/5/2005 Lexis Nº 0003/011284.

(4) ZENGARINI, Hernán Historia clínica y registros médicos informatizados el Dial.com DC146.

(5) YAGUE, Ángel "Problemas legales de la historia clínica en el marcho hospitalario" La Ley España n° 1647, 1987, p. 1 y ss.

(6) MORENO CASTILLO, Eduardo "La titularidad de las historias clínicas" RevistaeSalud.com, vol. 3, nº 10, 2007, p. 3.

(7) ROMEO CASABONA, Carlos VI. Jornadas de la Sociedad Española de Medicina Legal y Forense Granada; España, 1993.

(8) LORENZETTI, Ricardo, Responsabilidad civil del médico, t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997, p. 243.

(9) ALBANESE, Susana y ZUPPI, Alberto, "Los derechos de los pacientes en el complejo sistema asistencial", LA LEY, 1989-B, 763.

(10) LORENZETTI, Ricardo. Responsabilidad civil del médico... ob. cit., p. 243.

(11) MENEGHINI, Roberto "Análisis de la Ley de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud". elDial.com - DC125A.

(12) Adla, III-D, 4125.

El decreto 1089/2012 que reglamenta la Ley 26.529 sobre derechos del paciente y sus premisas en torno al consentimiento informado

Por Julián Emil Jalil
Eliana Pesaresi

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2013 (enero-febrero), 135
Cita Online: AR/DOC/6224/2012
[Consultado el: 04/07/2020]

Sumario.

1. Introducción. 2. Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. 3. Los deberes del médico. 4. La información sanitaria. 5. El consentimiento informado propiamente dicho. 6. Las directivas anticipadas.

1. Introducción.

La ley 26.529 promulgada de hecho el 19 de noviembre de 2009 sanciona la Ley de Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado. La ley 26.742 promulgada de hecho el 24 de mayo de 2012, modifica la ley 26.529, agregándole nuevos aspectos y alterando otros ya existentes en la ley 26.529. En este marco se dicta el decreto 1089/2012 que reglamenta las precitadas normas a los fines de hacerlas operativas.

Este decreto esta destinado a proteger al paciente, como sujeto que requiere cuidado sanitario en la relación que establece con los profesionales de la salud. Detenta un *carácter complementario, pues subyace adherido a la ley 25.326 y 26.529, modificada por la Ley 26.742 complementando las respectivas leyes y reglamentaciones del ejercicio profesional en salud.*

Comprende, asimismo, a los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud alcanzados por la Ley 23.661, respecto a la relación entre ellos y sus prestadores propios o contratados con sus beneficiarios, cualquiera sea la jurisdicción del país en que desarrollen su actividad. (Art. 1º).

2. Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud.

La ley establece que la Superintendencia de Servicios de Salud deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar el correcto ejercicio de los derechos reconocidos por la ley a los beneficiarios del Sistema Nacional del Seguro de Salud por parte de los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud de todo el país, comprendidos por la Ley Nº 23.661. Esta última norma ha creado el Sistema Nacional del Seguro de Salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. (art. 1º de la ley 23.661) (Adla, XLIX-A, 57). El mencionado seguro tiene como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la

obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva. (art. 2º de la ley 23.661). (1)

3. Los deberes del médico.

1. El deber de asistencia: el derecho de los pacientes a ser asistidos involucra el deber de los profesionales de la salud de cumplir con la ley de ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración cuando la gravedad del estado del paciente así lo imponga. Y en ningún caso, el profesional de la salud podrá invocar para negar su asistencia profesional, reglamentos administrativos institucionales, órdenes superiores, o cualquier otra cuestión que desvirtúe la función social que lo caracteriza. Por su parte, deberá quedar documentada en la historia clínica la mención del nuevo profesional tratante si mediara derivación, o bien, la decisión del paciente de requerir los servicios de otro profesional. (2)

Desde esta perspectiva, los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a:

1. Prestar la colaboración que les sea requerida por las autoridades sanitarias, en caso de epidemia, desastres u otras emergencias;
2. Asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga y hasta tanto, en caso de decidir la no persistencia de la asistencia, sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente;
3. Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz;
4. No llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial;
5. Promover la internación en establecimientos públicos o privados de las personas que por su estado psíquico o por los trastornos de su conducta, signifiquen peligro para sí mismas o para terceros;
6. Ajustarse a lo establecido en las disposiciones legales vigentes para prescribir alcaloides;
7. Prescribir o certificar en formularios que deberán llevar impresos en castellano su nombre, apellido, profesión, número de matrícula, domicilio y número telefónico cuando corresponda. Sólo podrán anunciarse cargos técnicos o títulos que consten registrados en la Secretaría de Estado de Salud Pública en las condiciones que se reglamenten. Las prescripciones y/o recetas deberán ser manuscritas, formuladas en castellano, fechadas y firmadas. La Secretaría de Estado de Salud Pública podrá autorizar el uso de formularios impresos solamente para regímenes dietéticos o para indicaciones previas a procedimientos de diagnóstico;
8. Extender los certificados de defunción de los pacientes fallecidos bajo su asistencia debiendo expresar los datos de identificación, la causa de muerte, el diagnóstico de la última enfermedad de acuerdo con la nomenclatura que establezca la Secretaría de Estado de Salud Pública y los demás datos que con fines estadísticos les fueran requeridos por las autoridades sanitarias;
9. Fiscalizar y controlar el cumplimiento de las indicaciones que imparta a su personal auxiliar y asimismo, de que éstos actúen estrictamente dentro de los límites de su autorización, siendo solidariamente responsable si por insuficiente o deficiente control de los actos por éstos ejecutados resultare un daño para terceras personas. (Conf. art. 19 de la ley 17.132) (Adla, XXVII-A, 44)

Cuando se trate de pacientes *menores de edad*, siempre se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Sobre los Derechos del Niño y reconocidos en las leyes 23.849, 26.061 y 26.529 (Adla, XL-C, 2573; LXV-E, 4635; LXX-A, 6). Es decir, en los términos del art. 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, y en el marco de los Tratados

Internacionales de Derechos Humanos en general y de la Convención de los Derechos del Niño en particular, la regla jurídica que ordena anteponer el interés del niño a cualesquiera otra consideración, esto tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres. (3)

2. El deber de trato digno al paciente: el trato digno significa que se deben adoptar medidas para que el paciente sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece. (4) Dicho deber, tal como lo dispone el decreto, se extiende a todos los niveles de atención, comprendiendo también el que deben dispensarle a los pacientes y su familia y acompañantes sin discriminación alguna, los prestadores institucionales de salud y sus empleados, y los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud, alcanzados por la Ley 23.661 y su reglamentación. Ello, teniendo en cuenta la condición de persona humana del paciente, quien necesita de los servicios de salud, así como de la ciencia y competencia profesional que los caracteriza.

3. El deber de respetar el derecho a la intimidad de los pacientes: el derecho a la intimidad es un derecho personal fundamental emanado de todo el esquema constitucional, (5) que consiste en evitar una injerencia arbitraria por parte de los galenos. (6) Desde esta perspectiva, y en el marco del decreto constituye un deber de los profesionales de la salud y de las instituciones asistenciales el respeto de la intimidad de los pacientes y de la autonomía de su voluntad, en toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente y en especial respecto a sus datos sensibles. Se entiende por datos personales a la información de cualquier tipo referida a los pacientes, en su condición de tales, y en especial a sus datos sensibles, entendidos como los datos personales que revelan origen étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual, con los alcances previstos por la Ley 25.326.

4. El deber de confidencialidad: el paciente tiene derecho a que todo aquello que llegare a conocimiento de los profesionales de la salud o sus colaboradores con motivo o en razón de su ejercicio, y de quienes manipulen su documentación clínica, no se dé a conocer sin su expresa autorización, salvo los casos que la ley que se reglamenta u otras leyes así lo determinen, o que medie disposición judicial en contrario, o cuando se trate de evitar un mal mayor con motivo de salud pública. Todos estos supuestos, en los que proceda revelar el contenido de los datos confidenciales, deberán ser debidamente registrados en la historia clínica y, cuando corresponda, ser puestos en conocimiento del paciente, si no mediare disposición judicial en contrario. El deber de confidencialidad es extensivo a toda persona que acceda a la documentación clínica, incluso a quienes actúan como aseguradores o financiadores de las prestaciones. Responde por la confidencialidad no sólo el profesional tratante sino la máxima autoridad del establecimiento asistencial, y de las instituciones de la seguridad social o cualquier otra instancia pública o privada que accede a la misma.

Explica EDWARDS que el fundamento del deber del médico de guardar reserva respecto de los hechos conocidos bajo el amparo del secreto profesional radica en la primacía que la ley otorga a la salud del paciente, fundamento que también debe prevalecer en el caso del médico que es funcionario público, ya que lo contrario implicaría someter a quien ha cometido un delito y requiere del auxilio médico al dilema de tener que elegir entre concurrir a un hospital público para salvar su vida o evitar ser objeto de la persecución penal, consagrándose un irritativo privilegio en favor de quien posee medios económicos para consultar a un médico particular evitando así que el galeno denuncie el hecho delictivo; desde el plano axiológico, existe una colisión entre el derecho a la vida de la persona que ha cometido un delito y el interés estatal en la persecución penal de ese delito, puesto que el ilícito ya se ha consumado con la consiguiente afectación del bien jurídico tutelado, por lo que la cuestión se reduce a dilucidar si la ley otorga preeminencia a la salud de quien ha cometido el accionar delictivo o a la persecución del mismo. (7)

En el precedente *"Zambrana Daza"*, del 12/8/97, la CSJN dijo que el médico del hospital público tiene la obligación de *denunciar al revestir la calidad de funcionario público, aunque conozca el hecho al amparo del secreto profesional*; en ese precedente (8) el Máximo Tribunal Federal señaló que la aseveración del Tribunal anterior referente a que la función pública desempeñada por la médica de un hospital público no la relevaba de la obligación de conservar el secreto profesional, constituye a juicio de esta Corte, un tratamiento irrazonable de la controversia de acuerdo con las disposiciones legales aplicables, puesto que *al tratarse de delitos de acción pública debe instruirse sumario en todos los casos*, no hallándose prevista excepción alguna al deber de denunciar del funcionario, dado que la excepción a la mencionada obligación -prevista en el art. 167- no es extensiva a la autoridad o empleados públicos. (9)

Años más tarde el mismo Tribunal modificó su criterio en el caso *"Baldivieso"* al considerar que cualquiera sea el entendimiento de las normas infraconstitucionales y, en concreto, de naturaleza procesal, aplicables al caso, éstas nunca podrían ser interpretadas pasando por alto el conflicto de intereses que se halla en la base del caso concreto de autos. En abstracto puede entenderse que se trata de la ponderación entre el derecho a la confidencialidad que le asiste a todo habitante de la Nación que requiere asistencia a un profesional de la salud - una acción privada incluso para quien se encuentra realizando una conducta delictiva, en tanto parte integrante de su ámbito de autonomía individual y el interés del Estado en la persecución de los delitos-; pero, en concreto y en el caso, se trata nada menos que del derecho a la vida de una persona y ese interés del Estado. Comprimida la cuestión a la mencionada colisión de intereses, la CSJN preciso que es incuestionable que el estallido de las cápsulas en el aparato digestivo del procesado importaba un peligro cierto de muerte; de entenderse que son válidas las pruebas que surgen de la necesaria intervención médica para evitar su propia muerte, el procesado aquí también se hallaba en la disyuntiva de morir o de afrontar un proceso y una pena. Los valores en juego en el caso concreto son, por ende, la vida y el interés del Estado en perseguir los delitos, cualquiera sea la gravedad de éstos y sin que quepa tomar en cuenta distinciones contenidas en disposiciones procesales, pues esta ponderación no puede resolverse con otra base que la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución Nacional. (10) *Queda claro que la CSJN ha dado prioridad al derecho a la vida sobre el interés del Estado de perseguir los delitos en aras del bien común.*

5. El deber de respeto a la autonomía de la voluntad: como expone ROPPO, la autonomía de la voluntad indica la existencia de una esfera de libertad de los sujetos ante el poder público y la ley, significa que existe un ámbito dentro del cual, la suerte de las proposiciones jurídicas de los sujetos depende de las elecciones voluntarias y libres de los mismos interesados. (11) El paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona, para lo cual tiene derecho a tener la información necesaria y suficiente para la toma de su decisión, a entenderla claramente e incluso a negarse a participar en la enseñanza e investigación científica en el arte de curar. En uno u otro caso, puede revocar y dejar sin efecto su manifestación de voluntad. En todos los casos, deberá registrarse en la historia clínica la decisión del paciente y también su eventual revocación.

Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la ley 26.061. Para los casos presentados por la vía de protección de personas, conforme lo establecido en los artículos 234 a 237 del Código Procesal Civil y Comercial, deberá prevalecer en idéntico sentido el mejor interés del paciente, procurándose adoptar el procedimiento más expedito y eficaz posible que atienda su competencia y capacidad.

El paciente podrá ejercer el derecho previsto en el artículo 2°, inciso e), tercer párrafo de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, cuando padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación. En caso de discrepancia en las decisiones, podrá recurrir a un comité de bioética.

La precitada norma establece que 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 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significarán la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

Tanto del diagnóstico, incluyendo los parámetros físico-psíquicos del paciente que lo sustenten, como del ejercicio efectivo de la autonomía de la voluntad, deberá quedar constancia explícita en la historia clínica, con la firma del médico tratante, del segundo profesional si correspondiere, y del paciente o, ante su incapacidad o imposibilidad, del familiar o representante o persona habilitada.

Recientemente la sala Civil del Tribunal Supremo de España, consideró que el médico al que el paciente le prestó consentimiento para efectuar una operación quirúrgica completamente diferente a la que efectivamente practicó es responsable por daño moral grave, pues, al margen de la corrección con que llevó a cabo la intervención, se configura un supuesto de responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad. (12)

6. El deber de brindar información Sanitaria: preliminarmente corresponde delimitar los conceptos de libertad de expresión e información para circunscribir el tema. La sala I del Tribunal Constitucional de España, ha señalado que del ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 de la Constitución de España debe diferenciarse según se trate de libertad de expresión, —en el sentido de emisión de juicios y opiniones— y libertad de información —en cuanto a la manifestación de hechos—, siendo que con relación a la primera se dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que sean innecesarias para su exposición, mientras que con relación a la segunda, la protección se extiende únicamente a la información veraz. (13) El médico entonces está obligado a otorgar una *información sanitaria veraz*, ya sea al paciente, o representante legal, referida a estudios o tratamientos, y a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida en que el paciente lo autorice o solicite expresamente.

Tal como lo ha señalado la jurisprudencia desde antaño, los términos de la comunicación del diagnóstico del paciente debe adaptarse a las circunstancias del caso y a las condiciones culturales, sociales, psicológicas, etc., del asistido, pues en principio el paciente tiene derecho a conocer el problema de salud que lo aqueja. (14)

El paciente debe ser informado incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión y competencia. En estos supuestos, el profesional debe cumplir también con informar al representante legal del paciente.

Cuando el paciente, según el criterio del profesional de la salud que lo asiste, carece de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Vale agregar, tal como lo ha señalado la CSM que si en el instrumento en el cual consta el consentimiento informado para una cirugía, se utilizan fórmulas válidas para distintos tipos de cirugía y se expresan los beneficios y complicaciones del procedimiento en rasgos muy generales, sin detallarlos, ello puede interpretarse como incumplimiento del deber de información que debe asumir el médico. (15)

Aún en contra de la voluntad del paciente, el profesional de la salud, deberá —bajo su responsabilidad como tratante—, poner en conocimiento de aquél la información sobre su salud, cuando esté en riesgo la integridad física o la vida de otras personas por causas de salud pública. Deberá dejarse registrada esta circunstancia en la historia clínica del paciente y las razones que la justifican.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, el paciente mayor de edad y capaz, cuando así lo decida, deberá dejar asentada su voluntad de ejercer su derecho de no recibir información sanitaria vinculada a su salud, estudios o tratamientos, mediante una declaración de voluntad efectuada por escrito, que deberá quedar asentada en su historia clínica. Ante la circunstancia descripta, deberá indicar la persona o personas que autoriza a disponer de dicha información y a decidir sobre su tratamiento o, en su caso, señalar su autorización para que las decisiones pertinentes sean tomadas por él o los profesionales tratantes, con los alcances y del modo previstos en los artículos 4° y 6° de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 y esta reglamentación.

El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, cuando el profesional actuante entienda que por razones objetivas el conocimiento de la situación de la salud del paciente puede perjudicar su salud de manera grave. En ese caso, deberá dejar asentado en la historia clínica esa situación y comunicarla a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, según lo previsto en los artículos 4° y 6° de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 y esta reglamentación. Estas situaciones deben ser valoradas por los profesionales de la salud de modo restrictivo y excepcional, consultando al Comité de Ética.

Vale la pena concluir que el deber de información en materia médica contempla accidentes previsibles, o sobre las dificultades sobrevinientes que puedan anticiparse, no siendo razonable que el médico haga prospectiva y anticipe todo lo que puede ocurrir de manera anormal o fortuita, con habitualidad o lindando con la casualidad. (16)

7. El deber de permitir al paciente la interconsulta médica: el pedido del paciente y la entrega de la información sanitaria para esa interconsulta profesional deberán ser registrados en su historia clínica en el momento en que son realizados. La entrega completa de la información sanitaria debe efectuarse por escrito y también debe ser registrada en los plazos previstos por esta reglamentación en la historia clínica respectiva.

Las personas enumeradas en los artículos 4° y 6° de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 pueden solicitar dicha interconsulta sólo cuando el paciente no fuera competente, en cuyo caso debe asentarse también en la historia clínica tal circunstancia, con los datos del solicitante.

La interconsulta también puede ser propuesta al paciente por el profesional tratante ante dificultades para arribar a un diagnóstico, resultados insatisfactorios del tratamiento instituido, otros aspectos legales, administrativos o de otra naturaleza que resulten de interés del paciente.

Es claro que la interconsulta constituye un derecho fundamental del paciente, pero también es cierto que el mismo devenir de la medicina, al inducir la desaparición de la figura estable del médico de cabecera, hace cada vez más difícil poder individualizar a los responsables en cada caso. El acto médico termina siendo, en realidad, el

resultado de diversas intervenciones y decisiones compartidas por equipos de especialistas que actúan frecuentemente desde el búnker de su especialidad, como en un compartimento estanco. A su vez, es habitual que las prácticas de mayor complejidad, decididas en una institución médica para el paciente, deban realizarse en otra, escapándosele al médico que la indicó, su control y su supervisión. Se le enajena, así, al médico "su" paciente, lo que inevitablemente conduce, en las instituciones, a la consiguiente disgregación de la responsabilidad en el anonimato de los equipos.

El profesional tratante deberá prestar su colaboración cuando el paciente le informe su intención de obtener una segunda opinión, considerando la salud del paciente por sobre cualquier condición.

En 1993, Emmanuel Hirsch, autor francés del libro Medicina y Ética, y formador, a su vez, de médicos y practicantes, realiza una advertencia a sus discípulos, en el sentido de que la idea de unidad, el hecho de encontrar una dimensión de coherencia frente al sufrimiento que "disloca y hace desaparecer al sujeto enfermo", es decir, la búsqueda de coherencia, debe ser uno de los principios del profesional a cargo. Y plantea como noción total de responsabilidad del médico, su posibilidad de pensarse en el lugar del otro, el enfermo, en particular cuando ese otro (sobre todo si se trata de un niño y sus padres) ve alterada su capacidad de decisión, contemplando incluso la posibilidad misma de la muerte. Es en esta situación que el médico debe tomarse el tiempo de escucha de dicho sufrimiento, para poder encontrar ahí una respuesta. (17)

Vale señalar que la falta de determinación del médico que pudo haber contribuido a la producción del daño al paciente que deriva de las sucesivas interconsultas y decisiones parciales de los galenos, ha sido resuelta jurisprudencialmente atribuyendo responsabilidad colectiva al grupo de médicos que ha participado en las decisiones, y se responsabiliza a éste como tal, permitiendo la exclusión de responsabilidad del partícipe que acredite no haber contribuido a la producción del menoscabo.

Con la redacción actual de la normativa civil vigente en la argentina, la posibilidad de imputar responsabilidad a un individuo por su participación en un grupo de personas cuya conducta ha causado un daño *se sustenta en la aplicación analógica del art. 95 del Código Penal y del art. 1119* del Código Civil que prevé un claro supuesto de responsabilidad colectiva. (18)

Desde esta perspectiva, los arts. 95 del Cód. Penal y 1119 y 1121 del Cód. Civil ensamblados por las coordenadas del espíritu de la ley, la analogía jurídica y el principio general de justicia, permiten estructurar un sistema de responsabilidad colectiva, que se actúa siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Falta de individualización del autor del daño;
b) Participación de los responsables en el accionar culposo o riesgoso del grupo;
c) Relación causal entre el daño y la acción no particularizada del grupo;
d) Exclusión de responsabilidad para quién pruebe que aún participando en la acción del grupo no causó el daño. (19)

Como ilustraban los maestros franceses Ripert y Boulanger descubrir el fundamento de la responsabilidad civil, es al mismo tiempo determinar su campo de aplicación. (20) Bajo estas disposiciones la *responsabilidad colectiva* por daños causados por un miembro no identificado de un grupo, halla fundamento en el riesgo creado por la acción del grupo, y todos los que integran el mismo contribuyen con su sola participación, a crear el riesgo que se traduce en el daño a un tercero. (21)

Se trata de casos en donde a raíz de la falta de prueba, no puede señalarse cuál de varios individuos es el autor de un daño que intrínsecamente reúne los requisitos necesarios para tornarlos resarcibles. (22)

En el proyecto de reformas al Código Civil se establece claramente que *si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquél que demuestre que no ha contribuido a su producción*. (Conf. art. 1761 del proyecto).

4. La información sanitaria.

El art. 3º establece que *"... debe incluirse dentro de los alcances de la definición de información sanitaria que debe recibir el paciente a las alternativas terapéuticas y sus riesgos y a las medidas de prevención, los beneficios y perjuicios, con los alcances previstos en el artículo 5º inciso e) de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742. Asimismo dispone que los centros de salud públicos y privados y demás sujetos obligados por la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, deben adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos de los pacientes en materia de información sanitaria..."*.

En correlato a lo dispuesto por el art. 3º del decreto, el art. 59 del Proyecto de reformas al Código Civil define al consentimiento informado para los actos médicos diciendo que es *"... la declaración de voluntad efectuada por el paciente, emitida luego de recibir 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..."*.

Se advierte, del cotejo de ambos preceptos normativos, que la información sanitaria se constituye como un conjunto de derechos que tienen los usuarios de la sanidad, los pacientes, a conocer (o renunciar a conocer) la información sobre su estado de salud actual y pasado, la cual deberá ser proporcionada en totalidad de manera certera, y facilitarla de forma simple, inteligible, apropiada y veraz, teniéndose en cuenta la personalidad y nivel socio cultural del paciente en cuestión, de forma que ayude a tomar decisiones de acuerdo con la propia y libre voluntad (autonomía del paciente), y con la disponibilidad del tiempo que requiera la comprensión de quien la esta recibiendo, por parte de quien deba prestarla.

Esto incluye el derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a la salud de la persona de la que se esta suministrando la información, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley, con la consiguiente obligación de los centros sanitarios de adoptar las medidas oportunas para garantizarlo.

El médico responsable del paciente, junto con los profesionales sanitarios que asistan durante el proceso asistencial o que apliquen una técnica o un procedimiento concreto, son quienes deben garantizar el cumplimiento del derecho a la información en cuanto no solo al estado de salud, sino también a las diferentes alternativas para tratar la dolencia, cómo serán aplicados, y las consecuencias que ello acarreará, del mismo modo se dará a conocer la posibilidad de elegir o no de someterse a cualquiera de ellas.

Este deber no debe reducirse al mero llenado de ciertos formularios por el paciente, sin ninguna explicación verbal acerca de su significado y alcance. En realidad, la información sanitaria trasciende con creces esta visión formalista, porque es mucho más que un mero requisito legal. Se trata en verdad de una obligación ética básica de todo profesional médico, que responde a la necesidad de respetar la dignidad del paciente.

Es deber de los médicos informar sobre los riesgos previsibles de común ocurrencia según las estadísticas, experiencia médica habitual en la especialidad e investigaciones existentes sobre el tema y las condiciones de salud del paciente que lo hagan propenso a determinado riesgo. (23)

El art. 4º del decreto dispone que *"... la autorización efectuada por el paciente para que terceras personas reciban por el profesional tratante la información sanitaria sobre su estado de salud, diagnóstico o tratamiento, deberá quedar registrada en la historia clínica del paciente, y ser suscripta por éste.*

Para el supuesto del segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742 la información sanitaria será brindada según el orden de prelación de la Ley Nº 24.193, siempre que estuviesen en el pleno uso de sus facultades. Para el consentimiento informado se atenderá al orden de prelación del artículo 21 de la Ley Nº 24.193, agregándose como último supuesto de prelación a la persona que sin ser el cónyuge del paciente, o sin reunir ese carácter conforme el inciso a) del artículo 21 de la Ley Nº 24.193, modificado por la Ley Nº 26.066, estuviera contemplado en el artículo 4°, segundo párrafo de la Ley Nº 26.529, por ser quien convive o esté a cargo de la asistencia o cuidado del paciente.

En el caso de los representantes legales del paciente, sean ellos designados por la ley o por autoridad judicial, será acreditada la misma con el documento donde conste su designación.

El profesional tratante deberá registrar en la historia clínica del paciente que la información sanitaria se suministró acorde a alguno de los supuestos contemplados en el artículo que se reglamenta y asumir el compromiso de confidencialidad que contempla la ley que se reglamenta...". (24)

Sin dudas que en la relación médico paciente, el galeno debe brindar información clara, certera, precisa y adecuada a la capacidad intelectual de la persona que tenga a su cargo, a más que se haya renunciado expresamente a este derecho. El titular del derecho a la información asistencial es el disminuido en su salud, y si así lo desea (expresa o tácitamente), las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Tanto la renuncia a recibir información sobre su salud, como la autorización a terceras personas deberá figurar siempre en la historia clínica del paciente y ser suscripta por este.

Si se trata de una persona adulta y en estado de lucidez nadie más que ella podrá consentir los tratamientos. En otros supuestos el consentimiento podrá ser otorgado por los familiares o representantes legales, según el orden de prelación establecido por el art. 21 de la ley 24.193. En los casos en que el paciente tenga representante legal, primero habrá que recurrir al mismo y a falta de éste en forma subsidiaria a los parientes. Estos supuestos podrían ser de incapacidad por minoridad o demencia, estado de obnubilación o inconciencia o cuando resultaría totalmente contraproducente informarle al paciente la verdadera naturaleza de la enfermedad porque ello conspiraría contra su curación, y se deberá dejar constancia en la historia clínica a quien se suministró dicha información, y más allá que no lo diga expresamente el texto de la normativa será de buena práctica que conste la rúbrica de quien reciba la información en la historia clínica.

Este derecho comprende los derechos a conocer, al menos verbalmente (quedando constancia escrita en la historia clínica) todas las actuaciones asistenciales obtenidas (por ejemplo, visita al médico de familia, un análisis clínico, etc.); y a conocer antes de una intervención de salud, la dolencia, la finalidad y la naturaleza de la intervención que se proponga realizar, sus riesgos y sus consecuencias.

Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas que por ley corresponda, y asumir el compromiso de confidencialidad, el cual solo contempla dos excepciones, la primera de ellas es si hay peligro en la salud publica y/o la salud o la integridad física de otra/s persona/s, es decir, cede el derecho individual por un interés colectivo, y la segunda excepción contemplada es a los fines de que esa información contribuya a la realización de auditorías médicas o prestacionales o para la labor de los financiadores de la salud, para lo cual se deberán proteger los datos inherentes al paciente. (25)

5. El consentimiento informado propiamente dicho.

El art. 5º establece que *"... se entiende como parte del consentimiento informado al proceso cuya materialización consiste en la declaración de voluntad a la que refiere el artículo 5° de la Ley Nº 26.529 modificada por la Ley Nº 26.742, a través de la cual luego de haberse considerado las circunstancias de autonomía, evaluada la competencia y comprensión de la información suministrada referida al plan de diagnóstico, terapéutico, quirúrgico o investigación científica o paliativo, el paciente o los autorizados legalmente otorgan su consentimiento para la ejecución o no del procedimiento.*

Habrá consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y no haya designado persona alguna para hacerlo; en cuyo supuesto, la información pertinente al tratamiento aplicable a su dolencia y sus resultados se dará según el orden de prelación referido anteriormente para tales fines.

También operará este consentimiento por representación en el caso de los pacientes incapacitados legalmente o de menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar.

Cuando los mismos puedan comprender tales alcances, se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente. Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento.

Para que opere el consentimiento por representación, tratándose de personas vinculadas al paciente, ubicadas en un mismo grado dentro del orden de prelación que establece el presente artículo, la oposición de una sola de éstas requerirá la intervención del comité de ética institucional respectivo, que en su caso decidirá si corresponde dar lugar a la intervención judicial, sólo en tanto resultaren dificultades para discernir la situación más favorable al paciente.

El vínculo familiar o de hecho será acreditado; a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que a ese único efecto constituirá prueba suficiente por el plazo de 48 horas, debiendo acompañarse la documentación acreditante. Las certificaciones podrán ser efectuadas por ante el director del establecimiento o quien lo reemplace o quien aquél designe...".

El consentimiento informado ha llegado a la medicina desde el derecho y debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que las ciencias jurídicas han perpetrado a las ciencias médicas, por lo menos en los últimos siglos. Hoy constituye una exigencia ética y un derecho recientemente reconocido por las legislaciones de todos los países desarrollados.

La norma reglamentaria confirma que lo primero, lo principal, que el centro de la regulación es la *persona humana*, la persona que se ve afectada en su salud, considerando su dignidad, su libertad e igualdad.

Hoy en día los enfermos han hecho prevalecer sus derechos a conocer y poder decidir, en virtud del principio de "*autonomía de la voluntad*" mediante el cual todo ser humano, en uso de razón, tiene derecho a que se les dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información de calidad, completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico, y alternativas al tratamiento, quedando como una facultad única y exclusiva la libre elección de sus actos, sin presión de ninguna naturaleza, ni imposición de persona alguna, para poder así decidir con total libertad el mejor destino para su cuerpo, y conservar su dignidad.

La base del fundamento jurídico en que se sustenta el consentimiento informado es el respeto de los derechos personalísimos, pues los pacientes tienen derecho de conocer todo aquello que consideren necesario para tomar libremente la difícil decisión de continuar adelante o no con la propuesta o diagnóstico que efectúa el profesional.

El Consentimiento Informado implica una declaración de voluntad clara, competente, voluntaria y autónoma efectuada por el hombre carente de salud, que es a la vez naturaleza sensible y persona, el cual debe reposar sobre una información sanitaria comprensible, ello implica que el lenguaje y la comunicación en general debe acomodarse al entorno cultural, debiendo adaptarse a las posibilidades propias de la persona asistida, que la haga inteligible inmediatamente a efectos que el paciente pueda comprender, cabalmente, la dolencia que sobrelleva y sus posibilidades de mejoría para así, luego de brindársele un detalle de como se encuentra su propio organismo, su estado de salud, éste decide prestar su conformidad y someterse a un determinado procedimiento o intervención, o solicite los cuidados paliativos necesarios para conservar lo máximo posible su calidad de vida, pero no prolongarla.

Efectivamente, la Ley 26.742 (Boletín Oficial 24/05/2012) —conocida como "Ley de Muerte Digna"—, modifica la Ley 26.529, regulando a favor del paciente, derechos vinculados con la calidad de vida en el momento próximo a su muerte.

Sin dudas estamos ante un *derecho personalísimo*, un principio que es insoslayable y es el respeto por la persona y sus derechos más entrañables, su libertad y la autodeterminación, lo cual se ha tardado mucho tiempo en reconocer y dejarse ejercer, y, el fin primordial de este procedimiento médico es respetar a los pacientes como individuos y hacer honor a sus preferencias en cuidados médicos pudiendo decidir sobre su cuerpo, nadie más que el paciente puede tomar ciertas disposiciones cuando cuenta con la capacidad para hacerlo.

Este consentimiento médico debe ser específico para un acto determinado, individualizado, justificado por determinada patología, supone de hecho un proceso de comunicación para lo cual es primordial que se congreguen cuatro requisitos: *Capacidad*, el individuo debe tener la habilidad de tomar decisiones; *Voluntariedad*.

Los sujetos deben decidir libremente someterse o no a un tratamiento o participar en un estudio sin que haya persuasión, manipulación ni coerción, para lo cual es necesario también otorgarles el tiempo que necesiten para reflexionar, consultar o decidir, es decir, poder de autodeterminación; *Información*, las opciones deben ser comprensibles y deben incluir el objetivo del tratamiento o del estudio, su procedimiento, los beneficios y riesgos potenciales y que siempre existe la opción del paciente de rechazar el tratamiento o estudio una vez iniciado en cualquier momento, sin que ello le pueda perjudicar en otros tratamientos; y sobre todo *Comprensión*, comprender la información relevante.

Teniendo en cuenta la naturaleza personalísima del bien jurídico en juego, es evidente que el propio paciente es quien ostenta el derecho y quien debe consentir la actuación o intervención médica.

Por tal motivo es él quien debe ser el destinatario de la información. Ciertamente hay casos en los que ese consentimiento no puede ser brindado por el mismo enfermo, ya sea por ser incapacitado legalmente o menor de edad, o porque su grave estado físico o psíquico no le permitan hacerse cargo de la situación, en estos casos se recurrirá a la figura del *consentimiento por representación*, es decir, el consentimiento será dado por las personas a cargo del enfermo y que la ley autoriza a tales efectos, salvo que el paciente capaz haya designado previamente persona alguna para hacerlo. En este sentido, la intervención de los representantes legales ha de ir encaminada a favorecer la salud del representado, no obstante cuando estos puedan comprender tales alcances, su opinión será escuchada, sin perjuicio de que serán las personas habilitadas legalmente las que otorgaran el consentimiento.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

Para garantizar una adecuada relación médico-paciente en términos de horizontalidad, esto es, sin ningún tipo de sometimiento, es necesario asegurar al paciente el derecho a la información de todo lo referente a su salud para permitirle participar activa y voluntariamente en la toma de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento

de su dolencia, siempre aunque legalmente no sea el autorizado a brindar el consentimiento informado se procurara escuchar su opinión.

El legislador ha sido claro en cuanto a la existencia de más de una persona vinculada al paciente, ubicadas en un mismo grado dentro del orden de prelación, la oposición de una sola de ellas a otorgar el consentimiento llevará a que un comité de ética analice la necesidad de dar intervención judicial o no.

Vale recordar que según el art. 21 de la ley 24.193 (Adla, XLIII-B, 1344) el orden de prelación a los fines de otorgar el consentimiento por representación es el siguiente: a) El cónyuge no divorciado que conviva con el paciente; b) Cualquiera de los hijos mayores de dieciocho años; c) Cualquiera de los padres; d) Cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho años; e) Cualquiera de los nietos mayores de dieciocho años; f) Cualquiera de los abuelos; g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; i) El representante legal, tutor o curador; j) La persona que sin ser el cónyuge del paciente, o sin reunir ese carácter conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo. En ausencia de estas personas será necesario requerir autorización judicial. (26)

El art. 6º del decreto dispone que *"... la obligatoriedad del consentimiento informado resulta exigible en todos los establecimientos de salud públicos y privados alcanzados por la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, este decreto y sus normas complementarias. El consentimiento médico es un derecho de los pacientes, y un deber de los médicos..."*.

El consentimiento informado representa en la actualidad una obligación legal destinada a que el paciente conozca los riesgos a los que se expone ante un determinado acto médico, desde esta perspectiva la ley dispone que toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, alcanzados por la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 requiere, el previo consentimiento informado del paciente.

A poco que se analice no caben dudas que se trata de una obligación de resultado en los términos de los Mazeaud una "obligación determinada".

En este sentido explica Bueres, que el deber de conducta secundario, en relación con la obligación principal de prestar el servicio de salud, destinado a evitar que los pacientes sufran daños corporales, ya sea por la producción de accidentes, o bien por cualesquiera otra circunstancia, configura una obligación de resultado, ya que no existe aleatoriedad alguna en relación a la conducta impuesta por la ley que prescribe la mencionada diligencia.

El principal efecto que ello conlleva es la inversión de la carga de la prueba porque en definitiva el galeno se encuentra en mejor posición de acreditar si ha cumplido dicho recaudo, máxime teniendo en cuenta que ello no le causa ningún agravio, porque como dice MORELLO, nadie puede sentirse afectado si, por encontrarse en las mejores aptitudes de conocimiento técnico y haber actuado de modo gravitante en el evento de que se trata, se lo reputa estar en posición para satisfacer la demostración pertinente.

Como se ha sostenido, bajo la doctrina del consentimiento informado, el médico es responsable aun cuando se halla libre de negligencia en el tratamiento del paciente, cuando ha actuado sin el consentimiento del enfermo o más allá del consentimiento dado, o cuando actuara no habiendo informado al paciente acerca de los riesgos de un tratamiento en particular de tal manera que este pudiera decidir si quería someterse al mismo.

Es decir, que aun cuando el profesional no hubiese incurrido en negligencia o torpeza, puede igualmente generarse responsabilidad por los daños, si el médico hubiese actuado sin el consentimiento informado. Desde esta óptica, el concepto de mala praxis médica incluye no sólo la negligencia o la torpeza en la realización del tratamiento o práctica, sino también en realizarla sin haber anticipado al paciente los datos suficientes para que éste pudiese prestar su consentimiento informado, con similar concepción la Corte de Casación de Italia dijo que la diligencia o no en la ejecución del tratamiento (terapéutico radiante) no reviste implicancia alguna a los fines de

tener por constatada la violación del consentimiento informado. Pues la conducta dañosa subsiste por la sencilla razón de que el paciente, a causa del déficit de información, no ha sido puesto en su condición de asentir libre y voluntariamente su tratamiento con plena y cabal conciencia de las posibles consecuencias nocivas que este le pueda acarrear. Por consiguiente, en el plano del daño consecuencia, constatado el solo empeoramiento de la salud e integridad física del paciente, es del todo indiferente indagar acerca de la debida ejecución de la prestación terapéutica. (27)

El art. 7º del decreto reza que *"... el consentimiento informado se materializa obligatoriamente por escrito en los casos contemplados en el artículo 7° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742. El consentimiento informado escrito constará de una explicación taxativa y pautada por parte del profesional del ámbito médico-sanitario de las actividades que se realizarán al paciente y estará redactado en forma concreta, clara y precisa, con términos que el paciente o, ante su incapacidad o imposibilidad, su familiar o representante o persona vinculada habilitada, puedan comprender, omitiendo metáforas o sinónimos que hagan ambiguo el escrito, resulten equívocos o puedan ser mal interpretados.*

Cuando el consentimiento informado pueda otorgarse en forma verbal, y fuera extendido de ese modo, el profesional tratante, deberá asentar en la historia clínica la fecha y alcance de cómo y sobre qué práctica operó el mismo.

Cuando proceda el consentimiento informado escrito, además de firmarlo el paciente o, en su caso, las mismas personas y bajo el mismo orden y modalidades que las mencionadas en el segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, y esta reglamentación, debe ser suscripto por el profesional tratante y agregarse a la Historia Clínica. Esta obligación comprende también el acta prevista en el inciso g) del artículo 5° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742. Considéranse dentro del inciso d) del artículo 7° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, a la investigación de métodos preventivos y terapéuticos con seres humanos.

La revocación del consentimiento informado escrito deberá consignarse en el mismo texto por el cual se otorgó, junto al detalle de las consecuencias que el paciente declara expresamente conocer, procediéndose a su nueva rúbrica, con intervención del profesional tratante.

Para los casos de una autorización verbal, conforme a la ley, su revocación deberá consignarse por escrito, en la historia clínica, asentando la fecha de su revocación, sus alcances y el detalle de los riesgos que le fueron informados al paciente a causa de la revocación, procediéndose a su rúbrica por el profesional y el paciente.

Cualquiera sea el supuesto, si no le fuera posible firmar al paciente, se requerirá documentar esa circunstancia en la historia clínica, para lo cual el profesional deberá requerir la firma de 2 testigos...".

El consentimiento o expresión de voluntad en principio es un acto no formal, empero la reglamentación prescribe que obligatoriamente se deberá efectuar por escrito en los casos que ella señala y salvo que la ley prevea en un caso específico formalidades especiales (ejemplo, operaciones mutilantes

—conforme ley de ejercicio de la medicina 17.132, artículo 19 inciso 3—; o la constancia documentada a la que alude el artículo 13 de la ley 24.193 de trasplantes de órganos y materiales anatómicos). Aun así, debe recordarse que la forma puede ser exigida ad-probationem y no ad-solemnitatem. Obviamente, *con solo pensar en razones de prueba, la forma escrita es la más aconsejable y servirá para probar que la conducta del galeno se adecuó a las reglas del arte médico.*

El art. 7º de la ley 26.529 modificada por la ley 26.742 prescribe que el consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación ; f) en el supuesto de pacientes con enfermedades o lesiones irreversibles, incurables, que rechazan todo procedimiento que le prolonguen la vida sin posibilidad de mejoría alguna. En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5° deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.

El cuerpo del consentimiento informado, deberá ser redactado en forma concreta, clara y precisa, brindando al paciente enfermo o persona habilitada para otorgarlo una explicación taxativa y pautada tanto del estado de salud actual, como de los procedimientos que se llevaran adelante y las consecuencias que estos acarrearan. Este documento deberá ser firmado tanto por el profesional interviniente como por el paciente o persona habilita para otorgarlo, y se anexara obligatoriamente a la historia clínica.

Cuando este consentimiento pueda ser otorgado en forma verbal, el profesional tratante debe extender en la historia clínica un detalle pormenorizado del alcance del mismo, de cómo y sobre qué práctica fue dado.

En cuanto a la *revocación del consentimiento* informado, siempre deberá ser dada por escrito sin excepción y con detalle claro y comprensible de las consecuencias que ello acarreara. Si el consentimiento se había otorgado por escrito es este mismo documento se extenderá la revocación y será nuevamente rubricada tanto por el profesional como por el enfermo o persona habilitada para otorgarlo, en cambio si este había sido otorgado verbalmente, la revocación será extendida en la historia clínica, dejando constancia de la fecha que operó el mismo, los alcances y el detalle de los riesgos y será rubricado por el médico y el paciente.

Ante cualquier supuesto si el paciente no pudiera firmar, se dejara constancia en la historia clínica de dicha circunstancia, para lo cual el médico requerirá la firma de dos testigos. (28)

El art. 8º establece que "... *se requerirá el consentimiento previo del paciente o el de sus representantes legales en las exposiciones con fines académicos en las que se puede, real o potencialmente, identificar al paciente, cualquiera sea su soporte.*

En aquellos establecimientos asistenciales donde se practique la docencia en cualquiera de sus formas, deberán arbitrarse los mecanismos para que el consentimiento informado a fin de la exposición con fines académicos sea otorgado al momento del ingreso del paciente al establecimiento asistencial.

No se requerirá autorización cuando el material objeto de exposición académica sea meramente estadístico, o utilizado con fines epidemiológicos y no permite identificar la persona del paciente. A tales fines se requerirá la rúbrica del profesional tratante asumiendo la responsabilidad por la divulgación y el carácter de la información...".

Se reconoce el derecho de la población a conocer los problemas sanitarios de la colectividad, en términos epidemiológicos y estadísticos, cuando impliquen un riesgo para la salud pública y a que esa información se divulgue, con los mecanismos que preserven la confidencialidad e intimidad de las personas.

Cuando procedan criterios más restrictivos debe estarse a los marcos legales específicos.
El derecho a la salud es un atributo inalienable de cada individuo, y el trato humano es fundamental. En otras palabras, se trata de una cualidad propia de cada persona desde el comienzo hasta el final de su vida.

Por lo tanto, este derecho, jamás deberá verse vulnerado, alterado o violado, bajo ninguna circunstancia, esto tiene su fundamento en razones éticas, y refuerza la relación médico-paciente mejorando incluso su condición.

Todo paciente es ante todo persona tiene dignidad y tiene derecho a ser atendido en un medio que garantice su intimidad, con especial respeto a la privacidad de su cuerpo, en cualquier actuación sanitaria, con total respeto a datos sensibles, es decir, a aquellos datos que revelados pueden ser causa de discriminación, durante la realización de los exámenes de diagnóstico, consultas y tratamientos médicos o quirúrgicos, cuidados, actividades de higiene y demás actuaciones sanitarias.

Hablar de los derechos de los pacientes, nos entronca, íntimamente, con la rama de los denominados derechos personalísimos de raigambre constitucional, que se oponen *erga omnes*, y son innatos, inherentes y

necesarios a toda persona humana, y ellos son ni más ni menos que el Derecho a la vida, a la Salud, a la Integridad Física, Derecho a NO ser discriminado, y a la Intimidad. El resguardo del derecho a la intimidad y a la confidencialidad de la información médica del paciente es primordial.

El paciente previo a cualquier exposición sobre el mal que adolece, o en aquellos establecimientos asistenciales donde se practique la docencia debe otorgar previamente su expreso consentimiento, para que su situación sea objeto de estudio, y mediante él decidirá o no contribuir a un procedimiento científico con efecto social, el cual garantiza que el sujeto comprendió la información que se le ha dado.

Queda relevado el médico tratante de solicitar dicho consentimiento cuando los datos sean utilizados sean meramente estadísticos, o utilizados con fines epidemiológicos y no permitan estos identificar al paciente. Asume la responsabilidad de la divulgación de estos datos el médico tratante.

El legislador le ha reconocido a la población el derecho de conocer los problemas sanitarios de la sociedad, cuando impliquen un riesgo para la salud pública, hay en juego aquí un interés colectivo superior el cual puede ser resguardado, preservando la confidencialidad e intimidad de los particulares.

El art. 9º dispone que *"... constituyen excepciones a la regla general de que el consentimiento debe ser dado por el paciente, a las prescriptas en los artículos 4°, 6° y 9° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, que se reglamentan.*

Las excepciones deben ser interpretadas con carácter restrictivo y asentadas en la historia clínica del paciente, con el detalle de los motivos por los cuales el mismo no puede recabarse y las prácticas y medidas adoptadas sin que opere el mismo...".

Los establecimientos de salud deben arbitrar los recaudos para que los profesionales estén entrenados y capacitados para determinar cuándo se presentan estas situaciones y dar cumplimiento a la ley y su reglamentación.

El consentimiento informado cobra su matiz más saliente, al configurarse como el documento en donde reposa un indubitable elemento de convicción del cual el Magistrado debe valerse al momento de analizar y valorar el accionar del galeno.

Con relación a las excepciones mencionadas precedentemente, la ley determina que el profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos:

a) Cuando *mediare grave peligro para la salud pública*; aquí las circunstancias de orden público prevalecen sobre el interés privado, no es ni más ni menos que la aplicación del estado de necesidad con fuente legal a través del cual se protege el interés general de la comunidad, este estado de necesidad deberá estar declarado por la autoridad competente que corresponda, y tal circunstancia acarreara que la persona enferma pierda una serie de derechos y/o se le impongan algunos tratamientos o diagnósticos obligatoriamente.

b) Cuando mediare *una situación de emergencia*, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a la razonabilidad médica por el profesional interviniente y refrendada por el jefe o subjefe del equipo médico, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo. En estos casos, ante la imposibilidad del paciente, el consentimiento será otorgado por las personas que la ley autoriza en la primera oportunidad posible luego de superada la urgencia. Como ha sostenido la CNCiv., si por medio de la cirugía se produce una disminución permanente de la integridad corporal, no basta el consentimiento por escrito del paciente, o de sus representantes, en el caso, para que aquella sea lícita, sino que es necesario que concurran circunstancias que ubiquen el caso dentro del "estado de necesidad". La ausencia de consentimiento y la inexistencia de razones de urgencia torna ilegítimo el acto médico. Pero si las circunstancias lo ameritan el galeno puede desplegar su accionar sin la necesidad de recurrir al consentimiento del paciente así la Sala A de la

CNCiv. sostuvo que si en el curso de una intervención surge una lesión más grave o distinta de la prevista y hay razones de urgencia, debe seguirse adelante, interpretando que el consentimiento del paciente manda al cirujano a obrar en procura de la curación, salvo que tal situación devenga por un deficiente estudio de diagnóstico.

Las excepciones deberán constar en al historia clínica, debidamente fundado el motivo por el cual no se podía requerir el consentimiento informado, pormenorizando cada uno los procedimientos que se efectuaron sin el.

Entendemos con Lopez Miró que el consentimiento informado del paciente y el cumplimiento del deber de informar por parte del galeno están (deben estar) sujetos únicamente a las excepciones ya contempladas en la legislación vigente y a las que dicta el buen sentido común y de justicia. Salvo estas situaciones verdaderamente singulares, el consentimiento informado del paciente deber ser condición previa —sine qua non— a la implementación de cualquier práctica médica sobre su cuerpo, y el cumplimiento del deber de informar debe exigirse siempre, sin dejarlo expuesto a más excepciones que aquellas taxativamente contempladas por la ley.

Vale señalar, que también podría plantearse la excepción cuando el consentimiento informado colisiona con el deber legal que emerge de otra normas que se sustentan en la salud pública, en este sentido ha señalado la SCBA que el carácter imperativo del régimen de vacunación oficial desplaza la exigencia del previo consentimiento informado al que aluden los arts. 5º y siguientes de la ley 26.529. (29)

El art. 10 establece que *"... la decisión del paciente o, en su caso, de sus familiares o representantes o personas habilitadas, bajo el mismo orden y modalidades que el previsto en el segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742 y esta reglamentación, relativas a las cuestiones previstas en el artículo 10, deberán ser plasmadas en la historia clínica por escrito, con la rúbrica respectiva.*

El profesional deberá respetar la decisión revocatoria adoptada, dejando expresa constancia de ello en la historia clínica, anotando pormenorizadamente los datos que identifiquen el tratamiento médico revocado, los riesgos previsibles que la misma implica, lugar y fecha, y haciendo constar la firma del paciente o su representante legal, o persona autorizada, adjuntando el documento o formulario de consentimiento informado correspondiente. A tales fines se considerará que si el paciente no puede extender la revocación de un consentimiento por escrito, se documente su revocación verbal, con la presencia de al menos 2 testigos y la rúbrica de los mismos en la historia clínica.

Ante dudas sobre la prevalencia de una decisión de autorización o revocación, en los casos en que hubiere mediado un consentimiento por representación, debe aplicarse aquella que prevalezca en beneficio del paciente, con la intervención del comité de ética institucional respectivo, fundado en criterios de razonabilidad, no paternalistas. Para ello, se dará preeminencia a la voluntad expresada por el paciente en relación a una indicación terapéutica, incluso cuando conlleve el rechazo del tratamiento...".

Nadie puede ser obligado a un tratamiento médico determinado, salvo por disposición de la ley que en ningún caso puede exceder los límites de la persona humana, o cuando se encuentre en riesgo la salud publica.

El paciente tiene derecho a revocar libremente su consentimiento en cualquier momento sin necesidad de expresar la causa, debiendo constar dicha revocación por escrito en la historia clínica, anotando detalladamente los datos del tratamiento médico abolido, los riesgos que esto implica, lo cual debe estar firmado por la persona que lo otorga y el galeno, y adjuntarse a la Historia Clínica. En caso que esta revocación sea efectuada en forma verbal, se necesitará la presencia de dos testigos mayores de edad, y se deberá labrar un acta en la historia clínica la cual la firmaran el profesional médico interviniente y los testigos allí presentes.

Los profesionales sanitarios (particularmente médicos y enfermeros), en el ejercicio de sus funciones están obligados a respetar la libertad del paciente, a elegir y controlar la atención que se le presta, obteniendo el consentimiento del mismo, con carácter previo, ante cualquier intervención (incluso si éste ha renunciado al derecho a ser informado).

Cuando el enfermo no esté en condiciones físicas y/o psíquicas de prestar su consentimiento informado, los profesionales sanitarios deben obtenerlo de familiares o allegados, según los establece el art. 21 de la ley 24.193 no empleando nunca (ni consintiendo que otros lo empleen), medidas de fuerza física o moral para obtener el consentimiento del paciente.

Siempre que el galeno en un consentimiento por representación encuentre beneficioso para el enfermo la autorización o revocación otorgada, deberá aplicarse la mas beneficiosa para el paciente, siempre con expresa y fundada autorización del comité de ética de la institución correspondiente, para ello se dará preeminencia a la voluntad expresada por el paciente en relaciona una indicación terapéutica.

En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significan la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente. (30)

6. Las directivas anticipadas.

El art. 11 regula las directivas anticipadas y prevé que estas "... *deberán ser agregadas a su historia clínica. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito, con la presencia de 2 testigos, por ante escribano público o juez de primera instancia competente, en la que se detallarán los tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y las decisiones relativas a su salud que consiente o rechaza.*

El paciente puede incluso designar un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones.

Los profesionales de la salud deberán respetar la manifestación de voluntad autónoma del paciente. Cuando el médico a cargo considere que la misma implica desarrollar prácticas eutanásicas, previa consulta al Comité de ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales Directivas Anticipadas.

Todos los establecimientos asistenciales deben garantizar el respeto de las Directivas Anticipadas, siendo obligación de cada institución el contar con profesionales sanitarios, en las condiciones y modo que fije la autoridad de aplicación que garanticen la realización de los tratamientos en concordancia con la voluntad del paciente.

Cuando el paciente rechace mediante Directivas Anticipadas determinados tratamientos y decisiones relativas a su salud, y se encuentre en los supuestos previstos por el artículo 2° inciso e) tercer párrafo de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, el profesional interviniente mantendrá los cuidados paliativos tendientes a evitar el sufrimiento.

En este supuesto, se entiende por cuidado paliativo la atención multidisciplinaria del enfermo terminal destinada a garantizar higiene y confort, incluyendo procedimientos farmacológicos o de otro tipo para el control del dolor y el sufrimiento.

No se tendrán por válidas las Directivas Anticipadas otorgadas por menores o personas incapaces al momento de su otorgamiento, como así tampoco, aquellas que resulten contrarias al ordenamiento jurídico o no se correspondan con el supuesto que haya previsto el paciente al momento de exteriorizarlas. En la Historia Clínica debe dejarse constancia de las anotaciones vinculadas con estas previsiones.

El paciente puede revocar en cualquier momento estas directivas, dejando constancia por escrito, con la misma modalidad con que las otorgó o las demás habilitadas por las Leyes que se reglamentan por el Decreto.

Si el paciente, no tuviera disponible estas modalidades al momento de decidir la revocación, por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su decisión revocatoria verbal, con la presencia de al menos 2 testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la firma del profesional tratante.

El paciente debe arbitrar los recaudos para que sus Directivas Anticipadas estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores emitidas si las hubiera, así como para ponerlas en conocimiento de los profesionales tratantes. Del mismo modo si habilita a otras personas a actuar en su representación, debe designarlas en dicho instrumento, y éstas deben con su firma documentar que consienten representarlo.

Las Directivas Anticipadas emitidas con intervención de un escribano público deben al menos contar con la certificación de firmas del paciente y de 2 testigos, o en su caso de la o las personas que éste autorice a representarlo en el futuro, y que aceptan la misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá disponible la alternativa de suscribirlas por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y en su caso de las personas que aceptan representarlo.

Los testigos, cualquiera sea el medio por el cual se extiendan, en el mismo texto de las Directivas Anticipadas deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitirlas, y rubricarlas, sin perjuicio del deber del propio paciente otorgante de manifestar también esa circunstancia, además de que es una persona capaz y mayor de edad.

En ningún caso se entenderá que el profesional que cumpla con las Directivas Anticipadas emitidas con los alcances de la Ley Nº 26.529 o su modificatoria, ni demás previsiones de ellas o de esta reglamentación, está sujeto a responsabilidad civil, penal, o administrativa derivada de su cumplimiento.

Los escribanos, a través de sus entidades representativas y las autoridades judiciales a través de las instancias competentes podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas, si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente...".

El centro de la regulación, es la persona humana. Las Directivas Anticipadas, son la manifestación de voluntad en las que cada ser humano puede expresar como desea ser tratado en cuanto a su salud, detallando los tratamientos médicos, preventivos o paliativos que consienta o rechace. Está llamado en la práctica a constituir seguramente una buena parte de los casos que eventualmente se judicialicen en interpretación de la ley. En una sociedad donde el principio de autonomía cede tan frecuentemente al paternalismo médico o a la decisión de la familia, será necesario modificar conductas sociales y profesionales en este sentido para abrir camino respecto de las decisiones individuales.

Estas normas tienen su fundamento en los derechos humanos y concretamente en el derecho a la libertad de una persona para decidir sobre su propio cuerpo y salud, en definitiva, constriñen el respeto a la *autodeterminación del paciente*, porque, como dice Kant la autonomía de la voluntad es un principio supremo de la moralidad, y sin el respeto a ésta se lesiona la *dignidad humana*.

El consentimiento del paciente es fundamental para que el médico pueda actuar. El profesional queda relevado de dichas directivas, invocando la imposibilidad legal de cumplirlas solo en el caso que considere que se solicita el desarrollo de prácticas eutanasias, las cuales se encuentran prohibidas en nuestro país, teniéndose estas como inexistentes, para ello deberá solicitar previa autorización al Comité de Ética de la institución que corresponda, no pudiendo decidirlo en forma privada.

Las Directivas Anticipadas deberán formalizarse por escrito ante escribano público mediante certificación de firmas o escritura pública - o juzgados de primera instancia, con la presencia de dos testigos, quienes deberán ser personas mayores de edad, capaces, que se pronunciaran sobre la aptitud del paciente al momento de emitirlas, y deberá constar detalladamente que tratamiento médicos, preventivos o paliativos, como así también cualquier otra decisión sobre su salud que autoriza o rechace, pudiendo la persona que otorgue estas directivas designar a un interlocutor que llegado el momento procure que estas se cumplan. Asimismo, se tendrá por inválidas en casos en que hayan sido otorgadas por menores o personas incapaces. Este documento, será obligatoriamente añadido a la historia clínica.

Las directivas anticipadas deben ser cumplidas por todos los centros asistenciales, y profesionales intervinientes y garantizar así que se cumpla con la voluntad del paciente, no obstante ello el profesional interviniente procurará los cuidados paliativos tendientes a evitar el sufrimiento. La decisión adoptada podrá ser revocada en cualquier momento, de la misma manera que se las otorgó y en caso de encontrarse imposibilitado por hallarse en una situación de emergencia podrá revocarla verbalmente dejándose constancia en la historia clínica lo que será rubricado por el médico y dos testigos.

Respecto a este tema, recientemente, en un caso que tomó relevancia pública, la CSJN, en autos: *"Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias"* ha dejado en claro que las directivas anticipadas que emanan de la voluntad del paciente, —o, en su caso, de los sujetos autorizados por la ley para exteriorizarla—, y cuya existencia se encuentran documentada en un instrumento público, detentando el mismo las características de cierto, real y desprovisto de vicios, son suficientes para generar en los galenos intervinientes la obligación de abstenerse de llevar a cabo la práctica médica. (31)

Por último, debemos recordar que el art. 60 del proyecto de Código Civil establece que *"... la persona plenamente capaz, puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de ejercer su curatela..."* artículo que se encuentra en plena concordancia con lo dispuesto en el decreto reglamentario.

Bibliografía.

(1) Se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye, las que deberán adecuar sus prestaciones de salud a las normas que se dicten. ART. 5º.- Quedan incluidos en el seguro: a) Todos los beneficiarios comprendidos en la Ley de Obras Sociales. b) Los trabajadores autónomos comprendidos en el régimen nacional de jubilaciones y pensiones, con las condiciones, modalidades y aportes que fija la reglamentación y el respectivo régimen legal complementario en lo referente a la inclusión de productores agropecuarios. c) Las personas que, con residencia permanente en el país, se encuentren sin cobertura médico-asistencial por carecer de tareas remuneradas o beneficios previsionales, en las condiciones y modalidades que fije la reglamentación. ART. 6º.- El personal dependiente de los gobiernos provinciales y sus municipalidades y los jubilados, retirados y pensionados del mismo ámbito no serán incluidos obligatoriamente en el seguro. Sin embargo podrá optarse por su incorporación parcial o total al seguro mediante los correspondientes convenios de adhesión. Los organismos que brinden cobertura asistencial al personal militar y civil de las fuerzas armadas y de seguridad y el organismo que brinde cobertura asistencial al personal del Poder Legislativo de la Nación y/o a los jubilados, retirados y pensionados de dichos ámbitos podrán optar por su incorporación total o parcial al seguro mediante los correspondientes convenios de adhesión.

(2) La cuestión relativa a las interconsultas y la responsabilidad que de ella deriva para los galenos intervinientes será abordada en los puntos próximos.

(3) Ver voto del doctor Maqueda, en Corte Suprema de Justicia de la Nación, A., F., 13/03/2007, LA LEY, 2007-B, 686, con nota de JÁUREGUI, Rodolfo G., LA LEY 2007-B, 733 con nota de JÁUREGUI, Rodolfo G., DJ 2007-1, 1071, ED, 222-309, JA, 2007-III, 48, AR/JUR/153/2007.

(4) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A., 22/04/2008, RCyS, 2008, 860, con nota de DOMÍNGUEZ, Osmar S.; Juan Manuel Arca LA LEY, 2008-C, 529 con nota de DOMÍNGUEZ, Osmar S.; Juan Manuel Arca, LA LEY 02/06/2008, 4 con nota de PICASSO, Sebastián; Juan Manuel Prevot, LA LEY, 2008-C, 562 con nota de PICASSO, Sebastián; Juan Manuel Prevot, LA LEY 10/06/2008, 7 con nota de RESALÍS, Marcelo, LA LEY, 2008-C, 704 con nota de RESALÍS, Marcelo, DJ 18/06/2008, 481, DJ 2008-II, 481, Sup. Const. 2008 (julio), 14 con nota de GHERSI, Carlos A., ED, 2008-08-29, 16, LA LEY, 2008-D, 266 con nota de GHERSI, Carlos A., IMP 2008-17, 1530, JA 2008-III, 117 con nota de CASIELLO, Juan J., AR/JUR/759/2008.

(5) Ver voto de los jueces GOLDBERG, WARREN y BRENNAN en Suprema Corte de Estados Unidos, Griswold c. Connecticut, 07/06/1965, La Ley Online, AR/JUR/56/1965.

(6) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fontevecchia y D'Amico c. Argentina, 29/11/2011, LA LEY 09/02/2012, 4 con nota de FINOCCHIARO, Enzo, LA LEY, 2012-A, 254 con nota de FINOCCHIARO, Enzo, RCyS 2012-III, 238 con nota de TRUCCO, Marcelo F., LA LEY, 16/03/2012, 4 con nota de IBARLUCÍA, Emilio A., LA LEY, 2012-B, 204 con nota de IBARLUCÍA, Emilio A., DFyP 2012 (abril), 269 con nota de SABSAY, Daniel Alberto, RCyS 2012-IV, 240 con nota de BADÉNI, Gregorio, AR/JUR/81007/2011.

(7) EDWARDS, Carlos Enrique, El deber de confidencialidad del médico y la nueva postura de la Corte nacional, Sup. Penal 2010 (septiembre), 90. Ver asimismo los interesantes trabajos del autor titulados: "El deber de denunciar, el secreto profesional y la autoincriminación", LA LEY, 2006-E, 173, y "El médico que omite denunciar ¿comete el delito de encubrimiento?, LA LEY, 2009-D, 1.

(8) El delito que motivó la denuncia de una médica de un hospital público no consistió en un aborto sino en el delito de transporte de estupefacientes, ya que la persona denunciada había expulsado por vía bucal cuatro bombitas de látex que contenían clorhidrato de cocaína.

(9) C.S.J.N., Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737, Z.17.XXXI.

(10) C.S.J.N., Baldivieso, César Alejandro s/ causa n° 4733, Recurso de Hecho, B. 436. XL. Ese fallo sostenía que el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado".

(11) ROPPO, Vicenio. El Contrato, Gaceta Jurídica. Lima. 2009. pp. 47/48.

(12) Tribunal Supremo de España, sala de lo Civil, Sentencia núm. 323/2011, 13/05/2011, RCyS 2011-XI, 299, ES/JUR/4/2011.

(13) Tribunal Constitucional de España, sala 1, sentencia 105/1990, 06/09/1990, La Ley Online, AR/JUR/2421/1990.

(14) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, Tambussi, Elsa B. c. Dayan, Ricardo y otros, 19/08/1985, LA LEY, 1986-C, 539, AR/JUR/542/1985. Al respecto se dijo que el médico cirujano demandado debe responder por las consecuencias dañosas de la intervención quirúrgica por él dispuesta, aun cuando ha delegado en un tercero la práctica indicada, pues ha omitido el deber de información respecto a riesgos previsibles y frecuentes del tipo de operación realizada. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I, R., G. c. W., V., 01/10/2009, RCyS, 2010-II, 224, AR/JUR/47206/2009.

(15) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, Triunfo Coop. de Seguros Ltda. en: V., L. c. C., R. y otros, 05/10/2010, RCyS, 2011-IV, 121, DJ, 13/07/2011, 14 con nota de BERRINO, Marialma G., AR/JUR/87218/2010.

(16) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, Martino, Héctor O. y otros c. Clínica Privada Regional S.A. y otros, 20/08/2009, LLBA, 2009-1037, RCyS, 2009-XI, 177, AR/JUR/29717/2009.

(17) Los equipos de interconsulta deben leer en la sucesión de respuestas de un servicio, que se reiteran a su vez en los pedidos que ese mismo servicio realiza, lo que podría considerarse como el "síntoma" de esa sala. Lo que no significa, sin embargo, que los médicos estén advertidos de la especificidad de esa respuesta, ni mucho menos que aún estándolo, el malestar se sintomatice en ellos. Es frecuente que lo que se recorta como sintomático, suela ser un efecto de los mismos dispositivos creados en las salas para garantizar su mejor funcionamiento, en estos tiempos adversos de la salud pública; dispositivos armados, a su vez, en un intento de atenuar el malestar y el desamparo institucional en el que están sumergidos los profesionales. Los equipos caen muchas veces víctimas de esos mismos dispositivos que, concebidos para preservar al médico de su padecimiento ante las situaciones de extrema gravedad con las que se enfrenta cotidianamente, intentan sostener el anonimato que la institución promueve, en la ilusión de distribuir la responsabilidad. Ver: GAMSIER, Silvina. Interconsulta: la cuestión de la responsabilidad en: http://www.imagoagenda.com/articulo.asp.

(18) Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Formosa, Cabrera, Norma c. Matorras, Lidia y otro, 24/08/2009, RCyS, 2010-II con nota de SAUX, Edgardo I., RCyS 2010-II, 68 LLLitoral 2010 (mayo) con nota de SAUX, Edgardo I., LLLitoral 2010 (mayo), 381, AR/JUR/48540/2009.

(19) Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala III, Fomicz de Ilucko, Teodora c. Provincia de Buenos Aires -Policía de la Provincia-, 30/09/1986, con nota de RACCIATTI, Hernán, LA LEY, 1987-D, 453; DJ, 1988-1-519, AR/JUR/1821/1986.

(20) RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol. Obligaciones, t. V, La Ley. Buenos. Aires. p. 14.

(21) Juzgado Federal de 1ª Instancia Nro. 2 de Rosario, U.N.R. c. Recoaro, Carlos A. y O., 20/07/2010, La Ley Online, AR/JUR/34754/2010. Ver También: Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II, "Spano, Adrián Alejandro c. Monjardin, Sergio Alberto y otro", 28/08/2008: LLBA, 2008 (noviembre), 1158; Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Mercedes, sala I, "Guerrero Contardo, Bernardo c. Méndez, Juan y otro", 28/02/2008: RCyS, 2008, 979; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, "Calcaterra, Rubén y otra c. Municipalidad de Buenos Aires", 24/05/1990: LA LEY, 1991-D, 469, con nota de COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H.; DJ, 1991-2-994. Al respecto se ha señalado que constituye un caso de responsabilidad colectiva, cuando varios médicos cohesionados por pertenecer a una unidad departamental o de "un servicio" constituyen "un grupo". Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, Calcaterra, Rubén y otra c. Municipalidad de Buenos Aires, 24/05/1990, LA LEY, 1991-D con nota de COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., LA LEY, 1991-D, 469; DJ, 1991-2, 994, AR/JUR/1629/1990.

(22) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, Morales, Restituto c. Club Atlético Vélez Sársfield y otros, 11/03/1981, con nota de LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, LA LEY, 1981-B, 523; ED, 93-690 AR/JUR/1600/1981.

(23) Ver el desarrollo de las ideas vertidas sobre este artículo en: Sumario N° 18.083 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 4/2008). DÍAZ DE VIVAR, PONCE. L.493685 A., G. N. c. G., P. M. s/daños y perjuicios, 25/07/08, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala M. UTSUPRA: A00274805535/ Sumario N° 17.829 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 2/2008). WILDE, VERÓN, MATTERA. L. 29446 GULMAN, Leonardo Rubén c. Regina Mater SRL y otro s/daños y perjuicios. 28/03/08. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J. ANDORNO, Roberto, "Buena fe en la relación médico-paciente: el derecho del paciente a saber y el derecho a no saber", tratado de la buena fe en el derecho, La Ley, t. I, Buenos Aires, 2004-185. Ley Nacional Nº 17.132. Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares. Ley 25.326. Protección de los Datos Personales.

(24) El precepto establece como excepciones a la regla general aludida: 1) Aquellos casos donde a criterio del profesional se encuentra en peligro la salud pública y/o la salud o la integridad física de otra/s persona/s. 2) Cuando sea necesario el acceso a la información para la realización de auditorías médicas o prestacionales o para la labor de los financiadotes de la salud, siempre y cuando se adopten mecanismos de resguardo de la confidencialidad de los datos inherentes al paciente, que se encuentran protegidos por el secreto médico. Cuando el paciente exprese su deseo de no ser informado se documentará en la historia clínica su decisión y respetará la misma, sin perjuicio de dejar asentado su último consentimiento emitido.

(25) Ver el desarrollo de estas ideas en: G. de A., M. c. Policlínico Central de la UOM. CNCiv. Sala D (con nota de TALLONE, Federico). Revista de Responsabilidad Civil y Seguros Noviembre de 2004.- // "La relación médico — paciente. El consentimiento informado." HIGHTON, Elena — WIERZBA, Sandra M. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1991. // Derecho médico. Consentimiento informado. MENEGHINI, Roberto A. Publicado en El Dial / Ley Nacional Nº 17.132. Ejercicio de la medicina, odontología y actividades auxiliares. //Ley 25.326. Protección de los datos personales.

(26) Ver el desarrollo de estas ideas en: JALIL, Julián Emil, El consentimiento para actos médicos y las directivas anticipadas en el proyecto de reforma al Código Civil y la nueva ley 26.742. A propósito del reciente fallo "Albarracini" de la CSJN, DFyP 2012 (agosto), 08/08/2012, 205/ JALIL, Julián Emil. "El consentimiento informado y la responsabilidad civil deviniente de su falta de otorgamiento (Consideraciones en torno a los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud en la ley 26.529)" Publicado en el Suplemento de derecho de daños (actualidad) de El Dial. Lunes, 11 de Julio de 2011 - Año XIV - N° 3306.

Ver también fallo: M. S. A. vs. S., G. s/daños y perjuicios. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G; 02-07-2010; RC J 14337/10. Rev. Rubinzal — Culzoni. CALCAGNO, Liliana; VALENTE, Luis Alberto. Consentimiento informado y bioética práctica, UNLP 2008 (agosto), 102 - LA LEY, 2008-E, 996 Ídem. RODRIGUEZ LOPEZ, Pedro, "La autonomía del paciente. Información, consentimiento y documentación clínica"; Dilex, p. 69. GALAN CORTÉS, Julio C., "El Consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios", p. 162, Colex. Madrid. 1997. HIGHTON, Elena y WIERZBA, Sandra M., "La relación médico-paciente; el consentimiento informado", p. 11, Ad Hoc, 1991. MAGLIO, Ignacio, Guías de Buena Práctica Ético legal en terapia Intensiva. Guías para el consentimiento informado, v. 1, Nº 1, Ed. Arkhetypo, Buenos Aires, 2001. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 25/08/2005, C., P. L. y otros c. C., A. G. y otro, RCyS, 2005-1318; 2006-367, con nota de WIERZBA, Sandra; AR/JUR/3965/2005. Ídem Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 02/06/2004, "G. de A., M. c. Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica", RCyS, 2004-X, 44, con nota de TALLONE, Federico C. / GHERSI, Carlos A., "El derecho médico y la Corte Suprema de Justicia. Las "decisiones" como precedentes para los tribunales inferiores. El consentimiento informado: validez y eficacia. El paciente y el derecho de decidir. El Objeto de conciencia" En Revista de Jurisprudencia Argentina, t. 2000-I, 802.

(27) Ver el desarrollo de estas ideas en: MORELLO, Augusto, La Responsabilidad civil de las profesiones liberales y la prueba de la culpa. LA LEY, 1988-E, 896, en igual sentido LORENZETTI, Ricardo, "La responsabilidad civil del médico en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", LA LEY, 1988-B, 904. Fallos: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 03/08/2009, Cibert, Nilda del Carmen c. Appiani, Erdulfo y otros, La Ley Online. CNCom., Sala D 2004/06/02 "G. de A. M. c. Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica", Rev. de Responsabilidad civil y seguros año VI N° X nov. 2004 p. 43. Corte de Casación de Italia, sección III civil, 14/03/2006, N° 5444, con nota de PREVOT, Juan Manuel; LA LEY, 2006-E, 95; AR/JUR/1358/2006./ GHERSI, Carlos A., "El derecho médico y la Corte Suprema de Justicia. Las "decisiones" como precedentes para los tribunales inferiores. El consentimiento informado: validez y eficacia. El paciente y el derecho de decidir. El Objeto de conciencia" En Revista de Jurisprudencia Argentina, t. 2000-I, 802.

(28) Ver: JALIL, Julián Emil, El consentimiento para actos médicos y las directivas anticipadas en el proyecto de reforma al Código Civil y la nueva ley 26.742. A propósito del reciente fallo "Albarracini," de la CSJN Publicado en: DFyP 2012 (agosto), 08/08/2012, 205/Fallos: P., S. M. c. Obra social AMSA y otros s/daños y perjuicios. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala A; 30-04-2004; Rev. Rubinzal-Culzoni, RC J 2806/04. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 06/10/2010, N.N. o U., V. Protección y guarda de personas, La Ley Online; AR/JUR/58570/2010. Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, "Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar Alende (HIGA)", 09/05/2005, LLBA 2005(julio), 641, con nota de MORELLO, Augusto M., MORELLO Guillermo C.; AR/JUR/900/2005. Y doctrina: JALIL, Julián Emil, "El consentimiento informado y la responsabilidad civil deviniente de su falta de otorgamiento (Consideraciones en torno a los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud en la ley 26.529)" Publicado en el Suplemento de derecho de daños (actualidad) de El Dial. Lunes, 11 de Julio de 2011 - Año XIV - N° 3306. LÓPEZ MIRÓ, Horacio G., Acerca de un fallo que presume la existencia de consentimiento informado, La Ley Online. CNC, sala I, octubre 25-990; Favilla, Humberto c. Piñeyro, José y otro; LA LEY, 1991-D, 117. HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., La relación médico-paciente: El consentimiento informado, Ad Hoc, Buenos Aires, 1991.

(29) Ver: P., S. M. c. Obra social AMSA y otros s/daños y perjuicios. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala A; 30-04-2004; Rev. Rubinzal-Culzoni, RC J 2806/04. LÓPEZ MIRÓ, Horacio G., Acerca de un fallo que presume la existencia de consentimiento informado, La Ley Online. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 06/10/2010, N.N. o U., V. Protección y guarda de personas, La Ley Online; AR/JUR/58570/2010. Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, "Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar Alende (HIGA)", 09/05/2005, LLBA 2005 (julio), 641, con nota de MORELLO, Augusto M.; MORELLO, Guillermo C.; AR/JUR/900/2005.

(30) Ver: MENEGHINI, Roberto A., Derecho médico. Consentimiento informado. El Dial. Ley Nacional Nº 17.132. Ejercicio de la Medicina, Odontología Y Actividades Auxiliares. Ley 25.326. Protección de los Datos Personales.

(31) Ver: HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., La relación médico-paciente: El consentimiento informado, Ad Hoc, Buenos Aires, 1991, p. 192. JALIL, Julián Emil, "El consentimiento informado y la responsabilidad civil deviniente de su falta de otorgamiento (Consideraciones en torno a los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud en la ley 26.529)" Publicado en el Suplemento de derecho de daños (actualidad) de El Dial. Lunes, 11 de Julio de 2011 - Año XIV - N° 3306/ Ley Nacional Nº 17.132. Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares. Ley 25.326. Protección de los Datos Personales. / CSJN. Albarracini Nieves, Jorge Washington s/Medidas precautorias LA LEY, 2012-C, 483 con nota de GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; BASTERRA Marcela I.

Responsabilidad del estado en la esfera jurisdiccional ante la pérdida de instrumentos consignados en un expediente judicial

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2013-IX, 42
Cita Online: AR/DOC/3091/2013
[Consultado el: 04/07/2020]

Sumario.

I. Los aspectos medulares en los que reposa la condena contra el Estado en el fallo de la Cámara de Apelaciones con prescindencia de la cuestión procesal que rechazó la queja ante la CSJN.- II. Consideraciones preliminares: la responsabilidad del Estado desde una perspectiva histórica haciendo especial mención a la situación actual en el proyecto de reformas el Código Civil.- III. Los fundamentos jurídicos en los que reposa el deber de resarcir los daños producidos por actos estatales.- IV. El servicio deficiente como elemento objetivo que amerita responsabilizar civilmente al Estado en cualquiera de sus esferas de incumbencia.- V. Responsabilidad por cumplimiento defectuoso de la función jurisdiccional y responsabilidad especial de quien cumple dicha función.- VI. El anormal funcionamiento de la justicia como elemento configurativo de la deficiente prestación de servicio por parte del Estado.- VII. Aplicabilidad de los principios y fundamentos expuestos precedentemente al caso comentado.

"...Si la justicia existe, tiene que ser para todos; nadie puede quedar excluido, de lo contrario ya no sería justicia..." (Paul AUSTER)

I. Los aspectos medulares en los que reposa la condena contra el Estado en el fallo de la Cámara de Apelaciones con prescindencia de la cuestión procesal que rechazó la queja ante la CSJN.

La CSJN hace suyos los argumentos de la Procuradora General de la Nación, por los cuales considera que el apelante se limitó a discrepar con la ponderación del asunto realizada por la Cámara de Apelaciones, pero sin poner de manifiesto -tal como es menester- deficiencias en el razonamiento o ausencia de razonabilidad en las conclusiones. Ha entendido al respecto, que la doctrina de la arbitrariedad es de aplicación estrictamente excepcional y no puede requerirse por su intermedio el reexamen de cuestiones no federales cuya solución es del resorte exclusivo de los jueces de la causa, salvo que se demuestre su notorio desvío de las leyes aplicables o una total ausencia de fundamento, pues esa doctrina no pretende convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni tiene por objeto corregir fallos equivocados, toda vez que sólo pretende suplir defectos realmente graves de fundamentación o razonamiento que impidan considerar a la sentencia como acto jurisdiccional válido, extremos que no se aprecian en el caso analizado ni el recurrente logra demostrar.

Bajo los argumentos esgrimidos por la Procuradora General de la Nación, la CSJN entiende que el recurso extraordinario fue correctamente denegado por la Cámara de Apelaciones y resuelve rechazar esta queja incoada. No obstante esta cuestión procesal, amerita un breve comentario los aspectos medulares de fondo que llegan en queja al Máximo Tribunal Federal atinentes a la *responsabilidad del Estado por la pérdida de un título ejecutivo en un proceso judicial.*

II. Consideraciones preliminares: la responsabilidad del Estado desde una perspectiva histórica haciendo especial mención a la situación actual en el proyecto de reformas el Código Civil.

Hemos tenido la oportunidad de analizar diferentes supuestos de aplicabilidad del régimen de la responsabilidad civil a supuestos en donde el accionar del estado causa un daño a sus súbditos (1). Para hacer un análisis mas acabado de la cuestión es preferente realizar un breve bosquejo histórico para vislumbrar los diferentes estadios que ha transitado la responsabilidad civil con relación a la atribución de responsabilidad civil al Estado como persona jurídica, para culminar enmarcando cual es la situación actual y la perspectiva que emerge del proyecto de Reformas al Código Civil.

La responsabilidad del Estado en el marco de su actividad dentro del derecho público, fue de tardía aparición, ya que originariamente se sostenía la no responsabilidad del mismo como principio general (2). Hasta comienzos del siglo XX el principio era el de la irresponsabilidad por los actos estatales, esto fue así hasta la década de los años 50', en este sentido, el daño que sufría el particular como consecuencia de la actividad estatal debía ser soportado por el ciudadano, sin que éste tuviera acción alguna para reclamar u obtener indemnización ni contra el agente, del cual emanaba directamente el acto, ni contra el soberano. De esta forma aparecían aniquilados, por el Estado mismo, la integridad y el goce de los derechos de sus súbditos, en aras de la idea absoluta e injusta del poder del príncipe y de su derecho divino. La idea que pueda tenerse de los derechos individuales o derechos privados parece haber sido absolutamente extraña a las legislaciones de la antigüedad (3).

En nuestro país, a mediados de 1864, en el caso: "Bates Stokes y Cía. c. Gobierno nacional, la CSJN" dio lugar a la responsabilidad de Estado haciéndose eco de una demanda incoada contra éste, como consecuencia de una inundación producida en la Aduana que trajo perjuicio a bienes privados, pero no mucho tiempo después el Máximo Tribunal cambia dicha percepción para considerar que el Estado nacional es indemandable (4).

La idea de falta de servicio debe ubicarse en Francia a partir de lo resuelto por el Consejo de Estado en el *arrêt* "Blanco" de 1873. En sus orígenes, fue concebida como una figura extraña al derecho civil, que se construyó en torno a la noción de servicio público para los supuestos en que éstos se prestaban de manera defectuosa (5) dicho precedente dio un vuelco superador en la materia, desarrollando el principio de sumisión de la administración al derecho; ello extraña un fuerte aggiornamiento de la puesta en escena de la responsabilidad administrativa: a partir de ese caso, una irregularidad conlleva a una sanción y un daño una reparación (6).

Como venimos explicando, en un principio se sostenía la idea de la irresponsabilidad del Estado y de sus agentes públicos (funcionarios y empleados); luego se aceptó la responsabilidad del agente público, excluyendo la del Estado; luego la de ambos (agente público y Estado), y finalmente, la del Estado en forma directa (7), no cabe dudas que ello debe ser así porque como dice García Máynez aún cuando el poder soberano sea el más alto y no dependa de ningún otro, hállese, sin embargo sometido al derecho y, en tal sentido, posee determinadas restricciones (8).

En la actualidad dicha responsabilidad con ciertos matices es aceptada de manera unánime, como expresan Trigo Represas y López Mesa no hay en nuestros días vacíos de responsabilidad en el campo del derecho administrativo, el Estado es responsable y resultaría chocante y hasta intolerable, que hoy alguien pretendiera fundar en algún argumento ingenioso la irresponsabilidad del Estado (9), como señala Picasso decir que el Estado responde por los hechos ilícitos practicados por sus funcionarios y dependientes es, en el derecho moderno, una verdad de Perogrullo (10).

No obstante las acertadas dicciones de los juristas precitados no se puede soslayar que la Comisión de Reformas al Código Civil designada por el decreto presidencial 191/2011 había redactado una serie de normas que atribuían responsabilidad objetiva al Estado, ya sea por daños derivados de sus actos lícitos (art. 1766), por el ejercicio irregular de sus funciones (art. 1764), y por los daños que ocasionaren los funcionarios y empleados públicos a particulares por acciones u omisiones que implicaren un ejercicio irregular de sus funciones (art. 1765),

pero con posterioridad a la presentación del Anteproyecto, el Poder Ejecutivo Nacional suprimió estas normas que atribuían la responsabilidad civil estatal, estableciendo como principio rector que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo (art. 1765), al igual que la de los empleados y los funcionarios públicos, siendo éste el panorama actual que presenta el Proyecto de reformas al Código Civil (11).

III. Los fundamentos jurídicos en los que reposa el deber de resarcir los daños producidos por actos estatales.

Resulta propicio tener en consideración el sustento normativo y jurisprudencial en virtud del cual el Estado, como sujeto de derecho, puede ser objeto de un pleito jurisdiccional. Ello debe ser analizado desde las siguientes ópticas:

1. *Desde la óptica del derecho constitucional*: es necesario dejar en claro que no existe en nuestra Carta Magna norma específica alguna que atribuya la responsabilidad reparatoria del Estado. Ello hace que sean inmediatamente aplicables todas las disposiciones relativas a la igualdad (art. 16 de la CN), al principio de legalidad (art. 19 de la CN) y a la teoría de la demandabilidad del Estado (art. 116 de la CN, hace alusión al ente estatal en su calidad de parte sin especificar si será como actora o demandada) (12).

2. *Desde la óptica del derecho privado*: como ha sostenido la SCJBA, la responsabilidad del Estado se rige por las mismas normas que se aplican a los particulares, tal como lo señala el art. 1112 del Cód. Civil, pues, el Estado no es un ente situado por encima o al costado de las leyes que él mismo impone a los demás (13).

3. *Desde la creación pretoriana*: la responsabilidad del Estado por el obrar de cualquiera de sus poderes fue el fruto de un largo y pedregoso camino, que se ha construido a través de los cimientos que se fueron solidificando por medio del derecho pretoriano, la doctrina y posteriormente por el reconocimiento expreso (o tácito pero no prohibitivo) de la legislación (14).

4. *Desde el propio derecho natural*: porque la responsabilidad del Estado existe con anterioridad y por sobre la recepción normativa de ella, que simplemente en caso de producirse, la reviste del barniz sacro de la obligatoriedad legal, pero que ni la crea, ni significa para ella el único o principal fundamento (15).

En numerosos fallos nuestros Tribunales han ido marcando el rumbo de este tipo de responsabilidad, configurando sus elementos, sus requisitos, y dando a lugar aún hoy en día, a amplios debates sobre el carácter de dicha responsabilidad (16).

La incidencia de la apreciación de los Tribunales en relación a la responsabilidad del Estado fue tan cabal que algunos autores han llegado a reconocer la innecesidad de una regulación normativa más extensa al respecto (17).

IV. El servicio deficiente como elemento objetivo que amerita responsabilizar civilmente al Estado en cualquiera de sus esferas de incumbencia.

La cuestión de la responsabilidad, que es mera cuestión de reparación de daños, de protección de derechos lesionados, de equilibrio social, debe, pues, ser resuelta atendiendo solamente a un criterio objetivo: quien se aprovecha de los beneficios que sus actividades le proporcionan, debe, inversamente soportar los males originados en esas mismas actividades (18).

La *falta de servicio* es explicada, siguiendo la tradicional doctrina de la Corte, la que expresó que el Estado resulta responsable principal y directo de las consecuencias dañosas que acarree la actividad de los órganos o funcionarios que de él dependen, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades a las que pertenecen. También se destacó que la idea objetiva de la *falta de servicio* encuentra fundamento en la aplicación subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil que establece un régimen de responsabilidad por los hechos y las omisiones 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 (19).

Las deficiencias del servicio, sin embargo, no tiene que soportarlas el usuario mismo, que debe tener una acción expedita contra el Estado, responsable de la buena organización del servicio (20).

En cuanto al marco normativo en donde se exterioriza la responsabilidad resultante del déficit de servicio, decimos que *el Estado es una persona jurídica de carácter público* (art. 32 y 33, inc. 1º, Cód. Civil) y su *responsabilidad extracontractual* por el daño que causa a terceros está consagrada en el art. 43 del mismo Código.

Por su parte, el art. 1112, que se refiere a la responsabilidad de los funcionarios públicos por el ejercicio irregular de sus funciones, en concordancia con la señalada responsabilidad del Estado, es fundamento bastante para atribuir a este último una responsabilidad *directa*, habida cuenta de que el funcionario actúa como órgano de éste, y *objetiva* a la vez, pues se configura esa responsabilidad por la falta de servicio en que incurre el agente (21)

V. Responsabilidad por cumplimiento defectuoso de la función jurisdiccional y responsabilidad especial de quien cumple dicha función.

A modo de reseña mencionamos que no existe normativa constitucional explícita en nuestro país que asigne especialmente al órgano jurisdiccional responsabilidad por su actuar (22), entonces lo vinculado con dicha especie de responsabilidad se regirá por lo previsto en el artículo 1112 del Cód. Civil, habida cuenta que, en definitiva, la función jurisdiccional no deja de ser una actuación estatal (23).

En un primer lugar hay que diferenciar la responsabilidad emergente en relación al Estado y por otro lado la responsabilidad individual del órgano jurisdiccional. En el primer caso no caben dudas que se trata de una responsabilidad objetiva deviniente de una subespecie dentro del concepto de falta de servicio.

En cuanto a la "*responsabilidad que surge con relación al magistrado o funcionario en sí*" y el particular damnificado, es necesario que el accionar del los primeros sea reprochable a titulo subjetivo.

Así, el proyecto de reforma del ´98, disponía en su art. 1685 que sin perjuicio de disposiciones especiales, en los siguiente casos solo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave [...] b) si el daño es causal o por errores de jueces o de arbitro en el ejercicio de sus funciones (24), como dice Mosset Iturraspe la responsabilidad de los magistrados por los daños y perjuicios ocasionados a terceros en el ejercicio irregular de su función es de carácter extracontractual. El proyecto de Código Civil de 1998 establece en ese sentido, en su artículo 1686, la exigencia del dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de los jueces para generar el derecho de indemnización (25).

A modo de síntesis y siguiendo a Kemelmajer de Carlucci decimos que una cosa es la culpa del funcionario (como persona física) y otra la del Estado (como ente). En todo caso como dice la autora, cabría discutir si se requiere o no culpa del funcionario, pero la responsabilidad del ente es siempre inexcusable aún dentro de los principios que emergen del derecho privado (26). Entonces, como explica Tawil la responsabilidad del Estado resultara, independiente de la existencia o no de dolo, culpa o negligencia por parte de los magistrados o funcionarios judiciales responsables de la tramitación, los cuales podrán ser, ello si, objeto de una acción de

responsabilidad civil por parte del particular damnificado, de haber resultado efectivamente culpables de la demora [...] que esta depende en gran medida de la celeridad con que se imparta (27).

Por otro lado, los supuestos de "*responsabilidad estatal directa y objetiva por el funcionamiento de la jurisdicción*" son los siguientes:

1) Error judicial penal constatado en recurso de revisión.
2) El supuesto concreto de dilación indebida de justicia en el orden social.
3) Decisiones judiciales contrarias a derechos humanos.
4) Error judicial en general.
5) Prisión preventiva injusta.
6) Dolo o culpa grave de jueces.
7) Anormal funcionamiento de la administración de justicia.

Cabe, ciertamente intentar reducir cualquier supuesto legal a la dicotomía constitucional error judicial — anormal funcionamiento de la jurisdicción. Desde esta perspectiva, todo lo que no sea error, seria anormal funcionamiento (28). Como explica Reyes Monterreal, el fundamento de esta responsabilidad, no es otro que "la garantía constitucional del patrimonio del sujeto dañado".

Entendemos que, tanto el funcionamiento normal como el anormal originan, en general, una responsabilidad objetiva que, precisamente porque lo es, hace irrelevante la conducta del agente.... En ambos casos, el Estado en definitiva, responde del "riesgo" de la gestión del servicio público, en general, en cuanto gestor del mismo, ya sea a través del Poder Ejecutivo o Administración de justicia, esta última también a cargo del Estado. La responsabilidad administrativa de carácter objetivo, en general, se ha dicho, no se basa en una antijuridicidad subjetiva porque la conducta de su autor sea contraria a derecho, sino mas simplemente, porque el sujeto no tenga el deber de soportarla (antijuridicidad objetiva) (29).

Parece baladí la distinción causa — consecuencia según se trate de error judicial o anormal funcionamiento de la administración de justicia, respectivamente: sin embargo, es interesante notar que en el supuesto de anormal funcionamiento, se pone más el acento en la consecuencia que en la causa.

Quizás porque es más decisivo, a la hora de generar responsabilidad el daño objetivamente producido que la determinación precisa de la culpabilidad del causante, en coherencia con las más recientes teorías sobre el fundamento de la responsabilidad administrativa (30).

VI. El anormal funcionamiento de la justicia como elemento configurativo de la deficiente prestación de servicio por parte del Estado.

El funcionamiento anormal de la justicia trae aparejada un responsabilidad de *carácter objetivo*, cuando ella se desprende del fin al cual está destinada. Entendemos que a los efectos de determinar un *funcionamiento anormal* es necesario cotejar el actuar del órgano en el caso concreto con lo que se consideraría un "*funcionamiento normal" de éste, y si el accionar del mismo no llega a la línea divisoria que exige el adecuado desenvolvimiento judicial, el elemento objetivo se entiende configurado. La responsabilidad procede per se, solo bastará vislumbrar el daño y la relación causal que lo une con el defectuoso funcionamiento jurisdiccional.*

Este razonamiento, no es ni mas ni menos que la doctrina de Kelsen sobre el "*ser* y el "*deber ser*" aplicada a un caso concreto. Hay que advertir que en el pensamiento de Kelsen no se entiende por "*ser*" otra cosa que la que corresponde al mundo de la naturaleza, a lo que acontece de hecho, siendo comprensible a través de leyes universales e inexorables que nuestra mente concibe. (Entiéndase: conducta del *Órgano Jurisdiccional apreciada ex post facto* en el caso concreto). El "*deber ser*", en cambio, es el orden de las normas, de lo que se preconiza como pauta

de una conducta libre y que puede suceder o no (31). (*Entiéndase: la pauta estándar del funcionamiento normal del Órgano Jurisdiccional*).

En el caso comentado se aprecia claramente que en "*un funcionamiento normal de la administración de justicia*" el título ejecutivo debería estar reservado en Secretaría, -en los términos de Kelsen: "*deber ser*"-, por ello, su ausencia, pérdida, extravío o robo, -en la voz de Kelsen: "*ser*"-, constituirá necesariamente un supuesto de "anormal funcionamiento de la justicia", que constituye el elemento objetivo en el cual reposa la responsabilidad estatal derivada de la función jurisdiccional.

Desde esta arista de pensamiento, "*el funcionamiento anormal de la justicia*" es un subgénero dentro del género *"falta de servicio"* y a través de su configuración aparece el elemento objetivo indispensable para la procedencia de la reparación del daño. Éste, juntamente con otros elementos a los que ya nos hemos referido precedentemente, constituye los requisitos necesarios para la atribución de la responsabilidad estatal por deficiente prestación judicial.

VII. Aplicabilidad de los principios y fundamentos expuestos precedentemente al caso comentado.

Para atribuir responsabilidad al Estado por actos o hechos ilegítimos en el ámbito extracontractual, es menester que:

1. El acto o hecho sea imputable a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de las funciones;
2. Que exista una falta de servicio, por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento o por el funcionamiento defectuoso del servicio,
3. Que se configure un daño cierto en los derechos del administrado,
4. Y la conexión causal entre el hecho o acto administrativo y el daño ocasionado a éste (32).

A continuación analizaremos brevemente cada uno de estos supuestos:

1. *El acto o hecho sea imputable a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de las funciones*: quien contrae la obligación de prestar un servicio público lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o ejecución irregular, y esta idea objetiva de falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil que establece un régimen de responsabilidad por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas (33). Bajo esta perspectiva es menester considerar que resulta ajustado a derecho el encuadre efectuado por la Cámara de Apelaciones, en tanto entendió que se configuraba un supuesto de "falta de servicio" en la función judicial (art. 1112 del Cód. Civil). Ello pues, conforme lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular y esta idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación subsidiaria del artículo 1112 del Cód. Civil, pues no se trata de una responsabilidad indirecta, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (34).

2. *Que exista una falta de servicio, por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento o por el funcionamiento defectuoso del servicio*: los actos judiciales no generan responsabilidad del Estado, por su actividad lícita, en la inteligencia que los daños que pudieran resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los

particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia (35). No obstante, claro está que la pérdida del título ejecutivo que se encontraba reservado en Secretaría del Juzgado Comercial torna irregular el ejercicio jurisdiccional, quedando configurada el elemento objetivo de "servicio deficiente", que permite atribuir responsabilidad en la esfera jurisdiccional.

3. *Que se configure un daño cierto en los derechos del administrado*: el concepto de indemnización de perjuicios lleva implícita la realidad de éstos y, para su establecimiento judicial se requiere la comprobación suficiente de tal realidad (36). No obstante lo expuesto se ajusta a derecho que el Estado indemnice el "*daño moral*" padecido por el actor derivado de la pérdida de un título ejecutivo en este caso, por el cual éste había reclamado un cobro de pesos, pues dicha pérdida es un hecho grave, que sin duda tiene entidad suficiente para lesionar las afecciones legítimas, y defrauda la confianza de los ciudadanos en las instituciones (37). Ahora bien, en cuanto al resarcimiento de la "*pérdida de chance*" de obtener la totalidad del monto reclamado por el título ejecutivo, creemos propicio señalar que dicho concepto de no tiene contornos definidos. Zannoni lo ha caracterizado como la posibilidad de un beneficio probable, futuro, 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 (38). Desde esta arista, la cuantificación del resarcimiento debe quedar circunscripta al límite probabilístico y no a la obtención de la totalidad del monto reclamado, máxime si se tiene en cuenta que el proceso ejecutivo está sujeto a excepciones defensivas que pueden modificar el destino del apremio. (arts. 544 y sgts. del CPCCN).

4. *La conexión causal entre el hecho o acto administrativo o judicial y el daño ocasionado a éste*: si bien no surge claramente del fallo comentado, resulta evidente que la pérdida del título ejecutivo ha generado un *daño cierto* en el actor quien se ha impedido de obtener el cobro del mismo por la vía jurisdiccional, tal como lo autoriza la ley (arts. 544 y sgts del CPCCN), e imposibilitado de obtenerlo por otros medios extrajudiciales ante la ausencia misma del instrumento que se encontraba reservado en la Secretaría del Juzgado Comercial.

En base a lo expuesto consideramos atinado el pronunciamiento ya firme de la Sala I de la Exma. Cámara Contencioso Administrativo Federal, por el cual se ha condenado al Estado en la función jurisdiccional ante la pérdida de un instrumento ejecutivo, pues dicho acto ha generado un anormal funcionamiento del servicio de justicia, tronando al Estado responsable civilmente por el daño acaecido en consecuencia al justiciable, con independencia de las sanciones administrativas, civiles o penales que le correspondan a los agentes de la administración de justicia involucrados.

Bibliografía.

(1) Ver al respecto nuestros trabajos: JALIL, Julián Emil. "La falta de servicio o el servicio deficiente como factor objetivo de responsabilidad del Estado", LA LEY 2009-B, 639. Como asimismo: JALIL, Julián Emil, "Responsabilidad por el anormal funcionamiento de la justicia", LLGran Cuyo 2009-731. En los mencionados artículos de Doctrina se pueden apreciar, con mayor profundidad, las premisas e ideas erogadas en este trabajo en torno a la responsabilidad del Estado. Y mayor abundamiento: JALIL, Julián Emil. "Tratado de la Responsabilidad Civil", Ed. Zahir, T. II, p. 271 y sgtes.

(2) Al Estado soberano se lo consideraba irresponsable salvo en los casos especialmente contemplados por la ley; atento que, se decía, el mismo no puede causar daños (the king can do not wrong), o, en todo caso, que tenía relativamente muy pocas posibilidades de poderlos ocasionar. TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad de los jueces y del estado-juzgador por daños derivados de errónea actividad judicial" Acad. Nac. de Derecho, 2008 (junio), p. 1.

(3) BARRAZA, Javier Indalecio. "Actualidad en la jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual del Estado", LA LEY, 2000-A, 943. Derecho Constitucional, Doctrinas Esenciales. T. II, 105. TEISSIER, George, "La responsabilité de la puissance publique", París, 1906, p. 2. A modo ejemplificativo y desde la perspectiva legislativa, la responsabilidad estatal se incrementa en España a partir de la constitución de

1931 y en Inglaterra, a partir de 1947 donde se extendió la responsabilidad que antes pesaba sobre el funcionario a la Corona.

(4) Ver CSJN en Fallos: 1:317.

(5) Ver en este sentido el interesante comentario de BARRA. En BARRA, Rodolfo C., "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", ED, 127-166.

(6) TRIGO REPRESAS, Félix, LOPEZ MESA, Marcelo, "Tratado de la Responsabilidad Civil". T. IV. Ed. LA LEY. Buenos Aires. 2004, ps. 6 y 7.

(7) La irresponsabilidad del Estado actuando en el Derecho Público era una consecuencia de la "soberanía". A raíz de ello, se necesitó la "venia" legislativa para accionar. Vgr. ley 3952 -Adla, 1889-1919, 490- dejada sin efecto por la ley 11.634 Adla, 1920-1940, 268. PRIERI BELMONTE, Daniel A., "Responsabilidad extracontractual del Estado por error del Registro de la Propiedad", LLBA, 2001-603. Estas ideas, en cuanto al flujo evolutivo de este tipo especial de responsabilidad del Estado y del agente público pueden ser sintetizadas de esta manera: 1. Hasta comienzos del siglo XX la responsabilidad del Estado era un hecho casi inexistente y se ha consolidado recién a partir de la década de los años 50'.2. La principal barrera para el reconocimiento de la responsabilidad del Estado ha sido el principio de la inmunidad soberana. 3. La inmunidad soberana fue soslayada inicialmente con la responsabilidad personal del funcionario público.4. Hoy día la responsabilidad personal del funcionario público ha desaparecido casi totalmente para dar lugar a la del Estado. Probablemente en Estados Unidos es donde con mayor intensidad se mantiene aún. 5. En los Estados Unidos donde el principio de la inmunidad soberana se mantiene todavía más fuerte y arraigado, y por ende es el que más dificultades ha exhibido en admitir la responsabilidad del gobierno federal y de los gobiernos locales. 6. De las tres ramas del gobierno, la que más inmune permanece a la responsabilidad es el Poder Judicial. 7. Mientras en España existe una satisfacción general -expresada por boca de los más autorizados doctrinarios, acerca del estado de la responsabilidad del Estado, no existe igual sentimiento en los Estados Unidos. BIANCHI, Alberto B., "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado", LA LEY, 1996-A, 922 y Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, T. I, p. 773.

(8) GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho". Ed. Porrúa. 57° edición. México. 2004, p. 103.

(9) TRIGO REPRESAS, Félix, LOPEZ MESA, Marcelo, "Tratado...", ob. cit., p. 14.

(10) PICASSO, Sebastián. "Responsabilidad del Estado por Inexactitudes Registrales" JA, 2000-I-826.

(11) CALVO COSTA, Carlos A., "La nueva responsabilidad civil en el Proyecto de Código: un paso hacia adelante y un interrogante" en RCyS, 2013-VI, (Tapa).

(12) HITTERS, Juan Manuel, "Responsabilidad del estado por error judicial", LA LEY, 2003-F, 1070. y Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, T. IV, p. 1337.

(13) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 11/04/2007, "Acuña, Luis E. y otros c. Rosano, Mariano E. y otros". DJ 2007-3-650. (Voto de Roncoroni).

(14) HITTERS, Juan Manuel, ob. cit., p. 1339.

(15) TRIGO REPRESAS, Félix, LOPEZ MESA, Marcelo, "Tratado...", ob. cit., p. 148.

(16) Como veremos en los próximos párrafos, se ha discutido mucho si el estado responde objetivamente o si en definitiva puede eximirse de responsabilidad demostrando la falta de culpa de sus agentes. Si bien la Corte federal ha tomado partida por el carácter objetivo de la mencionada responsabilidad, aún hoy ciertos tribunales admiten un criterio disímil.

(17) En este sentido dice BIANCHI que el grado de desarrollo que la responsabilidad estatal ha logrado a impulsos de la jurisprudencia es tal que ha permitido la constitución de un sistema jurídico que hoy día poco mejoraría con el dictado de una ley regulatoria de la materia. Es más si se consumara tal iniciativa legislativa creo que enseguida se desatarían una serie de debates en torno a su interpretación que muy probablemente provocarían -al menos en lo inmediato- un retroceso. De modo tal que el estudio de la responsabilidad del Estado es en buena medida -y sin perjuicio de los numerosos y valiosos aportes doctrinarios que existen- el estudio de los precedentes que la han ido construyendo. Claramente es la jurisprudencia de la Corte Suprema y la de los tribunales federales la que marca el ritmo con que la responsabilidad avanza o retrocede BIANCHI, Alberto B., "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado". LA LEY, 1996-A, 922 - Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. T. I. Ed. LA LEY. Buenos Aires, p. 777.

(18) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Derecho de Daños". Ed. Rubinzal Culzoni, p. 312.

(19) BARRAZA, Javier Indalecio BARRAZA, Luis Jerónimo, "Responsabilidad del estado por error judicial", LA LEY, 2006-B, 182.

(20) TAWIL, Guido Santiago, "La Responsabilidad del Estado y de los magistrados y Funcionarios Judiciales por el mal Funcionamiento de la Administración de Justicia". Ed. Depalma. Buenos Aires. 1989, p. 72.

(21) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad civil del Estado Nacional por falta de servicio (acto ilícito) de un agente policial", LA LEY, 1997-B, 224 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales. T. IV, p. 152.

(22) Aunque ello deviene de manera implícita de determinados preceptos constitucionales y tratados con jerarquía constitucional los cuales son válidamente aplicables y forman parte de nuestro derecho vigente, con gran acierto el fallo comentado se hace eco de ello. En España por ejemplo, la misma constitución lo contempla en el artículo 121 de dicho cuerpo normativo, en este sentido explica JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, que conforme al art. 121 LEF de 16/12/1954, dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que dicha ley se refiere (es decir, los susceptibles de apropiación) siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la administración pueda exigir a sus funcionarios con tal motivo. JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Andrés, "La responsabilidad del estado por el anormal funcionamiento de la justicia". Ed. Impredisur. Granada. 1991, p. 113.

(23) Aunque como veremos más adelantes hay que distinguir la responsabilidad atribuible al estado por su falta de servicio de aquella que se aplica al sujeto interviniente en el actuar u omisión que causa el daño, porque varía de un supuesto al otro el factor de aplicación para la imputación de responsabilidad.

(24) Véase el notable comentario de MOSSET ITURRASPE en MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Visión Jurisprivatista de la Responsabilidad del Estado". Revista de Derecho de Daños. Vol. 9. Ed. Rubinzal-Culzoni. 2000, ps. 9, 10.

(25) MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Visión...", ob. cit., p. 141.

(26) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Responsabilidad del Estado". Ed. UNSTA. Tucumán. 1982, ps. 70/1.

(27) TAWIL, Guido Santiago. La Responsabilidad del Estado y de los magistrados y Funcionarios Judiciales por el mal Funcionamiento de la Administración de Justicia. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1989. Págs. 72.

(28) JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Andrés, "La responsabilidad del estado por el anormal funcionamiento de la justicia", Ed. Impredisur. Granada. 1991, ps. 117 y 119.

(29) El autor cita la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1985 en donde el Máximo Tribunal español dijo: "el perjuicio no es antijurídico por la manera de producirse", pero, "sin embargo, el titular del bien o derecho lesionado no tiene el deber de soportarlo" Entendemos que esta idea de soportabilidad en la que radica el fundamento de exclusión del funcionamiento normal por parte del artículo 121 de la Constitución. Porque la responsabilidad en esta materia "no solo es posible sino necesaria ya que los daños que causen a los particulares tiene una gravedad tanto mas condenable cuanto que deben ser soportados en nombre de la Justicia. REYES MONTERREAL, José María, "La Responsabilidad del Estado por error y anormal Funcionamiento de la Administración de Justicia". Ed. Colex. 1987, p. 15.

(30) JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Andrés, La responsabilidad... ob. cit., p. 34.

(31) KELSEN Hans, "Teoría pura del Derecho". Ed. Porrúa, México. 1993, p. 205. Para KELSEN ser es lo que se constata como hecho, el deber ser lo que se preceptúa al cumplimiento libre de los hombres. El Derecho es un orden de deber ser, en el sentido de que no es algo que de hecho acontece, sino un sistema de normas. TAGLE, Jorge R., "Afinidades ontológicas entre el ser y el deber ser del derecho". En Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía. T. 3. Mendoza. Marzo-Abril. 1949, p. 1916.

(32) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala I, García, Pablo y otro c. E.N.-Mº del Interior-Dirección Nacional de Migraciones, 18/06/2010, AR/JUR/73110/2010.

(33) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, González, Marcelo Alejandro c. Policía del Chaco y/u otros, 06/04/2009, LLLitoral 2009-665, AR/JUR/6785/2009.

(34) CSJN en Fallos: 312:1656; 306:2030; 307:821; entre otros.

(35) Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, S., H. A. c. Provincia de Mendoza, 17/03/2011, La Ley Online, AR/JUR/9082/2011. Los daños resultantes del procedimiento empleado por el Poder Judicial para resolver una contienda si, no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares pues, son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala V, London Supply SACIFI c. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, 28/02/2008, La Ley Online, AR/JUR/3915/2008. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, "Murchison S.A. Estibajes y Cargas y otro c. Ministerio de Justicia y Der. Humanos", 17/08/2006, La Ley Online. (Del voto en disidencia del Dr. Gallegos Fedriani).

(36) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Arisnabarreta, Rubén J. c. Estado Nacional - Ministerio de Educación y Justicia de la Nación, 06/10/2009, LA LEY 2009-F, 371 con nota de María Florencia Ramos Martínez, Sup. Adm. 2009 (noviembre), 49, DJ 09/12/2009, 3496, LA LEY 2009-F, 512, RCyS 2010-IV, 129 con nota de José M. Aroza, AR/JUR/34623/2009.

(37) En efecto, la pérdida de un titulo ejecutivo es un hecho grave, que sin duda tiene entidad para lesionar las afecciones legítimas del justiciable. Es que tal acaecimiento tiene un impacto en la confianza que los ciudadanos deben tener en las instituciones del Estado, en el caso, las que tienen a su cargo la prestación del servicio de justicia. En la medida en que el Estado debe asegurar el derecho a la jurisdicción, por imperativo constitucional (art. 18 CN), ello supone un mínimo de eficiencia en el funcionamiento del aparato estatal destinado a resolver controversias. Lo que aquí debe resarcirse es la defraudación de esa confianza en las instituciones del Estado. Si bien la cuantificación del rubro resulta de difícil determinación, no puede desconocerse que se trata de un título ejecutivo que se extravió en el curso de la tramitación de un proceso. Ver similar criterio en: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala V, Perrotta, Francisco Guillermo c. P.E.N., 06/07/2010, RCyS 2010-XII, 167 con nota de Sabrina M. Berger, RCyS 2011-I, 110, AR/JUR/52330/2010.

(38) ZANNONI, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil". Ed. Astrea. Buenos Aires. 1993, p. 78.

Consideraciones en torno al daño moral

Por Julián Emil Jalil
Fernando Yarroch

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2013-X, 52
Cita Online: AR/DOC/2310/2013
[Consultado el: 04/07/2020]

Sumario.

1. Antecedentes del caso. 2. A modo de exordio. 3. Variedades del daño moral. 4. Naturaleza jurídica. 5. Legitimación activa. 6. ¿Daño moral y riesgo tolerable, la vida duele? 7. La cuantificación del resarcimiento. 8. Colofón.

1. Antecedentes del caso.

La sentencia de Cámara hizo lugar al reclamo por daño moral incoado por los herederos forzosos contra la codemandada "Asociación de Beneficencia Hospital Sirio Libanés" por el incorrecto traslado y posterior depósito de los restos mortales de quien en vida fuera su Sra. madre, cuando en rigor de verdad, los mimos pertenecían a otra persona, por un intercambio de cadáveres.

2. A modo de exordio.

La realidad jurisprudencial de nuestros días nos plantea un amplio escenario en materia de derecho de daños, en donde la indemnización del daño moral o *pretium doloris* ocupa uno de los escenarios principales dentro de las aristas de la responsabilidad civil, en virtud de la violación del principio ulpianista *alterum non laedere*.

Abordaremos de corrido un somero análisis de dicho instituto y su aplicación al fallo *sub examine*, no sin antes afirmar que muchas veces es utilizado en decisiones pretorianas absolutamente disímiles en cuanto al *thema decidendum*, razón por la cual la figura del daño moral se observará impertérrita en una pluralidad de fallos judiciales.

Como bien apunta la diáfana tinta del profesor DÍEZ PICASSO, los conceptos jurídicos no pueden construirse sin una cierta dosis de rigor, y sólo así se permitirá un debate fructuoso dentro de la comunidad de los juristas. (2)

Dicha circunstancia ha llevado a sectores de la doctrina extranjera más especializada en la materia, a mencionar con alto encono a la noción de daño moral como un concepto "comodín" (3) o "figura borrosa". (4) Parte de la doctrina europea nos plantea una definición negativa del daño moral: aquel perjuicio que no implica una pérdida de dinero, que no entraña para la víctima ninguna consecuencia pecuniaria ni disminución de su patrimonio. (5)

A partir de la distinción clásica en responsabilidad civil entre "daños patrimoniales" y "daños no patrimoniales", propia de la escuela francesa a partir de la figura del *dommage moral*, los "daños morales" suelen

identificarse con esta segunda categoría y, por tanto, son definidos por exclusión: cualquier daño que no tenga cabida dentro de la primera categoría, la tendrá dentro de la segunda.

Miquel Martín - Casals y Josep Solé Feliu señalan la necesidad de dar una definición negativa por la variedad extrema de supuestos que pueden tener cabida dentro de esta categoría. (6) Asimismo, Josserand expresa que el daño moral puede revestir dos caracteres; así una persona puede ser atacada en su honor o en su reputación, o en su patrimonio moral o sus afectos. (7) El Maestro Le Tourneau adhirió a esta tesis distinguiendo también el perjuicio patrimonial y el extrapatrimonial, y dentro de este, distinguía el que resulta de la agresión física a una persona y el que deriva de un ataque a los derechos personalísimos de ésta. (8)

Desde otro prisma, afirman Zavala de González y Pizarro que el daño moral es una modificación disvaliosa, anímicamente perjudicial del espíritu, que se traduce en un modo de estar la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste. (9)

Es interesante, en un sentido opuesto, lo que señalan Trigo Represas y López Mesa, para quienes el daño moral es, en términos generales aquella especie de agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos. (10) Bajo estos parámetros se ha señalado jurisprudencialmente que en materia de hechos ilícitos, acreditada la acción antijurídica lesiva de alguno de los "derechos personalísimos", debe tenerse por probado "in re ipsa" el consiguiente daño moral, correspondiendo en todo caso al responsable la demostración de la existencia de alguna situación objetiva que permita excluir en el caso concreto ese tipo de perjuicio. (11)

Abordamos esta tesis, ya que consideramos que la noción de daño moral se encuentra íntimamente ligada con el concepto de desmedro extrapatrimonial, lesión a los sentimientos personales, o afecciones legítimas, que van más allá de las simples molestias, dificultades o perturbaciones, vinculadas con las facultades basales de todo ser humano, con lo que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado derechos de personalidad o derechos extramatrimoniales (12), los cuales constituyen —quizás— "la gama de facultades" (13) más lesionada en los menoscabos morales.

Hay sentimientos positivos como la alegría, la simpatía, el agrado, el júbilo, etc.; y otros sentimientos negativos como el dolor, la pena, la aflicción, el desconsuelo, el pesar. En el daño moral, están conmovidos algunos de los sentimientos positivos de nuestro ser por otros sentimientos negativos.

Nuestro derecho positivo ha recogido la figura del daño moral, y prescribe en carácter de espina dorsal sobre el mismo en los arts. 1078, 1083 del Cód. Civil, como así también luego de la reforma del año 1968, en el art. 522 del mismo.

3. Variedades del daño moral.

Los daños morales atendiendo al bien contra el que se atenta pueden ser agrupados en las siguientes categorías:

1. Atentados a los derechos de la personalidad: aquí se incluye: la protección del apellido; se previene la usurpación, la utilización a título de seudónimo, por un homónimo o en una obra intelectual o con fines mercantiles. Protección del nombre de pila; si bien esta identificación es insuficiente y no puede ser objeto de protección normalmente, puede serlo en circunstancias excepcionales (por Ej., cuando ha hecho célebre a una persona de manera que instintivamente, para el público, la sola mención de este nombre hace pensar en esta personalidad). Protección del seudónimo y del sobrenombre o apodo.

Protección de la vida privada (en Francia se reguló por Ley de 17 de julio de 1970, erigiéndose en auténtico derecho subjetivo). Incluye la protección del derecho a la propia imagen (con determinadas

excepciones) y presenta como modalidad la protección de la vida privada del trabajador (los despidos no pueden justificarse en la vida privada del trabajador). Otras variedades de atentados a los derechos de la personalidad: al honor; a la vida profesional; a los sentimientos religiosos o patrióticos; al derecho moral de autor o del artista; a la memoria de los muertos; a la patria potestad.

2. Atentados a los afectos ("Pretium affectionis"): tal como explica el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela se observa que en materia de daño moral se identifican básicamente dos tipos, el daño sufrido por la propia víctima o *pretium doloris* y el daño afectivo, *pretium affectionis*, mejor conocido como daño por rebote. El primero de los nombrados es aquel daño, sufrimiento o perjuicio moral padecido por la víctima a razón de una conducta ilícita del agente del daño, resaltando la nota de daño personalismo, el cual solo puede ser reclamado por la propia víctima, a diferencia del daño afectivo que es aquel sufrido por familiares o parientes de la víctima, caso que no nos ocupa hoy. La mayoría de los supuestos en los que procede la indemnización por daños morales sufridos, tienen como causa el sufrimiento corporal de la víctima, quedando el ámbito de aplicación más reducido para los casos en que ésta se afirme ofendido en su honor o reputación, lo que significa que el juzgador debe analizar con sumo detalle las circunstancias específicas para llegar a una conclusión justa en estos últimos casos. (14)

3. Atentados corporales, que comprenden:

* El *pretium doloris*, tal como se expuso precedentemente, este tipo de menoscabo moral viene a compensar el daño causado por el sufrimiento experimentado por la víctima. Es el más conocido de los daños morales ocasionados por un atentado corporal.

* El *pretium pulchritudinis*. El precio de la belleza compensa al perjuicio estético resultante del atentado contra la armonía física de la víctima, pudiendo distinguirse entre la pérdida de la integridad corporal y el perjuicio estético "'stricto sensu".

* El *pretium juventutis*. Repara el daño juvenil, esto es, el sufrido por un joven que ve reducidas sus esperanzas de vida o siente desaparecer alguno de sus encantos.

4. Daños morales diversos: aquí podrían incluirse, a simple título de ejemplo, los hechos siguientes: Las preocupaciones e inquietudes causadas por culpa de algo (por ejemplo un proceso). Emociones provocadas a una mujer encinta por el accidente en el que su marido ha sido victima y haya ocasionado su aborto involuntario. (15)

El daño moral objetivado y subjetivado.

Esta distinción tiene su origen en las observaciones hechas por Cino de Pistoia y Baldo. La distinción entre daños objetivados y subjetivados parte del hecho de que la lesión a un bien extrapatrimonial puede traer perjuicios materiales y viceversa, la lesión a un bien material puede generar también perjuicios extrapatrimoniales. Así los distinguió la Corte: -Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de aquél en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados o indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios moral, no susceptibles de objetivación.

El criterio de distinción entre uno y otro está en que el daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio por la pérdida de su crédito causada por la difamación o por su inhibición para el trabajo; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Y en consecuencia las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse siempre aplicándoles las normas que regulan la fijación y resarcimiento del perjuicio material.

Expresado brevemente, el daño moral subjetivo es el daño moral en sentido estricto y el daño moral objetivado es un daño patrimonial causado por la lesión a un bien extramatrimonial. (16)

Valga aclarar que una cosa es el daño moral objetivizado o subjetivizado y otra muy diferente es que la fuente del daño moral devenga de un supuesto de responsabilidad subjetiva u objetiva. Al respecto la doctrina nacional ha expedido en que es de aplicación tanto a los supuestos de responsabilidad subjetiva como objetiva, y también en los casos de responsabilidad contractual y extracontractual, de conformidad con los arts. 1078 y 522 del Cód. Civil. (17)

4. Naturaleza jurídica.

Existe desde antaño una larga discusión científica en torno al carácter que se le puede otorgar a la indemnización del daño moral. Al respecto es necesario puntualizar como lo hace Larenz que de lo que se trata, es de una aplicación de la teoría de las distintas funciones que pueden asignarse al pago de una suma de dinero: función de compensación, función de satisfacción y función punitiva. (18) Esta concepción recoge diferentes adeptos que fundamentan las mencionadas posturas dogmáticas:

4.1. Tesis punitiva: Por una parte, están quienes consideran que la reparación del daño moral constituye una pena, es decir una sanción al ofensor; entre los que se ubican Demogue, Ripert y Savatier en la doctrina francesa.

Según el gran maestro George Ripert en la condena por daño moral no existe procuración de satisfacción de la víctima, sino punición del ilícito comportamiento del autor del daño. Esto así, la indemnización posee un carácter ejemplar, de disuasión e inclusive, prevención. (19) Cierta jurisprudencia de nuestro país ha admitido este carácter punitivo. Así, se ha señalado que la reparación por daño moral es una suerte de pena privada ejemplificadora y no resarcitoria. Y para fijarlo debe estarse a las condiciones personales del autor del daño, a su conducta con relación al accidente y a las propias características del mismo. (20)

4.2. Tesis compensatoria o reparatoria: esta posición considera que el daño moral en su indemnización ofrece al perjudicado unos bienes de diferentes características que el perdido o violado, a fines que pueda proporcionarle la satisfacción de deseos o aspiraciones distintos. Así, Casal ha dado lugar al *solatium* y a la teoría de la superación: conceder a la víctima una suma de dinero permite compensar el daño moral, ya que en lugar de una personalidad plena que ha sido dañada, y que en sí misma es irreparable, se hace posible una personalidad provista de posibilidades económicas incrementadas; ya que es imposible compensar *strictu sensu* el daño, se permite al damnificado la obtención de sensaciones agradables que vengan a equilibrar las desagradables. (21) Aunque como bien sostienen Ripert y Boulanger el daño es irremediable y el reemplazo en la reparación es imposible. (22) Con similar tesitura explica el jurista brasilero Filho que el efecto del resarcimiento del daño moral no tiende a la "reparación integral" del daño causado, tiende más a una función satisfactoria con la cual se procura que se compense, de cierto modo, el sufrimiento o la humillación sufrida. Se sustituye el concepto de equivalencia propia del daño material por el de compensación, por el cual se atenúa de manera indirecta las consecuencias del sufrimiento. En suma, la compensación del daño moral se realiza a través de ese concepto. Que diferente al de resarcimiento, se basa en lo que Ripert llama sustitución del placer que desaparece y composición a través de uno nuevo. Por otro lado, no se puede ignorar la necesidad de imponer una multa a causa del daño moral causado, para que la infracción no quede impune, e estimule aún más la agresión. La compensación también servirá como una especie de pena privada en beneficio de la víctima. (23)

Se entiende de esta manera que el fin último de la reparación del daño extrapatrimonial es la satisfacción, en este sentido LASARTE señala que sólo el daño patrimonial puede ser propiamente resarcido, mientras que los daños morales, no patrimoniales, no son resarcibles, sino sólo, en algún modo, compensables. Esto es, consentir al dañado la adquisición de sensaciones placenteras tendentes a eliminar o atenuar aquéllas sensaciones dolorosas que el ilícito le ha causado y en las que se sustancia el daño no patrimonial. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, en Sentencia de 7 de febrero de 1962 donde expresa: "el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación de daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para establecer el equilibrio roto, pudiendo gracias al dinero, según sus

gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral". (24)

Como corolario de lo expuesto se puede señalar que la existencia del daño moral presupone un carácter netamente resarcitorio, por lo que su *quantum* no debe relacionarse con la magnitud del menoscabo patrimonial.

Este carácter constituye en abstracta la cuestión relativa a la existencia de dolo o culpa en el accionar de quien generó el daño. Bojo estos parámetros la judicatura argentina ha sostenido que la indemnización por daño moral es resarcitoria, no porque sea exactamente valuable en dinero, sino porque procura compensar o satisfacer el daño sufrido por el afectado, mitigando en alguna medida el daño que éste ha sufrido. (25)

4.3. Tesis mixta: últimamente, se ha tratado de conciliar ambas ideas, reputando que la reparación tiene carácter sancionador y resarcitorio, simultáneamente. En este sentido se pronuncia Santos Briz en la doctrina española como su principal defensor. La tesis que reputa a la reparación del daño moral como sanción al ofensor, parte de considerar que los derechos así lesionados tienen una naturaleza ideal no susceptibles de valoración pecuniaria y, por ello, no son resarcibles: lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor, los daños e intereses no tienen carácter resarcitorios sino ejemplar. A estos argumentos se han sumados otros, por ejemplo la inmoralidad de un reclamo resarcible basado en el dolor o la aflicción. En la doctrina italiana se ha dicho, que resulta escandaloso investigar cómo resarcir en dinero los sufrimientos de una madre cuyo hijo ha muerto. Si bien esta reflexión se inserta en el contexto de aquellos autores que niegan cualquier tipo de reparación del daño moral, es recogida en su beneficio por quienes la aceptan sólo como pena privada o sanción al ofensor.

Este entendimiento resulta corroborado también por el Superior Tribunal de Justicia de Brasil, que atribuye a la naturaleza del daño moral una función doble de reparación civil: el alcance compensatorio y punitivo. Desde esta perspectiva, la Ministra Eliana Calmon afirma que recae en el Tribunal Superior de Brasil el control del valor establecido a título de daño moral, que no puede ser abusivo, ni tampoco insignificante, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada caso, pero sí proporcional a la doble función de este instituto: reparar el daño, buscando minimizar el dolor de la víctima, y el castigo del ofensor, para que nunca más se repitan. (26) En nuestro país Morello adhiere a esta postura, para la cual la reparación del daño moral cumple una función de justicia correctiva o sinalagmática, conjugando la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral, y la naturaleza sancionatoria de la reparación para el agente del daño. (27) Esta es la tesis seguida en nuestro país por la Sala F de la CNCom., quien sostiene que la indemnización por daño moral posee una doble función, pues es tanto una sanción ejemplar a un proceder reprochable como una reparación para quienes padecieran las aflictivas consecuencias de dicho proceder. (28)

5. Legitimación activa.

En el fallo comentado se dispuso que los deudos de su madre premuerta, gozaban de la suficiente legitimación activa para incoar las acciones judiciales en cuestión. Esto así, sabemos bien que se ha fallado conforme las prescripciones del art. 1078 del Cód. Civil: *"... la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competerá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos..."*.

Nos permitimos realizar una digresión en punto a este tópico: para parte de la doctrina (29) y algunos fallos del cimero tribunal (30), los herederos ocurren en concurrencia entre ellos, sin que exista prioridad en cuanto a su legitimación para incoar las pertinentes acciones judiciales.

No obstante ello, el profesor Borda (31) no comparte dicha tesitura y manifiesta que los herederos forzosos ocurren en forma excluyente entre sí, ya que podrían reclamar solamente quienes sean herederos forzosos al momento del fallecimiento.

Al referir dicho artículo a los herederos forzosos, nuestro derecho positivo se enrola dentro de las legislaciones de criterio restrictivo: la acción le pertenece al damnificado directo, sólo en caso de fallecimiento del mismo, se extiende a sus herederos forzosos, no existiendo en dicho caso, damnificado directo, sino simplemente indirecto: *dommage par ricochet*, o daño por rebote, según la teoría francesa.

6. ¿Daño moral y riesgo tolerable, la vida duele?

Nos encontramos aquí ante una cuestión filosófica, vital: sabemos bien los mortales que la vida nos ofrece pasajes tristes, conmovedores de nuestros sentimientos y sensaciones más viscerales y humanas, situaciones complejas desde un marco espiritual, íntimo, sanguíneo.

Pero bien, ante dichas circunstancias, ¿podremos realmente exigir en forma obligatoria, indiscutible a la justicia o al derecho que nos ofrezca sus respuestas científicas? Sin lugar a hesitaciones, debemos afirmar que la respuesta a esta cuestión, debe ser negativa.

Desde el momento mismo de nuestra concepción, nos encontramos en forma permanente y *sine die certus* expuestos ante la vida, que muchas veces, y en forma inevitable, nos coloca en situaciones harto dolorosas.

Nos debemos instalar ergo ante ciertos parámetros imprescindibles en esta tarea de dilucidar fehacientemente el límite entre aquellas situaciones fácticas que dan lugar al derecho a reclamar la indemnización, con aquellas en las cuales la misma es improcedente; y ello está comprendido dentro los criterios del riesgo general de la vida, como así también de la asunción de riesgos por parte de la víctima.

Vivimos en sociedades donde existen, cada vez más, situaciones límite, potencialmente dañinas. Muchas conductas arriesgadas están efectivamente permitidas y por lo tanto, el agente causador del daño no habrá de responder cuando el riesgo creado se concrete en un accidente que cause daños a terceras personas, al menos desde una óptica subjetivista.

Según la concepción dominante, un comportamiento que no supera el riesgo permitido no deviene prohibido por el hecho de que el agente conozca la probabilidad de concreción del riesgo. Jakobs nos enseña que para valorar si el riesgo generado está o no permitido, el derecho tiene en cuenta su magnitud y probabilidad, es decir, sus costos y beneficios, el cálculo se lleva a cabo según criterios normativos y no únicamente según estándares técnicos, señaladamente, económicos. (32)

El estándar técnico, determina lo que es habitual o lo que es mejor dentro de lo posible, pero no resuelve los problemas de valoración. En su opinión, en la mayor parte de los riesgos que actualmente se reconocen como permitidos no se puede llevar a cabo un análisis empírico en términos de costo-beneficio y ello es así por más que en muchos casos existan prognosis exactas acerca de la magnitud del riesgo: el saldo sería imposible de realizar porque no existiría un modelo social vinculante y suficientemente preciso que fungiera de término de comparación. Así, por ejemplo, añade, los beneficios derivados de la conducción de automóviles por razones de ocio —y no de trabajo o cualesquiera otras de índole económica— no se pueden comparar con los de una inexistente sociedad en la que no hubiera tráfico rodado por motivos de puro placer o diversión porque dicha sociedad alternativa no existe. Mas el tráfico automovilístico de placer tiene siempre un costo de oportunidad, como bien saben los conductores que planifican su descanso semanal o la ubicación de sus primeras o segundas residencias: este costo de oportunidad no resulta muy difícil de valorar ni hace falta pensar en una sociedad

imaginaria. Nadie lleva a cabo actividades cuyo costo de oportunidad es más elevado que el beneficio que derivamos de ellas. Una mala economía no puede dar buen derecho.

Sin embargo, ciertas modalidades de conductas arriesgadas encuentran su legitimación en la tradición y se aceptan consecuentemente como adecuadas socialmente, pero no por su antigüedad sino por el consenso en su recepción. El riesgo permitido únicamente es tolerable cuando la víctima potencial se identifica vagamente, de forma puramente estadística: así, las autoridades responsables del tráfico por carretera conocen *ex ante* el número aproximado de víctimas mortales en accidentes de tráfico durante un fin de semana, pero esta exclusiva circunstancia no les hace igualmente responsables de los mismos. En cambio, si conocieran concretamente el riesgo que supone para tal o cual persona tal o cual incidencia del tráfico, su responsabilidad sería clara.

En fin, y en relación a este tópico, invitamos al lector a pensar en ello; reconociendo que sin dudas, nos encontramos ante situaciones que deberán ser, más que nunca, definidas casuísticamente, en su particularidad.

7. La cuantificación del resarcimiento.

Con singular tino ha apreciado la Corte Suprema de justicia de Colombia que es al juez —de forma prudente y según su libre juicio— con base en las circunstancias del caso y la equidad, a quien corresponde regular el *quantum* que en dinero se ha de señalar para la indemnización del daño moral, para que esta sea una forma de resarcimiento sin que constituya una fuente de enriquecimiento para el indemnizado ni desventaja ridícula o mediocre para el responsable. (33)

Bajo estos parámetros, la cuantificación del daño moral debe computar la entidad y magnitud de la lesión o agravio en función de la proyección de las personas en sus esferas existencial y psíquica de su padecimiento, dolor físico, de sus miedos, angustias y sufrimientos. (34) Consideramos, junto con una calificada jurisprudencia nacional, que a los fines de *cuantificar la indemnización por daño moral no debe sostenerse su función ejemplificadora, sino resarcitoria*, pues poco importa la génesis del menoscabo, en tanto cualquier acto ilícito puede tener virtualidad para generar ese detrimento y dar lugar a un resarcimiento, procediendo en ciertos casos su indemnización ante daños causados por actos lícitos, cuando razones de orden jurídico así lo justifiquen. (35)

8. Colofón.

El fallo analizado absorbe diferentes facetas del daño moral, cuyos alcances y contenidos difieren en su tratamiento jurídico. Hemos tratado de comprimir los mismos en el análisis de cuatro factores importantes: el concepto en sí del daño moral, su procedencia en autos, su carácter *in re ipsa*, y la legitimación activa.

Con relación a ello, consideramos que ante determinadas circunstancias el derecho debe detentar una herramienta útil y eficaz que contribuya a la consecución de su fin último: el de arribar a la solución justa ante a la situación fáctica que se presenta.

Desde esta arista, nos parece acertado conceptualmente, en relación al primer y segundo punto *ut supra* referidos, el desarrollo que se exterioriza en el voto de la Magistrada Mabel DE LOS SANTOS al afirmar que: "el daño moral es concebido como una lesión a los sentimientos por el sufrimiento padecido y consiste en el menoscabo a la personalidad ocasionado por las molestias, inquietudes, fobias o dolor causados por el ilícito. Así las cosas, resulta claro en el caso —conforme los hechos alegados y probados en autos— el menoscabo generado en el ámbito espiritual de las accionantes, el cual se encuentra configurado por la circunstancia de haber tomado conocimiento las actoras que el cuerpo que habían sepultado no era el de su madre, lo que obligó a las reclamantes a tener que efectuar un nuevo reconocimiento del cadáver de su progenitora".

En tal sentido y en relación a la procedencia en autos de la indemnización del rubro, nos permitimos afirmar que entra aquí en escena el sentimiento de respeto a los difuntos, que es vivido como algo trascendente y digno de la mayor consideración en todas las latitudes del orbe, como así también el derecho de los deudos a depositar y mantener en lugar adecuado el cadáver, agregándose un elemento más de ofensa a los legítimos sentimientos de los hijos que reclaman, al ignorar el destino de los restos, que si bien están fuera del comercio, componen su patrimonio espiritual. Se trata de un derecho personalísimo que ha sido vulnerado por negligencia de los dependientes de la demandada y debe ser reparado Los hechos tienen fuerza suficiente para vulnerar los sentimientos de los deudos —herederos forzosos— reactivando un proceso de duelo ya superado en forma ficta a través de una negación inconciente de lo sucedido, que volvió a reinstalarse frente al suceso que nos ocupa; siendo en el ámbito estricto del daño moral que deben encuadrarse entonces estos menoscabos.

Asimismo, la correcta hermenéutica de la norma civil se observa en el voto, al referir a la condición *in re ipsa* de su procedencia: "no dependiendo su extensión de la existencia ni de los alcances de algún perjuicio patrimonial. Se trata de un daño *in re ipsa*, que no requiere prueba".

En estos supuestos existen una presunción *iuris tantum*, donde el daño se presume. El daño moral tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante.

Nos encontramos ante un instituto o figura que no requiere prueba concreta para precisar su ocurrencia en cuanto se lo debe tener por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica, siendo el responsable del hecho dañoso a quien le incumbe probar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un dolor moral.

En definitiva, coincidimos plenamente con los fundamentos del fallo, en tanto y en cuanto, viene a recoger el claro padecimiento de los herederos forzosos.

Bibliografía.

(1) "No se ve bien sino con el corazón, lo esencial es invisible a los ojos", Antoine de Saint Exupery.

(2) DIEZ PICAZO, Luis, "El escándalo del daño moral, Aranzadi S.A.", Navarra 2008. p. 15.

(3) DIEZ PICAZO, Luis, "El escándalo...", ob. cit. p. 14., en estas palabras: se han ido produciendo decisiones de los tribunales en que la figura del daño moral se aplica con escasa coherencia... la idea de daño moral es hoy menos clara que nunca...

(4) DIEZ PICAZO, Luis, "Derecho de daños", Civitas. Madrid, 2000, p. 324.

(5) ALVAREZ VIGARAY, Rafael, "La responsabilidad por daño moral", ADC, 1966, p. 81.

(6) CASALS, Martin, Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982, Asociación de profesionales de Derecho Civil, Madrid, 1990, p. 858.

(7) JOSSERAND, Louis, "Cours de droit civil positif français", t. II, Dalloz, París, 1930. p. 215.

(8) LE TORUNEAU, Philippe, "Droit de la responsabilice, Dalloz", París, 1966, p. 732.

(9) PIZARRO, Ramón, "Reflexiones en torno al daño moral y a su reparación", JA, 1986-II-900.

(10) TRIGO REPRESASA, Félix - LOPEZ MESA, Marcelo. Tratado de la responsabilidad civil, t. I, La Ley. Buenos Aires, 2004, p. 478.

(11) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, Llanos, María Daniela c. Butlow, Ricardo Adrián, 12/03/2010, AR/JUR/6090/2010.

(12) Para este punto recomendamos, entre las innumerables obras existentes en nuestro país, la lectura de: BREBBIA, R. H., El daño moral. Doctrina-Legislación y Jurisprudencia, Editorial Bibliográfica. Buenos Aires. 1957. ZANNONI, Eduardo, El daño en la Responsabilidad Civil, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1987; ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, Resarcimiento de daño a las personas, Hammurabi, Buenos Aires, 1991. AGOGLIA,

M. Marta; BORAGINA, Juan C.; MESA, Jorge A., "La prueba del daño moral", en MOSSET ITURRASPE-LORENZETTI (Dir.), "Revista de Derecho de Daños. La prueba del daño moral", vol. 4, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1999. ALTERINI, Atilio Aníbal, Responsabilidad civil. 3ª ed. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1987. ALTERINI, Atilio Aníbal - AMEAL, O. J. - LOPEZ CABANA, R. M., Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, 2ª ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998. BUSTAMANTE ALSINA, J., "Equitativa valuación del daño no mensurable", LA LEY, 1990-A, 654. IRIBARNE, Héctor P., De los Daños a la Persona. 1ª reimp. Corregida, Ediar, Buenos Aires, 1995. IRIBARNE, Héctor P., "De la conceptuación del daño moral como lesión a derechos extrapatrimoniales de la víctima", en la obra ALTERINI, A.; LOPEZ CABANA, R. (Dir.), La responsabilidad - Homenaje al Prof. Dr. Isidoro Goldenberg, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 377. LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, 3ª ed. act., t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1978, p. 330 y ss.. MORELLO, "Carácter resarcitorio y punitorio del daño moral", en Rev. de JA, 17-1975, 342. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Diez reglas sobre cuantificación del daño moral", LA LEY, 1994-A, 728. ORGAZ, A., "El daño moral. ¿Pena o reparación?" ED, 79-855. PIAGGIO, A. N.; COMPIANI, M. F.; CABRERA, D.; VETRANO, J. A., "Las condenaciones punitivas y el Proyecto de Cód. Civ. de 1998", en Revista Responsabilidad Civil y Seguros, año II, nro. II, marzo-abril del 2000, La Ley, p. 23. PIZARRO, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición, Hammurabi, Buenos Aires, 1996. STIGLITZ, G.A.; GANDOLFO DE STIGLITZ, A., Resarcimiento del Daño Moral, Juris, Rosario, 2000. ZANNONI, E., El daño en la responsabilidad civil, Astrea, Buenos Aires, 1987. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, Resarcimiento de daños. Vol. 2ª, 2ª ed, 3ª reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires 1996, p. 541 y ss. Entre otros. Y en el derecho español: GARCIA LOPEZ, R., La responsabilidad civil por daños morales. Doctrina y Jurisprudencia, Bosch, Barcelona, 1990, p. 163.

(13) Decimos "gamas de derechos", pues como veremos a continuación creemos que la lesión a los derechos personalísimos se configura como uno de los supuestos de lesiones morales.

(14) Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en autos caratulados: Irma Josefina Echenique Soto c. Eliana Lisette Punchiluppi Sánchez s/daños y perjuicios materiales y morales. Expte. No. 24.216, venido del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Transito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda.

(15) BATUE VÁZQUEZ, Manuel, Anales de Derecho, Universidad de Murcia. Número 9. España. 1986. Véase también el completo trabajo monográfico de BATLLE SALES, Georgina, "El derecho a la intimidad privada y su regulación", Ed. Alcoy, Madrid, 1972. También, DEL VECCIO, G. del, Los principios generales del Derecho. Traducción de Ossorio MORALES, Barcelona, 1933, p. 49 y ss.

(16) TAMAYO JARAMILLO designa a esta clasificación "... el fantasma de los perjuicios morales objetivados...". TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil, t. II, Legis, pp. 531-540. El autor sigue la tesitura expuesta por la Corte Suprema de Justicia de Colombia. En este sentido ver: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1941 junio 20, G.J.T. LI, Nos. 1971-1972 79. Asimismo: Corte Suprema de Justicia de Colombia Sala de Casación Civil, Sentencia de 1941 junio 20 G.J.T. LI, Nos. 1971-1972.

(17) En lo que se relaciona con la responsabilidad objetiva, las VII Jornadas de Derecho Civil de 1979, en una de las recomendaciones formuladas declararon que eran reparables los daños morales originados en el riesgo de la cosa (BUSTAMANTE ALSINA, TRIGO REPRESAS, COMPAGNUCCI DE CASO, KEMELMAJER DE CARLUCCI, MENVIELLE DE CARENA Y BREBBIA). Asimismo se ha sostenido que el daño moral derivado de un ilícito contractual o extracontractual debe recibir el mismo tratamiento por el ordenamiento jurídico si la responsabilidad civil se basa en el damnificado. En este orden de ideas se expidió el despacho final de las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1984. (ZAVALA DE GONZÁLEZ, BUERES, VAZQUEZ FERREYRA, GABRIEL STIGLITZ, CHIAPPERO DE BAS, SANDOVAL LUQUE, JUNJET DE SANDOVAL y PIZARRO).

(18) LARENZ, Karl, Derecho de obligaciones. (Trad. SANTOS BRIZ, Jaime), Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959. p. 642 y ss. En cuanto a la función de satisfacción que cumple la reparación del daño moral al ofendido, nos dice el autor que la misma consiste en proporcionar al lesionado o perjudicado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se le causó, que le otorgue, no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir, pero sí una

cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida. Desde este punto de vista el dinero del dolor no sólo hace referencia al menoscabo sufrido por el lesionado, sino principalmente a la actuación del dañador, es decir, al mayor o menor carácter ofensivo y reprochable de su proceder.

(19) RIPERT, George, La regla moral de las obligaciones civiles, Dalloz. Paris, 1949. p. 348.

(20) Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, sala III, Kogan, Elías c. Blanco, Pedro, 24/04/1979, AR/JUR/406/1979. Ver con similar tesitura: CNCiv., sala D, en autos: "López Alem c. Ferneba y otros", sent. del 10/03/1994, JA, 1994-IV-462.

(21) CASALS, Martin. Ob. cit., p. 1231.

(22) RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean, Tratado de Derecho Civil. Tomo V. Obligaciones. 2ª Parte, La Ley, Buenos Aires, p. 95.

(23) FILHO, Sérgio Cavalieri, Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed., Rev. e Ampl., São Paulo, Ed. Atlas. Sao Pablo, 2008, p. 86.

(24) LASARTE ALVAREZ, C., Principios de Derecho civil. Derechos de Obligaciones. Tomo I. Ed. Trivium. Madrid. 1993. pp. 340 y 341. La doctrina mayoritaria considera que la reparación pecuniaria del daño no patrimonial es resarcitoria y no punitoria. A lo largo de más de un siglo se han acumulado argumentos y réplicas al respecto. El daño moral constituye una lesión o menoscabo a intereses jurídicos, a facultades de actuar en la esfera de actuar propia del afectado. Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones, y más aun que ese dolor o en general sentimientos que el daño provoca "no tengan precio", no significan que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria. Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etc. La apreciación pecuniaria cumple, más bien, un rol satisfactivo, en el sentido que se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se le otorga al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas. Se ha replicado a quienes afirman que la reparación sería punitoria que, si como ellos lo sostienen, constituye una inmorabilidad la entrega de una suma de dinero a la víctima en concepto del daño moral sufrido dicha inmoralidad subsistiría cualquiera fuere la finalidad que se atribuyere al pago de dicha suma de dinero. De este modo, constituye en realidad un absurdo afirmar que acordando a la suma de dinero una función penal perdería el carácter inmoral que tendría de otorgársele una finalidad de reparación, desde el punto de vista de la víctima, que ve ingresar a su patrimonio una determinada suma de dinero, el resultado en el mismo, siéndole indiferente, en el fondo, el fundamento teórico que se acuerde a dicho pago.

(25) Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael, Forcin, Andrea V. c. Eduardo A. Weber, 21/03/2011, La Ley Online, AR/JUR/9209/2011. Asimismo ver: Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael "Guevara, Elina c. Ojeda, Claudia y otro" 2010/08/13, LLGran Cuyo 2010 (noviembre), 1011.

(26) Resp. 575.023/RS, Rel. Ministra Eliana CALMON, SEGUNDA TURMA, fallo de fecha, 27/04/2004, publicado en DJ de Brasil, 21/06/2004, p. 204.

(27) MORELLO, Augusto, "Carácter resarcitorio y punitorio del daño moral", JA, 27-1975, p. 342.

(28) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Maldonado, Rene David c. Ford Credit Cía. Financiera S.A. s/ordinario, 10/05/2012, La Ley Online, AR/JUR/30239/2012. En ese mismo precedente la Sra. Jueza TEVEZ en disidencia sostuvo que el resarcimiento del daño moral tiene carácter exclusivamente resarcitorio, pues la regla general es que el responsable debe reparar todo daño causado por su acto ilícito, sin que tal reparación tenga carácter de pena sino de indemnización, y no se advierte que las modificaciones disvaliosas del espíritu presenten características particulares respecto de los restantes perjuicios que permitan apartarse de dicho principio (Ver voto en disidencia parcial de la Jueza TEVEZ, en los autos precitados).

(29) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en BELLUSCIO, Augusto - ZANONNI, Eduardo, Código Civil Anotado y Concordado, t. 5, Astrea, Buenos Aires, p. 117.

(30) CSJN,, 1993/12/09, G. O. de F. A. c. Provincia de Buenos Aires", LA LEY, 1994-C, 546.

(31) BORDA, Guillermo, La reforma de 1968 al Código Civil, Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 134.

(32) JAKOBS, Gunther, El lado sujetivo del hecho. Traducción por Manuel CANCIO MELIÁ, disertación en las Conferencias Internacionales de Derecho Penal, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2003.

(33) Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Bogotá, 09 de agosto de 1993, M.P. Carlos Esteban Jaramillo s/Expediente No. 3750.

(34) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Monestina, Cecilia Lorena c. Expreso General Sarmiento S.A. Línea 176 y otros, 03/12/2007, La Ley Online, AR/JUR/11642/2007.

(35) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, Forziati, Claudio Néstor c. F., A. M. y otros, 11/03/2010, La Ley Online, AR/JUR/3724/2010.

La prevención del daño ambiental mediante la aplicabilidad de medidas cautelares precautorias

PorJulián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2014-IV, 199
Cita Online: AR/DOC/602/2014
[Consultado el: 04/07/2020]

Sumario.

I. Consideraciones preliminares: la trascendencia de la cuestión ambiental en la República Argentina y su vinculación con el plexo normativo procesal.— II. La pretensión cautelar en los procesos ambientales y su desdoblamiento en cuanto a los paradigmas tradicionales para su procedencia.— III. El recaudo de la verosimilitud del derecho y la apreciación de la incertidumbre en el campo ambiental.— IV. El peligro en la demora: un aspecto que se encuentra inmerso en la trascendencia misma de la cuestión involucrada.— V. El compromiso de la Judicatura con las cuestiones ambientales y las medidas cautelares más idóneas para este tipo de proceso.— IV. A modo conclusivo

"En los temas ambientales, la propia ley le exige a los jueces un compromiso preeminente en su accionar, por ello, si se configuran los recaudos mínimos exigidos para la procedencia de las medidas cautelares en los procesos ambientales, deben decretarlas pues en ellos reposa la protección de nuestra generación, y por sobre todo de las generaciones venideras que en los próximos lustros transitarán las tierras de nuestro país y usufructuaran los recursos naturales que éste generosamente nos brinda."

"...Ante la eventualidad de un posible daño ambiental la naturaleza de la cuestión involucrada exige a la judicatura una atención superlativa, no basta con la diligencia ordinaria del buen juez, es menester adoptar una actitud comprometida con la envergadura de los derechos involucrados que implica replantear los efectos y alcances de las normas que permiten la protección del ambiente...".

I. Consideraciones preliminares: la trascendencia de la cuestión ambiental en la República Argentina y su vinculación con el plexo normativo procesal.

La causa fin del derecho ambiental, reposa en la protección del medio ambiente, que se sustenta en la máxima de que todas las personas necesitan de un medio ambiente sano para vivir. Por lo tanto, el medio ambiente es un valor de interés general, que requiere de la protección de todos los que se desarrollan en él.

El bien jurídico que se intenta proteger —medio ambiente— constituye un pilar fundamental, dada las características particulares de nuestro país donde la naturaleza abunda —en todas sus aristas—, a lo largo y a lo ancho de la extensión terrestre de la Argentina.

El medio ambiente sano está hoy en día reconocido como un derecho humano tanto a nivel nacional como internacional. El derecho a un medio ambiente sano es indispensable para alcanzar el desarrollo sostenible, por ello, "todos" tenemos la responsabilidad colectiva de no vulnerar los derechos de las generaciones futuras a la vida, la salud y el medio ambiente, y de transmitirles el patrimonio ambiental en las mejores condiciones posibles.

Es decir, dentro del concepto de "todos" se encuentra la actividad jurisdiccional, la cual no puede tener ante un caso de posible contaminación ambiental, *la actitud del orientalista que estudia un pergamino*, pues a todos los poderes del Estado —incluso al judicial—, se les exige el compromiso tanto para prevenir el potencial daño en la salud de los habitantes, como para evitar la prosecución de un posible daño ya causado en ella.

La salud ambiental, es parte de la salud pública, la cual se ocupa de impedir las enfermedades, prolongar la vida, fomentar la salud, la eficiencia física y mental del hombre, a través del esfuerzo organizado de la comunidad. Es decir, que la salud ambiental tiene que ver con el equilibrio ecológico que ha de existir entre el hombre y su medio que haga posible su bienestar. (1)

Por ello, cuando la decisión a tomarse está dirigida a la salud de grupos humanos, destinados de alguna manera, a seguir conviviendo en la faz territorial, donde puede subyacer un potencial factor degradante, el análisis de las consecuencias de la decisión que lleva adelante la judicatura deviene insoslayable. Así lo dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación al señalar que "...el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de que no se desnaturalicen jurídicamente los fines

Ello, por cuanto, tal como precisa López Mesa, "...el derecho debe tener en cuenta los resultados que produce en el medio social; pareciera indiscutible que no se puede fijar la vista en abstracciones ni permanecer apegados a áridas disquisiciones conceptuales huérfanas de virtualidad o peor, portadoras de consecuencias funestas..."(3), que no se condicen con "...la finalidad perseguida por la norma...". (4)

II. La pretensión cautelar en los procesos ambientales y su desdoblamiento en cuanto a los paradigmas tradicionales para su procedencia.

Sabido es que la naturaleza carece del derecho subjetivo como facultad, para hacer o no hacer, salvo intervención humana para actuar en su representación para su tutela. En definitiva, el único derecho que tiene la naturaleza es el objetivo contenido en las leyes, particularmente en el elevado texto acuñado en el art. 41 de nuestra Ley Suprema. Kelsen explica el tríptico distintivo entre el *"derecho objetivo"* como sistema, el *"derecho subjetivo"* como facultad para hacer o no hacer libremente, y el derecho como *"acción judicial"*, para lograr hacer operativo el sistema jurídico. (5)

Bajo estas premisas el análisis tanto de la verosimilitud del derecho, como del peligro en la demora, recaudos indispensables para la procedencia de las medidas cautelares —incoada en protección del mencionado *"derecho objetivo"*, que cobra virtualidad con la *"acción judicial"* impetrada en defensa de un *"derecho subjetivo"*—, requieren ser analizadas en el marco donde las mismas han sido planteadas (derecho ambiental) y teniendo en consideración justamente las características espacialísimas del tipo de *"acción judicial"* y *"derecho objetivo"* en cuestión, pues ellos inciden palmariamente en la visión y actitud que la normativa vigente le impone al judicante en este tipo de casos.

Desde pasados lustros Hegel explicaba la función básica del ejercicio jurisdiccional. Adunaba al respecto que "...en la tarea de la jurisdicción, como aplicación de la ley al caso singular, se distinguen dos aspectos, primero el conocimiento de la naturaleza del caso de acuerdo a su individualidad inmediata, y segundo la asunción del caso bajo la ley del restablecimiento del derecho...". (6)

Es decir, se le exige al magistrado en su actividad jurisdiccional un umbral cierto de conocimientos sobre la cuestión tríada a resolver, la cual, tratándose de medidas precautorias destinadas a proteger el ambiente natural —art. 41 de la CN—, requieren de una energía superlativa particular.

La preeminencia de la cuestión ambiental desde la arista constitucional, y el énfasis que se le exige al juzgador en el conocimiento preliminar para decidir sobre cualquier aspecto procesal que se vincule con ella, ha

sido puesto de resalto por la CSJN, al sostener que "...tratándose el ambiente, de un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, cuya mejora o degradación afecta a toda la población, los jueces deben actuar con particular energía para hacer efectivos los mandatos constitucionales relativos a la materia —art. 41, Constitución Nacional...". (7)

III. El recaudo de la verosimilitud del derecho y la apreciación de la incertidumbre en el campo ambiental.

La incertidumbre aparece en mayor o menor medida en todas las cuestiones ambientales, esta incertidumbre puede ser temporal, espacial, cualitativa o cuantitativa. Pues los límites de la ciencia en la mayoría de los casos no permiten definir con "criterio acabado" que tal o cual empresa ha contaminado a tanta cantidad de individuos, y que los daños producidos son indefectiblemente causados por el agente degradante. Explica el jurista italiano Postiglione que "...los efectos dañosos no están suficientemente conocidos ni desde la óptica cuantitativa ni en lo que hace a su distribución geográfica y ni siquiera, y de sobre manera, a sus precisas incidencias en orden a sus cualidades o al tiempo de aparición de sus efectos (efectos retardados)...". (8)

Similar tesitura ha adoptado la jurisprudencia de EE.UU.; al respecto se dijo que los márgenes de seguridad que se incorporan al estándar de calidad ambiental se transforman y terminan por ser demasiados modestos e incluso inexistentes cada vez que nuevas informaciones revelan efectos en la salud adversos a los niveles de contaminación que al inicio se tenían como no generadores del daño ambiental. (9)

Se preguntaba Gorphe si "...la verdad menos rigurosa con la cual debe contentarse el juez ¿no constituye sino una cierta verosimilitud?...". (10) Y la respuesta para los casos ambientales, no puede ser otra que afirmativa.

En los casos ambientales debemos contentarnos muchas veces con la mera verosimilitud antes que con la certeza, por cuanto la verosimilitud puede llevar, a lo sumo, a una medida protectora innecesaria, mientras que el no compromiso y la ajenidad sobre la cuestión ambiental, puede traer consecuencias funestas para quienes habitamos el suelo de nuestro país, como asimismo para las generaciones que posteriormente lo harán, pues en materia ambiental, como afirman Morello y Caferatta "...deviene imprescindible, cambio de mentalidad de por medio, no inmovilizarnos, desde la legitimación, al proceso colectivo y, singularmente, en el fecundo y fascinante coto de las medidas

Desde esta perspectiva, resulta insoslayable que el proceso debe adaptarse a las superiores necesidades de justicia, bajo pena de que, de no hacerlo así, se tornen meras declamaciones las normas de rango constitucional que imponen la protección del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado. Por ello, por encima de los ritualismos del tradicional derecho procesal, en materia de derecho ambiental se impone el sentido de una justicia sustancial. (Conf. arts. 41, 42 y 43 de la Constitución de la Nación; art. 109 de la Constitución del Chubut; arts. 6, 18, 19, 28, 32, 38 y concordantes de la ley 25.675). (12)

La ciencia jurídica —y, en particular, el derecho procesal— se encuentra en un proceso de discusión de los nuevos perfiles que ha adquirido y que debe adquirir la figura del juez. (13) Sobre tales bases es que el esquema clásico jurisdiccional concebía la figura del juez como un ser neutral, pasivo, quieto, que no constituía más que la "boca de la ley", al decir de Carlos Louis de Secondant (Barón de Montesquieu). Hoy, la búsqueda se orienta hacia la correspondencia de lo instrumental, con destino a la eficacia realizativa de los derechos, en especial, los fundamentales. (14)

Por eso la tarea del juez es más que ardua, pues debe acudir a una estructura jurídica que "*prima facie*" se antepone a los sistemas tradicionales del derecho, y para la real vigencia de estos derechos, debe ejercitar dinámicamente todos los resortes que las leyes le confieren, dejando de lado concepciones obsoletas, y buscando expandir el acceso a la justicia y los efectos de sus decisiones. Tal como enfatiza SILVA el proceso debe adaptarse

a *"...las superiores necesidades de justicia..."* (15) , y el Poder Judicial tiene la obligación de impartir la justicia ambiental y de buscar medidas procesales con tal finalidad.

En este orden, aduna el maestro Cafferata que "...la importancia del medio ambiente justifica en algunos casos cierto grado de trasgresión de normativas que no se han adaptado a la realidad..."(16) incluida las rígidas pautas del CPCC, cuya aplicación literal puede tornarse disfuncional y contraria al espíritu y a las bases fundantes de la recepción constitucional de la protección del medio ambiente en las Constitución Federal (art. 41). Además que por todos esos enunciados perjudiciales, conspira con los postulados de la Ley General del Ambiente (ley 25.675), que incorporó importantes innovaciones en materia de derecho procesal, que bien pueden definirse como fundacionales de un nuevo proceso civil.

Bajo estos parámetros corresponde apreciar con un criterio moderado, elástico y plenamente flexible el recaudo de la verosimilitud del derecho, pues en definitiva entre los bienes jurídicos involucrados, el derecho de la salud goza de mayor prevalencia que el derecho de propiedad.

IV. El peligro en la demora: un aspecto que se encuentra inmerso en la trascendencia misma de la cuestión involucrada.

La protección del medio ambiente ante la más mínima posibilidad de su lesión no admite aplazamientos ni demoras burocráticas, es que el mismo carácter de la cuestión involucrada sella su destino. Juntamente con el pensamiento de Peyrano, estamos convencidos de que "...la tutela al medio ambiente, en especial en su aspecto preventivo, habitualmente no admite dilaciones, presentándose como de satisfacción eminentemente perentoria...". (17)

La perentoriedad en la protección del medio ambiente ha sido señalada por el maestro Morello, quien ha hecho hincapié en que "...su preservación no admite demoras y exige que se considere a la misma como una causa común...". (18)

El Poder Judicial va adquiriendo perfiles insospechados, asumiendo un protagonismo y responsabilidades de los que ya no puede desprenderse. La prevención como mecanismo neutralizador de perjuicios no causados, es al día de hoy, una efectiva preocupación y anhelo del intérprete. Ese derecho privado juega como mandato dirigido a la magistratura, cuya función preventiva de daños es una nueva faceta de su accionar tanto o más importante que la de satisfacer o reparar los perjuicios causados.

También el juez tiene responsabilidad social (19), y esa responsabilidad social no puede menos que ser efectivizada, mediante un accionar rápido y expedito pues la mera posibilidad de un daño en el ambiente de nuestro país implica por sí mismo que el dictado de la medida cautelar no admita dilaciones.

V. El compromiso de la Judicatura con las cuestiones ambientales y las medidas cautelares más idóneas para este tipo de proceso.

Si bien ha sostenido la Suprema Corte de Buenos Aires que "...las autoridades provinciales, administrativas y judiciales, gozan de la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad...". (20) En lo que hace a la función estrictamente jurisdiccional, y tal como se ha puesto de manifiesto en los epígrafes precedentes, la tutela del ambiente justifica soluciones expeditas y no puede ser alcanzada sobre la base de medidas jurisdiccionales tradicionales, que tienen más finalidad compensatoria que preventiva, por lo cual se justifica la adopción de medidas ambientales específicas, promocionadas por mecanismos procesales que puedan antever situaciones preventivas, lo cual conduce a que la ponderación sobre las ejecuciones de esas medidas sea igualmente importante, en lo que se refiere a la efectividad

del resultado de los procesos judiciales. Y ello debe ser así pues, tal como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "...la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, y eficaces...". (21)

Siguiendo la tesitura de los jueces Vázquez, Maqueda y Zaffaroni en un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema, podemos precisar que por aplicación de los principios de prevención y responsabilidad, y con el fin de que se adopten medidas ante la eventualidad de un daño acaecido o que pueda suceder en lo sucesivo resulta idóneo que en estos casos —con carácter cautelar— que se acredite la contratación de un *seguro de cobertura por actividades riesgosas* para el medio ambiente (conf. art. 22 de la ley 25.675) (22), o en su defecto, que se constituya un *fondo de restauración ambiental* ante la eventual condena en el proceso civil.

IV. A modo conclusivo.

El derecho a vivir en un ambiente sano, consagrado en los arts. 41 de la Constitución Nacional y el art. 109 de la Constitución de la Provincia de Chubut, no se garantiza en forma efectiva si no se adoptan medidas eficaces y urgentes para evitar los potenciales efectos dañosos que se pueden producir en el ambiente. (23)

La moderna concepción del derecho procesal le impone al juez una función activa y con perspectiva social, pues "... de acuerdo a la moderna orientación procesal, es el verdadero director del proceso, por lo que está facultado, obviamente, para decretar las medidas que estime conducentes al logro de su meta primordial, que es el esclarecimiento de la verdad objetiva..."(24), máxime cuando esa verdad objetiva está destinada a corroborar o no un posible daño ambiental.

El juez en los temas ambientales debe procurar un norte, un fin. Como explica Falbo, ese fin no puede ser otro que garantizar el derecho constitucional a un ambiente sano y equilibrado, además de apto para el desarrollo humano, sin comprometer a las futuras generaciones priorizando la recuperación ambiental sobre cualquier otro interés o derecho. la sin comprometer a las futuras generaciones La importancia central de la finalidad u objeto final en los casos ambientales tiene además fuerte importancia práctica-procesal en la medida que juzgará como último decodificador de dudas o contradicciones, transmutando la paralización propia de toda incertidumbre en una acción valiosa dirigida a fines que la superan. Agrega el autor que la propia Corte Suprema en Fallos 306:736, "Canesco" y "Elma," ha declarado que los jueces, si bien deben custodiar las formas, deben hacerlo atendiendo en todo momento al fin último... que no es otro que contribuir a la más efectiva, cuanto más eficaz realización del derecho. (25)

En definitiva, tal como se dijo con anterioridad, el juez en los temas ambientales no puede tener ante ellos la actitud de un orientalista que estudia un pergamino, pues la propia ley le exige un compromiso preeminente en su accionar, por ello, si se configuran los recaudos mínimos exigidos para la procedencia de las medidas cautelares en los procesos ambientales, a los Magistrados no le debe temblar el pulso para decretarlas pues en ellos reposa la protección de nuestra generación, y por sobre todo de las generaciones venideras que en los próximos lustros transitarán las tierras de nuestro país y usufructuaran

Bibliografía.

(1) Ver el desarrollo de estas ideas en: ALTIERI, Miguel - NICHOLLS, Clara I., "Agroecología: Teoría y práctica para una agricultura sostenible", 1ª edición, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2000. CAFFERATTA, Néstor, "Derecho a la Salud y Derecho Ambiental", LL 2006-409, Derecho Constitucional. Doctrinas esenciales, t. II. FRENK, J., "La salud de la población, Hacia una nueva salud pública", SEP/FCE/CONACYT, 1993, 164 págs. GALLEGOS, Miguel, "La epistemología de la complejidad como curso para la educación", Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Rosario. MORIN, Edgard, "La cabeza

bien puesta", Nueva Visión, Buenos Aires, 2002. PRADO, Antonio, artículo publicado en Revista de Medicina de la Universidad de Navarra, 41 (2):4-9, 1997. ORDOÑEZ, G.A., "Salud ambiental: conceptos y actividades", Revista Panamericana Salud Pública, vol. 7, nro. 3, 2000. PASTORINO, Leonardo Favio, "El daño al ambiente", LexisNexis Argentina. REDONDO ESCALANTE, Patricia, "Salud ambiental y ocupacional", 1ª edición, Centro de Desarrollo Estratégico e Información en Salud y Seguridad Social (CENDEISSS), 2004. TIBONE, María Angélica, "Necesidad prioritaria de una psicología social ambiental", Revista Ambiente y Recursos Naturales, vol. II, nro. 3, La Ley, Buenos Aires, 1985.

(2) Ver Corte Sup. en Fallos: 265:354; 266:19; 278:259 y 280:75, publicado en LL 124-533, 124-329, 143-273, 143-247.

(3) LÓPEZ MESA, Marcelo, "Interpretación de la ley (De la exégesis al finalismo y un poco más allá en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia)", LL del 1/1/1995, LL 1996-A-1116.

(4) Ver Corte Sup. en Fallos 258:17, publicado en LL 115-762.

(5) KELSEN, Hans, La teoría del derecho, traducción de Moisés Nilve, 4ª edición, Eudeba, 1999. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "El derecho ambiental como hecho", LL del 7/6/2012 y del 16/5/2012, p. 1.

(6) HEGEL, Georg. W Fridrich, Filosofía del derecho, trad. del alemán por Angélica Mendoza de Montero, Claridad S.A, Buenos Aires, 2009, pág. 195.

(7) Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros", del 20/6/2006, LL del 11/7/2006, pág. 4, con nota de Daniel Alberto Sabsay, LL 2006-D-281; DJ 2006-2, con nota de Carlos Aníbal Rodríguez, pág. 706; LL del 29/6/2006, pág. 8, LL 2006-D-88; IMP 2006-15, pág. 1919; LL 2006-E, con nota de Andrés Gil Domínguez, pág. 41; RCyS 2006-1359; LL 2006-E, con nota de Gala Barbieri, pág. 318; LL del 2/11/2006, con nota de Leila Devia, Paula Noseda y Agnès Sibileau, pág. 6, LL 2006-F-355; LL del 29/11/2006, con nota de Pedro Zambrano, pág. 9, LL 2006-F-634; LL del 21/3/2007, con nota de Néstor A. Cafferatta, pág. 8, LL 2007-B-424; ED 220-191; AR/JUR/1945/2006.

(8) POSTIGLIONE, G., Manueale dell ambiente, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1986, pág. 22.

(9) Ver el caso "Lead industries Association inc. y EPA", 647 F2d. 1130, D.C. Cir. 1980.

(10) GORPHE, Francois, "De la apreciación de las pruebas", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, pág. 118.

(11) MORELLO, Augusto M. - CAFERATTA, Néstor, "Las medidas cautelares hoy", RDAmb., nro. 0, pág. 175.

(12) Ver en este sentido: BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de Derecho Constitucional argentino, t. I. Ediar, 1974, págs. 299/300. BIDART CAMPOS, Germán J., La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional, Ediar, Buenos Aires, 1988, págs. 238 y ss. SILVA, Carlos Daniel, "El proceso civil frente al nuevo derecho ambiental de orden público", en Revista de Derecho Ambiental, Néstor A. CAFFERATTA (dir.), LexisNexis, noviembre de 2004, págs. 97/100.

(13) Ver PEYRANO, Jorge, "El perfil deseable del juez civil en el siglo XXI", JA 2001-IV-863. MORELLO, Augusto M., Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas, Platense, 1998, pág. 132. BERIZONCE, Roberto, El juez y la magistratura, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 517. Entre muchos otros.

(14) Ver Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala 2ª, "Spagnolo, César Antonio c. Municipalidad de Mercedes s/amparo", 19/3/2009, LLBA 2009 (junio), pág. 491, con nota de Mariana Catalano y Mariana García Torres, AR/JUR/6207/2009.

(15) SILVA, Carlos Daniel, "El proceso civil frente al nuevo derecho ambiental de orden público", Revista de Derecho Ambiental, LexisNexis, noviembre de 2004, sección Doctrina, ps. 97 y ss.

(16) CAFFERATA, Néstor, "Daño ambiental", secc. Jurisprudencia, LL 2003-133.

(17) PEYRANO, Guillermo. "La tutela del medio ambiente a través de la medida autosatisfactiva. La problemática de la alta probabilidad del derecho del peticionante", publicado en JA 1998-IV-1008.

(18) MORELLO, Augusto M., "La valoración de la prueba y otras cuestiones en la tutela procesal del medio ambiente", en JA 1993-IV-1006.

(19) Ver estas ideas en C. Nac. Civ., sala H, 16/11/1995, Jurisprudencia Santafesina, nro. 31, pág. 205

(20) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 19/5/1998, "Almada, Hugo N. c. Copetro S. A. y otro"; íd., "Irazu, Margarita c. Copetro S. A. y otro"; íd., "Klaus, Juan J. c. Copetro S.A y otro",

LLBA 1998, pág. 1314, con nota de Susana Cayuso; LLBA 1998-943, con nota de Gabriel Stiglitz; y RCyS 1999-530.

(21) Corte Suprema, en autos "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros", 8/7/2008, LL del 23/7/2008, pág. 7, con nota de Alejandro Drucaroff Aguiar, Adriana Tettamanti de Ramella, Carlos Aníbal Rodríguez, LL 2008-D-458; LL del 7/8/2008, pág. 7; DJ del 20/8/2008, pág. 1087, DJ 2008-II-1087; LL del 20/8/2008, pág. 10, con notas de Juan Vicente Sola y Mariana Catalano, LL 2008-E-119; Supl. Adm. 2008 (septiembre), pág. 23, LL 2008-E-434. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala 2ª, "Spagnolo, César Antonio c. Municipalidad de Mercedes s/amparo", 19/3/2009, LLBA 2009 (junio), pág. 491, con nota de Mariana Catalano y Mariana García Torres; AR/JUR/6207/2009.

(22) Ver con similar tesitura lo resuelto por los magistrados VÁZQUEZ, MAQUEDA y ZAFFARONI en Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros", 13/7/2004, LL del 13/10/2004, pág. 8, con nota de Augusto M. Morillo; DJ del 13/10/2004, pág. 482; JA 2005-IV-307; AR/JUR/2241/2004.

(23) Ver esta idea en Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Fundación Ecosur Ecología Cultural y Educación de los Pueblos del Sur c. Municipalidad de Vicente López y otro", 28/12/2010, Supl. Adm. 2011 (marzo), pág. 61, LL 2011-B-213; LLBA 2011 (mayo), pág. 417; DJ del 14/9/2011, pág. 14, con nota de Roberto O. Berizonce; LLBA 2011 (septiembre), pág. 868, con nota de Martín Sebastián Viola; AR/JUR/90169/2010. FERNÁNDEZ MADERO, Jaime, "La contaminación en la actividad fabril", LL 2006-A-972, DJ del 8/2/2006, pág. 269, y en Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales, t. V, pág. 1603. RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, "Daño, riesgo y seguros ambientales", RCyS 2011-III-52; PELLE, Walter D. -VERNETTI, Ana M., "Daño ambiental colectivo en la ley 25.675 - Ley General de Medio Ambiente", DJ 2004-3, pág. 1205.

(24) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala 2ª, "B. de L., M. E. y otros c. S. P. S. A.", 22/11/1978, AR/JUR/1802/1978. Ver similar tesitura en: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, "Recupero Energético S.A. c. Camuzzi Gas Pampeana S.A. y otros", 15/2/200, LL del 7/5/2007, pág. 8, LL 2007-C-234; LL del 7/6/2007, con nota de Julio C. Otaegui, pág. 6, LL 2007-C-595; LL del 20/3/2008, con nota de Iván Darío Tenaglia, pág. 5, LL 2008-B-316; AR/JUR/143/2007.

(25) Ver FALBO, Anibal J., "El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales", en CAFERATTA, Néstor (director), Summa ambiental, AbeledoPerrot, pág. 1255.

Protocolo de procedimientos para la atención integral de los casos de aborto no punibles. La legitimaión procesal activa en las acciones de amparo ante su falta de implementación

Por Julián Emil Jalil
Carolina Van Domselaar

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2014 (diciembre), 185
Cita Online: AR/DOC/3540/2014
[Consultado el: 04/07/2020]

"...la acción positiva en aras del cumplimiento de una manda constitucional importa un deber jurídico que atañe a todos los órganos del Estado, los cuales deben usar los medios que tienen a su alcance para implementar su misión de que ello pueda verse reflejado en la realidad que nos circunscribe...".

El inicio de un proceso parte de una raíz axiológica indispensable que implica una correlación entre los sujetos intervinientes. En lo que se refiere a esa matriz originaria, es decir, a esa cualidad emanada de la ley que faculta a una persona o conjunto de individuos de derecho para solicitar contra otra de la misma especie un pronunciamiento judicial que satisfaga sus intereses, es menester admitir como primigenia medida que ambos forman parte de una relación jurídica derivada de la ley. Esa relación jurídica aparece formada por la correspondencia entre un poder jurídico o derecho y un deber jurídico u obligación, entonces, existe ese vínculo jurídico si una persona o grupo de personas son titulares de un derecho y, al mismo tiempo, otra persona física o jurídica tiene un deber frente al titular de ese derecho.

Como explica Falcón la legitimación procesal es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de su posición respecto del acto, diferenciándose de la capacidad que expresa una actitud intrínseca del sujeto, mientras que aquélla se refiere directamente a la relación jurídica y sólo a través de ella a los sujetos (Ver FALCÓN, Enrique M.; "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial"; Tomo I, Ed. Rubinzal—Culzoni. Buenos Aires. 2006. Pág. 302). Siguiendo este orden de ideas precisa Peyrano que la legitimación constituye la aptitud de un sujeto o de una pluralidad de sujetos para postular proveimientos en determinado proceso, procedimiento, tramos o aspectos de los mismos (PEYRANO, Jorge W.; "Legitimaciones Atípicas" en "La Legitimación", Libro Homenaje a Lino Enrique PALACIO. MORELLO, Agusto M. (Coord.). Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996. Pág. 83), tanto en la esfera activa como pasiva de la relación jurídica.

Ello por cuanto como señala la procesalista española Adam Muñoz representa la cualidad de un sujeto consistente en hallarse dentro de una situación jurídica determinada en la posición que fundamenta —según el derecho—, el reconocimiento a su favor de una pretensión que ejercita (legitimación activa), o la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (legitimación pasiva) (ADAM MUÑOZ, María Dolores. "El Proceso Civil con Elemento Extranjero y la Cooperación Judicial Internacional". Ed. Aranzadi. Madrid. 1995. Pág. 38. FEUILLADE, Milton C. "Legitimación procesal, representación y poderes internacionales", LA LEY 06/12/2007, 1, LA LEY 2

La falta de identidad entre la persona a quien la ley concede la acción y quien asume el carácter de actor, o entre la persona contra quien se concede la acción y quien ha sido demandado, da origen a la excepción de falta de legitimación. Esta excepción tiende a que se declare si la persona es apta o no para discutir el objeto sobre el que versa el litigio, es decir, si es titular de la relación jurídica procesal en la que se postula la pretensión de la

actora, y por consiguiente si existe la *legitimatio ad causam*, o sea, la identidad entre la persona o personas que han incoado la acción (sujetos activos de la relación jurídica) y contra quien se dirige la misma (sujeto pasivo de la relación jurídica). Estos constituyen los elementos esenciales de la relación jurídica procesal pues representan la columna vertebral de la *causa petendi*, por lo cual, ante la ausencia de esos requisito de admisibilidad de las pretensiones introducidas corresponde declarar la falta de legitimación para obrar en virtud de lo reglado en el Código de rito.

La Suprema Corte de Mendoza entiende que al caso se aplica lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Halabi" (CSJN, "Halabi Ernesto c. PEN ley 25.873", 24/02/2009) y lo encuadra en la categoría de los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional), afirmando que los argumentos allí esgrimidos "*...son de plena aplicación y privan de legitimación sustancial activa a un grupo reducido (teniendo en cuenta las ratificaciones efectuadas en esta instancia) de personas que pretende el ejercicio o protección de bienes de naturaleza colectiva, como es el derecho a la salud de las mujeres, potencialmente expuestas a una situación de violación, embarazo y posterior aborto...*". Asimismo, aclara que "*...la situación de peligro invocada por las amparistas es meramente potencial o hipotética. Ninguna de las actoras ha acreditado encontrarse, actualmente o en el pasado, en una situación de riesgo que justifique la procedencia del amparo. Por el contrario, el carácter meramente hipotético del daño o perjuicio invocado, implica en los hechos la ausencia de un "caso" suficiente y necesario para la admisibilidad de la acción...*". Por su parte explica siguiendo el fallo "Halabi", que: *"...los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno...".*

Nosotros creemos que aquí se encuentra en juego es *"el goce del Derecho a la Salud"* a través del acceso a una práctica abortiva en condiciones seguras, para las mujeres que se encuentren comprendidas en los supuestos contemplados por el Código Penal en su Art. 86, por lo tanto *el bien jurídico protegido es el "Derecho a la Salud" como bien general abstracto, sin circunscripción alguna, puesto que el mismo es univoco e indivisible, y como tal, independiente del sexo que detenten el grupo de personas que lo haga valer en un proceso.*

Luego de la reforma constitucional del 1994 este derecho fue reconocido expresamente por nuestra Carta Magna en su art. 42 y en el art. 75 inc. 22 que dota de jerarquía constitucional a declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos incorporándolos expresamente. De esta forma, el derecho a la salud se consagra en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (XVI), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 23, 24, 25, 26, 27, 32 y 39), la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 10, 11, 14, y 16), y la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5º).

Los derechos humanos, de los cuales el derecho a la salud forma parte, deben ser interpretados a luz de diversos principios, entre los cuales se encuentran los de *progresividad* y *pro homine*. El primero de ellos obliga a los Estados parte de un tratado a avanzar en la protección y garantía de los derechos humanos a través del tiempo, asegurando el constante progreso y evolución en su reconocimiento, y no admitiendo su retroceso.

Por su parte, el principio *pro homine* establece la obligación del Estado de *realizar las interpretaciones y aplicar las normas más amplias cuando de reconocimiento de derechos humanos protegidos se trata y*, por el contrario, *frente a normas que restringen un derecho, aquella que lo haga en menor medida.*

En materia de reconocimiento de derechos humanos el Estado argentino ha avanzado considerablemente en los últimos años, principalmente con la incorporación de los tratados a la Constitucional Nacional en su art. 75 inc. 22, dotándolos jerarquía constitucional. A partir de ello, nuestra Nación ha asumido obligaciones, cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional.

En el año 2010 dos de los órganos encargados de supervisar el cumplimiento de las obligaciones internaciones contenidas en dichos instrumentos, el Comité de los Derechos del Niño (ONU) y el Comité de Derechos Humanos (ONU), manifestaron su preocupación por la situación de nuestro país en relación al aborto no punible, la interpretación judicial del art. 86 de Cód. Penal, y la obligación del Estado de adecuar sus prácticas y derecho interno a los tratados internacionales ratificados.

En este sentido el Comité de Derechos Humanos sostuvo en las "Observaciones Finales sobre Argentina del Comité de Derechos Humanos (ONU - 2010)" Observaciones Finales sobre Argentina (CCPR/C/ARG/CO/4) del 31/3/2010 que: el Comité expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el art. 86 del Cód. Penal, así como por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo. (arts. 3º y 6º del Pacto).

El Estado parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del art. 86 del Cód. Penal (ver pto. 13).

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, al referirse a la *Salud y acceso a los servicios de salud,* expresó en las Observaciones Finales sobre Argentina (CRC/C/ARG/CO/3-4) del 21/06/2010 que: el Comité expresa además preocupación por el elevado porcentaje de mortalidad materna, especialmente de adolescentes, causada por un aborto (28,31% en 2005) y por los prolongados procedimientos de interrupción legal del embarazo resultante de una violación, prevista en el art. 86 del

El Comité recomienda al Estado parte que:

d) Adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas;

e) Enmiende el art. 86 del Cód. Penal en el ámbito nacional para prevenir las disparidades en la legislación provincial vigente y en la nueva en lo que respecta al aborto legal; y

f) Solicite asistencia técnica al UNICEF y a la Organización Mundial de la Salud, entre otras entidades (ver pto. 59)

Hablamos de tratados internacionales de jerarquía constitucional, con lo cual los dictámenes de estos órganos no pueden ser dejados de lado sin más.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Giroldi" [1995] ha dicho que la frase "en las condiciones de su vigencia" se refiere a: "tal como la Convención citada (CADH) efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación". De este modo la CSJN ubica en el ámbito internacional, concretamente, en los respectivos organismos internacionales de control, la iniciativa para interpretar con qué alcance están vigentes los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. (PIZZOLO, Calogero, "La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal". Ed. La Ley). Cabe destacar que entre las obligaciones internacionales asumidas y en especial las que

refieren al derecho a la salud, se encuentra la obligación del Estado de adoptar medidas inmediatas para hacer plenamente efectivo el derecho, incluyendo entre estas medidas los recursos judiciales.

Esta tesitura ha sido adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien con relación a la obligación del Estado Provincial de contar con un protocolo de procedimientos para la atención integral de los casos de Abortos No Punibles, ha exhortado a *"...las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual...*" (CSJN en autos: "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" de fecha 13 de marzo de 2012).

A esos fines estableció pautas concretas que debían cumplirse como ser aquéllas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida. Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual (considerando 29).

Por su parte y puntualmente referido al Poder Judicial tanto Nacional, Provincial como de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la CSJN exhorta "*...a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente...*" por lo tanto el fallo de la Corte de Mendoza se encuentra en colisión con la perspectiva teleológica invocada por la propia Corte Federal con relación a la cuestión que amerita este comentario.

Por último, no compartimos el criterio del mencionado precedente con relación al carácter meramente *hipotético* del daño o perjuicio invocado**,** puesto que dicha acepción *no se condice con el "principio precautorio" plenamente aplicable al caso, el cual implica la obligación en el plano jurisdiccional de evitar cualquier amenaza contra la salud pese a que no existan pruebas científicas suficientes que vinculen al deterioro o lesión de aquella con personas específicamente determinadas.*

En conclusión, no queda más que decir que, en razón de la jerarquía constitucional de los derechos en juego (a la salud, a la intimidad, a la dignidad, entre otros), las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina al suscribir los tratados de derechos humanos y dotarlos de jerarquía constitucional y las posibles herramientas jurídicas aplicables en salvaguarda de estos derechos, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza debió sortear la cuestión procesal en virtud de los fundamentos que hemos expuesto, reconociendo la legitimación procesal activa y resolviendo la cuestión de fondo.

Ello es así porque creemos que la acción positiva en aras del cumplimiento de una manda constitucional importa un deber jurídico que atañe a todos los órganos del estado, los cuales deber usar los medios que tienen a su alcance para implementar su misión de que ello pueda verse reflejado en la realidad que nos circunscribe.

Los productos elaborados y la responsabilidad por daños en el estatuto del consumo. Incidencias del nuevo Código Civil y Comercial en el campo resarcitorio

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: **https://informacionlegal.com.ar/**
Publicado en: SJA 30/12/2015, 3 • JA 2015-IV, 945
Cita Online: AR/DOC/5081/2015
[Consultado el: 04/07/2020]

Sumario.

I. Introducción.— II. Producto defectuoso. Concepto y alcances.— III. La responsabilidad por productos elaborados en el microsistema de los derechos del consumidor.— IV. Análisis de los aspectos medulares donde reposa la responsabilidad civil.

"...La paciencia es la fortaleza del débil y la impaciencia, la debilidad del fuerte...".Immanuel Kant

I. Introducción.

A través del presente trabajo, analizaremos los aspectos medulares de la aplicabilidad en el marco de los daños producidos por productos defectuosos y la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor. A tales fines, nos inmiscuiremos en el campo de los recaudos exigidos jurisprudencialmente para la viabilidad del resarcimiento, como asimismo en sus fundamentos y alcances.

II. Producto defectuosos. Concepto y alcances.

Se considera producto a toda cosa que resulta de un proceso de industrialización, que implica introducir en la materia prima transformaciones de alguna índole.

El producto elaborado resulta vicioso o defectuoso cuando presenta:

a) Un defecto de diseño, que puede ocurrir en la fase de concepción o idea inicial; en la de elaboración del prototipo o en la de revisión del diseño;

b) Un defecto de fabricación, esto es, cuando deviene de una falla humana o mecánica generada durante el proceso de fabricación en sentido estricto o en la fase de controles intermedios o final;

c) Un defecto de conservación, que sobreviene por incumplimiento de las normas y pautas que atienden al mantenimiento del producto en estado apto durante la etapa que transcurre entre su fabricación y su consumo;

d) Un defecto de información o instrucción, vicio extrínseco al bien elaborado pero de notoria incidencia en la generación o potenciación de riesgo. Puede producirse por deficiencia en las instrucciones sobre formas de empleo y/o por omitirse las advertencias acerca de la nocividad que puede resultar de un determinado uso;

e) Un defecto por publicidad engañosa: variedad del anterior que se configura cuando se afirma alguna cualidad impropia del producto que puede derivar en daño para el potencial consumidor;

f) La nota común —y esencial— radica en que estas anomalías importan la introducción de un riesgo en el medio social, sea por tornar riesgoso a un producto que no lo es ni por naturaleza ni por modo de empleo, sea por potenciar su peligrosidad intrínseca (1).

A modo de ejemplo, la sala H de la C. Nac. Civ. sostuvo que todos los laboratorios que fabricaban, importaban o comercializaban concentrados antihemofílicos infectados con HIV deben responder solidariamente por los daños y perjuicios ocasionados a los usuarios, pues una adecuada interpretación de los arts. 5º y 6º de la ley 24.240 implica que los productos deben suministrarse sin presentar peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores (2).

III. La responsabilidad por productos elaborados en el microsistema del derecho del consumidor

Todos los títulos que siguen son subtítulos. Deben ser "reordenados" siguiendo el orden de las letras: a) b) c) d) e)

a) La responsabilidad del proveedor de productos:

El proveedor de productos elaborados debe cumplir con la entrega del bien según las características ofrecidas y en condiciones aptas para su "correcto funcionamiento" (conforme a lo "ofrecido" —art. 11, LDC— y su uso "natural"). Luego, debe "asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos" (art. 12, LDC), acreditando el cumplimiento de su deber legal mediante la entrega en forma del debido certificado de garantía (art. 14, LDC). El incumplimiento de este deber legal de garantía conlleva, por lo menos, tres consecuencias (sumadas a las previstas en el art. 17, LDC):

1. Presunción de mala fe tanto en el ofrecimiento, la celebración y la ejecución del contrato de compraventa del bien sin "asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos" (art. 12, LDC, y art. 9º del Código Civil y Comercial).
2. Obligación por el resarcimiento de daños y perjuicios (intrínsecos y extrínsecos) derivados del incumplimiento contractual.
3. Vinculación solidaria entre "productores, importadores, distribuidores y vendedores" (art. 13, LDC).

La primera consecuencia señalada resulta ser una pieza fundamental del régimen protectorio. Si el proveedor no cuenta con un "servicio técnico adecuado", traslada el riesgo de la relación de consumo (de todas las relaciones de consumo vinculadas al mismo producto) a los consumidores, consecuencia natural de un entorno mercantil donde el más fuerte impone las condiciones —de hecho y de derecho— al más débil, reteniendo los beneficios y trasladando los costos no incluidos en el precio. Ese traslado del riesgo es ilícito, según el Código Civil, considerando los deberes especiales de diligencia que le incumben al proveedor.

Sostenemos que la LDC, que recepta la problemática integrando a la relación jurídica contractual su dimensión social o colectiva (relación de consumo), agrega un plus de ilicitud o gravedad de la ilicitud al obrar de mala fe del proveedor que incumple su deber legal o contractual sistemáticamente (ofrecimiento de un producto sin asegurar su servicio técnico adecuado).

Este traslado de riesgo no es tolerado por el microsistema, que aborda este tipo de conflictos de derecho del consumidor sin dejar de considerar las consecuencias públicas de las decisiones privadas, habilitando acciones de prevención para neutralizarlo: *ex ante* (art. 52) y *ex post* (art. 52 bis), tratándose de conductas que "se apartan gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente", a fin de evitar masivos incumplimientos legales o contractuales o masivos daños a otros bienes de los consumidores.

También, a solicitud del actor y acreditado un vicio de fabricación, se ha ordenado al proveedor el *recall* (retiro del mercado) para la revisión del producto y al Estado la supervisión del procedimiento, con base en la obligación de seguridad a cargo del proveedor y la legitimación del afectado para accionar la prevención de daños como protección de intereses difusos. Este deber de garantía legal también es derivación del deber de seguridad en la celebración y ejecución de los contratos, que amplía la protección a otros bienes del consumidor.

En el caso en estudio, aceptado el daño moral, se interpreta que el consumidor sufrió daños en esos otros bienes.

La garantía es de orden público en el derecho del consumidor, mientras que en el derecho civil es renunciable, aunque con limitaciones. En el caso de la telefonía, deben interpretarse como "vicios" los que impidan el uso del equipo para comunicarse y utilizar todas las funciones que se contrataron con la empresa prestadora (incluidos servicios de valor agregado: internet, multimedia, mensajes de texto, etc.), aunque "naturalmente" no sean vicios de tales equipos.

La LDC prevé la reclamación de daños y perjuicios con este último alcance, tanto en el caso de reparación no satisfactoria (art. 17), como en el caso de opción del consumidor por la resolución contractual (art. 18, inc. a]). Se indemniza más allá de la cosa vendida, es decir, más allá de los vicios redhibitorios del Código Civil, porque se trata de una "relación de consumo"(3).

b) Ámbitos de protección: interés de prestación e interés de protección:

Siguiendo las dicciones de Boragina, puede considerarse que, por imperativo del actual art. 1º, el sistema de la Ley de Defensa del Consumidor se aplica actualmente a casi todas las situaciones dañosas derivadas de un producto elaborado, puesto que abarca todo supuesto en que el damnificado adquiere el producto como destinatario final o cuando, sin ser adquirente, está expuesto a una relación de consumo (art. 1º, t.o. ley 23.361).

En otros términos, cuando el afectado agota, en sentido material o económico, el bien contratado. Este estatuto se aplicará, en consecuencia, toda vez que el afectado esté vinculado a una relación de consumo, implementando un régimen unificado, que abarca relaciones contractuales y extracontractuales (4).

Desde esta arista, se desprenden dos ámbitos de afectación tutelados por el estatuto del consumo.

1. La afectación del interés de prestación.

Con base en la LDC, el consumidor, lesionado en su interés de prestación por haber recibido un producto defectuoso, está asistido, en primer término, por las acciones que habilita opcionalmente el art. 10 bis incorporado por la ley 24.787 frente al incumplimiento de la obligación primaria que ello implica.

Ello así, gozará de tutela satisfactiva para obtener otro producto equivalente, en condiciones óptimas de consumo (inc. b., norma citada), "ejecución forzada directa", o accionar por el contravalor dinerario (inc. c.), "ejecución forzada indirecta", o de tutela resolutoria, con derecho a restitución de lo pagado (inc. c.), todo ello "sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan" (art. 10 bis, *in finè*), "tutela resarcitoria".

Desde luego que, en base a los principios generales, también estará asistido de medidas cautelares a fin de garantizarse la efectividad de las acciones que intente (tutela conservatoria). A diferencia de lo que sucede en el art. 505 del Código Civil —que sigue un orden de prelación—, estas acciones pueden ser ejercidas por el consumidor "a su libre elección" (ejercicio facultativo de las opciones).

El consumidor de bienes muebles no consumibles y sus sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por vicios de cualquier índole (ocultos o manifiestos), cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado (tres meses para productos usados y seis meses para los demás casos) (nuevo artículo 11). Si el consumidor optase por la reparación del producto bajo los términos de una garantía legal, y ésta hubiere sido insatisfactoria, podrá exigir la sustitución del bien adquirido por otro de idénticas características (considerando el período de uso y estado general del que se reemplaza); o bien reintegrarlo al proveedor en el estado en que se encuentre, percibiendo el importe equivalente a las sumas pagadas (pacto comisorio tácito). También estará habilitado para conservarlo, obteniendo una quita proporcional del precio (art. 17). En todos los casos también estará asistido de tutela resarcitoria (art. 17, *in fine*).

En caso de vicios redhibitorios, el consumidor podrá optar (art. 18, ley 24.240) por las vías por el Código Civil y Comercial (obligación de saneamiento), pero sin que pueda el proveedor oponerle al primero el eventual conocimiento del defecto por su profesión u oficio. Además, el consumidor afectado podrá instar la aplicación de pleno derecho y acceder también a tutela resarcitoria complementaria.

2. La afectación del interés de protección.

En orden a los daños que cause el producto al consumidor en virtud del defecto (infracción al deber de seguridad), la ley 24.240 consagra expresamente esta obligación de indemnidad en los arts. 5º y 6º, con características semejantes al instituto que opera en el ámbito del Código Civil. La primera de las normas establece —en lo que aquí interesa— que los productos deben ser suministrados de modo tal que no presenten peligro para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso. La segunda exige, en su primer párrafo, que los productos que presentan características de riesgosidad se comercialicen observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de consumidores o usuarios.

Resulta claro que ambos preceptos se conjugan para abastecer el interés de protección del consumidor, pero sin limitarse exclusivamente a los aspectos resarcitorios, dado que ponen su acento en la prevención de daños, al exigir al proveedor el cumplimiento de determinados recaudos que aseguren concretamente esa indemnidad.

Mientras el art. 6º es específico (pues se refiere puntualmente a aquellos productos que por naturaleza o modalidad de empleo o consumo importen peligro o contingencia de daño, imponiendo mayores exigencias a su comercialización), el art. 5º es genérico (pues no distingue entre productos riesgosos o inermes), lo que significa que la obligación de seguridad que contempla la ley resulta aplicable a todas las relaciones de consumo, cualquiera sea la naturaleza del bien. Este deber es autónomo respecto de la obligación típica, siendo su finalidad preservar la indemnidad de la persona y bienes del consumidor.

Se trata de un deber imperativo para el proveedor y legalmente expreso, que evita al consumidor tener que recurrir a la obligación implícita que consagra el art. 9º del CCiv.yCom. para asegurar su interés de protección. De la propia lectura de la norma surge la naturaleza objetiva de esta obligación, toda vez que el proveedor se compromete a garantizar concretamente ese interés (art. 6º), a través del suministro de bienes que no importen peligro para la salud y seguridad del consumidor (art. 5º).

Esta garantía legal encuentra fundamento en el factor de atribución riesgo creado introducido por el art. 40 de la misma ley y de las posibilidades exonerativas limitadas que la norma brinda a los integrantes de la cadena de producción y comercialización, concretándolas únicamente en la demostración de una causa ajena.

En cuanto a los legitimados pasivos serán todos aquellos que puedan encuadrarse en la figura de proveedor (creador, productor, constructor, transformador, importador, concesionario de la marca (quien coloca

la marca en él, o el autorizado para utilizarla), distribuidor, comercializador "nuevo art. 2º", vendedor y transportista por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio, "art. 40".

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena (art. 40, t.o. ley 24.999).

En orden a la reparación del daño, resultan de aplicación los principios generales del Código, pero si el consumidor opta por el reclamo administrativo, tendrá derecho al resarcimiento del daño directo (el ocasionado de manera inmediata sobre los bienes o persona del consumidor), que se deducirá de la indemnización que obtuviere posteriormente en sede judicial (art. 40 bis, t.o. ley 26.361).

También podrá reclamar el daño punitivo (art. 52 bis), o sea, obtener el pago de una multa civil que fijará el juez en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. De esta manera se busca neutralizar el beneficio que obtuvo el proveedor, superior al monto del perjuicio ocasionado (función compensatoria), que se aduna a las funciones sancionatorias y disuasivas de la multa.

En cuanto al plazo de prescripción para el ejercicio de la acción indemnizatoria derivada de la violación a la obligación de seguridad, él será de tres años, salvo que por otras leyes se establezcan plazos más favorables al consumidor (v.gr., las derivadas de un contrato de compraventa, diez años), "art. 50 nuevo".

También amplía las causales de interrupción del curso prescriptivo, al incorporar expresamente el inicio de las actuaciones administrativas y la comisión de nuevas infracciones por parte del proveedor, las que se adunan a las previstas en el Código Civil (art. 3986) (5).

c) La responsabilidad del fabricante. Consideraciones en torno a su naturaleza

Sin perjuicio de la unificación normativa de los regímenes de responsabilidad civil en el nuevo CCiv.yCom., la división en cuanto a la causa fuente se mantiene vigente, por lo tanto debemos precisar que, en principio, la responsabilidad del fabricante (no vendedor del producto) es de naturaleza aquiliana, toda vez que entre éste y el adquirente consumidor no hay lazo contractual alguno que los vincule *ex ante* (6). Sin embargo, circunstancia que no ocurre en la práctica comúnmente, el fabricante puede vender sus productos directamente al público. En estos supuestos, la naturaleza de la responsabilidad civil del fabricante ya no será aquiliana sino contractual, toda vez que el vínculo jurídico preexistente entre las partes será el que impregnará la relación incluso ante el incumplimiento del cocontratante (7).

En economías inestables, esta modalidad de venta directa desde fábrica se da con mayor frecuencia, como así también en localidades del interior, en donde el fabricante se convierte en el vendedor de sus propios productos elaborados (8).

IV. Analisis de los aspectos medulares donde reposa la responsabilidad civil

a) Sus históricos orígenes en la obligación de seguridad:

Desde antaño existe pacífico consenso en doctrina y jurisprudencia en que en la venta de productos elaborados a un consumidor existe o se contrae un deber u obligación de garantía o seguridad, de resultado, haciendo la existencia del daño presumir el defecto (9), cuya consecuencia más trascendental consiste en la objetivización del factor de atribución y la inversión de la carga de la prueba.

Es decir, la venta de un producto elaborado lleva implícita la obligación de seguridad que garantiza al adquirente que no habrá de perjudicarse por el consumo o uso del producto, en condiciones normales y con

arreglo a las indicaciones del fabricante. Esta garantía que asume el fabricante se ha calificado como obligación de resultado, en tanto el compromiso tiende a la consecución de un fin determinado: cabalmente, el uso y consumo del producto sin que le produzca daño alguno. Y esto así, la sola aparición del daño que pueda vincularse causalmente con el uso del producto elaborado acreditará el incumplimiento del obligado y traerá aparejada la subsecuente responsabilidad (10).

b) La necesidad de comprobar la existencia del daño cierto:

Aún en el campo de la defensa del consumidor por perjuicios derivados de productos defectuosos, para que exista obligación de resarcir se exige la demostración de un daño cierto y no eventual e hipotético (11). Desde esta perspectiva, es presupuesto de la reparación la previa acreditación del perjuicio que se intenta resarcir y no basta para ello que él sea insinuado dogmáticamente o resulte de suposiciones no probadas (12). Entonces, la viabilidad de la reparación estará sujeta a la demostración de hechos que sean reveladores de la existencia del perjuicio, como padecimientos físicos o psíquicos de la víctima, sin que baste el hecho de sufrir meras molestias (13).

Tal como enseña Alsina, constituye un principio general que la prueba del daño incumbe al damnificado que pretende hacer valer la responsabilidad del deudor y, por tanto, él debe aportar la demostración del hecho constitutivo del derecho cuyo reconocimiento pretende (14). Pero al tratarse de un factor de atribución objetivo, el marco en donde reposa la responsabilidad civil difiere, pues, una vez probado el hecho y el daño, se invierte la carga probatoria, a tal punto que es el productor o fabricante quien debe demostrar la herramienta defensiva que lo exima de responsabilidad.

c) El recaudo de la antijuridicidad

Si bien en los supuestos analizados, por tratarse de una responsabilidad por riesgo creado o producto elaborado, el factor de atribución es objetivo (conf. art. 1757 del CCiv.yCom.), ello no implica que no deba ser acreditada la antijuridicidad objetiva (art. 1717 del CCiv.yCom.). Es que la creación del riesgo es lícita, en tanto actividad humana admitida como valiosa. Si no ha mediado daño a terceros, no puede alegarse responsabilidad civil alguna. Diferente es cuando de tal actividad resulta un perjuicio cierto, hipótesis en que el causante de tal consecuencia debe responder conforme el principio general "*alterum non laedere*"(15) (conf. art. 1716 del CCiv.yCom).

La doctrina señala que la responsabilidad sólo ha de resultar inexcusable cuando se muestre el nexo causal suficiente entre el daño y la ausencia o deficiencia del control debido (16). El ligamen causal entre el hecho dañoso y los nocimientos producidos no requerirá siempre de contacto físico entre el bien elaborado y la persona que lo consumió, v.gr., el daño moral que provoca un elemento contaminante en un envase cerrado cuyo contenido iba a ser consumido (caso de una colilla de cigarrillo), aunque en la hipótesis de productos consumibles, en la generalidad de los casos, será menester la demostración de dicho acercamiento —v.gr., por ingesta del bien por el consumidor—, prueba que estará a cargo del actor, aunque en el proceso de daños bastará con la de presunciones para establecer ese vínculo causal, toda vez que juega la teoría de la carga probatoria dinámica (17).

Al respecto se ha entendido que correspondía confirmar la decisión en cuanto atribuye responsabilidad al vendedor de bolsas de alimento balanceado para vacunos que produjeron su muerte, toda vez que la actora ha logrado acreditar la relación de causalidad entre el daño y el vicio del producto elaborado, por aplicación de lo que ha dado en llamarse la doctrina de la prueba compuesta, la cual resulta de la combinación de pruebas simples imperfectas que consideradas aisladamente no hacen p

Con similar tesitura, se consideró que era improcedente la acción de daños y perjuicios entablada contra el vendedor, proveedor y elaborador de ciertos productos embutidos con fundamento en que el consumo de

dicha mercadería ha provocado al reclamante la enfermedad de triquinosis, pues, aun flexibilizando al máximo el análisis de la prueba aportada, no surge mínimamente insinuada la relación de causalidad entre el daño experimentado y la mercadería denunciada como productora de contagio (19).

Asimismo, se dijo que debe rechazarse la demanda por daños y perjuicios incoada contra una empresa alimenticia por el daño que le habría ocasionado a un menor el consumo de un alimento infantil por contener en su interior una tuerca, si de la pericia, la cual no fue objetada, surge que la elaboración de dicho producto es a cielo cerrado y la introducción de cualquier cuerpo extraño implicaría la detención del proceso, pues ello impide tener por acreditado el elemento fundamental que hace a la dinamización de la responsabilidad objetiva, esto es, el necesario nexo causal (20).

d) El carácter riesgoso del producto y la inmiscusión del art. 1757 del Código Civil y Comercial para objetivizar la responsabilidad en concordancia con la LDC (ley 24.240 y sus modif.)

El producto viciado debe ser considerado como riesgoso y, por ende, comprendido en el ámbito de aplicación del art. 1757 del Código Civil y Comercial, dado que la búsqueda del culpable para que responda a título subjetivo es una tarea imposible para la víctima; por ello la ley se desentiende de las circunstancias internas de imputabilidad subjetiva y enfoca la cuestión desde la mira de la consecuencia: el vicio del producto (21). En este orden, la sala A de la Cámara Nacional en lo Civil consideró que el restaurante resulta responsable por los daños y perjuicios sufridos por una persona al ingerir comida en mal estado en su establecimiento, ya que aquél incumplió con la obligación, propia de su actividad, de supervisar y vigilar las condiciones en que se prestaba el servicio para evitar las consecuencias dañosas (22).

e) El resarcimiento del daño moral.

La doctrina ha sido reiterada al considerar que, dentro de la órbita de la responsabilidad contractual, prima un criterio restrictivo en materia de reparación del daño moral (23). No obstante, su viabilidad se impone con la nueva redacción del art. 1738 del Código Civil y Comercial cuando él aparece comprobado y esencialmente individualizado. Lo determinante para la procedencia del reclamo indemnizatorio del daño moral está en la producción de un daño cierto y actual. (conf. art. 1739 del CCiv.yCom.).

Al respecto, se ha señalado que el solo hecho de que el padre diera al hijo de tres años una Coca Cola contaminada con hidrocarburo no basta para tener por comprobado el daño, aun cuando esa mera entrega hubiera constituido un riesgo de generar un daño en la salud del niño, como éste no ingirió la bebida, sino que, al sentir el mal gusto, la escupió, sin que se le produjera secuela física alguna, corresponde concluir en que el daño no se concretó. El mismo apelante habla de daño potencial, esto es, nunca se transformó en daño actual. Esa situación no basta para generar responsabilidad que justifique un resarcimiento económico (24).

Bibliografía.

(1) Boragina, Juan Carlos, "Responsabilidad por daños causados por productos elaborados defectuosos", RCyS 2011-X-281; Boragina, Juan Carlos, ponencia del Congreso Internacional de Derecho Privado la Moderna Responsabilidad Civil en Argentina y la Visión Europea, Sede Buenos Aires, 2/9/2011, Sede Regional Rosario, 5/9/2011, organizado por la UAI, co-organizado con: Università de Messina (Italia), Sveu Illi te u Rijeci (Croacia), Università degli Studi de Verona (Italia), Università di Trieste (Italia).

(2) C. Nac. Civ., sala H, "P., F. M. v. Inmuno S.A. y otros", 3/8/2009, RCyS 2009-XI-80, con nota de Graciela Lovece, ED 235-547; JA 2009-IV-219, AR/JUR/31649/2009. Asimismo, la sala D de la C. Nac. Com. consideró que si el fabricante no acreditó que el adquirente del rodado hubiera hecho un uso indebido de la unidad, debe asumir las consecuencias del desperfecto que presentó ésta, pues la relación entre fabricante y adquirente debe analizarse desde la óptica de la responsabilidad por productos elaborados —art. 40, ley 24.240—,

conclusión que no se ve afectada si la pericia técnica no pudo determinar la causa de dicho defecto y ésta permanece desconocida. C. Nac. Com., sala D, "Di Marco, Rómulo D. v. PSA Peugeot Citroën Argentina S.A.", 30/3/2011, RCyS 2011-VIII-233; RCyS 2011-IX-205; JA del 5/10/2011, p. 57; AR/JUR/14985/2011. Ver También: C. Nac. Com., sala D, "Giorgi, Carlos C. v. Ford Argentina S.A.", 12/3/2009, LL del 29/6/2009, p. 11; RCyS 2009-VII-115; DJ del 12/8/2009, p. 258; LL Online AR/JUR/4082/2009.

(3) Gelcich, Marcelo G., "La intencionalidad del proveedor condenado con daños punitivos", LLL 2012 (octubre), p. 949.

(4) Boragina, Juan Carlos, "Sistema de la ley 24.240 mod. por la ley 26.361, responsabilidad por daños causados por productos elaborados defectuosos", RCyS 2011-X-281.

(5) Boragina, Juan Carlos, "Sistema...", cit., ps. 282 y ss.

(6) C. Nac. Civ., sala H, 18/10/2002, "B., V. R. v. Nobleza Piccardo S.A.I.C.F.", LL 2003-B-470 (fabricante de "cigarrillos"), ídem, sala M, 20/12/2001, "Etchezuri, Alfredo v. Cerveza y Maltería Quilmes S.A.", LL Online (fabricante de "cerveza"); ídem, sala F, 12/4/1999, "Calvo de Cuttini, Carmen v. Pepsi-Cola de Argentina S.A.", RCyS 2000-381, con nota de Fernando Alfredo Sagarna y JA 2001-276 (fabricante de "bebida gaseosa"); ídem, sala H, 26/3/1997, "Ryan Tuccillo, Alan M. v. Cencosud S.A. y otros", LL 1998-E-611, con nota de Fernando Alfredo Sagarna (fabricante de "bebida gaseosa"); C. Civ. y Com. Morón, sala 1ª, 29/11/2000, "M., E. v Billone, Carlos A.", LLBA, 2001-1115 (fabricante de "soda"); C. Civ. y Com. Rosario, sala 2ª, 9/2/1999, "G., A. v. Elías, Ricardo", LL 2000-C-931 (42.776-S) y LLL, 2000-273 (fabricante de "bicicletas"). Al respecto se ha señalado que cuando el fabricante produce un bien elaborado y lo introduce al mercado, debe hacerlo en condiciones tales que su uso no implique riesgos ni potencialidad dañosa para el que lo utiliza o digiere, si se trata de una cosa consumible. Así, lo reza el art. 5º de la ley 24.240: "Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios". El fabricante-vendedor se aprovecha económicamente en el circuito introduciendo un bien, creando un riesgo con el producto que vende, sea en forma directa vendedor de sus propios productos o de manera mediata a través de un tercero vendedor.

(7) Sagarna, Fernando A., "Responsabilidad del fabricante-vendedor por productos elaborados", LL 2006-B-301; íd., "Responsabilidad civil, doctrinas esenciales VI", p. 455; Casiello, Juan José, "Responsabilidad civil por los productos elaborados", LL 1981-D-1194.

(8) También se observa el supuesto de la venta por el fabricante mismo cuando un farmacéutico prepara un medicamento. Así, la sala B de la C. Nac. Civ. responsabilizó al propietario de una farmacia por el daño causado por un fármaco que no se compadecía su contenido con el indicado en la etiqueta adherida a su frasco y conforme lo prescribiera el médico del actor. C. Nac. Civ., sala B, 6/12/2001, "G., M. O. v. G. B., M. A.", RCyS, 2002-580. La temática puede verse antes de la reforma de la ley 24.999 en Venini, Juan Carlos, "Responsabilidad por daños contractual y extracontractual", t. 3, Ed. Juris, Rosario, 1994, ps. 67 y ss.); la hipótesis del propietario de un restaurante que prepara alimentos para los comensales (sólo a modo de ejemplo citamos al precedente de la C. 1ª Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 27/10/1983, "Caprarella de Hernández Bardi, Beatriz v. Boccabella, José y otro", LL 1985-D-28, con nota de Gabriel A. Stiglitz —es el renombrado caso de la ingesta de "palmitos" en mal estado—; el fallo de la Sup. Corte Bs. As., del 13/8/1985, puede verse en LL 1986-A- 61, DJ 1986-2-416, DJBA 130-42, ED 118-256, JA 1988-III-496 y AyS 1985-II-298. También podemos citar el recordado caso de la ingesta de "morrones" en mal estado, hecho ocurrido años antes que el anterior y en el mismo restaurante: Sup. Corte Bs. As., 22/6/1965, "Demaría, Ángel M. v. Restaurante Abruzzese y otro", LL 119-383 y también en JA 1965-V-121, con nota de Augusto M. Morello —en esos lugares se puede compulsar el fallo de segunda instancia—) o cuando un supermercado prepara alimentos y los vende directamente (puede indicarse al fallo de la C. Nac. Com., sala B, 30/6/2003, "Sorace, Marta M. y otros v Coto C.I.C.S.A. y otro", LL 2003-F-768, en el que se demandó al fabricante-vendedor de comida en mal estado). Ver Sagarna, Fernando A., "Responsabilidad...", cit.

(9) Bueres y Sozzo, "Derecho privado y comunitario", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, ps. 567/568; Lorenzetti, Ricardo, "Teoría general de distribución de la carga probatoria", DPC, t. 13, ps. 77, 78, 79 y 83; Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo, "Vicios, defectos y errores en las cosas entregadas", DPC 2001-1, ps. 354/355; Vázquez Ferreyra, Roberto, "La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual", DPC, t. 17, p. 91; C. Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 27/10/1983, LL 1985-D-13/51, con nota de Stiglitz, "El deber de

seguridad en la responsabilidad por productos elaborados". Desde esta perspectiva, y siendo un factor de atribución objetivo, se produce una inversión de la carga de la prueba, a la que igualmente se llega por aplicación del ya bien consolidado instituto procesal llamado por algunos "cargas probatorias dinámicas" o, para otros, "deber de colaboración y solidaridad procesal". Ver Peyrano y Chiapini, "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", ED 107-1005/1007; Peyrano, "Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", ED 153-968/971; Peyrano, "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas", LL 1991-B-1034/1038; Corte Sup. 2/6/1998, LL 1998-F-42/46; Corte Sup., 3/7/1990, LL 1990-D-536/538; C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 9/9/1994, LL, 1995-A-191/195; Lorenzetti, "Teoría...", cit., ps. 79 y 87; C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3ª, 3/8/1994, JA del 18/1/95, ps. 33/35; Reseña de fallos de Rodríguez, en JA del 2/7/2003 y suplemento especial sobre cargas dinámicas de JA del 11/6/2003; conclusiones del XVII Congreso Nacional del Derecho Procesal, realizado en Termas de Río Hondo en mayo de 1993, publicado por Ed. LA LEY, Buenos Aires, p. XLI; Morello, "Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba", ED 132-953/57; CPCC, Ed. LEP, t. I, p. 31, II-A, p. 661, V-A ps. 29 y 63; Airasca, "Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas", LLL 2003-543/556.

(10) Llambías, Jorge J., "Daños causados por productos elaborados", LL 1979-B-1097, nota 19; Casiello, Juan José, "Responsabilidad...", cit.

(11) C. Nac. Civ., sala F, 5/12/1995, "Craien, Miguel Ángel v. Coca Cola S.A.I.C. y F s/daños y perjuicios", L. 175.561, voto de la Dra. Ana María Conde, JA III-195/200, p. 198.

(12) Corte Sup., 19/11/1991, "O'Mill, Allan E. v. Neuquén, Provincia del s/cobro de australes", Fallos 314:1505; Corte Sup., 19/12/1995, "Kopex Sudamericana S.A.I. y C v. Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", Fallos 318:2555; C. Nac. Com., sala A, 9/5/1975, "Hausaler Cantela", LL 1975-D-443; esta sala, 16/11/2007, "Oribe, Juan Carlos v. Esso Petrolera Argentina S.R.L. s/ordinario"; esta sala, 19/9/2007, "Angelini, Fernando G. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ordinario"; C. Nac. Civ., sala A, 6/4/1972, "Siri de Russo", LL 149-598; C. Nac. Civ., sala B, 25/7/2008, "D'Amico, Mabel E. v. Sáenz de Pérez, Concepción s/daños y perjuicios"; C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 23/9/1999, "Nicolosi, Julio A. v. Entel s/juicio de conocimiento"; C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 9/8/2005, "Senem de Buzzi, María del Carmen v. Ministerio de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional s/proceso de conocimiento"; C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 14/6/2001, "Franco, Ana B. v. Edesur S.A. s/daños y perjuicios"; en igual sentido, Alconada Aramburu C., "Código de Comercio...", t. I, p. 375; De Gásperi L., "Tratado de las Obligaciones", t. II, p. 516.

(13) C. Nac. Civ., sala F, "Dube, Mario D. v. Coca Cola de Argentina S.A.", 20/5/2008, LL Online, AR/JUR/3287/2008. En el precedente de primera instancia que llegó a conocimiento de la Cámara de referencia se dijo que sostener que el haber probado una bebida a la que se había agregado un hidrocarburo, sin ingerirla y sin ninguna consecuencia para su salud, acarreó a una persona angustia o un padecimiento espiritual de entidad como para reclamar por ello daño moral es desvirtuar el sentido y alcance de este tipo de daño.

(14) Alsina, H., "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", t. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1942, p. 192; Llambías J. J., "Tratado de derecho civil, obligaciones", t. I, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 310.

(15) Pizarro, Daniel y Vallespinos, Carlos G., "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", t. I, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, p. 187; Bueres, Alberto y Highton, Elena, "Código Civil y normas complementarias. Comentado y anotado", t. 3-A, p. 8. Al imputarse a la demandada una actividad ilícita y un daño consecuente, quien así lo alega debe acreditar, como principio, los hechos en que sustenta su ataque (art. 377 del Código Procesal). Sagarna F., "Responsabilidad...", cit.

(16) Andorno Luis, "Responsabilidad civil por productos elaborados", JA 1997-III-651; Jornadas de Morón 1994, Despacho de Comisión 2). En tal sentido, la Corte Nacional ha destacado que la medida resulta del daño causado con el control exigible. Ghersi y otros, "Derecho y reparación de daños", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, ps. 8 y 44) y en el caso "Ruiz", que el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, pues su responsabilidad no puede llegar a ser involucrada en las consecuencias dañosas que se producen por hechos extraños a su intervención directa. Galdós José M., "Responsabilidad Extracontractual del estado en la Corte Suprema de la Nación. Principales pautas directrices", Revista Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. 9, p. 63.

(17) Sagarna, Fernando A., "Responsabilidad...", cit. p. 1186.

(18) C. Apel. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., "Benítez, Juan E. v. Foragro S.R.L.", 8/9/2003, LLL 2004 (mayo), p. 425, AR/JUR/4902/2003.

(19) C. 1ª Civ. y Com. San Nicolás, "Ordónez, Mario R. y otra v. Azzaretti, Patricia I. S. y otros", 20/9/2007, LL Online, AR/JUR/6641/2007

(20) C. Civ. y Com. Morón, sala 2ª, "N., C. A. v. L. P. S.A. y otros", 21/8/2008, LLBA 2008 (octubre), p. 1023, AR/JUR/6489/2008.

(21) C. Nac. Civ., sala A, "Soler, Miguel y otros v. Coca Cola S.A.I.C. y F", 11/12/2006, LL 4/4/2007, p. 10; LL 2007-B-613; RCyS 2007-779; ED 222-355; AR/JUR/8859/2006.

(22) C. Nac. Civ., sala A, "Ferradas, Olga B. v. Restaurant Turuleca de José Luis Barbero González", 21/11/2006, LL Online, AR/JUR/7571/2006.

(23) Llambías J. J., "Tratado...", cit., t. I, p. 353; Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix, "Derecho de las obligaciones", t. I, 2ª ed., Ed. Platense, La Plata, p. 382, Cichero, "La reparación del daño moral en la reforma de 1968", ED 66:157; Borda, Guillermo, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", t. I, 7ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 195; C. Nac. Civ., sala F, LL 1978-B-521; íd., sala F, ED 88-628; C. Nac. Civ., sala C, ED 60-226; C. Nac. Civ., sala E, 19/9/1994, "Vítolo, D. v. Guardado, Néstor"; C. Nac. Civ., sala L, 13/6/1991, "Méndez de López Mansilla, Claribel y otra v. Bonfiglio Wasbein y Bonfiglio S.R.L."; C. Nac. Com., sala A, 13/7/1984, "Collo Collada A. v. Establecimientos Metalúrgicos Crespo S.A.C.I.".

(24) C. Nac. Civ., sala F, "Dube, Mario D. v. Coca Cola de Argentina S.A", 20/5/2008, LL Online, AR/JUR/3287/2008.

El robo dentro de un transporte público como hecho de un tercero. Fractura de la relación casual

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LA LEY 19/03/2015, 3 • LA LEY 2015-B, 165
Cita Online: AR/DOC/719/2015
[Cosnultado el: 06/07/2020]

Sumario.

I. Los hechos que motivan el fallo comentado. — II. Análisis de las cuestiones jurídicas trascendentales del fallo. — III. Colofón.

"...El contrato importa no solo el contenido convenido por las partes, sino su integración deontológica-normativa derivada del apotegma de la buena fe, del cual deriva la obligación de seguridad cuyo factor de atribución objetivo de la responsabilidad admite la eximición de la misma ante la fractura del nexo causal..."

I. Los hechos que motivan el fallo comentado.

Una joven viajaba en compañía de su madre en un transporte público en los asientos dobles de la mitad del vehículo. En un determinado momento ascendieron al mismo un individuo y una mujer que se sentaron en el cuarto y quinto asiento individual, dejando el conductor la puerta abierta. Imprevistamente el hombre le intentó arrebatar el celular a la niña, torciéndole el brazo con tanta fuerza que le fracturó la muñeca y esguinzó el hombro izquierdo para luego huir gracias a la apertura de la puerta. El Juzgado de 1ra. Instancia rechaza la acción por configurarse un supuesto de eximición de la responsabilidad. La Sala G de la CNCiv. confirma dicho decisorio.

II. Análisis de las cuestiones jurídicas trascendentales del fallo.

Los aspectos relevantes del fallo nos llevan a inmiscuirnos en el concepto de la *obligación de seguridad* a los fines de estudiar sus ámbitos de aplicabilidad, sus caracteres, alcances y las causales de eximición que ésta admite.

A tales efectos corresponde hacer un primigenio análisis histórico de ella.

Si bien el origen de las obligaciones de seguridad se puede rastrear en la legislación francesa sobre accidentes del trabajo de fines del siglo pasado, su certificado de nacimiento en realidad lo podemos encontrar en un fallo de la Corte de Casación Francesa del 21 de noviembre de 1911 dictado en la causa "Zbidi Hamida c. Compañía General Transatlántica" (1).

En dicho pronunciamiento la Corte Francesa descubrió en el contrato de transporte, junto a las obligaciones principales que asumen las partes, una obligación determinada y accesoria de conducir al pasajero sano y salvo a destino. Fue a partir de ese fallo que la doctrina francesa fue ampliando el campo de aplicación de la teoría para aplicarla en gran número de contratos (espectáculos públicos, juegos de feria, productos elaborados, etc.) (2). Han sido los juristas franceses del siglo pasado, principalmente Mazeaud y Tunc y más recientemente Le Tourneau quienes han prestado mayor atención a esta figura (3).

La obligación de seguridad tuvo un extraordinario desarrollo doctrinal y jurisprudencial en las últimas décadas, tanto en nuestro país como en el derecho comparado y se proyecta hacia el crecimiento de su función tutelar. En virtud de la directiva de buena fe, la obligación ha quedado incorporada "tácitamente con carácter general y accesoria en ciertos contratos", para preservar a los contratantes de

Esta obligación, que ha sido conocida por la doctrina como aquella *en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato, a través de su interpretación con base en el principio de buena fe* (5) detenta su fuente genética de origen normativo en la Constitución Nacional, el Código Civil, el Código de Comercio, o en leyes especiales y ha sido expresamente receptada por el Código Civil.

Corresponde realizar un análisis por separado de cada uno de estos supuestos:

* Con relación al *plexo constitucional,* con claridad meridiana ha señalado la CSJN, que no cabe interpretar que la protección de la seguridad —prevista en el art. 42, Constitución Nacional— tenga un propósito meramente declarativo, sino que, por el contrario, es correcta la hermenéutica orientada hacia el goce directo y efectivo por parte de sus titulares. La seguridad es un propósito (6) que debe constituir la máxima preocupación por evitar la causación de daños durante la vigencia del contrato.

* Con relación al *principio de buena fe* consagrado expresamente por el art. 1198 del Código Civil, debemos señalar siguiendo a Diez Picazo que la buena fe aparece como causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso (7) pues como enseña Albadalejo sobre el deudor pesa, además del deber de ejecutar la prestación (que él llama prestación básica), todo el conjunto de los que podrían llamarse deberes secundarios (a los que identifica como cortejo de la prestación básica) encaminados a, cabría decir, proporcionar una prestación no únicamente completa 'ella misma', sino con su 'entorno' completo (8). Si bien la cuestión será desarrollada en extenso en el siguiente título, debemos precisar que la derivación lógica de la obligación de seguridad emana de la buena fe como principio.

* Con relación al origen en *la autonomía de la voluntad,* y tal como expone, ella indica la existencia de una esfera de libertad de los sujetos ante el poder público y la ley, significa que existe un ámbito dentro del cual, la suerte de las proposiciones jurídicas patrimoniales de los sujetos depende de las elecciones voluntarias y libres de los mismos interesados (9). En este sentido, las partes pueden valerse de la fórmula del art. 1197 para compelerse expresamente sobre alguna seguridad especial que surja de las características y perspectivas propias del negocio jurídico.

* Por su parte, los arts. 5 y 6 de la *Ley de Defensa del Consumidor* (Ley 24.240 y mod.) consagran la obligación de seguridad objetiva del proveedor de cosas o servicios riesgosos para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios (10). Comenta Pirota siguiendo al prof. Farina que el art. 5° no trae ninguna novedad, ya que es una regla de derecho común lo que en él se establece. Pero no podemos decir que esta norma está de más, pues destaca la obligación de todo proveedor de resguardar la salud y la integridad física del consumidor o usuario. Lo que se señala es que, por aplicación de las normas sobre responsabilidad objetiva, la tutela existe (claro que frente al daño ya sufrido) para todo adquirente, sea o no consumidor o usuario, amparado por la ley 24.240 (11). Nuestro máximo Tribunal Federal ha señalado al respecto que la interpretación de extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en el contrato de transporte de pasajeros integrada con lo dispuesto por el art. 184 del Cód. de Com., debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios. Ha existido una decisión valorativa que impone interpretar estos casos a la luz del concepto de usuario incorporado en el art. 42 de la Constitución Nacional como así también los criterios establecidos por la Ley 24.240 y por la Ley 24.999 que extendió aquel principio protector a las relaciones contractuales en cuanto a la responsabilidad que cabe a los prestadores de servicios por los daños y perjuicios producidos a los usuarios y consumidores contemplándose que dicha norma constitucional

establece un sistema más amplio respecto del deber de seguridad que tiene en cuenta situaciones no previstas explícitamente por la ley mercantil referentes a la salud y la seguridad del consumidor (12).

* El *art. 184 del Código de Comercio* consagraba expresamente la obligación de seguridad en el transporte ferroviario la cual ha sido extendida por la jurisprudencia a los demás medios de conducción, cualesquiera sean los vehículos empleados, es decir, subterráneos, aeronaves, buques, automóviles de alquiler y todo transporte en automóvil con o sin taxímetro, remises, siempre que exista un contrato de transporte, aunque quien lo realice no lo haga habitualmente y no tenga, por ello, la calidad de empresario comercial (13).

* El *Código Civil* estipula en el art. 1286 que la responsabilidad del transportista por daños a las personas transportadas está sujeta a lo dispuesto en los arts. 1757 y siguientes. Dichos preceptos instruyen el marco de responsabilidad objetiva por actividades riesgosas. En este orden reza el artículo que toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva.

No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención. Por su parte, el art. 1758 establece quienes son los sujetos responsables, estipulando que en caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

Hechas estas precisiones, debemos afrontar un concepto fundamental para entender el *alcance y fundamento de la obligación de seguridad,* cual es el de la *buena fe.* Siguiendo las expresiones de Betti la actitud del que confiere una garantía, una seguridad, no supone una conducta controlable con la medida de diligencia, sino una actitud valorable con una medida de buena fe. Y es, en efecto la buena fe a la que hace referencia el Código, cuando regula el tratamiento, tanto de la interpretación del contrato concluido, como de su ejecución y del comportamiento que debe tener el deudor para cumplir la obligación (14).

Es preciso comprender, tal como explicaba el distinguido maestro español Puig Peña que la sociedad no es un mero agregado de individuos yuxtapuestos unos a otros sin un mirar y necesitarse entre sí. Sería imposible la vida con solo las fuerzas de que el hombre aislado dispone, necesita de los demás en un engranaje creciente de exigencias y satisfacción de necesidades que unos con otros en concordia mutua, acaban por realizar (15).

En ese marco, el principio de la autonomía de la voluntad se constituye como un elemento indispensable para afianzar los vínculos jurídicos en materia negocial. El esplendor de esta expresión lo hallamos cabalmente en la normativa de los códigos decimonónicos. Bien señalan Diez Picazo y Guillón, que la exaltación de la autonomía de la voluntad lleva como consecuencia ineludible la exaltación de la idea de contrato, y tiene lugar en una época caracterizada por el desenvolvimiento del comercio y la industria y la multiplicación de los intercambios en la que florece la economía liberal del laissez faire, laissez passer (16).

Pero hoy en día lejos han quedado aquellas épocas de la historia jurídica donde la autonomía de la voluntad, —y su correlato la fuerza vinculante del contrato—, se configuraba como un apotegma insoslayable.

Los tiempos presentes nos muestran una percepción divergente de dicho principio, el cual se ha visto atemperado por normas imperativas cuya finalidad ha sido robustecer la moralidad de las relaciones jurídicas que en detrimento del más débil, inocente, ligero etc. lesionan la justicia conmutativa contractual. En un viejo precedente el Tribunal Supremo de España ha dicho que el principio de la autonomía de la voluntad dominante, aunque no de un modo exclusivo, en materia de obligaciones, no puede menos que estar limitado por adecuadas normas de matiz imperativo, encargadas de evitar que el derecho contractual sea puesto al servicio de fines inmorales o antisociales (17). Una de esas normas de limitación emana precisamente del principio de la buena fe receptado en nuestra normativa actual en el art. 1198 del Código Civil.

La buena fe preside la vida misma del contrato, desde su inicio (18) durante su transcurso (19) y hasta su finalización (20). Como explica Josserand los actos jurídicos provistos de todos sus elementos constitutivos pueden sin embargo, encontrarse contaminados y viciados por los móviles extrínsecos de que proceden, por el fin al que tienden en el pensamiento del autor (21). Dicho fin, que reposa en una idea de moralidad, incide cabalmente en el sostenimiento del acto jurídico, de tal manera que probado que éste sea contrario con el standard de moralidad al que hacíamos referencia precedentemente, perderá sustento deontológico y consecuentemente jurídico, con las consecuencias normativas que surgen del sistema.

Hemos dicho en otros trabajos al analizar la morfología y la lingüística de las expresiones "contrato" y "buena fe" (22) que parecería redundante sostener que el primero debe gestarse teniendo en miras la segunda, porque el análisis de la estructura misma de un acuerdo contractual nos hace concluir que este debe celebrase en miras de la buena fe entre sus interlocutores.

Entonces: *¿cuál es el valor axiológico de contar en nuestra legislación de un precepto como el art. 1198 que dice que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe?,* Pues bien, la respuesta es clara, ese dogma jurídico importa la existencia de *deberes virtuales implícitos* que penetran el plano contractual, independientemente de la materia en la cual este se encuentre inserta.

Desde esta perspectiva, la buena fe contractual no se configura como un elemento estanco, sino que se aprecia en relación con el dinamismo propio de los fenómenos económicos que se trasladan al ámbito jurídico, esta constituye su mayor ventaja, al configurarse como dogma del cuál emanan deberes de conducta implícitos (23). La civilística alemana, encauzada por las ideas de Ennecerus y Lehmann considera que la buena fe lleva a ampliar las obligaciones contractuales ya existentes y tiende a integrarlas con obligaciones primarias y secundarias, o mejor dicho instrumentales, con existencia propia o accesoria, obligaciones que en cuanto a su contenido son predominantemente de conservación y de respeto al derecho ajeno (24).

Al devenir como *principio jurídico,* su campo de acción es hacendoso constituyendo *un umbral insoslayable para todo tipo de acuerdos contractuales.* Así, *saltea sigilosamente las vallas de las materias en las que se divide el derecho para penetrar en cada una de ellas con importante injerencia por sobre lo previsto expresamente por las partes contratantes.*

Explicaba el maestro Puig Peña que el derecho patrimonial no es un conjunto de preceptos fríos estereotipados por el legislador para disciplinar las transacciones nacidas del más tosco materialismo. No hay en él, si cabe, más que en otra rama jurídica, un inestimable fondo de moral. Cierto es que en los albores de la humanidad podrían existir múltiples casos de desconexión con los principios de la ética, pero también lo es que, a partir de la enorme influencia de la moral cristiana, aquella savia se infiltra en todos sus preceptos, hasta el extremo de que hoy en día se puede decir que el derecho de las obligaciones no es sólo una rama jurídica asentada firmemente en la moral, sino (esto es lo más importante) afirmación de la moral misma (25). En este sentido ha señalado la jurisprudencia que la regla moral que impone la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (art. 1198, Cód. Civil), es un principio que integra el orden público porque tiende a obtener o a mantener las condiciones de sustentación que se reputan indispensables para que el contrato funcione ordenadamente como i

Desde esta dimensión normativa, la buena fe representa un elemento moral aglutinante que debilita la fuerza obligatoria del contrato cuando el acuerdo ha sido realizado a contrario de los fundamentos en los que reposa dicho apotegma. Como aduna Josserand el juez no ve en la fórmula contractual más que una base, un punto de referencia que le permite descubrir el verdadero pensamiento de las partes, un medio de revelación de su idea, pero no ignora que esta idea es traicionada a veces por la forma que reviste, tratará de llegar a ella por todos los medios posibles, por todos los procedimientos de investigación, y nada se omitirá a esos fines (27).

La buena fe tiene tanta *potencia expansiva que se infiltra por todas las ramas del derecho adhiriéndose a situaciones particulares* como es el caso del contrato de transporte, operando como elemento determinante para evitar el *injusto*

jurídico que se presenta ante situaciones que quedarían fuera del ámbito resarcitorio por no haber sido contempladas convencionalmente por las partes. En este orden, explica Hegel que el derecho en sí es como algo preexistente a las relaciones jurídicas y su universalidad interna es común al capricho y a la voluntad individual.

Esta apariencia de derecho en la que él mismo y la voluntad individual coinciden inmediatamente, es decir accidentalmente, continúan apareciendo en lo injusto, en la antítesis entre el derecho en sí y la voluntad individual que intenta ser derecho particular (28).

Hemos delimitado el campo de aplicación fáctica de la buena fe como elemento deontológico del sistema normativo. Desde esta perspectiva se entiende que *la obligación de seguridad se desprende del principio de la buena fe, del cual derivan deberes implícitos, entre los que se encuentra la obligación de seguridad,* que no es ni más ni menos que un deber de cooperación o de interés en la otra parte contratante. Pues, tal como enseña Betti en las relaciones obligacionales lo que se exige es una actitud positiva de cooperación, una actitud a favor del interés ajeno, y la bona fides consiste en un criterio de conducta inspirado e informado por el interés de la otra parte, conducta dirigida al cumplimiento positivo de la expectativa de cooperación de la contraparte (29).

Con relación a las características esenciales que recubren la obligación de seguridad, podemos señalar que ella:

Es comprensiva de la persona y de los intereses económicos. El contenido de la obligación de seguridad, si bien pudo originariamente dudarse si se circunscribía a la indemnidad personal o tenía una amplitud mayor, el art. 42 de la CN alude al derecho "a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos", haciendo referencia al "consumidor o usuario de bienes y servicios". Esta norma sin duda comprende como objeto de la obligación de seguridad, la persona y también los "intereses económicos", que incluyen toda clase de bienes (30).

Tiene fuente contractual. No caben dudas de que la relación que enlaza al empresario y a la víctima tiene un gen contractual pues surge de un evidente acuerdo de voluntades, por lo que únicamente se advierte la presencia de la obligación de seguridad en el ámbito negocial y la consiguiente órbita de la responsabilidad contractual (31). Al respecto, ilustra Jordano Fraga, que en materia contractual, por un lado existen los llamados "deberes de prestación", que constituyen inequívocamente el contenido de la obligación asumida por las partes, y por el otro los denominados "deberes de protección", ajenos a la prestación en un sentido más o menos estricto, pero que actúan en salvaguarda de un interés primario del acreedor, que consiste en ser preservado frente al daño que eventualmente pudiera sufrir algún otro interés diverso del de la prestación principal (32). Aunque vale señalar, que existe la posibilidad de que el incumplimiento de esta obligación pueda dar lugar a un supuesto de responsabilidad extracontractual.

Por ejemplo, cuando el contratante favorecido por la obligación de seguridad fallece como consecuencia del incumplimiento de ella. En tal caso cuando reclaman la indemnización sus familiares (damnificados indirectos) iure propio, se está frente a un supuesto de responsabilidad aquiliana por cuanto éstos no pueden alegar el incumplimiento de dicha obligación como fuente de su derecho pues no eran sujetos del negocio que le dio cabida a la obligación de seguridad. Estos damnificados indirectos tienen como fuente de su derecho la violación del principio general de no dañar a los demás, más conocidos como neminem laedere (33).

Se fundamenta en el principio de la buena fe. Tal como lo hemos expuesto oportunamente, la obligación de seguridad halla su fundamento en el principio de buena fe objetiva consagrado en el art. 1198 párrafo primero del Cód. Civil (34). Al respecto aduna De Cupis que una consideración adecuada de la buena fe puede ser luminosa para determinar el contenido de la obligación contractual por cuanto la buena fe puede integrar tal contenido ligando al contrato una obligación complementaria (35). De esta manera, tal como apunta Diez Picazo la buena fe aparece como causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso (36). Con base en este principio, aunque las partes no lo hayan convenido expresamente, surge a cargo de una de ellas la obligación de velar por la integridad de la persona y de los bienes del otro contratante.

Constituye una obligación de resultado. La obligación de seguridad de fuente contractual tiene como finalidad proteger la seguridad personal y física de las partes intervinientes (37). La cuestión surge en determinar que carácter tiene esa obligación, es decir, si se trata de una obligación de diligencia de prudencia o de medios; o si se trata de una obligación determinada o de resultado (38). Siguiendo a los Mazeaud y Chabas, se puede decir que, si la obligación es determinada, y el resultado no ha sido obtenido se debe probar que la inejecución proviene de una causa que le es extraña (39).

En estas obligaciones, con prescindencia de la fuente que la origine, al acreedor le basta con demostrar la existencia de la obligación o el acontecimiento dañoso, para que se presuma la culpa del deudor (40). Si la obligación que pesa sobre el deudor es la de conducirse con prudencia o diligencia, hay que demostrar que el deudor no se ha comportado con la diligencia y la prudencia a las cuales está obligado.

La prueba de una imprudencia o negligencia del deudor está a cargo del acreedor (41) es decir, en las obligaciones de medio se compromete la diligencia y la aptitud para cumplir aquellas medidas que son necesarias para lograr un determinado resultado, pero sin asegurarlo, pues no existe posibilidad de hacerlo. Como dicen los maestros franceses Mazeaud y Chabas, el interés práctico de la distinción es capital en el campo de la prueba (42). Es evidente que pesa sobre el empresario que asume la obligación contractual de seguridad desvirtuar el incumplimiento del deber de indemnidad cuando el daño se ha producido durante el transcurso de un hecho, es decir, en los términos de Trigo Represas y López Mesa no existe aleatoriedad alguna (43) en torno al cumplimiento de dicho deber, por lo cual es evidente que estamos frente a una obligación de resultado.

Es accesoria. Esta es la posición mayoritaria en doctrina (44) con respecto a ella es preciso señalar que la expresión accesoria debe interpretarse con relación a la subordinación de esta obligación respecto a la obligación central del contrato, pero no indica en modo alguno, menor importancia o menor trascendencia relativa (45) pues en ese caso deberíamos hablar de obligación subsidiaria o subordinada.

Se funda en un factor de atribución objetivo que admite la eximición de responsabilidad demostrando el hecho de la víctima, el hecho del tercero o el caso fortuito o fuerza mayor.

III. Colofón.

En virtud de lo expuesto, considero que resulta correcta la interpretación y la aplicación de la obligación de seguridad efectuada por la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones. Dicho Órgano Jurisdiccional ha considerado que la empresa demandada no debe responder, por haber quedado perfectamente configurada la eximente de *culpa de un tercero.*

Entendemos que el contrato importa no sólo el contenido convenido por las partes, sino su integración deontológico-normativa derivada del apotegma de la buena fe, del cual deriva la obligación de seguridad cuyo factor de atribución objetivo de la responsabilidad admite la eximición de ella ante la fractura del nexo causal

Tal como señalamos oportunamente, dicha obligación es de *resultado*, lo que incide directamente en la carga de la prueba, pues, corresponde al presunto dañador acreditar que el suceso se subsume en alguna de las causales de eximición de la responsabilidad, en este caso: la culpa de un tercero. Es decir, una vez probada la relación causal y el daño por parte de la víctima, el hecho del tercero que se le pretende imputar debe ser acreditado por el empresario como excusa absolutoria.

No obstante lo expuesto, en este caso del propio relato de la víctima surge que *ha sido un tercero quien ingresó al transporte con fines de robo,* no es menester realizar entonces un análisis mas profundo de la prueba, pues en virtud del principio de adquisición procesal y en aras de circunscribirnos dentro del ámbito de la verdad objetiva, resulta diáfano admitir que el incumpliendo de la obligación de seguridad que se le imputa al transportista ha

perdido virtualidad en razón de la existencia de una *causa extraña* (hecho de un tercero) que la priva de aplicabilidad al caso.

Bibliografía.

(1) La doctrina prevaleciente identifica el antecedente de la obligación de seguridad con el ese difundido fallo de la Corte de Casación Francesa en el cual un pasajero lesionado en un viaje por barco de Túnez a Bona demandó por responsabilidad extracontractual a la transportista, pero el Tribunal de Casación Francés al que la causa llegó en última instancia, resolvió que había responsabilidad contractual derivada del contrato de transporte, del cual resultaba la competencia. El Tribunal decidió que si bien nada se estipuló sobre el daño, la responsabilidad derivaba de la obligación tácita e implícita de conducir al pasajero sano y salvo a destino, pues resultaba de una interpretación de buena fe, que la obligación contractual no se agotaba con llevarlo a destino, sino hacerlo preservando su indemnidad.

(2) Lo extraño es que en el precedente citado la cuestión a resolver recaía en tema de competencia de los Tribunales, pues ésta variaba según se tratara de responsabilidad contractual o extracontractual.

(3) Ver las obras: MAZEAUD y TUNC. Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Le Tourneau, Philippe, La Responsabilidad civil. Entre otras. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La obligación de seguridad" En Sup. Esp. Obligación de Seg. 12/09/200, en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales. 01/01/2005.

(4) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "El daño resarcible del consumidor accidentado en un supermercado". RCyS 04/07/2011. Pág. 15.

(5) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., La Obligación de Seguridad en la Responsabilidad Civil y Ley de Contrato de Trabajo. Ed. Vélez Sarsfield. Rosario. 1988 pág. 105.

(6) Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos: Mosca, Hugo vs. Provincia de Buenos Aires y otros s. Daños y perjuicios; 06-03-2007; Rubinzal on line; RC J 1229/07. Se ha dicho al respecto que todos los intervinientes en la organización del espectáculo, en la medida del provecho obtenido o de su poder de contralor de la actividad, son responsables de la seguridad del mismo, lo que refleja la evolución del derecho del daño que ha llevado a que la responsabilidad, de ser tratada como deuda de autor, haya evolucionado hasta adquirir la virtualidad de crédito de la víctima; concepción que encuentra marco normativo en el art. 42 de la Constitución Nacional y en una interpretación extensiva del art. 1113 citado. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala M Narváez, María Nélida vs. Club Atlético Boca Juniors s. Daños y perjuicios; 17-10-2008; Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la CNCiv.; RC J 865/09. Asimismo, la CSJN sostuvo que la idea de que los organizadores de eventos deportivos se ocupan sólo del deporte y sus ganancias mientras que la seguridad es un asunto del Estado es insostenible en términos constitucionales. La seguridad es un derecho que tienen los consumidores y usuarios (art. 42, Constitución Nacional) y que está a cargo de quienes desarrollan la prestación o la organizan bajo su control, porque no es razonable participar en los beneficios trasladando las pérdidas. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos: Mosca, Hugo vs. Provincia de Buenos Aires y otros s. Daños y perjuicios; 06-03-2007; Rubinzal on line; RC J 1229/07.

(7) DIEZ PICAZO, Luis, en el prólogo del libro de WIECKER, Franz. El principio de la buena fe. Ed. Civitas, Madrid, 1986. Pág. 19.

(8) ALBADALEJO, M. Derecho Civil II. Derecho de las obligaciones. Vol. 1. Ed. Bosch Barcelona, 1997. Pág. 32. Ver similares argumentos en el voto del Sr. Juez Francisco H. RONCORONI, emitido en el fallo de la SCJBA, del 14-04-04, en los autos "Fernández, Fernando c. Roll S.R.L. y/o Soul Train", publicado en RCyS, 2004-952.

(9) ROPPO, Vincenzo. "El Contrato". Ed. Gaceta Jurídica. Lima. 2009. Pág. 47/48.

(10) El art. 5 prescribe que las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. El art. 6, establece que las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables

para garantizar la seguridad de los mismos. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción

(11) PIROTA, Diego Martín, "La obligación de seguridad en el contrato de espectáculo público: Una garantía a favor del espectador (A propósito de un fallo que reconduce la cuestión hacia el escenario de la responsabilidad contractual)" Publicado en elDial.com - DC92B, el 07/07/2006. Ver el mismo Trabajo del autor publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, LL sección Derecho Práctico (Comentarios jurisprudenciales), Año VII, N° 9, Setiembre de 2005. FARINA, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, págs. 114/115). De lo que se deduce que la comentada obligación surge primariamente de las normas del derecho común, específicamente del art. 1198 del Código Civil. Con similar tesitura ver STIGLITZ, Gabriel, "El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados", LL, 1985-D-18. También ver fallos de responsabilidad del propietario de un restaurante por intoxicación sufrida por un cliente en virtud de comida en mal estado: CªCC La Plata-Buenos Aires, Sala III, 27-10-83, "Caprarella de Hernández Bardi, Beatriz c. Boccabella, José y otro", LL 1985-D-28/51; y de responsabilidad del organizador de turismo de aventura o expedición de cacería por los daños sufridos por los participantes de la expedición: CNCiv., Sala C, 16-04-04, "Hanlin, David Joseph c. Sodiro, José María". Para referencia de abundantes antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales ver: ALTERINI, Atilio Aníbal, LÓPEZ CABANA, Roberto M., Temas de responsabilidad civil, Co-ed. Ciudad Argentina y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1995. Pág. 229, notas 3 y 4.

(12) Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dispuesto en la causa L. 170 XLII "Ledesma, María L. c. Metrovías S.A." del 22/04/2008 (Fallos: 331:819). Ver asimismo: DE LORENZO Miguel Federico, "La protección extracontractual del contrato", LA LEY, 1993-F, 927; RINESSI Antonio J., "Relación de consumo y derechos del consumidor" Buenos Aires, 2006. Pág. 14. FARINA, Juan M, "Defensa del consumidor y del usuario", 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 24 y 181 y CONTE GRAND, Julio, "Perspectiva económica y jurídica", en LORENZETTI, Ricardo. Defensa del Consumidor. Ed. Ábaco. Buenos Aires. 2003, Pág. 4.

(13) Para avizorar las aplicaciones que ha hecho la judicatura nacional de la obligación de seguridad en el marco de los diferentes medios de transporte, se recomienda la lectura de los fallos: CNFed., sala Civ. y Com., 11-06-68, La Ley, 134-11; conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad civil", 8ª ed., ampliada y actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 444). Idem CNCiv., sala C, 19-03-68, La Ley, 133-850; CNCiv., sala F, 27-11-69, La Ley, 139-324. Ver además BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La obligación de seguridad en el transporte ferroviario", La Ley, 1990-D, 96/99. Con respecto a la obligación de seguridad en el contrato de transporte ver fallos de la CNCiv. y Com. Fed., 29-02-68, ED, 25-237; sala II, 10-02-84, ED, 110-403; sala I, 05-08-83, ED, 110-146. De la CNCiv., sala D, 23-12-66, ED, 21-227; sala D, 09-10-63, ED, 7-756; sala G, 31-07-89, ED, 138-218; sala E, 18-03-75, La Ley, 1975-D, 209. De la CSJN, 13-11-90, La Ley, 1991-B, 526. De la CFed. La Plata-Buenos Aires, sala I, 04-08-83, ED, 109-459. De la CCiv. La Plata-Buenos Aires, sala I, 13-03-84, ED, 109-416. Fallos Cám. Nac. Civil, sala A, 2-7-90, "Malviccini c/ Microómnibus del Norte S.A.", La Ley 1990-E-297; ídem, 6-5-80, "Zelaya c/ Río de la Plata", J.A. 1981-I-610; ídem, 17-10-72, "Arteaga c/ Línea Colectivos 142", E.D. 49-637; ídem, 18-9-69, "Anfuso c/ Línea 60", E.D. 29-679; ídem 7-11-64, "Sosa de Novasco c/ F.G.S.M.", La Ley 115-682; ídem 16-8-60, "Canal c/ Juanturena", La Ley 100-765 (5757-S); ídem 11-8-58, "Costa c/ Transportes Buenos Aires", J.A. 1959-II-179; ídem 30-12-57, "Alvarez c/ Transportes Buenos Aires", La Ley 93-24; ídem, sala B, 13-12-71, "Villanueva c/ Coop. Playa Lastra", E.D. 43-158; ídem 26-9-60, "Bruschi c/ Tagliabe", E.D. 1-68; ídem 24-7-57, "Devoto c/ Transportes Automotores Chevalier", La Ley 89-43; ídem 11-12-52, "Bruckmann c/ Empresa A.B.L.O.", La Ley 69-261 y J.A. 1953-II-229; ídem, sala C, 8-10-91, "Pérez c/ Dadona", La Ley 1992-B-246; ídem, 31-7-90, "Torres c/ Ledezma", La Ley 1991-B-181 y E.D. 140-160; ídem, 30-8-73, "San Martín de Dante c/ Parrolo", Rep. J.A. 1973, p. 170, Sum. 50; ídem, 21-8-69, "Corti de Ruiz c/ Transp. Sgto. Cabral", E.D. 32-156; ídem 27-12-61, "Dreizik c/ Línea Colectivos 405", La Ley 106-193 y E.D. 2-981; ídem 10-10-61, "Currao de Libonati c/ Cataldo", E.D. 2-213; ídem 18-5-61, "Peron c/ Oterino", La Ley 103-428 y E.D. 1-54; ídem 24-8-55, "López c/ Transportes Buenos Aires", La Ley 81-97; ídem, sala D, 27/04/99, "Almaraz c/ La Primera de Gran d Bourg SA", La Ley, 2000-B, 876, Jur. Agrup. 14.838; ídem 2-4-70, "Ardizán c/ Transportes Gral. San Martín", E.D. 32-156; íd. 9-10-63,

"Romero c/ Empresa F. C. Estado", La Ley 114-393; ídem 19-7-63, "Municipalidad Capital Federal c/ Ciopolo", La Ley, 115-783 (10.300-S) y E.D. 5-711; ídem, sala E, 28-2-73, "Leidi c/ Transportes América", E.D. 49-653; 21-12-59, "Dabas de Beauzil c/ Microómnibus Norte", La Ley 98-708 (4431-S); íd. 15-10-59, "Raso de Butera c/ Río de la Plata", La Ley 98-719 (4528-S); ídem, sala F, ídem, 26-8-71, "Bracamonte c/ El Puente", E.D. 40-254; íd. 16-9-69, "Blasco c/ Línea Colectivos N° 7", J.A. 5-1970-231; íd. 8-4-65, "Zarinelli c/ Cía. Atlántica", La Ley 119-207; íd. 23-8-62, "Iglesias c/ Nakonesznys", La Ley 109-554; íd. 31-5-60 "Busto de Fernández c/ F.C.N.G.S.M.", La Ley 99-136; ídem, 29-10-59, "Bousquet c/ Morera", La Ley 98-207 y J.A. 1960-IV-454; íd. 8-9-59, "De los Santos c/ Bella", La Ley 98-11; ídem Sala K, 25/09/96, "Roig c/ Baño", La Ley, 1997-D, 861 (39.737-S); íd. Sala L, 31/05/94, "Sosa Acosta c/ Rentautos S.A.C.", J.A. 1995-III-660; Cám. nac. com., sala A, 31-12-62, "Vidal c/ Cía. Transportes Río de la Plata", E.D. 4-178; íd. 16-12-60, "Godano c/ Uriol", J.A. 1961-III-598; íd. 15-6-56, "Secondi c/ Transportes Buenos Aires", La Ley 84-387; ídem, sala B, 16-12-64, "Tussie de Tussie c/ Spagnolp", E.D. 11-122; ídem, sala C, 23-12-59, "Di Somma c/ Corporación Transportes Buenos Aires", La Ley 99-44; Cám. nac. fed., sala civ. y com., 18-9-70, "Giménez c/ Microómnibus Norte", E.D. 44-956, n° 775; íd. 22-7-69, "Cusi de Dayan c/ Transporte Automotor Noroeste", La Ley 137-327, J.A. 4-1969-258 y E.D. 34-581; íd. 9-9-65, "Ortelli c/ F.C.N.G.U.", La Ley 120-367 y E.D. 13-411; ídem sala 1ª civ. com., 28-11-72, "Basile c/ Queralt", J.A. 18-1975-432; ídem sala III, 31-5-83, "Richeri de Mancini c/ Tierno", J.A. 1984-I-182; Cám. Nac. Especial Civ. Com., sala V, 13-5-88, "Troncoso c/ EFEA", La Ley 1989-A-23; etc.

(14) BETTI, Emilio, Teoría general de las obligaciones. Tomo I. Trad. de José Luis DE LOS MOZOS. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969. Pág. 70.

(15) PUIG PEÑA, Federico, Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Vol. I. Ed. Rev. De Derecho Privado. Madrid. Pág. 12.

(16) DIEZ PICAZO, Luis. GUILLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil. Vol. II. 9ª Ed. Ed. Tecnos. Madrid. Pág. 30/31. Aquel principio, en los términos de Adam Smith servía a las mil maravillas a una sociedad en la que se quería suprimir no solo las trabas del corporativismo y del Estado, sino también las que se opusiesen a la libertad contractual, pensando que el libre juego de la oferta y la demanda y el egoísmo individual son los motivos de la felicidad y prosperidad de las naciones. SMITH, Adam. Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones. Ed. Tecnos. Madrid. 2009. Pág. 259.

(17) Tribunal Supremo de España. Sent. 2 de abril de 1941, Revista de Derecho Privado. Julio-agosto, 1941, Pág. 357 y sgtes.

(18) En estos casos la buena fe incide cabalmente en lo que Larenz llama las bases objetivas de la relación jurídica. El destacado autor explica que por base objetiva jurídicamente relevante, se entiende al conjunto de circunstancias cuya existencia o preexistencia presupone debidamente el contrato, sabido o no por los contratantes, ya que de no ser así no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría "sentido, fin u objeto" LARENZ, Karl. Base del negocio y cumplimiento de los contratos. Trad. de Carlos Fernandez Rodríguez. Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid. 1956. Pág. 115. Al respecto, la Sala C de CNCiv. sostuvo que ella no consiste meramente en la ignorancia del compromiso previo del contratante, sino en la ignorancia sin culpa, es decir mediando las diligencias que aconsejen las circunstancias del caso. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, Giménez, Luis A. c. Elsegood, Rodolfo H. y otra, 15/09/1980, AR/JUR/6186/1980.

(19) A diferencia de lo que ocurre con el inicio de la relación contractual, la buena fe en esta faceta se subsume en las bases subjetivas del las relaciones jurídicas. El maestro Larenz las definía como la común representación de los contratantes de la que han partido al concluir el contrato y que ha influido en la decisión de ambos. Esta representación puede referirse a una circunstancia considerada como existente o esperada en el futuro. Pero tiene que tratarse de una determinada representación o esperanza, no es suficiente la simple falta de esperanza de una posterior variación de las circunstancias existentes a la conclusión del contrato. La representación o expectativa tiene, además, que haber sido decisiva para ambas partes en el sentido de que ambas, suponiendo un leal modo de proceder, no hubiesen concluido el contrato, o no lo hubiesen concluido tal como la han hecho si hubiesen conocido su inexactitud. No es suficiente que la representación o expectativa haya determinado de modo decisivo tan solo la voluntad de una de las partes, incluso en el caso de que la otra parte hubiese tenido conocimiento de ello. En efecto cada parte sufre, en principio el riesgo de que se realicen sus propias esperanzas. LARENZ, Karl. Base del negocio... Ob. Cit. Pág. 95.

(20) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, Ferpad S.A. c. Rosetti y asociados y otros., 15/09/1998, LA LEY, 1999-F, 741, AR/JUR/3119/1998. Con este mismo alcance se ha dicho que el principio de buena fe (art. 1198 Cód. Civil) debe estar presente en el cumplimiento y la conclusión de los contratos. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Córdoba, Foglia, Eduardo y otra c. Lavezzari, Oscar C. y otros, 02/03/1998, LLC, 1999-1357, AR/JUR/4449/1998 Ver: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, Cordis Corporation c. Sistemas Médicos S.A., 2005/10/14, IMP 2006-5, 783 ; sala B, Godicer S.A. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G., 2004/06/10, LA LEY 29/09/2004, 8. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, Gestido y Pastoriza S.H. c. Nobleza Piccardo S.A., 2005/11/24, LA LEY, 2006-D, 11; sala B, Contreras, Pablo R. c. Pepsico Snack Argentina S.A., 2005/02/24, DJ 2005-2, 671 - LA LEY 17/06/2005, 2, con nota de Diego M. Genesio - LA LEY 2005-C, 822, con nota de Diego M. Genesio - LA LEY 21/03/2005, 6 - LA LEY 2005-B, 421 - IMP 2005-A, 1069. Entre otros. MAYO, Jorge A, La buena fe en la ejecución de los contratos, DJ 2002-3, 1061.

(21) JOSSERAND, Louis. Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado. Trad. de Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica JR. Ed. José M. Cajica Jr. México. Pág. 219.

(22) Ver: JALIL, Julián Emil, "La buena fe como causa eficiente de deberes implícitos en las relaciones contractuales", RCyS, 2010-IX, 241.

(23) Ver: JALIL, Julián Emil, "El "dogma" de la buena fe y su escisión del "concepto" de la buena fe", Publicado el 22/12/2011 en Suplemento de Derecho de Daños, elDial.com - DC17A1. En este artículo hemos diferenciado claramente la buena fe como dogma y la buena fe como concepto.

(24) ENNECERUS, L. LEHMANN, H., Tratado de las obligaciones. 3ra. Ed. Trad. Pérez González B. y Alguer, J. Ed. Bosch. Barcelona 1966. Ver también: BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Tomo I. Trad. de José Luis De Los Mozos. Ed. Revista de Derecho Privado. 1969. Madrid. Pág. 99.

(25) PUIG PEÑA, Federico, Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Vol. I. Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid. Pág. 12/13.

(26) Cámara 2a en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata, sala II, Dignani, Nazareno L. c. Consorcio Torre Moreno y otros, 26/09/1995, AR/JUR/3187/1995.

(27) JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Trad. de Santiago Cunchillos y Manterola. Tomo II. Vol. I. Ed. Bosch. Buenos Aires. 1950. Pág. 174.

(28) HEGEL, Georg W Friendrich. Filosofía del derecho. Trad. de Angélica Mendoza de Montero. 2 ed. Ed. Claridad SA. Buenos Aires. 2009. Pág. 101.

(29) BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Tomo I. Trad. de José Luis de los Mozos. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969. Pág. 86. Ver el desarrollo de estas ideas en: JALIL, Julián Emil, "El "dogma" de la buena fe y su escisión del "concepto" de la buena fe", Publicado el 22/12/2011 en Suplemento de Derecho de Daños, elDial.com - DC17A1.

(30) ALTERINI, Atilio A., Contratos Civiles. Comerciales de Consumo. Teoría General. Segunda Edición Actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2009. Págs. 534/5. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. "La Obligación de Seguridad. Ob. Cit. Pág. 106. PICASSO, Sebastián, "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema". LA LEY 2008-C, 562 y ss. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. "El daño resarcible..." Ob. Cit. Pág. 154.

(31) Esta es la posición predominante en la doctrina nacional. Ver PIROTA, Martín Diego La obligación de seguridad en el contrato de espectáculo público: una garantía a favor del espectador (A propósito de un fallo que reconduce la cuestión hacia el escenario de la responsabilidad contractual)", RCyS 02/09/2005. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., "Obligación de seguridad". BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La mutación de la obligación de seguridad o garantía: de una responsabilidad objetiva a otra subjetiva"; AGOGLIA, María Martha - BORAGINA, Juan Carlos - MEZA, Jorge Alfredo, "La buena fe y la obligación de seguridad"; CAVALLERO, Francisco E.; BURGOS, Débora - VESSONI, Hugo Alberto, RUBIO, Gabriel Alejandro, "Responsabilidad contractual directa objetiva por incumplimiento de la obligación de seguridad", LLLitoral 1998-2-22. Esta postura fue la receptada en forma mayoritaria en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, comisión II —Obligación de seguridad— realizadas en Junín-Buenos Aires, en el año 1994. Como asimismo en la jurisprudencia nacional. Ver: CSJN, 12-12-89, "Ortíz, Eduardo A. c. Ferrocarriles Argentinos", La Ley, 1990-D,

97/100, con nota de Jorge Bustamante Alsina; C2ªCC Paraná-Entre Ríos, Sala II, 27-05-97, "Carrizo, Jorge T. c. Sociedad Rural Victoria y/u otros", LLLitoral 1998-2-21/29, con nota de Gabriel Alejandro RUBIO; SCJBA, 14-04-04, "Fernández, Fernando c. Roll S.R.L. y/o Soul Train", RCyS, 2004-952; CNCiv., sala E, 07-12-87, "Rodríguez, José N. c. Turlan, S.A. y otro", La Ley, 1988-C, 106/112, con nota de Jorge BUSTAMANTE ALSINA. En las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires del 22 al 24 de septiembre de 2005, se sostuvo por mayoría que la obligación de seguridad es un principio del derecho, de carácter autónomo, que se aplica solamente en el ámbito contractual.

(32) JORDANO FRAGA, Francisco, La responsabilidad contractual. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1987. Pág. 141. SAUX, Eduardo. "La obligación de seguridad en los vínculos contractuales" en Suplemento especial La Ley: Obligación de seguridad, Septiembre de 2005, Pág. 16.

(33) LABOMBARDA, Pablo M., "La responsabilidad civil de las asociaciones deportivas por daños a los espectadores". DJ 01/01/2004.

(34) GASTALDI, José M., "La buena fe en los contratos", en Córdoba, Marcos. (Director). Garrido, Lidia. y Kruger, Walter. (coordinador) Tratado de la buena fe en el Derecho Tomo I, Ed. La Ley. Buenos Aires. 2004. Pág. 299. Y en esa misma obra: COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., "El principio de la buena fe en el Derecho Privado" Pág. 167. NICOLAU, N., "El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato" Pág. 321. MORELLO, A. M., "Indemnización del daño contractual", con la colaboración del doctor GALDOS, Jorge M., Ed. Platense, y Ed. LexisNexis. 2003. Pág. 68 y sigtes. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Ob. Cit., Päg. 387. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La mutación de la obligación de seguridad o garantía: de una responsabilidad objetiva a otra subjetiva", Rev. ED, Tomo 18, Pág. 1090.

(35) DE CUPIS, Adriano, "El Daño", p. 174, traducción de la segunda edición italiana de Ed. Bosch, Barcelona, 1975.

(36) DIEZ PICAZO, Luis, en el prólogo del libro de WIECKER, Franz, "El principio de la buena fe". Ed. Civitas, Madrid, 1986. Pág. 19.

(37) Ver: CNCiv., sala D, 19/10/56, "Garriello c. Municipalidad de la Capital", Rev. LA LEY, t. 86, p. 44; ídem, sala E, 27/9/68, "Manzano c. Municipalidad de la Capital", Rev. LA LEY, t. 139, p. 773, fallo 24.123-S; ídem 26/5/72, "Oneto de Gianolli c. Club River Plate", Rev. LA LEY, t. 148, p. 464; ídem sala F, 15/6/72, "Venche c. Galbatto", Rev. LA LEY, t. 148, p. 69. Cam. Civ. 1ª Santa Fe, en pleno 28/8/53, "Ferrigno de Vignolo c. Club Atl. Rafaela" en Juris, t. 3, p. 329.

(38) Esta clasificación nace con Demogue y su cabal importancia radica en el campo probatorio, decía el autor que para determinar a quien se impone la carga de la prueba de la culpa, habrá que establecer si la obligación incumplida es de medios o de resultados. En el primer caso se requerirá que sea el acreedor (o más genéricamente la víctima del daño) quien demuestre que el sindicado como responsable ha actuado negligentemente, mientras que en las obligaciones de resultado, la culpa se presume, siendo el obligado quien se hallaría precisado de demostrar su falta de culpa. En cuanto a la esfera de aplicación de dichos criterios, dice Demogue que, aún en el campo extracontractual pueden encontrarse supuestos en donde la ley va más allá de ordenar una conducta diligente, y exige un determinado resultado. PICASSO Sebastián, "Obligaciones de medios y de resultados" Revista de Jurisprudencia Argentina. Tomo 1996-II. Buenos Aires. 1996. Pág. 716.

(39) MAZEAUD. Henri; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD León; CHABAS, Francois. Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I. Traducción de Luis Adorno. Editorial Zavalia. 1997. Pág. 26

(40) TRIGO REPRESAS, Felix A.; LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica. Tomo II. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2004. Pág. 751.

(41) MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, François. Derecho Civil... Ob. Ob. Cit. Pág. 27.

(42) MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, Francois. Derecho Civil.. Ob. it. Pág. 27. Si bien este es el criterio prevaleciente durante siglos en el derecho comparado, en especial en la doctrina francesa, cada vez con más fuerza se proyecta una consideración diferente en torno a la cuestión, algunos autores consideran que la distinción infiere exclusivamente en el factor de atribución, subjetivo en las obligaciones de medio y objetivo en las obligaciones de resultado, en este sentido dice el Profesor Picasso, sabido es, que la formulación del distingo entre obligaciones de medios y de resultados desempeñada por Demogue nació precisamente para responder a esa cuestión (carga de la prueba), y así fue trabajada durante mucho tiempo

por la doctrina comparada, pese a esta afirmación, el jurista considera que la utilidad del distingo en lo que hace a la distribución de la carga de la prueba resulta ser actualmente escasa, y que su función principal radica, en constituir una verdadera divisoria de aguas en lo que hace al factor de atribución de la responsabilidad aplicable. PICASSO, Sebastián, "La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios". Revista La ley. Tomo 2000-C. Sección Doctrina. Buenos Aires. 2000. Pág. 995/6.

(43) En este sentido se ha sostenido como criterio para diferenciar una obligación de medios de una de resultados, que "el parámetro de separación entre una y otra clase es la aleatoriedad del resultado". TRIGO REPRESAS, Félix A.; LOPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica. Tomo II.Ed. La Ley. Buenos Aires. 2004. Pág. 739. Empleando la terminología del Profesor PICASSO, habría aquí una violación a un deber impuesto por la ley, PICASSO, Sebastián, "Obligaciones de medios y de resultados" LA LEY, Pág. 716 (nota al pie).

(44) La corriente doctrinaria mayoritaria sostiene que el deber de seguridad es accesorio de la obligación principal, pero otra postura la califica como principal, en atención a que estando en juego la incolumidad de bienes que satisfacen intereses primordiales del ser humano, como son la vida, la salud o el patrimonio, dicha obligación debe ser necesariamente jerarquizada dentro del negocio, poniéndola en el mismo nivel con aquella que constituye. Para una tercera corriente, se trata de un deber secundario en relación a la obligación principal, pero con estructura y funcionalidad autónomas. El deber de seguridad se desenvuelve en el sector del hecho propio, dando pie a una responsabilidad directa y que reviste carácter objetivo. Bustamante Alsina denomina esta situación "crédito a la seguridad", y en opinión de este autor constituye una obligación accesoria que existe junto a las obligaciones esenciales que el contrato impone a las partes. Sin embargo, hasta ahora no se han elaborado criterios o principios estables que denuncien la existencia de los deberes de conducta que complementan los propios del contrato, o que acompañan a las diversas relaciones jurídicas. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil". Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997. Pág. 392 y ss. BERGER, Sabrina M., "El deber de seguridad: a un siglo de su creación jurisprudencial", RCyS, 2012-V, 35.

(45) MAYO, Jorge A. "Sobre las denominadas Obligaciones de Seguridad", LA LEY, 1984-B, 949 y ss. Y GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., El daño resarcible...ob. cit. Pág. 11.

Responsabilidad por acusación calumniosa. El quid de los delitos civiles de calumnias e injurias (las reformas llevadas a cabo en materia penal)

Por Julián Emil Jalil
Guillermina Leontina Sosa

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2015-IV, 268
Cita Online: AR/DOC/933/2015
[Consultado el: 05/07/2020]

Sumario.

I. La regulación penal del delito de calumnias e injurias.— II. La regulación civil de la acción calumniosa en el Código Civil originario.— III. La Tutela de la dignidad humana en el nuevo Código Civil en concordancia con los tratados internacionales. Del traspaso del núcleo epicéntrico del patrimonio a la persona humana.— IV. Los medios de protección devinientes del nuevo plexo legal iusprivatista.— V. La acusación calumniosa en el nuevo Código Civil. El agravamiento de la culpa como recaudo de procedencia a través de la función resarcitoria de la responsabilidad civil.— VI. Elementos necesarios para su configuración.— VII. La antijuridicidad y la especial causal de de justificación derivada de la norma.— VIII. La carga de la prueba a la luz de la imputación subjetiva atribuida.— IX. La prevención del daño a través de la función preventiva de la responsabilidad civil.— X. Supuestos de inaplicabilidad del derecho de daños antes casos de acusación calumniosa.— XI. La extensión del resarcimiento.— XII. Las calumnias e injurias

El art. 1770 del nuevo Código Civil, el cual debe correlacionarse, en función de lo dispuesto por los arts. 1º y 2º del Cód. Civil con las fuentes internacionales que le dan su fundamento constitucional, es decir, con el art. 12 de la Declaración Universal Derechos Humanos, el art. 17 del Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, el art. V de la Declaración Americana Derechos Humanos, el art. 11 de la Convención Americana Derechos Humanos.

"...La dignidad es tan noble que de ella misma derivan las compensas de las pérdidas que causan quienes desaprensivamente la dañan..."

I. La regulación penal del delito de calumnias e injurias.

Fue en el año 2009 que la Argentina adecuó su derecho doméstico a los *estándares* internacionales de derechos humanos en materia de libertad de expresión y derecho a la honra sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa "Kimel" del 2 de mayo de 2008. En el mencionado precedente se condenó al Estado Argentino a adecuar su legislación tras tener por acreditada la violación a los arts. 8.1 y 13 de la CADH, en relación con la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos y el deber de adoptar medidas normativas o de otro carácter establecidas en los arts. 1º y 2º de la CADH.

El precedente interamericano citado motivó la necesidad de modificar el ordenamiento penal, eliminando la pena de prisión para los delitos de calumnias e injurias para —de este modo— salvaguardar el derecho a la libertad de expresión y a la honra, previendo por una parte en el art. 109 del Cód. Penal que "...*En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas*...", y lo propio respecto de las injurias al disponer en el art. 110 Cód. Penal "...*Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos*

lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público...". De este modo, el delito de calumnias e injurias habilita la intervención de la acción penal solo cuando las afirmaciones no refieran a cuestiones de interés público, o asertivas. (1)

El hecho de que la retractación no importe aceptación de culpabilidad de acuerdo a lo previsto por el art. 117 del Código Penal refleja nuevamente el *test* de razonabilidad efectuado por el legislador para lograr una enérgica tutela de la libertad de expresión. Con ello, se entrevé que frente a la tensión entre derechos de raigambre constitucional —derecho a la privacidad, al honor, interés estatal en la persecución e investigación de delitos, por una parte, y la libertad de expresión, por otra—, el legislador ha regulado de acuerdo al principio de mínima intervención del derecho penal, en virtud del precedente de la CIDH ya citado.

II. La regulación civil de la acción calumniosa en el Código Civil originario.

Ahora bien, dicho ello es preciso adentrarnos en la regulación de la acción resarcitoria prevista por el ordenamiento civil para los daños a derechos personalísimos. En el Código de Vélez la acción se encuentra prevista en el art. 1089 que para poder reclamar una indemnización pecuniaria exige al ofendido la prueba de que *"...por la calumnia o injuria le resultó algún* daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero*, siempre que el delincuente no probare la verdad de la imputación...".* Norma ésta que debe ser interpretada en armonía con lo dispuesto por el art. 111 del CP que habilita al acusado de injuria a probar la verdad de la imputación: *"...1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal; 2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él...".* En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado queda exento de pena.

Por su parte, el art. 1090 Cód. Civil regula la acusación calumniosa, como aquella que además de imputar falsamente un delito, da lugar a un proceso penal que requiere de una defensa en dicha sede. Al respecto, estipula el art. 1090 que *"...si el delito fuere de acusación calumniosa, el delincuente, además de la indemnización del artículo anterior, pagará al ofendido todo lo que hubiese gastado en su defensa, y todas las ganancias que dejó de tener por motivo de la acusación calumniosa, sin perjuicio de las multas o penas que el derecho criminal estableciere, tanto sobre el delito de este artículo como sobre los demás de este Capítulo...".*

Era menester entonces, una denuncia o acusación, efectuada ante autoridad competente (administrativa, judicial o policial), relativa a la imputación de un delito de acción pública; que la denuncia sea falsa y efectuada a una persona determinada. (2) Asimismo, la procedencia de la reparación dependía de la acreditación de los presupuestos típicos de la responsabilidad civil, dejando a salvo la posibilidad, en concordancia y de acuerdo a lo dispuesto por el ordenamiento penal, de que el acusado pruebe la verdad de la imputación.

Por su parte, la jurisprudencia fue suficientemente pacifica en sostener que la admisibilidad de la pretensión resarcitoria requiere del *dolo* o *culpa* de quien realizo las manifestaciones calumniosas. Es decir que la atribución falsa de la comisión de un delito lo haya sido teniendo el denunciante plena conciencia de que ella no lo cometió, o bien atribuyéndoselo en forma imprudente. (3)

En este orden de ideas, es preciso recordar la afirmación de Bustamante Alsina en cuanto a que no es necesario que se haya actuado con conocimiento de la falsedad y con intención de dañar bastando que el autor de la denuncia o querella haya procedido con culpa o negligencia al efectuar la imputación, pues de acuerdo con los principios generales, todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio (art. 1109), aunque éste sería un supuesto de cuasidelito y no de delito". (4)

La CSJN ha señalado al respecto, que la sola existencia de un fallo judicial que disponga la absolución o sobreseimiento del imputado no hace procedente, sin más, la acción de daños y perjuicios derivados de la denuncia, pues resulta indispensable que a su autor pueda imputársele dolo, culpa o negligencia. (5)

La necesidad de contar con alguno de estos factores de atribución de responsabilidad encuentra también fundamento en que *no puede exigirse al denunciante que formule la acusación muñido de pruebas que no dejen lugar a dudas sobre la autoría del responsable*. Justamente, en materia penal es pacifica la doctrina y la jurisprudencia en sostener que la denuncia no constituye prueba, si no que suministra información sobre elementos de prueba, que verificados permiten la investigación preliminar y el abocamiento judicial. (6)

La no exigencia de una acabada prueba por parte del denunciante se basa en preservar *el interés social en la investigación y represión de delitos* (7) que a su vez halla su límite en la preservación de los derechos humanos en juego.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción. (8)

En definitiva, la armonización entre el interés estatal de la represión de delitos encuentra su término justo en la tutela de los otros derechos de raigambre constitucional-convencional, como el derecho al honor, a la privacidad, intimidad y libertad de expresión. (9)

III. La Tutela de la dignidad humana en el nuevo Código Civil en concordancia con los tratados internacionales. Del traspaso del núcleo epicéntrico del patrimonio a la persona humana.

Todos estos conceptos se mantiene en gran medida en la descripción que efectúa el nuevo Código de la acusación calumniosa, lo que resulta de singular atención es la implicancia que este orden normativo le otorga a los *tratados internacionales* como fuente del derecho civil reforzando el proceso de *constitucionalización del derecho privado* y repercutiendo en institutos como el analizado.

Al respecto, hemos de mencionar que los *derechos personalísimos* como manifestación de la tutela de la *dignidad* de la persona han enarbolado las modificaciones constitucionales y actualización de codificaciones efectuadas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Nuestro país —como bien señala Tobías— está manifiestamente adscripto a esa tendencia, máxime tras la reforma constitucional que responde a un sistema de valores y principios de alcances universales asumidos como decisión constitucional básica que colocan en un primer plano a la persona y sus derechos personalísimos. (10)

La Comisión Codificadora ha cambiado de enclave la partitura originaria creada por Vélez, la cual, propia de la ideología liberal e individualista que vagaba por los aires del siglo XIX, ponía el énfasis en el patrimonio por sobre la persona humana. Basta con vislumbrar el art. 1068 del Código originario que define el daño a la cosas como "el daño directo" y el daño a la persona como "el daño indirecto" Dicho precepto reza que *"...habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades..."*. Si comparamos el mencionado dispositivo con el art. 1737 vemos que este último estipula que *"...hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto* la persona, *el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva..."*. El cambio de orden, es claramente sugestivo, la persona se posiciona como el *centro de interés del derecho privado* en concordancia con la tendencia internacional prevista en los tratados de derechos humanos.

La normativa internacional adquiere trascendencia superlativa como fuente del derecho privado, reconociendo el campo de constitucionalización del derecho civil y comercial. Con relación a ello vale reseñar con Alfredillo que 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. 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.

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.

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. (11)

La ciencia del derecho privado está en este momento en un proceso de cambios. Intenta mantener los ideales de igualdad, impersonalidad de las normas, coherencia y sistematización (propias de la codificación), pero integrándolos en una comprensión más profunda y real del proceso de creación e interpretación jurídica y una consideración relevante de fines y principios morales como la dignidad de la persona, la justicia contractual y los valores de la solidaridad social que parecen insoslayables para fundamentar y dar legitimidad al sistema. No puede decirse que haya cristalizado una nueva metodología de la ciencia del derecho privado que permita anunciar como completamente superada la perspectiva del positivismo legalista, pero está claro que todas las tendencias referidas, y entre ellas la constitucionalización del Derecho privado, están dando las pautas de lo que será esa nueva forma de hacer Derecho en el ámbito de las relaciones entre particulares en el siglo XXI. (12)

La constitucionalización del derecho privado implica echar por tierra con la tradicional pretensión de aislar al derecho privado del alcance de los principios constitucionales, sobre todo en lo atinente a estándares de justicia distributiva. (13)

El art. 1º del novel Código transforma esta posición en un hecho normativo concreto al estipular expresamente que los casos que el Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los *tratados de derechos humanos* en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la *finalidad de la norma*. Por su parte, el art. 2º establece que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

En soporte de todo este movimiento ideológico normativo es que se inserta el dispositivo previsto en el art. 1770 del nuevo Código Civil, el cual debe correlacionarse, en función de lo dispuesto por los arts. 1º y 2º del Cód. Civil con las *fuentes internacionales que le dan su fundamento constitucional,* es decir, con el art. 12 de la Declaración Universal Derechos Humanos, el art. 17 del Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, el art. V de la Declaración Americana Derechos Humanos, el art. 11 de la Convención Americana Derechos Humanos.

IV. Los medios de protección devinientes del nuevo plexo legal iusprivatista.

Tal como lo estipula el art. 52 del Código, la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la *prevención y reparación de los daños* sufridos.

V. La acusación calumniosa en el nuevo Código Civil. El agravamiento de la culpa como recaudo de procedencia a través de la función resarcitoria de la responsabilidad civil.

La denuncia o la acusación calumniosa, en cuanto pone en conocimiento de la autoridad pública la comisión de algún delito, puede significar un daño superior, inclusive por la eventual pérdida de la libertad o peligro de perderla y aunque esta contingencia no se produzca, por cuanto es comprensible el particular padecimiento de quien es investigado y sometido a proceso. (14) El nuevo Código la ha regulado a la acusación calumniosa dentro de la sección Sección 9ª correspondiente a los "Supuestos especiales de responsabilidad". Allí, tras tutelar la vida privada en el art. 1770, el art. 1771 dispone *"...en los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave. El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querella si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado..."*. El artículo recoge la idea ya prevista en el art. 1090 del Cód. Civil originario y se inspira en el art. 106 del Proyecto de 1998. Dicho precepto estipulaba que *"... el denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querella, si se acredita que no había razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado..."*.

Podemos precisar que para que la acción por acusación calumniosa se configure deben reunirse los siguientes requisitos:

a) La existencia de una denuncia o acusación, alternativa que evita los inconvenientes prácticos derivados de la distinta terminología, es decir que no es necesario constituirse en "querellante", sino que basta con ser simplemente "denunciante", sin que sea menester que la denuncia reúna las formalidades de la ley procesal penal, siendo suficiente la *notitia criminis* con el mínimo de idoneidad para excitar la actividad judicial. (15)
b) La imputación de un delito de acción pública; (16)
c) La acusación ante autoridad competente; (17)
d) La falsedad del acto denunciado; (18)
e) Dirigida a una persona determinada; (19)
f) Con conocimiento de la falsedad por parte del acusador, que en la especie actúa como dolo; a falta de esa intención la acusación formulada con culpa grave. (20)

VI. Elementos necesarios para su configuración.

Podemos agrupar de manera sistémica los diferentes recaudos objetivos y subjetivos necesarios para la configuración de la acción calumniosa.

VI.1. Elemento objetivo: La falsa atribución de un delito.

Uno de los requisitos que hacen a la viabilidad del reclamo indemnizatorio, es la falsedad de la denuncia, ya sea porque el delito no se cometió o porque no participó el imputado, pero la inocencia debe surgir de una resolución judicial que disponga la absolución o el sobreseimiento. (21) Entonces, para que proceda la acción de daños y perjuicios por denuncia calumniosa, se requiere que se haya atribuido falsamente a una persona la comisión de un delito, teniendo el denunciante plena conciencia de que ella no lo cometió, o bien, atribuyéndoselo en forma imprudentemente grave. (22) Como veremos a continuación, no basta la sola falsedad de la imputación sino que es menester que el denunciante haya obrado sin razón ni fundamento alguno y con pleno conocimiento de la inocencia del acusado. (23)

VI.2. Elemento subjetivo: El dolo y la culpa grave

El Código postula como factores de atribución no solo al *dolo* sino también a la *culpa,* pero especificando respecto de ésta última que el carácter de la misma ha de ser *grave.* Con este requisito de gravedad de la culpa lo que se hace es salvaguardar el interés estatal por la investigación y persecución de delitos sin conminar a los

denunciantes al deber de muñirse acabadamente de pruebas para efectuar la denuncia. Ello, por cuanto la fundamentación y respaldo probatorio de la acusación queda en manos del Estado.

Tal como lo ha sostenido la CSJN, la sola existencia de un fallo judicial que disponga la absolución o sobreseimiento del imputado no hace procedente, sin más, la acción de daños y perjuicios derivados de la denuncia, pues resulta indispensable que a su autor pueda imputársele dolo, culpa o negligencia. (24) Es decir, a los fines de determinar si una conducta puede encuadrarse o no en la figura de la acusación calumniosa, lo que interesa, en definitiva, es que el autor de la denuncia o querella haya actuado con culpa o negligencia grave al efectuar la imputación (25) dicha negligencia debe reposar en una imprudencia crasa o ignorancia supina sustentada en una especial desaprensión, liviandad y grave desidia o bien en un obrar malicioso.

El hecho de que el actor haya sido *absuelto en sede penal* no habilita por sí solo la procedencia de la acción indemnizatoria prevista en el del Código Civil, sino que es requisito para su viabilidad que exista dolo o culpa grave del denunciante, pues no se puede exigir a las víctimas de delitos que formulen la acusación muñidas de pruebas incontestables que no dejen dudas sobre la autoría, lo cual llevaría al extremo de imponerles la carga policial exhaustiva de los delitos para no errar respecto de la manifestación que formulan. (26)

A efectos de encuadrar una conducta en la figura de la acusación calumniosa, cabe exigir que el denunciante haya actuado con dolo o culpa grave al efectuar la imputación, por cuanto debe procurarse preservar el interés social en la investigación y represión de los delitos. (27)

VII. La antijuridicidad y la especial causal de justificación derivada de la norma.

El Código Civil estipula que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada (Conf. art. 1717 del Cód. Civil). En el presente supuesto la justificación del daño deriva de la *prueba de la verdad,* se trata de una causal especial regulada en este caso específico que elimina la antijuridicidad de la conducta.

En este marco, obsta a la reparación del daño, de conformidad con el art. 1779, la prueba de la verdad del hecho reputado calumnioso. Esa prueba solo puede ser producida, como vimos, por el querellante en los términos del art. 111 del CP. Incluso se ha considerado que la denuncia realizada no puede considerarse calumniosa aun cuando el denunciado haya sido absuelto en sede penal si los hechos denunciados fueron expresamente reconocidos en la sentencia penal y estimados configurativos de los delitos atribuidos por todos los representantes del Ministerio Público Fiscal que intervinieron en el proceso. (28)

En este sentido, si bien en materia penal la retractación constituye una excusa absolutoria que exime de pena al autor del hecho, en materia civil la misma retractación implica la admisión por el encausado de la existencia y realidad de la injuria o calumnia. (29)

VIII. La carga de la prueba a la luz de la imputación subjetiva atribuida.

La carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega (conf. art. 1734 del Cód. Civil). Recae entonces sobre el dañado acreditar el denunciante conocía de la falsedad de la imputación o, en su caso, la irrazonabilidad de la misma. Para que proceda la demanda por los daños y perjuicios derivados de una denuncia penal que resulte desestimada, es necesario probar el conocimiento de la falsedad de la acusación por parte del denunciante, o bien su negligencia. (30)

Este criterio es el seguido por la jurisprudencia en innumerables precedentes. Solo a guisa de ejemplo, recientemente la CN Civil, sala G rechazó la acción por denuncia calumniosa promovida por quien fue

denunciado por una presunta defraudación respecto de los bienes de la sucesión de su madre por entender que de las pruebas aportadas a la causa no surgía que la demandada hubiera actuado con conocimiento de su propia sinrazón, o con una total despreocupación por la verdad o falsedad de sus afirmaciones. (31) En tanto que la Sala H de la CNCiv. si consideró culposa la conducta de un proveedor de elementos coronarios que remitió una nota a una obra social acusando a un médico de solicitarle dinero a cambio de la aplicación de sus productos, motivando esto el inicio de una causa penal, para luego declarar que no recordaba el hecho. (32)

También deberá acreditar, en su caso, la configuración del daño moral, salvo que, —como veremos oportunamente—, se infiera a partir de la calidad objetiva de la ofensa en correlación con las circunstancias particulares de la víctima. (33)

IX. La prevención del daño a través de la función preventiva de la responsabilidad civil.

La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención del daño ante la justicia (Conf. art. 52 del Cód. Civil). Consideramos que la *acción preventiva,* en estos casos, representa una herramienta procesal idónea a tales efectos, de la cual puede muñirse quien prevea la posible falsa denuncia de un tercero en sede judicial o policial, evitando a través de ella un daño o en su defecto previniendo su agravamiento.

En este sentido, el art. 1710 del Cód. Civil expresamente dispone que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a. evitar causar un daño no justificado; b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c. no agravar el daño, si ya se produjo la acción preventiva asignada a tales efectos resulta procedente en la medida que la acción u omisión antijurídica hace previsible la producción del daño, su continuación o agravamiento. No siendo exigible a tales efectos la concurrencia de ningún factor de atribución, (Conf. art. 1712 del Cód. Civil) quedando legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño. (conf. art. 1712 del Cód. Civil), el que debe ser acreditado como recaudo de admisibilidad en sede jurisdiccional.

X. Supuestos de inaplicabilidad del derecho de daños antes casos de acusación calumniosa.

Entendemos, siguiendo pautas ya esgrimidas por la judicatura nacional, que no es de aplicación el art. 1770 del Cód. Civil:

1. Si no se aprecia en la denuncia formulada un obrar que evidencia *culpa grave,* que implique una imprudencia o ligereza inexcusable o de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (Conf. art. 1724 del Cód. Civil).
2. Cuando el denunciante no formuló *acusación* dirigida directamente en contra de quien se considera damnificado; (34)
3. Cuando el denunciante efectúa la acusación lo hizo en *ejercicio de los deberes y derechos* que emanan de su condición de padre o madre. (35)
4. Cuando no se configuró un *ilícito civil* por haberse formulado la denuncia con sustento en los elementos de prueba que fueron incorporados en la causa. (36)
5. Cuando el accionante omite el *ofrecimiento de la causa penal* a efectos de meritar la conducta atribuida al denunciante. (37)

XI. La extensión del resarcimiento.

La norma recoge los presupuestos jurisprudenciales de procedencia de resarcimiento del daño derivado de la acusación calumniosa a los que veníamos aludiendo en los párrafos precedentes. La extensión del daño y su reparación quedan incluidas en los principios generales contemplados en la sección 4° referente al daño resarcible, haciéndose especial referencia a la integralidad de la reparación.

En este sentido, el art. 1738 estipula que *"...la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida..."*.

Tanto el daño material como el lucro cesante debe ser acreditado, pero con relación al daño moral, creemos que en la mayoría de los casos, el resarcimiento del daño moral derivado de una denuncia calumniosa debe admitirse, pues resulta indudable el menoscabo que debieron provocar las actuaciones penales instruidas en contra de quien las padece, al haber visto afectado su honor, entendido como bien jurídico que compromete el sentimiento de la dignidad moral y la apreciación y estima que hacen los demás de nuestras cualidades y de nuestro valor social. (38)

A los fines de la cuantificación del mismo, los factores de ponderación que creemos propicios considerar son los siguientes:

a) El tiempo en el que se extendió el trámite de la querella
b) Si se citó o no al encartado
c) Si se efectuaron diligencias que le generaran situaciones de violencia moral,
d) La difusión periodística que tuviera la denuncia
e) Si el caso tomó un estado público que le pudiera generar una elevada exposición de negativas implicancias. (39)

XII. Las calumnias e injurias.

La acusación calumniosa al igual que la calumnia implica la falsa acusación de un delito, pero a diferencia de ésta última, la primera pone en marcha el aparato represivo. En definitiva el calumniado es dueño de seguir adelante con su vida e ignorar la difamación. El falsamente denunciado no tiene otra opción que comparecer a un tribunal a defenderse.

La calumnia y la injuria no exigen un factor agravado, porque se puede calumniar sin acusar ante la justicia. En estos casos si se trata de un asunto de interés público se aplicará la doctrina de la real malicia.

Sorprende que el Código no la haya incluido, pero como la CSJN ha dicho al ser una doctrina constitucional debe entenderse que sus reglas son de aplicación. (40)

La prueba de la verdad del hecho o la *exceptio veritatis* impide la reparación del daño cuando nos encontramos frente a una calumnia, más no cuando se trata de una injuria.

Bibliografía.

(1) La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la

extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático. CSJN en el caso "Kimel"; Sentencia del 2 de mayo de 2008; Serie C Nº 177; Párrafo 78.

(2) GASPAROTTI, Viviana, Daños por denuncia calumniosa, RCyS 2010-IV, 171.

(3) CNCiv., sala K, 27/11/2009, Pose Mato, Ana Gabriela c. Pérez de Mouro, Mercedes, La Ley Online, CNCiv., Sala F, 02/07/2009, Sánchez, Marcela Alejandra y otros c. Freindenberg, Laura Florencia, La Ley Online). De lo que se desprende que el factor de atribución puede ser el dolo o la culpa (CNCivil, Sala E, 27/07/2009, Zangararo, Matías Alejandro y otros c. González Fernández, María Teresa; CNCiv., Sala B, 12/03/2008, Pacileo, César Osvaldo c. Van Kerchhoven Feliz).

(4) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, 8va. ed. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993. Pág. 350.

(5) CS, 29/05/2007, Pistone, Ciro A. c. Estado Nacional, La Ley 2007-D, 272.

(6) ÁBALOS, Derecho Procesal Penal, T. 3 p. 203.

(7) CNCiv., sala H, 25/08/2006, Ayala, Francisco c. Clínica Bazterrica S.A. y otros, La Ley online.

(8) conf. CIDH, caso Fermín Ramírez c. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005.

(9) En este último caso la vigencia de la libertad de expresión resulta de esencial trascendencia para la sana vida en democracia. Orden sin el cual la vigencia de los derechos humanos sería una mera proclama.

(10) TOBÍAS, José W., Derechos personalísimos y libertad de expresión, La Ley, 2008 A, 620.

(11) ALFERILLO, Pascual Eduardo. El proceso de constitucionalización del derecho civil. Publicado en Revista virtual UCES. Asimismo ver: LORENZETTI, R. Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema. L.L. 1993-D-673-Derecho Constitucional- Doctrina Esenciales, Tomo II, p. 675.

(12) TALCIANI, Hernán Corral. "Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado". Publicado en Revista de Derecho Mayor (Universidad Mayor) Nº 3, Chile, octubre, 2004, Pág. 43 y sgtes. Explica el autor que el fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado debe ser observado en el contexto de una serie de tendencias que están imponiendo la necesidad de revisar y reformular los paradigmas del positivismo legalista heredado del siglo XIX. Dentro de las vías por las cuales opera la constitucionalización de las leyes civiles se examinan tres: la reforma legal, la interpretación conforme a la Constitución y la aplicación directa de la norma constitucional a un caso de conflicto entre particulares a falta de ley sobre la misma. El artículo se opone, sin embargo, a que se instaure una autarquía constitucional que prescinda de la función de derecho común que se ha reconocido al Derecho privado y, por sobre todo, al Código Civil, sin el cual la misma Constitución resulta difícilmente comprensible. Un entusiasmo desmedido por la operatividad directa de la Constitución en el Derecho privado puede generar más problemas que soluciones. Si se ignoran las potestades legislativas y las reglas democráticas que regulan su ejercicio, las supuestas lagunas que se obtienen por el descarte de las normas civiles supletorias son colmadas, no por los preceptos constitucionales, cuya finalidad no es la de dirimir conflictos entre particulares, sino por los criterios subjetivos, más o menos plausibles, de juzgadores o intérpretes, lo cual conspira contra la deseable unidad, coheherencia e intelegibilidad del ordenamiento jurídico.

(13) ALEGRE, Marcelo. A propósito de la reforma al código civil. Duguit y la constitucionalización del derecho privado. Versión de texto de la videoconferencia internacional en homenaje a los cien años de las conferencias de Léon Duguit, realizada en la Facultad de Derecho en noviembre de 2011. Expone el autor que la idea tradicional era que el derecho privado tiene su propia dinámica, y sus propios principios. Una consecuencia de esta postura es la doctrina de la eficacia vertical (opuesta a la eficacia "horizontal") de los derechos fundamentales. Según esta postura los derechos fundamentales (típicamente reconocidos en los textos constitucionales) obligan al Estado pero no a los particulares en las relaciones entre sí. Otra implicancia práctica de la perspectiva "constitucionalizadora" es el abandono de la idea de la familia como una institución puramente "privada" y por lo tanto al margen de la acción del Estado y de los principios de justicia. Lo cierto es que las normas que rigen la vida interna de las familias son un producto estatal, y la noción de la familia como propia del

ámbito privado, encubre y refuerza la desigualdad de género, desprotegiendo a las mujeres frente a la desigualdad material, la explotación y hasta la violencia. La constitucionalización del derecho privado también somete a un cuestionamiento radical a las normas sobre los contratos y los derechos reales, y en particular al derecho de propiedad. Una de las influencias principales es la incorporación de la desigualdad económica en el tratamiento de estas prácticas e instituciones.

(14) CNCiv., sala L, 12/10/2006, W., F. G. y otros c. D., M. A., LA LEY Online, AR/JUR/9044/2006.

(15) Del voto del Doctor Calatayud del 16/07/2014 en autos "P. D. M. c. Q. S. J. s/ daños y perjuicios", publicado en La Ley Online con cita de KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO, Cód. Civ. y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, T. 5 ps. 255 y ss., n° 6; LLAMBÍAS, Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, T. IV-A ps. 142 y ss., n° 2390; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños-Daños a las personas, T2c, ps. 384 y ss.; ídem Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 15/10/2008, Dorneles, Ramón Higinio c. Pompei, Enrique Alberto y otro s/ Daños y perjuicios.

(16) En este sentido, la Sala M de la CNCiv. sostuvo que la acción de daños incoada por quien dijo haber sido acusado de sustraer un par de anteojos de un comercio es improcedente, pues no surge de las constancias arrimadas al proceso la existencia de denuncia alguna efectuada en su contra, ni siquiera en una instancia administrativa, por lo que ninguna consideración cabe efectuar en relación al requisito subjetivo, vale decir, el dolo o la culpa en la acusación, ya que para que se configure ésta debe haber existido una clara conducta desplegada en tal sentido. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, Carro, Cristina Isabel c. Faggiano Rossoto, Karin Natalia s/ daños y perjuicios, 23/04/2013, RCyS 2013-IX, 96, AR/JUR/15417/2013. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, "R., M. F. c. C., D. y otro", 28/02/2011, La Ley Online, AR/JUR/4081/2011.

(17) Es decir, una denuncia policial o simplemente administrativa, pues lo que interesa es que el sumario pertinente pueda concluir con una derivación a la justicia penal. En este orden de ideas, valga mencionar el fallo por el que la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional sostuvo que "Las expresiones vertidas por la imputada contra su ex empleador en una carta, referidas a un eventual episodio de maltrato verbal a la que la habría sometido, no constituyen enunciados de connotación acusatoria concreta que configuren el delito de calumnias, pues no conforman una imputación concreta y circunstanciada sobre un hecho delictivo que pueda dar lugar a la acción pública. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV, 28/11/2013, G. R., A. s/ desestimación, LA LEY 06/03/2014, 7.

(18) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil" ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, T. IVA p. 132, n° 2390. Ver asimismo: Cámara 1a. de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, G., M. R. c. M. M., M. s/ d. y p., 11/03/2014, LLGran Cuyo 2014 (junio), 563, LLGran Cuyo 2014 (septiembre), 829 con nota de Ezequiel Sobrino Reig, AR/JUR/2109/2014.

(19) Del voto del Doctor Calatayud del 16/07/2014 en autos "P. D. M. c. Q. S. J. s/ daños y perjuicios", publicado en La Ley Online con cita de KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO, Cód. Civ. Y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, T. 5 ps. 255 y ss., n° 6; LLAMBÍAS, Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, T. IV-A ps. 142 y ss., n° 2390; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños-Daños a las personas, T2c, ps. 384 y ss.; Ídem Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 15/10/2008, Dorneles, Ramón Higinio v. Pompei, Enrique Alberto y otro s/ Daños y perjuicios.

(20) En este orden, procede la acción cuando el demandado hubiera actuado con conocimiento de su propia sinrazón, o con una total despreocupación por la verdad o falsedad de sus afirmaciones. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, L., A. P. c. L., P. A. s/ daños y perjuicios, 14/02/2014, RCyS 2014-IX, 109, AR/JUR/447/2014. Y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, "De Oromi Escalada, María Amalia c. Fernández de la Puente, María Celia s/daños y perjuicios", 30/06/2011, JA 30/11/2011, 63, AR/JUR/99555/2011. Asimismo: GASPAROTTI, Viviana I., "Daños por denuncia calumniosa", RCyS 2010-IV, 171.

(21) CNCiv., sala G, 25/08/2008, L., O. T. c. N. Hermanos S.A., LA LEY Online, AR/JUR/8722/2008.

(22) CNCiv., sala K, 27/11/2009, Pose Mato, Ana Gabriela c. Pérez de Mouro, Mercedes, LA LEY Online, AR/JUR/72757/2009.

(23) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, P. G., M. E. c. L., P. A. s/ daños y perjuicios, 14/02/2014, RCyS 2014-VIII, 141, AR/JUR/448/2014.

(24) CS, 29/05/2007, Pistone, Ciro A. c. Estado Nacional, LA LEY 28/06/2007, 28/06/2007, 7 - LA LEY 2007-D, 272 - LA LEY 11/07/2007, 11/07/2007, 11 - DJ 2007-II, 828 - RCyS 2007, 925, AR/JUR/1816/2007.

(25) CNCiv., sala G, 02/10/2009, L., C. B. y Otro c. R., M. C. y Otros, LA LEY Online, AR/JUR/45820/2009.

(26) CNCiv., sala G, 02/10/2007, Coniglio, Susana Inés c. Andrade, Augusto, LA LEY Online, AR/JUR/7347/2007.

(27) CNCiv., sala H, 25/08/2006, Ayala, Francisco c. Clínica Bazterrica S.A. y otros, LA LEY Online, AR/JUR/5726/2006.

(28) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contenciosoadministrativo de 1a Nominación de Río Cuarto, García, Juan Clemente c. Consorcio Edificio Cocheras Omega s/ ordinario - daños y perjuicios, 13/03/2013, LLC 2013 (julio), 684, AR/JUR/7347/2013.

(29) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, Gradín, Mario c. Herrendorf, Daniel Esteban s/daños y perjuicios, 08/05/2012, RCyS 2012-VIII, 195, DJ 21/11/2012, 69, AR/JUR/21983/2012. Si bien el Código en el art. 1778 estipula claramente que las excusas absolutorias penales no afectan la acción civil, excepto disposición legal expresa, ello se refiere a la prejudicialidad, no obstante en éstos la afectan de manera inversa, es decir, la excusa absolutoria implica aceptar la calumnia.

(30) CNCiv., sala F, 02/07/2009, Sánchez, Marcela Alejandra y otros c. Freindenberg, Laura Florencia, LA LEY Online, AR/JUR/25446/2009.

(31) CN Civil, sala G, 14/02/2014 ,L,. A. P. c. L,. P. A. s/ daños y perjuicios, RCyS 2014-IX.

(32) Fallo del 27/04/2012, en autos S., G. A. c. R., R. A. s/daños y perjuicios, publicado en RCyS 2012-VII, 159

(33) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, Q. R., S. D. c. C., M. E., 26/06/2012, RCyS 2012-X, 134, AR/JUR/32608/2012.

(34) Como por ejemplo cuando solo mencionó su identidad como uno de los empleados que se vinculaba con el circuito operativo del sector en el que se detectaron irregularidades. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de 2a. Nominación de Santiago del Estero, R. de A., A. A. c. Mc Center Tucumán S.R.L. y/u otros s/ daños y perjuicios, 07/05/2014, LLNOA 2014 (octubre), 1037, AR/JUR/24753/2014.

(35) Cámara 1a. de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, G., M. R. c. M. M., M. s/ d. y p., 11/03/2014, LLGran Cuyo 2014 (junio), 563, LLGran Cuyo 2014 (septiembre), 829 con nota de Ezequiel Sobrino Reig, AR/JUR/2109/2014. En ese casos e trató de una persona que demandó a otra persiguiendo el resarcimiento de los daños que dijo haber sufrido tras haber sido denunciada penalmente por el delito de abuso sexual cometido en perjuicio de su hijo, denuncia de la que fue finalmente fue sobreseído.

(36) Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, sala Civil y Comercial, E., O. O. y otra c. Club Ciclista Olímpico s/ daño moral - casación, 21/11/2013, RCyS 2014-VI, 111, AR/JUR/87966/2013.

(37) Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Formosa, Zaracho, Jorge Savino c. Dura Vda. de Mayor Adela s/ ordinario, 12/08/2013, LLLitoral 2013 (diciembre), 1257, AR/JUR/65118/2013.

(38) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, B., L. H. c. Bravo, Fabián Alejandro s/ daños y perjuicios, 05/07/2013, RCyS 2013-XII, 217, AR/JUR/41868/2013. Ver asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, "R., C. M. c. V., G. C.", 02/12/2008, La Ley Online, AR/JUR/22301/2008.

(39) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, C. L. M. c. Uno Multimedios S.A. y otros s/ daños y perjuicios, 08/10/2013, RCyS 2014-II, 175, AR/JUR/67267/2013.

(40) LÓPEZ HERRERA, Edgardo. En RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela. Código Civil Comentado. Ed. La Ley. Pág. 24. No obstante, al explicar el art. 1779 entiende el autor que con relación a los casos de calumnias la figura ha sido admitida por medio de la ley 16.551, que ha reformado el art. 113 del Cód. Penal.

El contrato y la tutela jurídica de los consumidores en el Código Civil y Comercial

Por Julian Emil Jalil

Disponible en: https://www.rubinzalonline.com.ar
Publicado en: Rubinzal Culzoni 2015
Cita Online: RC D 1308/2015
[Consultado el: 03/07/2020]

"... Los principios o axiomas normativos escriben el poema, la música la incorporan quienes se sirven de ellos..." (El autor)

Sumario.

1. La función de los Códigos Civiles y Comerciales en la actualidad - La función nuclear de la cual derivan los apotegmas del Derecho Civil y Comercial. 2. Los principios en general - Concepto y finalidades. 3. Los principios en especial que circunscriben al contrato de consumo - De los dogmas generales a los casos especiales previstos en la normativa específica. 4. A modo de conclusión.

El contrato y la tutela jurídica de los consumidores en el Código Civil y Comercial.

1. La función de los Códigos Civiles y Comerciales en la actualidad - La función nuclear de la cual derivan los apotegmas del Derecho Civil y Comercial.

Como era de suponer el nuevo Código, -a diferencia de lo que ocurría con el Código originario-, se inmiscuye en la legislación una regulación especial destinada a las relaciones de consumo. Es un reconocimiento a un derecho que relaciona a un subgrupo dentro del mercado, reconociendo su injerencia colectiva, que por un lado despersonaliza y por otro unifica, porque como decía San Agustín el nombre colectivo implica dos cosas: pluralidad de individuos y unidad, por lo menos la unidad que nace del orden[1].

Para entender esta normativización resulta menester apreciar la función de los Código Civiles y Comerciales en la actualidad. El periodo moderno de "pos-codificación" (así se refería a éste el Prof. español Mariano ALONSO en sus clases de la U. de Salamanca) implica que de los nuevos Códigos Civiles se derivan los dogmas, los apotegmas o axiomas de los cuales se nutren las normativas específicas particulares. Estos se comportan como núcleos epicéntricos derredor de los cuales orbitan los estatutos particulares, entre ellos el que regula las "relaciones de consumo" (Ley 24.240 y sus mod.).

En este sentido, expone PICASSO que es perceptible una tendencia a la creación de microsistemas, constituidos por estatutos particulares que regulan sectores puntuales de las relaciones humanas, el trabajador, el consumidor, el titular de datos personales, etc., de manera completa y sistemática [2]. Al respecto adunan MOSSET ITURRASPE y PIEDECASAS que es tanta la jerarquía del contrato de consumo que ha merecido un tratamiento dentro de un microsistema fuera del Código Civil regulado por la Ley 24240[3].

2. Los principios en general. Concepto y finalidades

El principio representa un axioma que plasma una determinada valoración de justicia sobre una institución jurídica. En razón de ella se construye las instituciones del derecho que en un momento histórico determinado sea necesaria crear en normas jurídicas especiales a los fines de mantener la vigencia de ese dogma normativo.

En este sentido el principio representa una aspiración, una guía, un indicador, es la orientación central de un sistema nuclear Código Civil y Comercial sobre el cual orbitan leyes especiales que deben encontrarse en concordancia con esas prerrogativas. El principio tiene su origen en el sistema de valores vigente en una comunidad política que se plasman por el legislador o se descubren por la jurisprudencia o la doctrina científica.

No son verdades axiomáticas derivadas del derecho natural; porque no expresan la verdad sobre la justicia, sino razones verosímiles sobre lo que una determinada sociedad o administrados valoran como justo.

Los principios tienen las siguientes finalidades:

- Representan ideas directrices aplicables a normas especiales porque guían a las normas que se creen en su consecuencia.
- Sirven como pautas de interpretación de esas normas especiales porque contribuyen a desentrañar el significado teleológico de esas normas.
- Sirven como pautas de integración de esas normas especiales porque permite suplir las insuficiencias de las mismas.

3. Los principios en especial que circunscriben al contrato de consumo - De los dogmas generales a los casos especiales previstos en la normativa específica.

3.1. El principio de equiparación en la relación de consumo. La relación de consumo debe entenderse como el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. (conf. art. 1092 del CCyC).

3.2. Principio de amplitud del contrato de consumo. El contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social. (art. 1093 del CCyC).

3.3. Principio de protección del consumidor. La consagración legislativa civil y comercial del principio de protección al consumidor no tiene un carácter programático, es un principio informador del ordenamiento jurídico, el cual implica la consideración de la protección al consumidor como principio rector de la política social y económica y jurisdiccional.

3.4. Principio de acceso al consumo sustentable. En la nueva agenda del derecho ambiental y del consumidor se incorpora el concepto de consumo sustentable, bajo la perspectiva de que existe una interdependencia entre el comportamiento del consumidor, las políticas de consumo y la protección del medio ambiente. La contaminación y degradación ambiental, el deterioro del equilibrio ecológico y de los recursos naturales no es una directiva atribuible al desarrollo económico de las empresas, también lo es a los consumidores.

3.5. Principio de in dubio pro consumidor. En caso de duda sobre la interpretación del Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor. Lo mismo ocurre con la interpretación del contrato de consumo. (conf. art. 1094 del CCyC). También el contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor, pues cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa. (conf. art. 1094 del CCyC). Por su parte, las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente (art. 997 del CCyC), y las clausulas abusivas se deben tener por no escritas (art. 997 del CCyC)[4].

3.6. Principio de trato digno. Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

3.7. El principio de trato equitativo e igualitario. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores. (conf. art. 1098 del CCyC).

3.8. Principio de información veraz y precisa. El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión. (Conf. Art. 1100 del CCyC).

3.9. Principio de prohibición de la publicidad engañosa. Está prohibida toda publicidad que contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error, efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. (conf. art. 1101 del CCyC). En este marco, los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia. (Conf. Art. 1102 del CCyC).

3.10. Principio de la oferta vinculante. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente. (Conf. Art. 1103 del CCyC).

4. A modo de conclusión.

Nuestro aporte se circunscribe a precisar la función dogmática del nuevo Código Civil y Comercial en materia de consumo. Su perspectiva teleológica descansa en contribuirse como elemento normativo deontológico que sirve de pauta directriz en tanto para las normas vigentes en la materia (en virtud del principio de lógica jurídica la norma posterior prevalece sobre la anterior), como asimismo para las normas que con posterioridad se legislen. Además posee una función de de interpretación, e integración tanto para normas actuales como futuras, ante casos de discordancias en el contenido de las mismas o laguna normativa.

Podemos concluir entonces que:

- El Código Civil y Comercial se comporta como núcleo epicéntrico derredor de los cual orbitan los estatutos particulares, entre ellos el que regula las "relaciones de consumo" (Ley 24240 y sus mod.).
- Del nuevo Código Civil y Comercial se derivan los dogmas, los apotegmas o axiomas de los cuales se nutren las normativas específicas particulares.

- La función dogmática del nuevo Código Civil y Comercial en materia de consumo descansa en constituirse como elemento normativo deontológico que sirve de pauta directriz en tanto para las normas vigentes en la materia (en virtud del principio de lógica jurídica la norma posterior prevalece sobre la anterior), como asimismo para las normas que con posterioridad se legislen. Además posee una función de interpretación e integración tanto para normas actuales como futuras, ante casos de discordancias en el contenido de las mismas o laguna normativa.

Bibliografía.

[1] Ross Bravo, Jaime, Bases para una filosofía de la ley, Ed. Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile. 1945. Pág. 110.

[2] Picasso, Sebastián, "Perfiles actuales de la responsabilidad contractual", en Revista Foro de Derecho Mercantil, Ed. Legis, 2007. Pág. 47. En igual sentido véase de nuestra autoría la ponencia titulada "La integración contractual frente a la desintegración sistemática de la codificación civil. Paradigma de una contradicción semántica" (publicada en el libro de ponencias de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Córdoba en el año 2010, Comisión III, Contratos). Es un reconocimiento a un derecho que relaciona a un subgrupo dentro del mercado, reconociendo su injerencia colectiva, que por un lado despersonaliza y por otro unifica, porque como decía San Agustín el nombre colectivo implica dos cosas: pluralidad de individuos y unidad, por lo menos la unidad que nace del orden. Ross Bravo, Jaime, Bases para una filosofía de la ley. Ed. Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, 1945. Pág. 110.

[3] Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas, Miguel, Código Civil Comentado. Ed. Rubinzal Culzoni. Bs. As. 2005. Pág. 17.

[4] Se consideran abusivas, las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

El robo dentro de un transporte público como hecho de un tercero. Fractura de la relación casual

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LA LEY 19/03/2015, 3 • LA LEY 2015-B, 165
Cita Online: AR/DOC/719/2015
[Consultado el: 04/07/2020]

Sumario.

I. Los hechos que motivan el fallo comentado. — II. Análisis de las cuestiones jurídicas trascendentales del fallo. — III. Colofón.

"...El contrato importa no solo el contenido convenido por las partes, sino su integración deontológica-normativa derivada del apotegma de la buena fe, del cual deriva la obligación de seguridad cuyo factor de atribución objetivo de la responsabilidad admite la eximición de la misma ante la fractura del nexo causal..."

I. Los hechos que motivan el fallo comentado.

Una joven viajaba en compañía de su madre en un transporte público en los asientos dobles de la mitad del vehículo. En un determinado momento ascendieron al mismo un individuo y una mujer que se sentaron en el cuarto y quinto asiento individual, dejando el conductor la puerta abierta. Imprevistamente el hombre le intentó arrebatar el celular a la niña, torciéndole el brazo con tanta fuerza que le fracturó la muñeca y esguinzó el hombro izquierdo para luego huir gracias a la apertura de la puerta. El Juzgado de 1ra. Instancia rechaza la acción por configurarse un supuesto de eximición de la responsabilidad. La Sala G de la CNCiv. confirma dicho decisorio.

II. Análisis de las cuestiones jurídicas trascendentales del fallo.

Los aspectos relevantes del fallo nos llevan a inmiscuirnos en el concepto de la *obligación de seguridad* a los fines de estudiar sus ámbitos de aplicabilidad, sus caracteres, alcances y las causales de eximición que ésta admite.

A tales efectos corresponde hacer un primigenio análisis histórico de ella.

Si bien el origen de las obligaciones de seguridad se puede rastrear en la legislación francesa sobre accidentes del trabajo de fines del siglo pasado, su certificado de nacimiento en realidad lo podemos encontrar en un fallo de la Corte de Casación Francesa del 21 de noviembre de 1911 dictado en la causa "Zbidi Hamida c. Compañía General Transatlántica" (1).

En dicho pronunciamiento la Corte Francesa descubrió en el contrato de transporte, junto a las obligaciones principales que asumen las partes, una obligación determinada y accesoria de conducir al pasajero sano y salvo a destino. Fue a partir de ese fallo que la doctrina francesa fue ampliando el campo de aplicación de la teoría para aplicarla en gran número de contratos (espectáculos públicos, juegos de feria, productos elaborados, etc.) (2). Han sido los juristas franceses del siglo pasado, principalmente Mazeaud y Tunc y más recientemente Le Tourneau quienes han prestado mayor atención a esta figura (3).

La obligación de seguridad tuvo un extraordinario desarrollo doctrinal y jurisprudencial en las últimas décadas, tanto en nuestro país como en el derecho comparado y se proyecta hacia el crecimiento de su función tutelar. En virtud de la directiva de buena fe, la obligación ha quedado incorporada "tácitamente con carácter general y accesoria en ciertos contratos", para preservar a los contratantes de daños que puedan generarse en su detrimento con motivo de la ejecución contractual (4).

Esta obligación, que ha sido conocida por la doctrina como aquella *en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato, a través de su interpretación con base en el principio de buena fe* (5) detenta su fuente genética de origen normativo en la Constitución Nacional, el Código Civil, el Código de Comercio, o en leyes especiales y ha sido expresamente receptada por el Código Civil.

Corresponde realizar un análisis por separado de cada uno de estos supuestos:

* Con relación al *plexo constitucional,* con claridad meridiana ha señalado la CSJN, que no cabe interpretar que la protección de la seguridad —prevista en el art. 42, Constitución Nacional— tenga un propósito meramente declarativo, sino que, por el contrario, es correcta la hermenéutica orientada hacia el goce directo y efectivo por parte de sus titulares. La seguridad es un propósito (6) que debe constituir la máxima preocupación por evitar la causación de daños durante la vigencia del contrato.

* Con relación al *principio de buena fe* consagrado expresamente por el art. 1198 del Código Civil, debemos señalar siguiendo a Diez Picazo que la buena fe aparece como causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso (7) pues como enseña Albadalejo sobre el deudor pesa, además del deber de ejecutar la prestación (que él llama prestación básica), todo el conjunto de los que podrían llamarse deberes secundarios (a los que identifica como cortejo de la prestación básica) encaminados a, cabría decir, proporcionar una prestación no únicamente completa 'ella misma', sino con su 'entorno' completo (8). Si bien la cuestión será desarrollada en extenso en el siguiente título, debemos precisar que la derivación lógica de la obligación de seguridad emana de la buena fe como principio.

* Con relación al origen en *la autonomía de la voluntad,* y tal como expone, ella indica la existencia de una esfera de libertad de los sujetos ante el poder público y la ley, significa que existe un ámbito dentro del cual, la suerte de las proposiciones jurídicas patrimoniales de los sujetos depende de las elecciones voluntarias y libres de los mismos interesados (9). En este sentido, las partes pueden valerse de la fórmula del art. 1197 para compelerse expresamente sobre alguna seguridad especial que surja de las características y perspectivas propias del negocio jurídico.

* Por su parte, los arts. 5 y 6 de la *Ley de Defensa del Consumidor* (Ley 24.240 y mod.) consagran la obligación de seguridad objetiva del proveedor de cosas o servicios riesgosos para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios (10). Comenta Pirota siguiendo al prof. Farina que el art. 5° no trae ninguna novedad, ya que es una regla de derecho común lo que en él se establece. Pero no podemos decir que esta norma está de más, pues destaca la obligación de todo proveedor de resguardar la salud y la integridad física del consumidor o usuario. Lo que se señala es que, por aplicación de las normas sobre responsabilidad objetiva, la tutela existe (claro que frente al daño ya sufrido) para todo adquirente, sea o no consumidor o usuario, amparado por la ley 24.240 (11). Nuestro máximo Tribunal Federal ha señalado al respecto que la interpretación de extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en el contrato de transporte de pasajeros integrada con lo dispuesto por el art. 184 del Cód. de Com., debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios. Ha existido una decisión valorativa que impone interpretar estos casos a la luz del concepto de usuario incorporado en el art. 42 de la Constitución Nacional como así también los criterios establecidos por la Ley 24.240 y por la Ley 24.999 que extendió aquel principio protector a las relaciones contractuales en cuanto a la responsabilidad que cabe a los prestadores de servicios por

los daños y perjuicios producidos a los usuarios y consumidores contemplándose que dicha norma constitucional establece un sistema más amplio respecto del deber de seguridad que tiene en cuenta situaciones no previstas explícitamente por la ley mercantil referentes a la salud y la seguridad del consumidor (12).

* El *art. 184 del Código de Comercio* consagraba expresamente la obligación de seguridad en el transporte ferroviario la cual ha sido extendida por la jurisprudencia a los demás medios de conducción, cualesquiera sean los vehículos empleados, es decir, subterráneos, aeronaves, buques, automóviles de alquiler y todo transporte en automóvil con o sin taxímetro, remises, siempre que exista un contrato de transporte, aunque quien lo realice no lo haga habitualmente y no tenga, por ello, la calidad de empresario comercial (13).

* El *Código Civil* estipula en el art. 1286 que la responsabilidad del transportista por daños a las personas transportadas está sujeta a lo dispuesto en los arts. 1757 y siguientes. Dichos preceptos instruyen el marco de responsabilidad objetiva por actividades riesgosas. En este orden reza el artículo que toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva.

No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención. Por su parte, el art. 1758 establece quienes son los sujetos responsables, estipulando que en caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

Hechas estas precisiones, debemos afrontar un concepto fundamental para entender el *alcance y fundamento de la obligación de seguridad,* cual es el de la *buena fe.* Siguiendo las expresiones de Betti la actitud del que confiere una garantía, una seguridad, no supone una conducta controlable con la medida de diligencia, sino una actitud valorable con una medida de buena fe. Y es, en efecto la buena fe a la que hace referencia el Código, cuando regula el tratamiento, tanto de la interpretación del contrato concluido, como de su ejecución y del comportamiento que debe tener el deudor para cumplir la obligación (14).

Es preciso comprender, tal como explicaba el distinguido maestro español Puig Peña que la sociedad no es un mero agregado de individuos yuxtapuestos unos a otros sin un mirar y necesitarse entre sí. Sería imposible la vida con solo las fuerzas de que el hombre aislado dispone, necesita de los demás en un engranaje creciente de exigencias y satisfacción de necesidades que unos con otros en concordia mutua, acaban por realizar (15).

En ese marco, el principio de la autonomía de la voluntad se constituye como un elemento indispensable para afianzar los vínculos jurídicos en materia negocial. El esplendor de esta expresión lo hallamos cabalmente en la normativa de los códigos decimonónicos. Bien señalan Diez Picazo y Guillón, que la exaltación de la autonomía de la voluntad lleva como consecuencia ineludible la exaltación de la idea de contrato, y tiene lugar en una época caracterizada por el desenvolvimiento del comercio y la industria y la multiplicación de los intercambios en la que florece la economía liberal del laissez faire, laissez passer (16).

Pero hoy en día lejos han quedado aquellas épocas de la historia jurídica donde la autonomía de la voluntad, —y su correlato la fuerza vinculante del contrato—, se configuraba como un apotegma insoslayable.

Los tiempos presentes nos muestran una percepción divergente de dicho principio, el cual se ha visto atemperado por normas imperativas cuya finalidad ha sido robustecer la moralidad de las relaciones jurídicas que en detrimento del más débil, inocente, ligero etc. lesionan la justicia conmutativa contractual. En un viejo precedente el Tribunal Supremo de España ha dicho que el principio de la autonomía de la voluntad dominante, aunque no de un modo exclusivo, en materia de obligaciones, no puede menos que estar limitado por adecuadas normas de matiz imperativo, encargadas de evitar que el derecho contractual sea puesto al servicio de fines inmorales o antisociales (17). Una de esas normas de limitación emana precisamente del principio de la buena fe receptado en nuestra normativa actual en el art. 1198 del Código Civil.

La buena fe preside la vida misma del contrato, desde su inicio (18) durante su transcurso (19) y hasta su finalización (20). Como explica Josserand los actos jurídicos provistos de todos sus elementos constitutivos pueden sin embargo, encontrarse contaminados y viciados por los móviles extrínsecos de que proceden, por el fin al que tienden en el pensamiento del autor (21). Dicho fin, que reposa en una idea de moralidad, incide cabalmente en el sostenimiento del acto jurídico, de tal manera que probado que éste sea contrario con el standard de moralidad al que hacíamos referencia precedentemente, perderá sustento deontológico y consecuentemente jurídico, con las consecuencias normativas que surgen del sistema.

Hemos dicho en otros trabajos al analizar la morfología y la lingüística de las expresiones "contrato" y "buena fe" (22) que parecería redundante sostener que el primero debe gestarse teniendo en miras la segunda, porque el análisis de la estructura misma de un acuerdo contractual nos hace concluir que este debe celebrase en miras de la buena fe entre sus interlocutores.

Entonces: *¿cuál es el valor axiológico de contar en nuestra legislación de un precepto como el art. 1198 que dice que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe?,* Pues bien, la respuesta es clara, ese dogma jurídico importa la existencia de *deberes virtuales implícitos* que penetran el plano contractual, independientemente de la materia en la cual este se encuentre inserta.

Desde esta perspectiva, la buena fe contractual no se configura como un elemento estanco, sino que se aprecia en relación con el dinamismo propio de los fenómenos económicos que se trasladan al ámbito jurídico, esta constituye su mayor ventaja, al configurarse como dogma del cuál emanan deberes de conducta implícitos (23). La civilística alemana, encauzada por las ideas de Ennecerus y Lehmann considera que la buena fe lleva a ampliar las obligaciones contractuales ya existentes y tiende a integrarlas con obligaciones primarias y secundarias, o mejor dicho instrumentales, con existencia propia o accesoria, obligaciones que en cuanto a su contenido son predominantemente de conservación y de respeto al derecho ajeno (24).

Al devenir como *principio jurídico,* su campo de acción es hacendoso constituyendo *un umbral insoslayable para todo tipo de acuerdos contractuales.* Así, *saltea sigilosamente las vallas de las materias en las que se divide el derecho para penetrar en cada una de ellas con importante injerencia por sobre lo previsto expresamente por las partes contratantes.*

Explicaba el maestro Puig Peña que el derecho patrimonial no es un conjunto de preceptos fríos estereotipados por el legislador para disciplinar las transacciones nacidas del más tosco materialismo. No hay en él, si cabe, más que en otra rama jurídica, un inestimable fondo de moral. Cierto es que en los albores de la humanidad podrían existir múltiples casos de desconexión con los principios de la ética, pero también lo es que, a partir de la enorme influencia de la moral cristiana, aquella savia se infiltra en todos sus preceptos, hasta el extremo de que hoy en día se puede decir que el derecho de las obligaciones no es sólo una rama jurídica asentada firmemente en la moral, sino (esto es lo más importante) afirmación de la moral misma (25). En este sentido ha señalado la jurisprudencia que la regla moral que impone la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (art. 1198, Cód. Civil), es un principio que integra el orden público porque tiende a obtener o a mantener las condiciones de sustentación que se reputan indispensables para que el contrato funcione ordenadamente como instrumento de justicia (26).

Desde esta dimensión normativa, la buena fe representa un elemento moral aglutinante que debilita la fuerza obligatoria del contrato cuando el acuerdo ha sido realizado a contrario de los fundamentos en los que reposa dicho apotegma. Como aduna Josserand el juez no ve en la fórmula contractual más que una base, un punto de referencia que le permite descubrir el verdadero pensamiento de las partes, un medio de revelación de su idea, pero no ignora que esta idea es traicionada a veces por la forma que reviste, tratará de llegar a ella por todos los medios posibles, por todos los procedimientos de investigación, y nada se omitirá a esos fines (27).

La buena fe tiene tanta *potencia expansiva que se infiltra por todas las ramas del derecho adhiriéndose a situaciones particulares* como es el caso del contrato de transporte, operando como elemento determinante para evitar el *injusto jurídico* que se presenta ante situaciones que quedarían fuera del ámbito resarcitorio por no haber sido contempladas convencionalmente por las partes. En este orden, explica Hegel que el derecho en sí es como algo preexistente a las relaciones jurídicas y su universalidad interna es común al capricho y a la voluntad individual.

Esta apariencia de derecho en la que él mismo y la voluntad individual coinciden inmediatamente, es decir accidentalmente, continúan apareciendo en lo injusto, en la antítesis entre el derecho en sí y la voluntad individual que intenta ser derecho particular (28).

Hemos delimitado el campo de aplicación fáctica de la buena fe como elemento deontológico del sistema normativo. Desde esta perspectiva se entiende que *la obligación de seguridad se desprende del principio de la buena fe, del cual derivan deberes implícitos, entre los que se encuentra la obligación de seguridad,* que no es ni más ni menos que un deber de cooperación o de interés en la otra parte contratante. Pues, tal como enseña Betti en las relaciones obligacionales lo que se exige es una actitud positiva de cooperación, una actitud a favor del interés ajeno, y la bona fides consiste en un criterio de conducta inspirado e informado por el interés de la otra parte, conducta dirigida al cumplimiento positivo de la expectativa de cooperación de la contraparte (29).

Con relación a las características esenciales que recubren la obligación de seguridad, podemos señalar que ella:

Es comprensiva de la persona y de los intereses económicos. El contenido de la obligación de seguridad, si bien pudo originariamente dudarse si se circunscribía a la indemnidad personal o tenía una amplitud mayor, el art. 42 de la CN alude al derecho "a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos", haciendo referencia al "consumidor o usuario de bienes y servicios". Esta norma sin duda comprende como objeto de la obligación de seguridad, la persona y también los "intereses económicos", que incluyen toda clase de bienes (30).

Tiene fuente contractual. No caben dudas de que la relación que enlaza al empresario y a la víctima tiene un gen contractual pues surge de un evidente acuerdo de voluntades, por lo que únicamente se advierte la presencia de la obligación de seguridad en el ámbito negocial y la consiguiente órbita de la responsabilidad contractual (31). Al respecto, ilustra Jordano Fraga, que en materia contractual, por un lado existen los llamados "deberes de prestación", que constituyen inequívocamente el contenido de la obligación asumida por las partes, y por el otro los denominados "deberes de protección", ajenos a la prestación en un sentido más o menos estricto, pero que actúan en salvaguarda de un interés primario del acreedor, que consiste en ser preservado frente al daño que eventualmente pudiera sufrir algún otro interés diverso del de la prestación principal (32). Aunque vale señalar, que existe la posibilidad de que el incumplimiento de esta obligación pueda dar lugar a un supuesto de responsabilidad extracontractual.

Por ejemplo, cuando el contratante favorecido por la obligación de seguridad fallece como consecuencia del incumplimiento de ella. En tal caso cuando reclaman la indemnización sus familiares (damnificados indirectos) iure propio, se está frente a un supuesto de responsabilidad aquiliana por cuanto éstos no pueden alegar el incumplimiento de dicha obligación como fuente de su derecho pues no eran sujetos del negocio que le dio cabida a la obligación de seguridad. Estos damnificados indirectos tienen como fuente de su derecho la violación del principio general de no dañar a los demás, más conocido como neminem laedere (33).

Se fundamenta en el principio de la buena fe. Tal como lo hemos expuesto oportunamente, la obligación de seguridad halla su fundamento en el principio de buena fe objetiva consagrado en el art. 1198 párrafo primero del Cód. Civil (34). Al respecto aduna De Cupis que una consideración adecuada de la buena fe puede ser luminosa para determinar el contenido de la obligación contractual por cuanto la buena fe puede integrar tal contenido ligando al contrato una obligación complementaria (35). De esta manera, tal como apunta Diez Picazo la buena fe aparece como causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso (36). Con

base en este principio, aunque las partes no lo hayan convenido expresamente, surge a cargo de una de ellas la obligación de velar por la integridad de la persona y de los bienes del otro contratante.

Constituye una obligación de resultado. La obligación de seguridad de fuente contractual tiene como finalidad proteger la seguridad personal y física de las partes intervinientes (37). La cuestión surge en determinar que carácter tiene esa obligación, es decir, si se trata de una obligación de diligencia de prudencia o de medios; o si se trata de una obligación determinada o de resultado (38). Siguiendo a los Mazeaud y Chabas, se puede decir que, si la obligación es determinada, y el resultado no ha sido obtenido se debe probar que la inejecución proviene de una causa que le es extraña (39).

En estas obligaciones, con prescindencia de la fuente que la origine, al acreedor le basta con demostrar la existencia de la obligación o el acontecimiento dañoso, para que se presuma la culpa del deudor (40). Si la obligación que pesa sobre el deudor es la de conducirse con prudencia o diligencia, hay que demostrar que el deudor no se ha comportado con la diligencia y la prudencia a las cuales está obligado.

La prueba de una imprudencia o negligencia del deudor está a cargo del acreedor (41) es decir, en las obligaciones de medio se compromete la diligencia y la aptitud para cumplir aquellas medidas que son necesarias para lograr un determinado resultado, pero sin asegurarlo, pues no existe posibilidad de hacerlo. Como dicen los maestros franceses Mazeaud y Chabas, el interés práctico de la distinción es capital en el campo de la prueba (42). Es evidente que pesa sobre el empresario que asume la obligación contractual de seguridad desvirtuar el incumplimiento del deber de indemnidad cuando el daño se ha producido durante el transcurso de un hecho, es decir, en los términos de Trigo Represas y López Mesa no existe aleatoriedad alguna (43) en torno al cumplimiento de dicho deber, por lo cual es evidente que estamos frente a una obligación de resultado.

Es accesoria. Esta es la posición mayoritaria en doctrina (44) con respecto a ella es preciso señalar que la expresión accesoria debe interpretarse con relación a la subordinación de esta obligación respecto a la obligación central del contrato, pero no indica en modo alguno, menor importancia o menor trascendencia relativa (45) pues en ese caso deberíamos hablar de obligación subsidiaria o subordinada.

Se funda en un factor de atribución objetivo que admite la eximición de responsabilidad demostrando el hecho de la víctima, el hecho del tercero o el caso fortuito o fuerza mayor.

III. Colofón.

En virtud de lo expuesto, considero que resulta correcta la interpretación y la aplicación de la obligación de seguridad efectuada por la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones. Dicho Órgano Jurisdiccional ha considerado que la empresa demandada no debe responder, por haber quedado perfectamente configurada la eximente de *culpa de un tercero.*

Entendemos que el contrato importa no sólo el contenido convenido por las partes, sino su integración deontológico-normativa derivada del apotegma de la buena fe, del cual deriva la obligación de seguridad cuyo factor de atribución objetivo de la responsabilidad admite la eximición de ella ante la fractura del nexo causal

Tal como señalamos oportunamente, dicha obligación es de *resultado*, lo que incide directamente en la carga de la prueba, pues, corresponde al presunto dañador acreditar que el suceso se subsume en alguna de las causales de eximición de la responsabilidad, en este caso: la culpa de un tercero. Es decir, una vez probada la relación causal y el daño por parte de la víctima, el hecho del tercero que se le pretende imputar debe ser acreditado por el empresario como excusa absolutoria.

No obstante lo expuesto, en este caso del propio relato de la víctima surge que *ha sido un tercero quien ingresó al transporte con fines de robo,* no es menester realizar entonces un análisis mas profundo de la prueba, pues en virtud del principio de adquisición procesal y en aras de circunscribirnos dentro del ámbito de la verdad objetiva, resulta diáfano admitir que el incumpliendo de la obligación de seguridad que se le imputa al transportista ha perdido virtualidad en razón de la existencia de una *causa extraña* (hecho de un tercero) que la priva de aplicabilidad al caso.

Bibliografía.

(1) La doctrina prevaleciente identifica el antecedente de la obligación de seguridad con el ese difundido fallo de la Corte de Casación Francesa en el cual un pasajero lesionado en un viaje por barco de Túnez a Bona demandó por responsabilidad extracontractual a la transportista, pero el Tribunal de Casación Francés al que la causa llegó en última instancia, resolvió que había responsabilidad contractual derivada del contrato de transporte, del cual resultaba la competencia. El Tribunal decidió que si bien nada se estipuló sobre el daño, la responsabilidad derivaba de la obligación tácita e implícita de conducir al pasajero sano y salvo a destino, pues resultaba de una interpretación de buena fe, que la obligación contractual no se agotaba con llevarlo a destino, sino hacerlo preservando su indemnidad.

(2) Lo extraño es que en el precedente citado la cuestión a resolver recaía en tema de competencia de los Tribunales, pues ésta variaba según se tratara de responsabilidad contractual o extracontractual.

(3) Ver las obras: MAZEAUD y TUNC. Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Le Tourneau, Philippe, La Responsabilidad civil. Entre otras. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La obligación de seguridad" En Sup. Esp. Obligación de Seg. 12/09/200, en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales. 01/01/2005.

(4) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "El daño resarcible del consumidor accidentado en un supermercado". RCyS 04/07/2011. Pág. 15.

(5) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., La Obligación de Seguridad en la Responsabilidad Civil y Ley de Contrato de Trabajo. Ed. Vélez Sarsfield. Rosario. 1988 pág. 105.

(6) Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos: Mosca, Hugo vs. Provincia de Buenos Aires y otros s. Daños y perjuicios; 06-03-2007; Rubinzal on line; RC J 1229/07. Se ha dicho al respecto que todos los intervinientes en la organización del espectáculo, en la medida del provecho obtenido o de su poder de contralor de la actividad, son responsables de la seguridad del mismo, lo que refleja la evolución del derecho del daño que ha llevado a que la responsabilidad, de ser tratada como deuda de autor, haya evolucionado hasta adquirir la virtualidad de crédito de la víctima; concepción que encuentra marco normativo en el art. 42 de la Constitución Nacional y en una interpretación extensiva del art. 1113 citado. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala M Narváez, María Nélida vs. Club Atlético Boca Juniors s. Daños y perjuicios; 17-10-2008; Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la CNCiv.; RC J 865/09. Asimismo, la CSJN sostuvo que la idea de que los organizadores de eventos deportivos se ocupan sólo del deporte y sus ganancias mientras que la seguridad es un asunto del Estado es insostenible en términos constitucionales. La seguridad es un derecho que tienen los consumidores y usuarios (art. 42, Constitución Nacional) y que está a cargo de quienes desarrollan la prestación o la organizan bajo su control, porque no es razonable participar en los beneficios trasladando las pérdidas. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos: Mosca, Hugo vs. Provincia de Buenos Aires y otros s. Daños y perjuicios; 06-03-2007; Rubinzal on line; RC J 1229/07.

(7) DIEZ PICAZO, Luis, en el prólogo del libro de WIECKER, Franz. El principio de la buena fe. Ed. Civitas, Madrid, 1986. Pág. 19.

(8) ALBADALEJO, M. Derecho Civil II. Derecho de las obligaciones. Vol. 1. Ed. Bosch Barcelona, 1997. Pág. 32. Ver similares argumentos en el voto del Sr. Juez Francisco H. RONCORONI, emitido en el fallo de la SCJBA, del 14-04-04, en los autos "Fernández, Fernando c. Roll S.R.L. y/o Soul Train", publicado en RCyS, 2004-952.

(9) ROPPO, Vincenzo. "El Contrato". Ed. Gaceta Jurídica. Lima. 2009. Pág. 47/48.

(10) El art. 5 prescribe que las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. El art. 6, establece que las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción

(11) PIROTA, Diego Martín, "La obligación de seguridad en el contrato de espectáculo público: Una garantía a favor del espectador (A propósito de un fallo que reconduce la cuestión hacia el escenario de la responsabilidad contractual)" Publicado en elDial.com - DC92B, el 07/07/2006. Ver el mismo Trabajo del autor publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, LL sección Derecho Práctico (Comentarios jurisprudenciales), Año VII, N° 9, Setiembre de 2005. FARINA, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, págs. 114/115). De lo que se deduce que la comentada obligación surge primariamente de las normas del derecho común, específicamente del art. 1198 del Código Civil. Con similar tesitura ver STIGLITZ, Gabriel, "El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados", LL, 1985-D-18. También ver fallos de responsabilidad del propietario de un restaurante por intoxicación sufrida por un cliente en virtud de comida en mal estado: CªCC La Plata-Buenos Aires, Sala III, 27-10-83, "Caprarella de Hernández Bardi, Beatriz c. Boccabella, José y otro", LL 1985-D-28/51; y de responsabilidad del organizador de turismo de aventura o expedición de cacería por los daños sufridos por los participantes de la expedición: CNCiv., Sala C, 16-04-04, "Hanlin, David Joseph c. Sodiro, José María". Para referencia de abundantes antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales ver: ALTERINI, Atilio Aníbal, LÓPEZ CABANA, Roberto M., Temas de responsabilidad civil, Co-ed. Ciudad Argentina y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1995. Pág. 229, notas 3 y 4.

(12) Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dispuesto en la causa L. 170 XLII "Ledesma, María L. c. Metrovías S.A." del 22/04/2008 (Fallos: 331:819). Ver asimismo: DE LORENZO Miguel Federico, "La protección extracontractual del contrato", LA LEY, 1993-F, 927; RINESSI Antonio J., "Relación de consumo y derechos del consumidor" Buenos Aires, 2006. Pág. 14. FARINA, Juan M, "Defensa del consumidor y del usuario", 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 24 y 181 y CONTE GRAND, Julio, "Perspectiva económica y jurídica", en LORENZETTI, Ricardo. Defensa del Consumidor. Ed. Ábaco. Buenos Aires. 2003, Pág. 4.

(13) Para avizorar las aplicaciones que ha hecho la judicatura nacional de la obligación de seguridad en el marco de los diferentes medios de transporte, se recomienda la lectura de los fallos: CNFed., sala Civ. y Com., 11-06-68, La Ley, 134-11; conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad civil", 8ª ed., ampliada y actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 444). Idem CNCiv., sala C, 19-03-68, La Ley, 133-850; CNCiv., sala F, 27-11-69, La Ley, 139-324. Ver además BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La obligación de seguridad en el transporte ferroviario", La Ley, 1990-D, 96/99. Con respecto a la obligación de seguridad en el contrato de transporte ver fallos de la CNCiv. y Com. Fed., 29-02-68, ED, 25-237; sala II, 10-02-84, ED, 110-403; sala I, 05-08-83, ED, 110-146. De la CNCiv., sala D, 23-12-66, ED, 21-227; sala D, 09-10-63, ED, 7-756; sala G, 31-07-89, ED, 138-218; sala E, 18-03-75, La Ley, 1975-D, 209. De la CSJN, 13-11-90, La Ley, 1991-B, 526. De la CFed. La Plata-Buenos Aires, sala I, 04-08-83, ED, 109-459. De la CCiv. La Plata-Buenos Aires, sala I, 13-03-84, ED, 109-416. allos Cám. Nac. Civil, sala A, 2-7-90, "Malviccini c/ Microómnibus del Norte S.A.", La Ley 1990-E-297; ídem, 6-5-80, "Zelaya c/ Río de la Plata", J.A. 1981-I-610; ídem, 17-10-72, "Arteaga c/ Línea Colectivos 142", E.D. 49-637; ídem, 18-9-69, "Anfuso c/ Línea 60", E.D. 29-679; ídem 7-11-64, "Sosa de Novasco c/ F.G.S.M.", La Ley 115-682; ídem 16-8-60, "Canal c/ Juanturena", La Ley 100-765 (5757-S); ídem 11-8-58, "Costa c/ Transportes Buenos Aires", J.A. 1959-II-179; ídem 30-12-57, "Alvarez c/ Transportes Buenos Aires", La Ley 93-24; ídem, sala B, 13-12-71, "Villanueva c/ Coop. Playa Lastra", E.D. 43-158; ídem 26-9-60, "Bruschi c/ Tagliabe", E.D. 1-68; ídem 24-7-57, "Devoto c/ Transportes Automotores Chevalier", La Ley 89-43; ídem 11-12-52, "Bruckmann c/ Empresa A.B.L.O.", La Ley 69-261 y J.A. 1953-II-229; ídem, sala C, 8-10-91, "Pérez c/ Dadona", La Ley 1992-B-246; ídem, 31-7-90, "Torres c/ Ledezma", La Ley 1991-B-181 y E.D. 140-160; ídem, 30-8-73, "San Martín de Dante c/ Parrolo", Rep. J.A. 1973, p. 170, Sum. 50;

ídem, 21-8-69, "Corti de Ruiz c/ Transp. Sgto. Cabral", E.D. 32-156; ídem 27-12-61, "Dreizik c/ Línea Colectivos 405", La Ley 106-193 y E.D. 2-981; ídem 10-10-61, "Currao de Libonati c/ Cataldo", E.D. 2-213; ídem 18-5-61, "Peron c/ Oterino", La Ley 103-428 y E.D. 1-54; ídem 24-8-55, "López c/ Transportes Buenos Aires", La Ley 81-97; ídem, sala D, 27/04/99, "Almaraz c/ La Primera de Gran d Bourg SA", La Ley, 2000-B, 876, Jur. Agrup. 14.838; ídem 2-4-70, "Ardizán c/ Transportes Gral. San Martín", E.D. 32-156; íd. 9-10-63, "Romero c/ Empresa F. C. Estado", La Ley 114-393; ídem 19-7-63, "Municipalidad Capital Federal c/ Ciopolo", La Ley, 115-783 (10.300-S) y E.D. 5-711; ídem, sala E, 28-2-73, "Leidi c/ Transportes América", E.D. 49-653; 21-12-59, "Dabas de Beauzil c/ Microómnibus Norte", La Ley 98-708 (4431-S); íd. 15-10-59, "Raso de Butera c/ Río de la Plata", La Ley 98-719 (4528-S); ídem, sala F, ídem, 26-8-71, "Bracamonte c/ El Puente", E.D. 40-254; íd. 16-9-69, "Blasco c/ Línea Colectivos N° 7", J.A. 5-1970-231; íd. 8-4-65, "Zarinelli c/ Cía. Atlántica", La Ley 119-207; íd. 23-8-62, "Iglesias c/ Nakonesznys", La Ley 109-554; íd. 31-5-60 "Busto de Fernández c/ F.C.N.G.S.M.", La Ley 99-136; ídem, 29-10-59, "Bousquet c/ Morera", La Ley 98-207 y J.A. 1960-IV-454; íd. 8-9-59, "De los Santos c/ Bella", La Ley 98-11; ídem Sala K, 25/09/96, "Roig c/ Baño", La Ley, 1997-D, 861 (39.737-S); íd. Sala L, 31/05/94, "Sosa Acosta c/ Rentautos S.A.C.", J.A. 1995-III-660; Cám. nac. com., sala A, 31-12-62, "Vidal c/ Cía. Transportes Río de la Plata", E.D. 4-178; íd. 16-12-60, "Godano c/ Uriol", J.A. 1961-III-598; íd. 15-6-56, "Secondi c/ Transportes Buenos Aires", La Ley 84-387; ídem, sala B, 16-12-64, "Tussie de Tussie c/ Spagnolp", E.D. 11-122; ídem, sala C, 23-12-59, "Di Somma c/ Corporación Transportes Buenos Aires", La Ley 99-44; Cám. nac. fed., sala civ. y com., 18-9-70, "Giménez c/ Microómnibus Norte", E.D. 44-956, n° 775; íd. 22-7-69, "Cusi de Dayan c/ Transporte Automotor Noroeste", La Ley 137-327, J.A. 4-1969-258 y E.D. 34-581; íd. 9-9-65, "Ortelli c/ F.C.N.G.U.", La Ley 120-367 y E.D. 13-411; ídem sala 1ª civ. com., 28-11-72, "Basile c/ Queralt", J.A. 18-1975-432; ídem sala III, 31-5-83, "Richeri de Mancini c/ Tierno", J.A. 1984-I-182; Cám. Nac. Especial Civ. Com., sala V, 13-5-88, "Troncoso c/ EFEA", La Ley 1989-A-23; etc.

(14) BETTI, Emilio, Teoría general de las obligaciones. Tomo I. Trad. de José Luis DE LOS MOZOS. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969. Pág. 70.

(15) PUIG PEÑA, Federico, Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Vol. I. Ed. Rev. De Derecho Privado. Madrid. Pág. 12.

(16) DIEZ PICAZO, Luis. GUILLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil. Vol. II. 9ª Ed. Ed. Tecnos. Madrid. Pág. 30/31. Aquel principio, en los términos de Adam Smith servía a las mil maravillas a una sociedad en la que se quería suprimir no solo las trabas del corporativismo y del Estado, sino también las que se opusiesen a la libertad contractual, pensando que el libre juego de la oferta y la demanda y el egoísmo individual son los motivos de la felicidad y prosperidad de las naciones. SMITH, Adam. Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones. Ed. Tecnos. Madrid. 2009. Pág. 259.

(17) Tribunal Supremo de España. Sent. 2 de abril de 1941, Revista de Derecho Privado. Julio-agosto, 1941, Pág. 357 y sgtes.

(18) En estos casos la buena fe incide cabalmente en lo que Larenz llama las bases objetivas de la relación jurídica. El destacado autor explica que por base objetiva jurídicamente relevante, se entiende al conjunto de circunstancias cuya existencia o preexistencia presupone debidamente el contrato, sabido o no por los contratantes, ya que de no ser así no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría "sentido, fin u objeto" LARENZ, Karl. Base del negocio y cumplimiento de los contratos. Trad. de Carlos Fernandez Rodríguez. Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid. 1956. Pág. 115. Al respecto, la Sala C de CNCiv. sostuvo que ella no consiste meramente en la ignorancia del compromiso previo del contratante, sino en la ignorancia sin culpa, es decir mediando las diligencias que aconsejen las circunstancias del caso. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, Giménez, Luis A. c. Elsegood, Rodolfo H. y otra, 15/09/1980, AR/JUR/6186/1980.

(19) A diferencia de lo que ocurre con el inicio de la relación contractual, la buena fe en esta faceta se subsume en las bases subjetivas del las relaciones jurídicas. El maestro Larenz las definía como la común representación de los contratantes de la que han partido al concluir el contrato y que ha influido en la decisión de ambos. Esta representación puede referirse a una circunstancia considerada como existente o esperada en el futuro. Pero tiene que tratarse de una determinada representación o esperanza, no es suficiente la simple falta de esperanza de una posterior variación de las circunstancias existentes a la conclusión del contrato. La representación o expectativa tiene, además, que haber sido decisiva para ambas partes en el sentido de que ambas,

suponiendo un leal modo de proceder, no hubiesen concluido el contrato, o no lo hubiesen concluido tal como la han hecho si hubiesen conocido su inexactitud. No es suficiente que la representación o expectativa haya determinado de modo decisivo tan solo la voluntad de una de las partes, incluso en el caso de que la otra parte hubiese tenido conocimiento de ello. En efecto cada parte sufre, en principio el riesgo de que se realicen sus propias esperanzas. LARENZ, Karl. Base del negocio... Ob. Cit. Pág. 95.

(20) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, Ferpad S.A. c. Rosetti y asociados y otros., 15/09/1998, LA LEY, 1999-F, 741, AR/JUR/3119/1998. Con este mismo alcance se ha dicho que el principio de buena fe (art. 1198 Cód. Civil) debe estar presente en el cumplimiento y la conclusión de los contratos. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Córdoba, Foglia, Eduardo y otra c. Lavezzari, Oscar C. y otros, 02/03/1998, LLC, 1999-1357, AR/JUR/4449/1998 Ver: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, Cordis Corporation c. Sistemas Médicos S.A., 2005/10/14, IMP 2006-5, 783 ; sala B, Godicer S.A. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G., 2004/06/10, LA LEY 29/09/2004, 8. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, Gestido y Pastoriza S.H. c. Nobleza Piccardo S.A., 2005/11/24, LA LEY, 2006-D, 11; sala B, Contreras, Pablo R. c. Pepsico Snack Argentina S.A., 2005/02/24, DJ 2005-2, 671 - LA LEY 17/06/2005, 2, con nota de Diego M. Genesio - LA LEY 2005-C, 822, con nota de Diego M. Genesio - LA LEY 21/03/2005, 6 - LA LEY 2005-B, 421 - IMP 2005-A, 1069. Entre otros. MAYO, Jorge A, La buena fe en la ejecución de los contratos, DJ 2002-3, 1061.

(21) JOSSERAND, Louis. Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado. Trad. de Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica JR. Ed. José M. Cajica Jr. México. Pág. 219.

(22) Ver: JALIL, Julián Emil, "La buena fe como causa eficiente de deberes implícitos en las relaciones contractuales", RCyS, 2010-IX, 241.

(23) Ver: JALIL, Julián Emil, "El "dogma" de la buena fe y su escisión del "concepto" de la buena fe", Publicado el 22/12/2011 en Suplemento de Derecho de Daños, elDial.com - DC17A1. En este artículo hemos diferenciado claramente la buena fe como dogma y la buena fe como concepto.

(24) ENNECERUS, L. LEHMANN, H., Tratado de las obligaciones. 3ra. Ed. Trad. Pérez González B. y Alguer, J. Ed. Bosch. Barcelona 1966. Ver también: BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Tomo I. Trad. de José Luis De Los Mozos. Ed. Revista de Derecho Privado. 1969. Madrid. Pág. 99.

(25) PUIG PEÑA, Federico, Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Vol. I. Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid. Pág. 12/13.

(26) Cámara 2a en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata, sala II, Dignani, Nazareno L. c. Consorcio Torre Moreno y otros, 26/09/1995, AR/JUR/3187/1995.

(27) JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Trad. de Santiago Cunchillos y Manterola. Tomo II. Vol. I. Ed. Bosch. Buenos Aires. 1950. Pág. 174.

(28) HEGEL, Georg W Friendrich. Filosofía del derecho. Trad. de Angélica Mendoza de Montero. 2 ed. Ed. Claridad SA. Buenos Aires. 2009. Pág. 101.

(29) BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Tomo I. Trad. de José Luis de los Mozos. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969. Pág. 86. Ver el desarrollo de estas ideas en: JALIL, Julián Emil, "El "dogma" de la buena fe y su escisión del "concepto" de la buena fe", Publicado el 22/12/2011 en Suplemento de Derecho de Daños, elDial.com - DC17A1.

(30) ALTERINI, Atilio A., Contratos Civiles. Comerciales de Consumo. Teoría General. Segunda Edición Actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2009. Págs. 534/5. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. "La Obligación de Seguridad. Ob. Cit. Pág. 106. PICASSO, Sebastián, "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema". LA LEY 2008-C, 562 y ss. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. "El daño resarcible..." Ob. Cit. Pág. 154.

(31) Esta es la posición predominante en la doctrina nacional. Ver PIROTA, Martín Diego La obligación de seguridad en el contrato de espectáculo público: una garantía a favor del espectador (A propósito de un fallo que reconduce la cuestión hacia el escenario de la responsabilidad contractual)", RCyS 02/09/2005. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., "Obligación de seguridad". BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La mutación de la obligación de seguridad o garantía: de una responsabilidad objetiva a otra subjetiva"; AGOGLIA, María Martha - BORAGINA, Juan Carlos - MEZA, Jorge Alfredo, "La buena fe y la obligación de seguridad"; CAVALLERO, Francisco E.;

BURGOS, Débora - VESSONI, Hugo Alberto, RUBIO, Gabriel Alejandro, "Responsabilidad contractual directa objetiva por incumplimiento de la obligación de seguridad", LLLitoral 1998-2-22. Esta postura fue la receptada en forma mayoritaria en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, comisión II —Obligación de seguridad— realizadas en Junín-Buenos Aires, en el año 1994. Como asimismo en la jurisprudencia nacional. Ver: CSJN, 12-12-89, "Ortíz, Eduardo A. c. Ferrocarriles Argentinos", La Ley, 1990-D, 97/100, con nota de Jorge Bustamante Alsina; C2ªCC Paraná-Entre Ríos, Sala II, 27-05-97, "Carrizo, Jorge T. c. Sociedad Rural Victoria y/u otros", LLLitoral 1998-2-21/29, con nota de Gabriel Alejandro RUBIO; SCJBA, 14-04-04, "Fernández, Fernando c. Roll S.R.L. y/o Soul Train", RCyS, 2004-952; CNCiv., sala E, 07-12-87, "Rodríguez, José N. c. Turlan, S.A. y otro", La Ley, 1988-C, 106/112, con nota de Jorge BUSTAMANTE ALSINA. En las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires del 22 al 24 de septiembre de 2005, se sostuvo por mayoría que la obligación de seguridad es un principio del derecho, de carácter autónomo, que se aplica solamente en el ámbito contractual.

(32) JORDANO FRAGA, Francisco, La responsabilidad contractual. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1987. Pág. 141. SAUX, Eduardo. "La obligación de seguridad en los vínculos contractuales" en Suplemento especial La Ley: Obligación de seguridad, Septiembre de 2005, Pág. 16.

(33) LABOMBARDA, Pablo M., "La responsabilidad civil de las asociaciones deportivas por daños a los espectadores". DJ 01/01/2004.

(34) GASTALDI, José M., "La buena fe en los contratos", en Córdoba, Marcos. (Director). Garrido, Lidia. y Kruger, Walter. (coordinador) Tratado de la buena fe en el Derecho Tomo I, Ed. La Ley. Buenos Aires. 2004. Pág. 299. Y en esa misma obra: COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., "El principio de la buena fe en el Derecho Privado" Pág. 167. NICOLAU, N., "El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato" Pág. 321. MORELLO, A. M., "Indemnización del daño contractual", con la colaboración del doctor GALDOS, Jorge M., Ed. Platense, y Ed. LexisNexis. 2003. Pág. 68 y sigtes. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Ob. Cit., Päg. 387. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La mutación de la obligación de seguridad o garantía: de una responsabilidad objetiva a otra subjetiva", Rev. ED, Tomo 18, Pág. 1090.

(35) DE CUPIS, Adriano, "El Daño", p. 174, traducción de la segunda edición italiana de Ed. Bosch, Barcelona, 1975.

(36) DIEZ PICAZO, Luis, en el prólogo del libro de WIECKER, Franz, "El principio de la buena fe". Ed. Civitas, Madrid, 1986. Pág. 19.

(37) Ver: CNCiv., sala D, 19/10/56, "Garriello c. Municipalidad de la Capital", Rev. LA LEY, t. 86, p. 44; ídem, sala E, 27/9/68, "Manzano c. Municipalidad de la Capital", Rev. LA LEY, t. 139, p. 773, fallo 24.123-S; ídem 26/5/72, "Oneto de Gianolli c. Club River Plate", Rev. LA LEY, t. 148, p. 464; ídem sala F, 15/6/72, "Venche c. Galbatto", Rev. LA LEY, t. 148, p. 69. Cam. Civ. 1ª Santa Fe, en pleno 28/8/53, "Ferrigno de Vignolo c. Club Atl. Rafaela" en Juris, t. 3, p. 329.

(38) Esta clasificación nace con Demogue y su cabal importancia radica en el campo probatorio, decía el autor que para determinar a quien se impone la carga de la prueba de la culpa, habrá que establecer si la obligación incumplida es de medios o de resultados. En el primer caso se requerirá que sea el acreedor (o más genéricamente la víctima del daño) quien demuestre que el sindicado como responsable ha actuado negligentemente, mientras que en las obligaciones de resultado, la culpa se presume, siendo el obligado quien se hallaría precisado de demostrar su falta de culpa. En cuanto a la esfera de aplicación de dichos criterios, dice Demogue que, aún en el campo extracontractual pueden encontrarse supuestos en donde la ley va más allá de ordenar una conducta diligente, y exige un determinado resultado. PICASSO Sebastián, "Obligaciones de medios y de resultados" Revista de Jurisprudencia Argentina. Tomo 1996-II. Buenos Aires. 1996. Pág. 716.

(39) MAZEAUD. Henri; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD León; CHABAS, Francois. Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I. Traducción de Luis Adorno. Editorial Zavalia. 1997. Pág. 26

(40) TRIGO REPRESAS, Felix A.; LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica. Tomo II. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2004. Pág. 751.

(41) MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, François. Derecho Civil... Ob. Ob. Cit. Pág. 27.

(42) MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, Francois. Derecho Civil.. Ob. it. Pág. 27. Si bien este es el criterio prevaleciente durante siglos en el derecho comparado, en especial en la

doctrina francesa, cada vez con más fuerza se proyecta una consideración diferente en torno a la cuestión, algunos autores consideran que la distinción infiere exclusivamente en el factor de atribución, subjetivo en las obligaciones de medio y objetivo en las obligaciones de resultado, en este sentido dice el Profesor Picasso, sabido es, que la formulación del distingo entre obligaciones de medios y de resultados desempeñada por Demogue nació precisamente para responder a esa cuestión (carga de la prueba), y así fue trabajada durante mucho tiempo por la doctrina comparada, pese a esta afirmación, el jurista considera que la utilidad del distingo en lo que hace a la distribución de la carga de la prueba resulta ser actualmente escasa, y que su función principal radica, en constituir una verdadera divisoria de aguas en lo que hace al factor de atribución de la responsabilidad aplicable. PICASSO, Sebastián, "La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios". Revista La ley. Tomo 2000-C. Sección Doctrina. Buenos Aires. 2000. Pág. 995/6.

(43) En este sentido se ha sostenido como criterio para diferenciar una obligación de medios de una de resultados, que "el parámetro de separación entre una y otra clase es la aleatoriedad del resultado". TRIGO REPRESAS, Félix A.; LOPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica. Tomo II.Ed. La Ley. Buenos Aires. 2004. Pág. 739. Empleando la terminología del Profesor PICASSO, habría aquí una violación a un deber impuesto por la ley, PICASSO, Sebastián, "Obligaciones de medios y de resultados" LA LEY, Pág. 716 (nota al pie).

(44) La corriente doctrinaria mayoritaria sostiene que el deber de seguridad es accesorio de la obligación principal, pero otra postura la califica como principal, en atención a que estando en juego la incolumidad de bienes que satisfacen intereses primordiales del ser humano, como son la vida, la salud o el patrimonio, dicha obligación debe ser necesariamente jerarquizada dentro del negocio, poniéndola en el mismo nivel con aquella que constituye. Para una tercera corriente, se trata de un deber secundario en relación a la obligación principal, pero con estructura y funcionalidad autónomas. El deber de seguridad se desenvuelve en el sector del hecho propio, dando pie a una responsabilidad directa y que reviste carácter objetivo. Bustamante Alsina denomina esta situación "crédito a la seguridad", y en opinión de este autor constituye una obligación accesoria que existe junto a las obligaciones esenciales que el contrato impone a las partes. Sin embargo, hasta ahora no se han elaborado criterios o principios estables que denuncien la existencia de los deberes de conducta que complementan los propios del contrato, o que acompañan a las diversas relaciones jurídicas. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil". Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997. Pág. 392 y ss. BERGER, Sabrina M., "El deber de seguridad: a un siglo de su creación jurisprudencial", RCyS, 2012-V, 35.

(45) MAYO, Jorge A. "Sobre las denominadas Obligaciones de Seguridad", LA LEY, 1984-B, 949 y ss. Y GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., El daño resarcible...ob. cit. Pág. 11.

La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del art. 7 del Código Civil y Comercial

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2015-XI, 22
Cita Onl**ine:** AR/DOC/3240/2015
[Consultado el: 05/07/2020]

Sumario.

I. Introducción.- II. La aplicación del Código a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.- III. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario.- IV. El conflicto de normas o la superposición de dispositivos jurídicos.- V. Diferenciación entre las cuestiones de derecho y hecho que se subsumen en la norma. La posibilidad de aplicar el art. 7 de oficio.- VI. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.- VII. Leyes supletorias e indisponibles. Su relación con el principio de irretroactividad de la ley.- VIII. Impacto de estos recaudos en la función resarcitoria de la responsabilidad civil.

El nuevo Código ha creado un sistema de unicidad de regímenes normativos entre la responsabilidad civil contractual y extracontracutal, pero no de identidad, pues la causa fuente de la obligación sigue siendo independiente. Tal es así que el propio Código Civil y Comercial en el art. 1716 establece que la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de ese cuerpo normativo. Por ello hay que diferenciar conceptualmente en cuanto al análisis ambos supuestos pese a que se encuentren muñidos por idéntico campo normativo.

"... El hombre carece de la posibilidad de escaparse de dos ámbitos: de su propio pellejo y del tiempo..." Georg Wilhelm Friedrich HEGEL

I. Introducción.

El art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial, representa una suerte de norma transitoria que constituye un punto de inflexión entre dos órdenes normativos que regulan situaciones jurídicas análogas, pero su marco temporal de aplicación es disímil.

Esta situación se presenta porque las normas jurídicas tienen una eficacia limitada en el espacio y en el tiempo. Como sucede con cualquier otra realidad humana, surgen en un determinado momento y se extinguen en otro. Esas normas rigen hechos, relaciones y situaciones jurídicas. En muchos casos, tales hechos, relaciones y situaciones no son instantáneos, sino que configuran sucesiones de hechos, conductas, actos y consecuencias que se producen a lo largo del tiempo. La dificultad se plantea cuando se trata de hechos, relaciones o situaciones in fieri, o que no se agotan instantáneamente, sino que duran en el tiempo, o cuya realización, ejecución, liquidación o consumación demandan tiempo, por lo que, en parte —al inicio, al concertase o al nacer— caen bajo el imperio de una norma, y en parte o partes —al realizarse las prestaciones o agotarse las consecuencias o los efectos de aquellas relaciones o situaciones jurídicas, de la o las siguientes o sucesivas—, caen en otras. (1)

La precitada norma, -en su parte dispositiva-, estipula que a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Dispone que la leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario y que la retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Por su parte reza que las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Llama poderosamente la atención como la redacción de este precepto ha puesto en alerta a la mayoría de Magistrados, Funcionarios y Letrados de todo el país, generándose una incertidumbre en cuanto a sus alcances. Sucede que se presenta como el primer hito visible, escollo o valladar a sortear con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la primera duda normativa existencial sobre la que deberemos, -todos los operadores jurídicos-, optimizar nuestro esfuerzo hermenéutico para dirimir sus horizontes y alcances.

No obstante lo expuesto, la cuestión ha sido, desde nuestro punto de vista, exacerbada, pues la redacción del precepto ya descripto se colige en gran medida con la del art. 3 del Código Civil derogado. Dicho dispositivo goza de una vasta interpretación jurisdiccional en diversos precedentes, por lo que resulta rica la jurisprudencia en la materia. No nos olvidemos que hace no más de 46 años este dispositivo legal tuvo que dirimir la tensión normativa ante la superposición temporal de normas con la entrada en vigencia de la Ley 17.711. Como veremos a continuación, la innovación trascendental resulta la referente a la aplicabilidad inmediata del Código a la norma más favorable al consumidor, pero en lo restante *es la "misma música" con alguna pequeña modificación en su letra.*

II. La superposición temporal de normas.

Preferimos referirnos a ella como tensión normativa y no como "conflictos jurídicos" pues en definitiva, no existe una riña normativa de poder o superposición que amerite emplear el término "conflicto jurídico", simplemente se superponen temporalmente dos o más normas que regulan análogas situaciones generando una tensión normativa, y el modo de sortearla, se encuentra específicamente descripto en la misma ley.

En este orden, y a los fines de dirimir esta situación, el legislador ha establecido un hito temporal que disipa cuál de ellas regulará el caso concreto. A tales efectos es menester realizar un esfuerzo interpretativo, un análisis en concreto de la situación o relación jurídica sobre la cual corresponde decidir la aplicabilidad de un dispositivo legal u otro.

Con esa finalidad, el art. 7 del CCyC resultará una suerte de dispositivo transitorio, que sirve para el judicante como punto de enlace entre dos regímenes jurídicos que regulan análogas relaciones o situaciones jurídicas pero operando sus efectos en tiempos divergentes.

III. La aplicación del Código a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Primogénitamente debemos detenernos en el concepto de relaciones o situaciones jurídicas.

La *relación jurídica* constituye un vínculo legal entre personas, reconocido por el derecho. Es la *relación entre el titular de un interés*, (sujeto activo) *tutelado por el ordenamiento jurídico y contemplado en la totalidad de éste* (Conf. art. 1 y 2 del Código Civil y Comercial) y la *persona o personas obligadas a respetar aquel interés* (sujeto pasivo). Así podemos decir, que un sujeto que sufre un daño injustamente causado resulta titular de la relación jurídica que lo une con su dañador. (conf. art. 1717 del CCyC). Esa relación jurídica recae sobre personas ciertas y determinadas o susceptibles de determinación y no sobre cosas u objetos.

El sujeto activo es aquel al cual el ordenamiento jurídico atribuye o reconoce el poder o derecho subjetivo de obtener la realización de su interés, mientras que el sujeto pasivo es sobre quien reposa el deber de realizar el interés del sujeto activo. El contenido de la relación jurídica lo representan los poderes y deberes que la relación encierra y que constituyen su sustancia. Es ni más ni menos que el derecho subjetivo y el deber jurídico. Desde esta perspectiva se crean relaciones jurídicas patrimoniales (contratos, obligaciones) y extrapatrimoniales (matrimonio, adopción, unión convivencial).

Se aprecia entonces, que cada uno de los sujetos en la relación tiene un papel diferente, pues pueden ser sujetos activos o pasivos. Ello dependerá del lugar o posición que cada uno tenga en la relación. A este lugar o posición que los sujetos tienen se le denomina *situación jurídica*.

De este modo las situaciones jurídicas *son las posiciones que ocupan cada uno de los sujetos que intervienen en las diversas relaciones jurídicas*. La situación jurídica también puede ser pasiva o activa.

Tener una situación jurídica pasiva en una relación jurídica significa ser el titular del deber. Tener una situación jurídica activa significa ser el titular del derecho.

Entonces, la relación jurídica, que acabamos de analizar, no es sino una clase de situación jurídica. Como sabemos, la norma jurídica prevé situaciones del tipo que, al verificarse, se ven vinculadas a ciertas consecuencias jurídicas previstas en ella. Cuando el supuesto de hecho se realiza, algo cambia en el mundo de los fenómenos jurídicos, hay una situación nueva. Esta situación, que se denomina, situación jurídica, puede consistir en una relación jurídica o en la calidad de una persona o de una cosa.

La diferencia entre una y otra es justamente que la relación jurídica se circunscribe al vínculo entre dos personas, produciendo en principio efectos *inter partes*, mientras que la situación jurídica puede ser también unilateral y sus efectos son *erga omnes*. Así toda relación jurídica implica una situación jurídica, pero no toda situación jurídica es o deriva de una relación jurídica.

Si bien era necesario realizar estas precisiones, el texto del art. 7 del Código Civil y Comercial instituye los mismos efectos con relación a la retroactividad de la ley. El artículo dispone que "las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes".

Con relación a las *consecuencias* debemos señalar que las mismas resultan de los efectos, derivaciones, o secuelas de la relación o situación jurídica. Conviene entonces, diferenciarlo de lo que son los hechos *constitutivos* o extintivos de dichas relaciones. Así, la modificación de un contrato, no es una consecuencia del original, sino un nuevo acuerdo que se regirá por la norma vigente al momento en que se produjo esa modificación (conf. arg. art. 979 del CCyC). Pero el agravamiento de un daño producto de un accidente de tránsito sí lo es, pues en definitiva deriva causalmente del hecho que lo produjo (conf. art. 1726, 1727 y 1737, 1739, y 1740 del Cód. CCyC) el cual ha quedado atrapado en el tiempo y regido por la norma vigente al momento en que ha acaecido el mismo.

IV. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario.

La norma es retroactiva cuando resulta de la aplicación a una situación o relación jurídica cuyo gen se originó en un periodo de tiempo pretérito a su entrada en vigencia.

El axioma del Código reposa en el principio de irretroactividad de la ley. Las normas tienen que regular hacia el futuro, ello constituye un *dogma* o *apotegma primordial*. Este axioma resulta tan básico como decir: si se comienza a jugar un partido de futbol en donde como regla se encuentra permitido que el arquero tome con la mano la pelota entregada directamente por un defensor, y coetáneamente al desenvolvimiento del cotejo desde la

FIFA se cambia dicha regla por la inversa, resulta lógico suponer que a ese partido la modificación no le será aplicable.

Desde esta perspectiva se deduce que la nueva ley se aplica:

1. A las *relaciones* o *situaciones jurídicas* que se *constituyan* o *extingan* en el futuro, es decir, luego de su entrada en vigencia. Ej. Un divorcio que se constituye con la sentencia, quedando consumado ese hecho extintivo, corresponde aplicar la ley vigente al momento de esa constitución (dictado de la sentencia) o;

2. A las que *no se encuentren agotadas* aún en cuanto a sus *efectos* o contenido, siempre que tengan origen legal (vg. intereses derivados del resarcimiento de un daño), pues si tiene origen convencional quedarán atrapados en la última parte del art. 7 del CCyC. De más está decir que, si la relación o situación jurídica se encuentra consumada, la ley que la regula es el Código derogado.

Por lo tanto, si el hecho constitutivo o extintivo no ha fenecido durante la vigencia de la ley anterior, la aplicación inmediata de la nueva ley cobra plena virtualidad, y a *contrario sensu* si los hechos se encuentran definitivamente cumplidos, o dicho de otro modo, si su razón de ser, o misión a la cual están destinados ya se halla agotada, la ley nueva se torna irretroactiva.

Debemos agregar que a diferencia de lo que ocurre en materia de derecho penal, en donde la irretroactividad de la ley nunca puede ser decidida por el propio legislador ante la posibilidad de conculcar derechos constitucionales de los imputados, en materia de derecho privado ello si es viable, y en la medida que una ley establezca su aplicación retroactiva será válida como tal, pero tendrá como límite no afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

V. Diferenciación entre las cuestiones de derecho y hecho que se subsumen en la norma. La posibilidad de aplicar el art. 7 de oficio.

En cuanto a la posibilidad de aplicar el dispositivo de oficio, debemos diferenciar dos situaciones, por un lado si se trata de una cuestión de derecho o si lo que se encuentra en análisis es una cuestión de hecho.

1. Cuestión de derecho. Supongamos que llega a los estrados del tribunal un caso ocurrido dos semanas antes de la entrada en vigencia del Código. En este supuesto, la aplicabilidad del art. 7 y la elección del derecho aplicable resulta obligatorio para el Juez, incluso de oficio, pues se trata de una cuestión de derecho donde la máxima *iure novit curia* cobra plena aplicabilidad.

2. Cuestión de hecho. Ahora bien, si lo que se encuentra en debate no es la aplicación de la ley al hecho, sino el momento en que ocurrió el hecho mismo la cuestión debe encuadrarse dentro del ámbito dispositivo de las partes, quedando vedada la declaración jurisdiccional de oficio. Por ejemplo una parte alega que el hecho acaeció el día 25 de Julio de 2015, mientras que la otra dice que fue el 5 de agosto, o bien que el contrato, se celebró en una fecha u otra, deberá ser la parte que ha alegado ese hecho, la que demuestre esas circunstancias en razón del principio que emana del art. 377 del CPCCN.

VI. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionale.

A diferencia de lo que ocurría con el Código Civil derogado, que hacía referencia directa a derechos adquiridos, este nuevo cuerpo normativo menciona al "amparo de garantías constitucionales" como recaudo liminal insoslayable para permitir la aplicabilidad de la ley con efecto retroactivo. Ello resulta armónico y coherente con el espíritu de los arts. 1 y 2 del nuevo Código, pues a través de ello se impregna la idea que ya venía

consolidando nuestra CSJN sobre la armonización del ámbito constitucional y supra nacional con el derecho privado. Se aprecia que el concepto de *derechos amparados por garantías constitucionales* es más amplio que el de "derechos adquiridos", pues a los primeros le basta la potencialidad de su afectación aún cuando no hayan sido efectivamente adquiridos.

VII. Leyes supletorias e indisponibles. Su relación con el principio de irretroactividad de la ley.

Las normas son supletorias o imperativas en la medida que legislen, regulen o contemplen cuestiones de implicancia privada o entre los particulares, o de orden público cuya regulación interesa y atañe al Estado. Se entiende que las normas en los contratos son indisponibles o imperativas cuando de su modo de expresión, contenido, o de su contexto resulte dicho carácter. (Conf. art. 962 del CCyC).

Tal como se desprende del artículo 7, si la nueva ley es supletoria, se aplica sólo a los contratos en curso de ejecución, pero si es imperativa es de aplicación instantánea, incluso a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código.

Dentro de la categoría de las leyes supletorias debemos incluir las llamadas *leyes dispositivas*, (vg. las relativas a la mora, art. 886 del CCyC, y al pacto comisorio tácito, art. 1083 del CCyC) las cuales aunque gozan de características propias, quedan subsumidas en el régimen previsto para ellas, por lo que no son de aplicación inmediata.

Por último, debemos precisar que, a diferencia de lo que ocurre en materia de contratos en general, la irretroactividad de la ley no afecta al contrato que se desenvuelve dentro del plano del consumo, cuando se encuentra en curso de ejecución. Ello resulta de toda lógica, pues las normas del ámbito del consumo son de orden público, imperativas o indisponibles (Conf. art. 65 de la LDC), por lo tanto deben ser aplicables a los contratos en curso de ejecución.

VIII. Impacto de estos recaudos en la función resarcitoria de la responsabilidad civil.

Preliminarmente debemos decir, que el nuevo Código ha creado un sistema de *unicidad* de regímenes normativos entre la responsabilidad civil contractual y extracontracutal, pero no de *identidad*, pues la causa fuente de la obligación sigue siendo independiente (Conf. arg. Art. 726 del CCyC). Tal es así que el propio Código Civil y Comercial en el art. 1716 establece que *la violación del deber de no dañar a otro,* o *el incumplimiento de una obligación,* da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de ese cuerpo normativo. Por ello hay que diferenciar conceptualmente en cuanto al análisis ambos supuestos pese a que se encuentren muñidos por idéntico campo normativo.

Con relación *al resarcimiento del daño proveniente de la violación del deber de no dañar* se aplica el Código vigente a la fecha del hecho, salvo que se trate de un hecho complejo o concatenado que ha comenzado a producirse durante la vigencia del Código derogado y culminado una vez que ya se encontraba vigente el nuevo Código Civil y Comercial. Todas las cuestiones vinculadas con el *daño en sí mismo*, se deben juzgar por la ley vigente al momento del hecho, pues el menoscabo no es una consecuencia del hecho, sino que forma parte del mismo, es un elemento constitutivo de la relación jurídica que ha quedado agotado en torno a su constitución en el mismo instante en que se produjo. Sin la existencia del daño no habría obligación alguna de resarcir, porque el daño es la causa fuente de ésta. (Conf. 726 del CCyC).

La excepción a esta regla está dada cuando el hecho productor del daño se extiende de manera sistemática y concatenada en el tiempo, no habiéndose consolidado el daño durante la vigencia de la ley derogada sino una vez sancionada la nueva. En estos casos el daño no se agota instantáneamente porque el hecho tampoco

lo hace, ya que se prolonga en el tiempo como asimismo sus consecuencias. Por ejemplo, una persona que tiene un programa de radio y calumnia a otra persona en cada presentación. En estos supuestos se aplica la ley vigente al momento en que ha fenecido ese hecho y el daño mismo porque se trata de un hecho complejo que se produce de manera sistémica.

Ante el *incumplimiento de una obligación de fuente contractual* que torne operable el resarcimiento del daño, debemos tener en cuenta el momento en el cual se ha celebrado el acuerdo, en tal caso será aplicable la normativa vigente a ese entonces. No obstante, cuando se trate de normas de orden público, indisponibles o de consumo, se aplicará el nuevo régimen jurídico siempre que al consumidor le sea más favorable. Las normas dispositivas, como las referentes a la mora y al pacto comisorio, caen dentro de la primera regla de aplicación, es decir, se aplica la ley vigente al momento en que fue constituido el acuerdo.

El modo de *cuantificación de los daños* se rige por la ley al momento del hecho y no a la vigente al tiempo en que esta se practica, aun cuando se agraven o aumenten con posterioridad las consecuencias de dicha lesión, pues, aun en estos casos, su origen deriva de un hecho ya *consumado*. De igual manera, cualquier norma del Código Civil y Comercial que imponga una atenuación, agravamiento o modificación de la responsabilidad (vg. art. 1750 del CCyC) no resulta aplicable si el hecho es anterior a la entrada vigencia de la norma, pues ella no se encontraba vigente al momento del hecho.

Lo mismo ocurre con la *legitimación para obrar*. Ella forma parte de la constitución de la relación jurídica o situación jurídica, la cual ha quedado determinada al momento del suceso. Este supuesto, tiene su excepción en los daños producidos en el campo laboral, pues en dicho ámbito debe prevalecer la norma más favorable para el trabajador.

En *materia procesal* el art. 1735 del CCyC, que importa la aplicabilidad del principio de las cargas dinámicas de la prueba, es de aplicación *inmediata*, ya que se trata de una norma de administración o gestión de la prueba. No así aquellas que determinan la viabilidad o prohibición de un tipo de prueba para un caso concreto, pues ellas pertenecen al campo del derecho sustancial que se encuentra regido por el principio de irretroactividad *ut supra* señalado.

Con relación a la *prescripción en materia de responsabilidad civil,* el art. 2537 del CCyC establece que los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por esas nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior.

La interpretación del art. 2537 del CCyC en materia de daños puede comprimirse de la siguiente forma: los plazos de prescripción en materia contractual se rigen por el art. 4023 del Código derogado (10 años) y en materia de hechos ilícitos por el art. 4037 de ese mismo cuerpo legal (2 años). Salvo que el plazo de 3 años previsto en el art. 2561 del nuevo Código Civil y Comercial, a contar desde su entrada en vigencia, sea inferior al que resulte del que venía en curso, en tal caso se aplica éste último. Por ejemplo, si se trata de un caso de responsabilidad contractual y al 1º de agosto de 2015, ya había transcurrido 1 año de la suscripción del acuerdo, el plazo restante será de 3 años más a contar de la fecha de entrada en vigencia del Código y no de 9 años, pues la norma esta instituida a *favor de la liberación del deudor*. Prevalece en este caso el art. 2561 del nuevo CCyC por sobre el art. 4023 del Cod. Civil.

Ahora bien, si se trata de un accidente de tránsito acaecido en la misma fecha, que dé lugar al resarcimiento en virtud de la violación del principio genérico de no dañar, se aplicará el art. 4023 del Cód. Civil (2 años a contar desde el hecho), pues el plazo de prescripción instituido en este último es menor al establecido por el art. 2537 del CCyC (3 años contados desde la fecha de entrada en vigencia del CCyC)

La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en**:** RCCyC 2015 (octubre), 151
Cita Online: AR/DOC/3019/2015
[Consultado el: 04/07/2020]

Sumario.

I. A modo de introducción. El deja vu del art. 7 del Código Civil y Comercial. Retrotrayéndonos a 1969. — II. La aplicación del Código a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. — III. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. — IV. El conflicto de normas o la superposición de dispositivos jurídicos. — V. Diferenciación entre las cuestiones de derecho y hecho que se subsumen en la norma. La posibilidad de aplicar el art. 7 de oficio. — VI. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. — VII. Leyes supletorias e indisponibles. Su relación con el principio de irretroactividad de la ley. — VIII. La aplicación inmediata del Código Civil y Comercial en materia de consumo. — IX. Impacto de estos recaudos en materia de responsabilidad civil.

"...Las leyes de la naturaleza nos imposibilitan escapar de los efectos del tiempo, y las leyes del hombre prosiguen la misma suerte..."

I. A modo de introducción. El *dejavu* del art. 7 del Código Civil y Comercial. Retrotrayéndonos a 1969.

El art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial, regula la eficacia temporal del mismo. Establece que a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Dispone que la leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario y que la retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Por su parte reza que las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Llama poderosamente la atención como la redacción de este precepto ha puesto en alerta a la mayoría de magistrados y funcionarios de todo el país y ha puesto en alerta incluso al letrado más temerario. Sucede que se presenta como el primer hito visible, escollo o valladar a sortear con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la primera duda normativa existencial sobre la que deberemos, -todos los operadores jurídicos-, optimizar nuestro esfuerzo hermenéutico para dirimir sus horizontes y alcances.

No obstante lo expuesto, la cuestión ha sido, desde nuestro punto de vista, exacerbada, pues la redacción del precepto ya descripto se colige en gran medida con la del art. 3 del Código Civil derogado.

Dicho dispositivo goza de una vasta interpretación jurisdiccional en diversos precedentes, por lo que resulta rica la jurisprudencia en la materia. No nos olvidemos que hace no más de 46 años este dispositivo legal tuvo que dirimir la *tensión normativa* ante la superposición temporal de normas con la entrada en vigencia de la Ley

17.711. Como veremos a continuación, la innovación trascendental resulta la referente a la aplicabilidad inmediata del Código a la norma más favorable al consumidor, pero en lo restante es la "misma música" con alguna pequeña modificación en su letra.

II. Tensión normativa ante la superposición temporal de normas.

Preferimos referirnos a ella como tensión normativa y no como "conflictos jurídicos" pues en definitiva, no existe una riña normativa de poder o superposición que amerite emplear el término "conflicto jurídico", simplemente se superponen temporalmente dos o más normas que regulan análogas situaciones generando una *tensión normativa*, y el modo de sortearla, se encuentra específicamente descripto en la misma ley.

En este orden, y a los fines de dirimir esta situación, el legislador ha establecido un hito temporal que disipa cuál de ellas regulará el caso concreto. A tales efectos es menester realizar un esfuerzo interpretativo, un análisis en concreto de la situación o relación jurídica sobre la cual corresponde decidir la aplicabilidad de un dispositivo legal u otro.

Con esa finalidad, el art. 7 del CCyC resultará una suerte de dispositivo transitorio, que sirve para el judicante como punto de enlace entre dos regímenes jurídicos que regulan análogas relaciones o situaciones jurídicas pero operando sus efectos en tiempos divergentes.

III. La aplicación del Código a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Primogénitamente debemos detenernos en el concepto de relaciones o situaciones jurídicas.

La *relación jurídica* constituye un vínculo legal entre personas, reconocido por el derecho. Es la *relación entre el titular de un interés,* (sujeto activo) *tutelado por el ordenamiento jurídico y contemplado en la totalidad de éste* (Conf. art. 1 y 2 del Código Civil y Comercial) y la *persona o personas obligadas a respetar aquel interés* (sujeto pasivo). Así podemos decir, que un sujeto que sufre un daño injustamente causado resulta titular de la relación jurídica que lo une con su dañador. (conf. art. 1717 del CCyC). Esa relación jurídica recae sobre personas ciertas y determinadas o susceptibles de determinación y no sobre cosas u objetos.

El sujeto activo es aquel al cual el ordenamiento jurídico atribuye o reconoce el poder o derecho subjetivo de obtener la realización de su interés, mientras que el sujeto pasivo es sobre quien reposa el deber de realizar el interés del sujeto activo. El contenido de la relación jurídica lo representan los poderes y deberes que la relación encierra y que constituyen su sustancia. Es ni más ni menos que el derecho subjetivo y el deber jurídico.

Desde esta perspectiva se crean relaciones jurídicas patrimoniales (contratos, obligaciones) y extrapatrimoniales (matrimonio, adopción, unión convivencial).

Se aprecia entonces, que cada uno de los sujetos en la relación tiene un papel diferente, pues pueden ser sujetos activos o pasivos. Ello dependerá del lugar o posición que cada uno tenga en la relación. A este lugar o posición que los sujetos tienen se le denomina *situación jurídica*.

De este modo las situaciones jurídicas *son las posiciones que ocupan cada uno de los sujetos que intervienen en las diversas relaciones jurídicas*. La situación jurídica también puede ser pasiva o activa.

Tener una situación jurídica pasiva en una relación jurídica significa ser el titular del deber. Tener una situación jurídica activa significa ser el titular del derecho.

Entonces, la relación jurídica, que acabamos de analizar, no es sino una clase de situación jurídica. Como sabemos, la norma jurídica prevé situaciones del tipo que, al verificarse, se ven vinculadas a ciertas consecuencias jurídicas previstas en ella. Cuando el supuesto de hecho se realiza, algo cambia en el mundo de los fenómenos jurídicos, hay una situación nueva. Esta situación, que se denomina, situación jurídica, puede consistir en una relación jurídica o en la calidad de una persona o de una cosa.

La diferencia entre una y otra es justamente que la relación jurídica se circunscribe al vínculo entre dos personas, produciendo en principio efectos *inter partes*, mientras que la situación jurídica puede ser también unilateral y sus efectos son *erga omnes*. Así toda relación jurídica implica una situación jurídica, pero no toda situación jurídica es o deriva de una relación jurídica.

Si bien era necesario realizar estas precisiones, el texto del art. 7 del Código Civil y Comercial instituye los mismos efectos con relación a la retroactividad de la ley.

El artículo dispone que "las leyes se aplican a las *consecuencias* de las relaciones y situaciones jurídicas existentes". Con relación a las consecuencias debemos señalar que las mismas resultan de los efectos, derivaciones, o secuelas de la relación o situación jurídica. Conviene entonces, diferenciarlo de lo que son los hechos *constitutivos* o *extintivos* de dichas relaciones. Así, la modificación de un contrato, no es una consecuencia del original, sino un nuevo acuerdo que se regirá por la norma vigente al momento en que se produjo esa modificación (conf. arg. art. 979 del CCyC). Pero el agravamiento de un daño producto de un accidente de tránsito sí lo es, pues en definitiva deriva causalmente del hecho que lo produjo (conf. art. 1726, 1727 y 1737, 1739, y 1740 del Cód. CCyC) el cual ha quedado atrapado en el tiempo y regido por la norma vigente al momento en que ha acaecido el mismo.

IV. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario.

La norma es retroactiva cuando resulta de la aplicación a una situación o relación jurídica cuyo gen se originó en un periodo de tiempo pretérito a su entrada en vigencia.

El axioma del Código reposa en el principio de irretroactividad de la ley. Las normas tienen que regular hacia el futuro, ello constituye un *dogma* o *apotegma primordial*. Este axioma resulta tan básico como decir: si se comienza a jugar un partido de futbol en donde como regla se encuentra permitido que el arquero tome con la mano la pelota entregada directamente por un defensor, y coetáneamente al desenvolvimiento del cotejo desde la FIFA se cambia dicha regla por la inversa, resulta lógico suponer que a ese partido la modificación no le será aplicable.

Desde esta perspectiva se deduce que la nueva ley se aplica:

1. A las *relaciones o situaciones jurídicas* que se *constituyan* o *extingan* en el futuro, es decir, luego de su entrada en vigencia. Ej. Un divorcio que se constituye con la sentencia, quedando consumado ese hecho extintivo, corresponde aplicar la ley vigente al momento de esa constitución (dictado de la sentencia) o;

2. A las que *no se encuentren agotadas* aún en cuanto a sus *efectos* o contenido, siempre que tengan origen legal (vg. intereses derivados del resarcimiento de un daño), pues si tiene origen convencional quedarán atrapados en la última parte del art. 7 del CCyC. De más está decir que, si la relación o situación jurídica se encuentra consumada, la ley que la regula es el Código derogado.

Por lo tanto, si el hecho constitutivo o extintivo no ha fenecido durante la vigencia de la ley anterior, la aplicación inmediata de la nueva ley cobra plena virtualidad, y a *contrario sensu* si los hechos se encuentran

definitivamente cumplidos, o dicho de otro modo, si su razón de ser, o misión a la cual están destinados ya se halla agotada, la ley nueva se torna irretroactiva.

Debemos agregar que a diferencia de lo que ocurre en materia de derecho penal, en donde la irretroactividad de la ley nunca puede ser decidida por el propio legislador ante la posibilidad de conculcar derechos constitucionales de los imputados, en materia de derecho privado ello si es viable, y en la medida que una ley establezca su aplicación retroactiva será válida como tal, pero tendrá como límite no afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

V. Diferenciación entre las cuestiones de derecho y hecho que se subsumen en la norma. La posibilidad de aplicar el art. 7 de oficio.

En cuanto a la posibilidad de aplicar el dispositivo de oficio, debemos diferenciar dos situaciones, por un lado si se trata de una cuestión de derecho o si lo que se encuentra en análisis es una cuestión de hecho.

1. Cuestión de derecho. Supongamos que llega a los estrados del tribunal un caso ocurrido dos semanas antes de la entrada en vigencia del Código. En este supuesto, la aplicabilidad del art. 7 y la elección del derecho aplicable resulta obligatorio para el Juez, incluso de oficio, pues se trata de una cuestión de derecho donde la máxima *iura novit curia* cobra plena aplicabilidad.

2. Cuestión de hecho. Ahora bien, si lo que se encuentra en debate no es la aplicación de la ley al hecho, sino el momento en que ocurrió el hecho mismo la cuestión debe encuadrarse dentro del ámbito dispositivo de las partes, quedando vedada la declaración jurisdiccional de oficio. Por ejemplo una parte alega que el hecho acaeció el día 25 de Julio de 2015, mientras que la otra dice que fue el 5 de agosto, o bien que el contrato, se celebró en una fecha u otra, deberá ser la parte que ha alegado ese hecho, la que demuestre esas circunstancias en razón del principio que emana del art. 377 del CPCCN.

VI. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionale.

A diferencia de lo que ocurría con el Código Civil, que hacía referencia directa a derechos adquiridos, este nuevo cuerpo normativo menciona al "amparo de garantías constitucionales" como recaudo liminal insoslayable para permitir la aplicabilidad de la ley. Ello resulta armónico y coherente con el espíritu de los arts. 1 y 2 del nuevo Código, pues a través de ello se impregna la idea que ya venía consolidando nuestra CSJN sobre la armonización del ámbito constitucional y supra nacional con el derecho privado. Entonces, el concepto de *derechos amparados por garantías constitucionales* es más amplio que el de "derechos adquiridos", pues a los primeros le basta la potencialidad de su afectación aún cuando no hayan sido efectivamente adquiridos.

VII. Leyes supletorias e indisponibles. Su relación con el principio de irretroactividad de la ley.

Las normas son supletorias o imperativas en la medida que legislen, regulen o contemplen cuestiones de implicancia privada o entre los particulares, o de orden público cuya regulación interesa y atañe al Estado. Se entiende que las normas en los contratos son indisponibles o imperativas cuando de su modo de expresión, contenido, o de su contexto resulte dicho carácter. (Conf. art. 962 del CCyC).

Tal como se desprende del artículo 7, si la nueva ley es supletoria, se aplica sólo a los contratos en curso de ejecución, pero si es imperativa es de aplicación instantánea, incluso a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código.

Dentro de la categoría de las leyes supletorias debemos incluir las llamadas leyes dispositivas, (vg. las relativas a la mora, art. 886 del CCyC, y al pacto comisorio tácito, art. 1083 del CCyC) las cuales aunque gozan de características propias, quedan subsumidas en el régimen previsto para ellas, por lo que no son de aplicación inmediata.

VIII. La aplicación inmediata del Código Civil y Comercial en materia de consumo.

Por último, debemos precisar que, a diferencia de lo que ocurre en materia de contratos en general, la irretroactividad de la ley no afecta al contrato que se desenvuelve dentro del plano del consumo, cuando se encuentra en curso de ejecución. Ello resulta de toda lógica, pues las normas del ámbito del consumo son de orden público, imperativas o indisponibles (Conf. art. 65 de la LDC), por lo tanto deben ser aplicables a los contratos en curso de ejecución.

IX. Impacto de estos recaudos en materia de responsabilidad civil.

Preliminarmente debemos decir, que el nuevo Código ha creado un sistema de *unicidad* de regímenes normativos entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, pero no de *identidad*, pues la causa fuente de la obligación sigue siendo independiente.

Tal es así que el propio Código en el art. 1716 establece que *la violación del deber de no dañar a otro*, o *el incumplimiento de una obligación*, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de ese cuerpo normativo. Por ello hay que diferenciar en cuanto al análisis ambos supuestos.

Con relación *al resarcimiento del daño proveniente de la violación del deber de no dañar* se aplica el Código vigente a la fecha del hecho, salvo que se trate de un hecho complejo o concatenado que ha comenzado a producirse durante la vigencia del Código derogado y culminado una vez que ya se encontraba vigente el nuevo Código Civil y Comercial.

La *indemnización de los daños* se rige por la ley vigente al momento del hecho y no a la vigente al momento de su cuantificación, aún cuando se agraven o aumenten con posterioridad las consecuencias de dicha lesión, pues su origen deriva de un hecho ya *consumado*.

Ante el *incumplimiento de una obligación de fuente contractual* que torne operable el resarcimiento del daño, debemos tener en cuenta el momento en el cual se ha celebrado el acuerdo, en tal caso será aplicable la normativa vigente a ese entonces, siempre que al consumidor le sea más favorable.

No obstante, cuando se trate de normas de orden público, indisponibles o de consumo, se aplicará el nuevo régimen jurídico. Las normas dispositivas, como las referentes a la mora y al pacto comisorio, caen dentro de la primera regla de aplicación, es decir, se aplica la ley vigente al momento en que fue constituido el acuerdo.

Con relación a la *prescripción en materia de responsabilidad civil*, el art. 2537 del CCyC establece que los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior.

La interpretación del art. 2537 del CCyC en materia de daños puede comprimirse de la siguiente forma: los plazos de prescripción en materia contractual se rigen por el art. 4023 del Código derogado (10 años) y en materia de hechos ilícitos por el art. 4037 de ese mismo cuerpo legal (2 años). Salvo que el plazo de 3 años previsto en el art. 2561 del nuevo Código Civil y Comercial, a contar desde su entrada en vigencia, sea inferior al que resulte del que venía en curso, en tal caso se aplica éste último. Por ejemplo, si se trata de un caso de responsabilidad contractual y al 1º de agosto de 2015, ya había transcurrido 1 año de la suscripción del acuerdo, el plazo restante será de 3 años más a contar de la fecha de entrada en vigencia del Código y no de 9 años, pues la norma esta instituida a *favor de la liberación del deudor*. Prevalece en este caso el art. 2561 del nuevo CCyC por sobre el art. 4023 del Cod. Civil.

Ahora bien, si se trata de un accidente de tránsito acaecido en la misma fecha, que dé lugar al resarcimiento en virtud de la violación del principio genérico de no dañar, se aplicará el art. 4023 del Cód. Civil (2 años a contar desde el hecho), pues el plazo de prescripción instituido en este último es menor al establecido por el art. 2537 del CCyC (3 años contados desde la fecha de entrada en vigencia del CCyC).

En razón de los argumentos expuestos debo concluir diciendo que coincido plenamente con el preciso fallo de la Cámara, pues aplicó la norma vigente al momento en el que se produjo el hecho, lo cual se encuentra en correspondencia lógica con lo que hemos venido señalando.

La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LA LEY 11/12/2015, 6 • LA LEY 2015-F, 454
Cita Online: AR/DOC/3494/2015
[Conultado el: 05/07/2020]

Sumario.

I. ¿La teoría de la adecuación o teoría de la imputación? — II. La relación de causalidad adecuada en el Código Civil y Comercial. — III. Análisis ex post facto del hecho y su consecuencia. — IV. Relación de causalidad y extensión del resarcimiento. — V. La previsibilidad de las consecuencias y la previsibilidad en la culpa. — VI. Co-causa y concausa del resultado. — VII. La imputación causal de las consecuencias ante un hecho involuntario. — VIII. Conclusión.

I. La teoría de la adecuación o teoría de la imputación.

La teoría de la adecuación no es, como opinaban originariamente sus defensores, una teoría causal, sino una teoría de la imputación: no dice cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado, sino que intenta dar una respuesta a la pregunta de qué circunstancias causales son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente. La teoría de la causa adecuada, en otras palabras, no es una teoría causal sino una teoría de la imputación de las consecuencias, en cuyo marco se interrelacionan la imputación física (causalidad) y la imputación moral (voluntariedad y previsibilidad), determinando en definitiva la extensión de la responsabilidad (1).

II. La relación de causalidad adecuada en el Código Civil y Comercial.

La conexión causal apunta al enlace material entre un hecho antecedente y un hecho consecuente y supone establecer el ligamen existente entre un acto y sus consecuencias. Se trata de un elemento autónomo del supuesto de hecho que genera la responsabilidad que está llamado a aprehender jurídicamente el encadenamiento que existe entre una situación antecedente (acción u omisión), y su resultado: el daño (2).

La cualidad jurídica no es adyacente a la causalidad material, pues si bien en cierto campo se superponen, en otro no son coincidentes, pues la primera resulta más comprimida que la segunda.

La causalidad física o material exige una depuración para obtener así la "causalidad jurídica", porque el derecho no es una física de las acciones humanas, el crudo materialismo de la causalidad física es depurado, refinado, sometido a un proceso mental, que descansa sobre la existencia de topes, límites o techos de imputación. A través de los conceptos de normalidad, de previsibilidad y de imputación, y aplicando las normas vigentes, la causalidad física es recortada, para hacer que finalmente el proceso de asignación causal, que se apoya en la previsibilidad del resultado dañoso al momento de actuar, produzca que la ley sólo haga responsable al agente o sujeto dañador hasta donde llegue el poder de su voluntad: es que si el daño era previsible, la conducta dañosa implica una aceptación, al menos mediata, de ese daño como voluntario y por eso se considera que existe

adecuación causal de esa conducta del dañador o de su ausencia de cumplimiento del deber de garantizar la inocuidad de la cosa o servicio que de él depende, al resultado dañoso.

La causalidad física es recortada, para hacer que finalmente el proceso de asignación causal, que se apoya en la previsibilidad del resultado dañoso al momento de actuar, produzca que la ley sólo haga responsable al agente o sujeto dañador hasta donde llegue el poder de su voluntad: es que si el daño era previsible, la conducta dañosa implica una aceptación, al menos mediata, de ese daño como voluntario y por eso se considera que existe adecuación causal de esa conducta del dañador o de su ausencia de cumplimiento del deber de garantizar la inocuidad de la cosa o servicio que de él depende, al resultado dañoso (3).

El instituto jurídico que recorta la causalidad material es la teoría de la causalidad adecuada adoptada por el Código Civil y Comercial en el art. 1726, por la cual ante un evento dañoso, pueden sumarse otros acontecimientos que aparecen en relación, causal con aquél, apropiados por incrementar el daño. Según la experiencia general, son conformes o adecuadas con el hecho a través del cual se han producido, y el que ha de responder de aquel hecho ha de responder de estas consecuencias. La determinación del nexo causal, permite determinar quién es el autor material —*imputatio facti*, sino también la extensión del resarcimiento (4).

III. Análisis ex post facto del hecho y su consecuencia.

El análisis de la causa de un daño se debe hacer *ex post facto*, después de acaecido el hecho, un juicio o cálculo de probabilidades. Prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, habrá que indagar si la acción u omisión del presunto agente era o no por sí misma apta o idónea para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas; y de responderse afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, habrá que declarar que tal acción u omisión era "adecuada" para producir el perjuicio, el que será entonces atribuible objetivamente a su agente; y no en caso contrario (5).

IV. Relación de causalidad y extensión del resarcimiento.

A diferencia de otras ciencias, en materia causal el Derecho no es sólo explicativo ("por qué") sino sobre todo finalista ("para qué"): cuando se trata de responsabilidad indemnizatoria el nexo de causalidad define quién causó el daño y cuáles rubros debe reparar. Dichos aspectos se enlazan de modo entrañable: nada debe reparar quien es ajeno al suceso lesivo, y las características de éste anticipan las consecuencias objetivamente previsibles (inmediatas o mediatas) que procede indemnizar. El detrimento causado por el hecho no es sólo requisito del resarcimiento, sino que también sirve para determinar su extensión y límites.

En tanto vínculo con un evento generador, la noción sobre causalidad debe integrarse de manera coherente con la concerniente al daño resarcible. Resuena la directiva clásica de que es resarcible todo y sólo el daño causado por el hecho que se imputa al responsable. La indemnización no debe pecar por exceso, ni por defecto; además de completa en la medida factible, también debe ser apropiada según la gravedad del daño injusto (6).

Para dar solución al problema de la pluralidad sucesiva de consecuencias, conocido también como el problema del *regressus ad infinitum* causal, nuestro Código Civil y Comercial adhiere a la teoría de la causa adecuada de VON KRIES y la convierte en ley positiva en sus arts. 1726 y 1727.

Así distingue tres categorías de consecuencias que son imputables según el distinto grado de previsibilidad por parte del agente. Estas consecuencias son inmediatas, mediatas y casuales:

a) Inmediatas son aquéllas que suelen suceder según el curso natural y ordinario de las cosas;

b) Mediatas son aquéllas que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto; y

c) Casuales son las consecuencias mediatas imprevisibles. En principio, las consecuencias casuales no se imputan (art. 1727 Cód. Civ. y Com.)

La medida del resarcimiento a cargo del responsable, habrá de resultar de la propia extensión de las consecuencias dañosas derivadas de su proceder, vale decir que puedan ser tenidas como "efectos" provocados o determinados por su conducta; la que entonces viene así a ser, en realidad, su "causa" (7).

Siguiendo tales lineamientos, nuestra jurisprudencia fue resolviendo que es "adecuada" la conexión causal que vincula un hecho antecedente a uno consecuente, cuando el primero tiene virtualidad para producir normalmente al segundo de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas; y que por el contrario no lo es, si la acción debe considerarse indiferente según la experiencia de la vida para la producción del daño (8).

Desde esta arista, la idea de previsibilidad cobra plena aplicación, y se pude señalar que el daño es resarcible en la medida que fuera previsible o debiera haberlo sido para el sujeto dañador. Cuando se trate de un caso de responsabilidad por incumplimiento contractual esa previsibilidad debe ser analizada al momento de la celebración del contrato, y en razón de ella se establecerá el límite de las consecuencias que deben ser resarcidas. (conf. art. 1728 del Cód. Civ. y Com.)

V. La previsibilidad de las consecuencias y la previsibilidad en la culpa.

La culpa presupone una previsibilidad de las consecuencias, por lo tanto, parecerían superponerse los conceptos de previsibilidad tanto en la esfera de la culpa como en el campo de la relación de causalidad.

Pero ambos tipos de previsibilidad detentan un matiz diferencial. Mediante la relación de causalidad se puede conocer, si tal o cual resultado puede ser atribuido a la acción u omisión de tal o cual sujeto; es decir, si cabe asignarle autoría en función de una causalidad jurídica. Este aspecto, debe ser complementado acorde la **previsibilidad en abstracto**, según el curso ordinario de las cosas (art. 1727del Cód. Civ. y Com.), siendo que resultan previsibles para cualquier hombre corriente. Mientras que la valoración de la culpa según el art. 1724 del Cód. Civ. y Com. requiere de una **previsibilidad en concreto,** pues pondera la situación del sujeto ya que refiere a las circunstancias de persona tiempo y lugar (9). En este orden, si el sujeto (conforme las circunstancias específicas) previó o debió prever un resultado dañoso, responde por todos los resultados normales de su acto analizados en el caso en concreto.

VI. Co-causa y concausa del resultado.

La concausa es una causa que interfiere o actúa independientemente de la condición puesta por el agente a quien se atribuye el daño. Se trata de una pluralidad de hechos causales. Es clásico caracterizar como tipos de concausa:

1) Las concausas preexistentes, es decir aquellas que son anteriores al hecho del agente (un sujeto que sufre de osteoporosis es golpeado por otro y sufre una fractura grave que el golpe por sí mismo no debía producir);

2) las concausas concomitantes, es decir la presencia de dos causas que actúan al mismo tiempo (un sujeto que, como en el caso anterior, es golpeado por otro y al caer se dispara el arma que lleva en la cintura, hiriéndolo de gravedad), y

3) las concausas sobrevinientes, es decir, causas nuevas, posteriores al hecho que desencadena el resultado (un sujeto que, lesionado, es intervenido quirúrgicamente y que por alergia desarrolla durante la operación un shock anafiláctico a un antibiótico y muere).

Por su parte, la co-causación, deriva de la actuación concurrente, y causalmente relevante, de dos o más agentes que coadyuvan con su conducta a la producción del daño. Se trata de pluralidad de agentes causales.

La co-causación puede derivar de:

1) Una causalidad conjunta o común (dos o más personas, con su acción, han provocado el daño);
2) Causalidad acumulativa (el daño es provocado por el actuar independiente entre sí de dos o más agentes, con la particularidad de que cada uno de ellos, aun cuando hubiese actuado aisladamente, habría provocado igualmente el daño), y
3) Causalidad alternativa (frente a dos o más hechos idóneos para provocar el daño, éste acaece por la acción de sólo uno de ellos aunque no resulta posible precisar cuál de esos hechos elimina causalmente a los demás) (10).

En suma, mientras la con-causa incide en la relación de causalidad disminuyendo la imputación proporción a su nivel de incidencia en el daño, la co-causa resulta irrelevante a tales fines.

VII. La imputación causal de las consecuencias ante un hecho involuntario.

En la perspectiva clásica de nuestro Derecho Civil, para que un hecho pudiera ser imputado a una persona, y de esta manera convertirse en acto, era necesario que fuera ejecutado con voluntad, esto es, con discernimiento, intención y libertad. (conf. arts. 897 y 900 del Código originario)

En la actualidad y partiendo de una correcta lectura de los arts. 260, 261, 1742 y 1750 del Cód. Civ. y Com., podemos decir que si bien no le son imputables al autor de un daño involuntario (vg. demente o persona menor de edad en los términos del art. 261) las consecuencias de sus actos, aunque responde por razones de equidad, pudiendo el Juez al fijar la indemnización atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. (Conf. arts. 1742 y 1750 del Cód. Civ. y Com.).

VIII. Conclusión.

Para éste nuevo Código Civil Comercial, que instituye amplias facultades a los Jueces las cuales se encuentran en lógica argumental con la idea del Magistrado intervencionista en donde descansa su perspectiva teleológica la dogmática de la relación de causalidad representa tan solo una pauta general, a la que han de ajustar su labor de los judicantes, quienes deberán ponerla en práctica atendiendo a las circunstancias peculiares de cada caso, guiándose más que por teorías abstractas, por el criterio que pueda orientar mejor, o más acertadamente, a la solución justa.

Eso es lo que han hecho los magistrados de la Sala M de la Cámara Nacional Civil con el impecable voto de la Dra. María Isabel BENAVENTE, —al que se adhirieron las Sras. Juezas Elisa M. DIAZ DE VIVAR y Mabel DE LOS SANTOS—, a través del cual se han analizado con particular precisión los cimientos en donde reposa la relación causal, aplicándolos con buen tino y sobrada sapiencia al caso específico.

Bibliografía.

(1) MOISÁ, Benjamín, Teoría general de la imputación en el Derecho Civil, RCyS 2012-XII, 31, AR/DOC/5488/2012. ROXIN, CLAUS, DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho de daños. Ed. Civitas. Madrid.

España. 2000 Pág. 340 y s. Aduna que en cuanto a la exigencia de voluntariedad como requisito de imputabilidad, TOMÁS DE AQUINO, al inicio mismo de la segunda parte de su Suma Teológica, destinada al hombre como principio de sus propias acciones, claramente expresa de entre las acciones que el hombre realiza, sólo pueden considerarse propiamente humanas aquellas que son propias del hombre en cuanto que es hombre. El hombre se diferencia de las criaturas irracionales en que es dueño de sus actos. Por eso, sólo aquellas acciones de las que el hombre es dueño pueden llamarse propiamente humanas. El hombre es dueño de sus actos mediante la razón y la voluntad; así, se define el libre albedrío como facultad de la voluntad y de la razón. Llamamos, por tanto, acciones propiamente humanas a las que proceden de una voluntad deliberada. Las demás acciones que se atribuyen al hombre pueden llamarse del hombre, pero no propiamente humanas, pues no pertenecen al hombre en cuanto que es hombre.

(2) GOLDEMBERG, Isidoro, La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil, La Ley, Buenos Aires, 2000, 2da ed., ampl. y con actualización Jurisprudencial, pág.39/40. SAMMARTINO, Patricio M. E., "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 437. PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones, Tomo 3, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 94 y ss.

(3) LÓPEZ MESA, Marcelo J. Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada, LA LEY 12/08/2013, 1, LA LEY 2013-D, 1167, AR/DOC/2991/2013. LÓPEZ MESA, Marcelo, "Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo", edición de la Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Diké, Colección Internacional (Libro N° 11), Bogotá, 2009, p. 410.

(4) LARENZ, Karl, Derecho de Obligaciones, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, p. 200. Causa adecuada y propio daño, Gagliardo, Mariano, RCyS 2013-I, 99, AR/DOC/6088/2012.

(5) PUIG BRUTAU, José Fundamentos de derecho civil, Barcelona, Bosch, 1956, T° II, vol. II, p. 684; VON TUHR, Andreas. Tratado de las obligaciones. trad. de W. Rocés, Madrid, Ed. Reus, 1934, T° I, p. 71, § 12, I, 9; COLOMBO, Leonardo A. "Culpa aquiliana (Cuasidelitos)", 2ª ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1947, ps. 162 y ss., n° 59. Así proponía Lehmann el siguiente ejemplo: un sastre había prometido a su cliente tenerle listo un traje para un día y hora prefijados, dado que este último debía viajar en tren a otro lugar; el sastre se atrasó en su trabajo y no pudo cumplir en término, obligando a su cliente a retrasar su viaje para el día siguiente, oportunidad en que el tren descarrila provocando su deceso. Sin duda que en ese caso el retardo del sastre fue en verdad una de las circunstancias que determinaran el fallecimiento del cliente en el accidente del ferrocarril en que viajaba; puesto que de haber cumplido en tiempo el mismo lo habría hecho en otro tren que llegara sano y salvo a su lugar de destino. Pero en una apreciación en abstracto de la conducta del sastre, sin duda no se lo podría responsabilizar por la muerte de su cliente, ya que la circunstancia de no haber entregado el traje en el tiempo convenido, de ninguna manera resulta por sí apta o idónea per se, sino por el contrario manifiestamente irrelevante, para poder provocar el deceso de aquél, conforme al curso natural y ordinario de los acontecimientos.

(6) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II, 95, AR/DOC/158/2012.

(7) TRIGO REPRESAS, Félix A Daños sufridos por un peatón por la defectuosa cobertura de una obra en ejecución, LA LEY 28/11/2011, 8, LA LEY 2012-F, 488, LLP 2013 (julio), AR/DOC/5846/2012. BREBBIA, Roberto H. "La relación de causalidad en derecho civil", Rosario, Juris, 1973, p. 61 y "Hechos y actos jurídicos", Buenos Aires, Astrea, 1979, T° I, p. 87. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. Responsabilidad civil y relación de causalidad. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1984, p. 32. GOLDENBERG, Isidoro H. "La relación de causalidad en la responsabilidad civil" Ed. Astrea. Buenos Aires. 1984. Pas. 54 y sigs., ORGAZ, Alfredo "El daño resarcible", 2ª ed. Ed. Bibliográfica Omeba Buenos Aires. 1960, p. 154, PIZARRO, Ramón D. "Causalidad adecuada y factores extraños", en Derecho de daños. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe", Ed. La Rocca. Buenos Aires. 1989. pp. 255 y sig. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto "La extensión del resarcimiento en la responsabilidad objetiva", en La Ley, 1979-C, 793, n° II; Cám. Nac. Civil, Sala A, 26/3/75, "Finolo de Lorenti c/ Transportes colegiales S.A.", La Ley, 1975-C, 168; ídem sala D, 19/2/82, "Wahl c/ Munic. Cap. Fed." J.A. 1983-I-252; S.C. Mendoza, sala I, 26/3/92, "Buel c/ Cía. de Perforaciones Río Colorado", La Ley, 1992-C, 115 y E.D. 145-454.

(8) Cám. Nac. Civil. Sala A, 26/3/75, "Finolo de Lorenti c/ transporte Colegiales S.A.", La Ley, 1975-C, 168; ídem, sala C, 18/6/79, "Costa c/ Munich. Cap. Fed.", La Ley, 1979-C, 545 y E.D. 84-334; Cám. 2ª Civ., Com., Minas, Paz y Tributario Mendoza, 23/3/79, "Bensayag c/ Carrizo", J.A. 1979-III-173.

(9) Si bien participamos de la idea de la valoración de la culpa en concreto debemos precisar que se encuentran vigentes desde antaño dos sistemas bien definidos. El criterio de apreciación in abstracto u objetivo: en éste el juicio de reproche se hace con prescindencia de las cualidades personales del individuo (p. ej. musculatura, inteligencia, etc.). Para lograr una valoración de la conducta, se debe, por un lado, determinar el obrar que habría tenido una figura abstracta o ideal (el buen padre de familia del derecho romano) en las mismas circunstancias y, por el otro, la conducta particular del sujeto que causó el daño. A la conclusión se arriba luego de la comparación de ambas. Si los comportamientos coinciden, no existirá culpa; en caso contrario, es decir, si el comportamiento del sujeto no se ajusta al de un "buen padre de familia", estaremos ante una conducta culpable. En el otro criterio, llamado concreto o subjetivo, la apreciación se hace comparando la conducta del propio individuo, teniendo en cuenta sus cualidades personales (p. ej. musculatura, inteligencia, peso, concentración, etc.) y lo que era exigible conforme a la naturaleza de la obligación y las circunstancias concretas de persona, tiempo y lugar. Aunque explica el autor que se entiende que en la práctica ambos criterios de apreciación se complementan. Así, ni el sistema objetivo o abstracto prescinde de la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, ni el sistema subjetivo o concreto omite comparar la conducta del individuo con la de otro agente de diligencia promedio o normal. De esta manera, nuestro sistema debe considerarse "abstracto" y "concreto" a la vez. Y tal criterio es el que surge de las propias palabras del art. 1724 que al decir que "La culpa ... consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación" señala una regla de valoración objetiva, pues para saber cuál es la "diligencia exigida por la naturaleza de la obligación", debemos recurrir indefectiblemente a un tipo abstracto de comparación; añadiendo el criterio subjetivo cuando indica: y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. FOGNINI, Ariel I Culpa e imputabilidad, LA LEY 20/01/2012, 1, LA LEY 2012-A, 704, LA LEY 23/01/2012, 1, AR/DOC/6620/2011. PIZARRO, Ramón VALLESPINOS, Carlos. Obligaciones. Ed. Hammurabi, Tomo 2. P. 620. SALAS, Acdeel, "La responsabilidad civil contractual y extracontractual", en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, N° 21, p. 290.

(10) LÓPEZ MESA, Marcelo J. Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada, LA LEY 12/08/2013, 1, LA LEY 2013-D, 1167, AR/DOC/2991/2013. Cám. Apels. Trelew, sala A, 27/06/2013, "M., Marta c. Transportes El 22 S.R.L. s/daños y perjuicios", en La Ley Online, con votos de LOPEZ MESA y de VELÁZQUEZ. ZANNONI, Eduardo A., "Cocausación de daños (Una visión panorámica)", en "Revista de Derecho de daños", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. 2003-2, pp. 8 y 9.

El daño moral derivado de la disolución del matrimonio de las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2016-III, 15
Cita Online: AR/DOC/393/2016
[Consultado el: 06/07/2020]

Sumario.

I.- La exclusión de las causales subjetivas de divorcio como interpretación en contra de la viabilidad de la pretensión resarcitoria ante el daño moral que pueda provocar la interrupción del vínculo de derecho. — II.- Los hechos en los que pude fundarse la interrupción del matrimonio o unión convivencial y su correlación causal con el daño padecido. — III.- La falta de una norma expresa que permita admisibilidad de la acción de daños en el campo del derecho de familia. — IV.- El ocaso de la antijuridicidad entendida como la transgresión a un deber preestablecido. Del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido en el nuevo Código Civil y Comercial.— V.- El factor de atribución aplicable. La culpabilidad como dogma rector en la materia. — VI.- La cuestión de la compensación de culpas. — VII.- El resarcimiento del daño por su carácter injusto. Requisitos para su procedencia. — VIII.- El resarcimiento del daño moral, material y físico. — IX.- Colofón

Es viable la acción de daños y perjuicios ante la disolución del matrimonio o las uniones conviveneciales siempre que se produzca un daño injusto. En esos casos, la antijuridicidad se configura por la existencia de un daño no justificado, es decir, un daño injustamente sufrido cuya resarcibilidad no contraríe el orden jurídico. De esos derechos reconocidos derivará un "interés", que el Juez, -en el caso concreto-, considerará si resulta o no merecedor de tutela jurídica mediante una decisión razonablemente fundada. El factor de atribución es siempre el subjetivo basado en la idea de culpa o dolo, y el daño debe tener la suficiente entidad para habilitar su reparación.

"...La vida en pareja importa un respeto a la dignidad del consorte o conviviente tanto en sus facetas física como psíquica, y consecuentemente a ello, la terminación de un vínculo afectivo, requiere la mas elemental consideración hacia la persona humana, la cual se traduce en un prudente accionar destinado a no herir o lesionar la dignidad del otro..."

Abstract. Los proyectos mundanos que los hombres y mujeres de esta tierra idealizan en las uniones jurídicas no siempre se materializan en la realidad cual poemas de Gustavo Adolfo Bécquer, las finas dicciones de Pablo Neruda o del mágico Gibran Jalil Gibran. Lamentablemente algunos de ellos quedan subsumidos en los más tristes de los sentimientos del ser humano: el dolor, la aflicción, la desazón. En muchos casos, esos sentimientos no responden a una causa protegida por el derecho, por lo que se tornan irrelevante para éste; pero en otros, cuando producen una afección a bienes jurídicos protegidos, es el propio ordenamiento, contemplado en toda su extensión (Código civil y Comercial,

Tratados Internaciones y Leyes Especiales), quien autoriza, hermenéutica interpretativa mediante, a solicitar una indemnización para sanear el daño, pues se ha resentido un interés merecedor de tutela.

I. La exclusión de las causales subjetivas de divorcio como interpretación en contra de la viabilidad de la pretensión resarcitoria ante el daño moral que pueda provocar la interrupción del vínculo de derecho.

La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio, aun con diferentes matices, encuentra recepción en el derecho comparado. Pueden citarse, entre otros el Código suizo (1907) art. 151; Código Civil griego (1920) art. 1453; Código matrimonial sueco (1920); Ley danesa de Matrimonio (1922) art. 67; Código de Perú (1984), en Francia, art. 266 del Cód. Civil-, México, art. 288 del Cód. Civil-, Portugal, art. 1792, del Cód. Civil, Estados Unidos de Norteamérica Sección 4800, punto 3 del Cód. Civil de California-, entre otros. (1)

El nuevo Código Civil y Comercial no se ha expedido sobre ellos, y en la letra de algunos autores la eliminación de las causales subjetivas es realmente sugestiva en la materia a los fines de admitir la exclusión de esta vía resarcitoria. No compartimos ese criterio, por contrariar los cimientos en los cuales reposa la función resarcitoria de la responsabilidad civil en general y el deber de resarcir el daño extrapatrimonial en particular. (Conf. arts. 1716 y 1741 del CCyC).

Sabido es que los motivos del amor son insondables, por ello, la ley no los requiere expresamente sino que los presume al momento de constituirse el matrimonio. Las razones del desamor también son diversas y no responden a una sola concepción moral. Cuando el amor no es más fuerte, se extingue el vínculo matrimonial sin que existan culpables o inocentes. En estos casos, estamos ante dos personas que han dejado de amarse y tienen derecho a constituir una nueva vida con un significado distinto; sin que por esto, deban padecer el estigma de un significante discursivo que hace del derecho una objetable herramienta de poder. (2)

En este sentido, resulta apropiado, propicio y oportuno en razón de los tiempos que estamos transitando, admitir con total sustento, la eliminación de las causales subjetivas y a nuestro modo de entender, dicha supresión no posee una implicancia significativa en la aplicación del derecho de daños ante el hecho que motivó el divorcio o la ruptura de la unión convivencial.

Al respecto, hemos de señalar que si bien es cierto que la demanda por daños y perjuicios no aporta soluciones en pro de la familia, y mucho menos contribuye a subsanar un drama familiar existente, lo cierto es que cuando se llega a esas instancias es porque realmente queda poco que salvar en el plano familiar, es decir, quien solicita el resarcimiento de un daño causado dentro de un vínculo afectivo familiar, es justamente porque ese vinculo afectivo ya se ha destruido, y poco queda por salvar.

Así, la mujer que solicita un resarcimiento por los daños causados por los golpes, abandono, o infidelidad de su marido o conviviente, ya ha decidido irrumpir el vínculo hacia el futuro, por lo tanto, divorcio, separación y daños y perjuicios forman parte de las consecuencias de un vínculo afectivo ya fenecido.

En este orden de ideas, entendemos que la acción de daños y perjuicios sí constituye la solución idónea cuando lo que se persigue es la reparación de un perjuicio ante un "daño injustamente padecido". Por ello incluso desde los más prístinos pilares de la lógica, no resulta contrario a ello sostener que quién ha sufrido un perjuicio como consecuencia del hecho generador del divorcio o la ruptura convivencial, solicite la reparación del mismo, con los parámetros que propondremos más adelante.

II. Los hechos en los que puede fundarse la interrupción del matrimonio o unión convivencial y su correlación causal con el daño padecido.

El despacho de mayoría en la Comisión 3 "Daños en las Relaciones de Familia" de la Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, celebradas en Octubre de 2015, consideró que no corresponde

reparar los daños derivados del incumplimiento de los deberes típicamente conyugales. Por nuestra parte, hemos sostenido con el Prof. PANDIELLA (en despacho suscripto en minoría por JALIL-PANDIELLA), que son indemnizables los daños derivados de los hechos que dan lugar a la ruptura de la unión (ya sea matrimonial o convivencial), siempre que el hecho y consecuentemente el daño tenga la suficiente entidad para habilitar su reparación (Conforme arts. 52, 257, 1721 y 1739 del Código Civil y Comercial). (3)

Para disipar dudas partimos de la premisa de considerar que nunca los daños resarcibles en el plano de familia han tenido su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo, -ya que éste no constituye su causa fuente-, como tampoco en el incumplimiento de los deberes matrimoniales, pues en todo caso ellos se inmiscuían dentro del espectro de la antijuridicidad o tipicidad civil en la concepción del derogado Código.

Esto último, como explicaremos a continuación ha variado significativamente.

Hechas estas aclaraciones, decimos que son los hechos en los que puede fundarse la interrupción del matrimonio o la unión convivencial, los que deben ser analizados para determinar si los daños devienen resarcibles respecto a uno de los integrantes de la pareja y si esos perjuicios sufridos representan las secuelas directas del "hecho" que motivó esa separación. (4) (conf. art. 257 del CCyC y art. 1726 del CCyC), todo ello con independencia de si configuran o no el incumplimiento de un deber legal preestablecido pues ello debe analizarse *ex post facto* en virtud de la perspectiva teleologica en la que se subsume el art. 1717 del CCyC.

Creemos pues que la causa fuente de la obligación de resarcir reposa en el hecho que le da nacimiento, éste constituye su gen, su origen, su umbral. Es en esa causa motora donde puede devenir procedente el deber de reparar el perjuicio injustamente sufrido, una vez que el mismo sea cotejado con las demás presupuestos de la responsabilidad. (conf. art. 724 del CCyC).

Como venidos diciendo desde antaño, el divorcio no es causa de resarcimiento, como tampoco las causales que preveía el derogado Código y mucho menos el vínculo matrimonial, pero sí los hechos o motivos que llevaron al divorcio, o en su caso a la ruptura convivencial, cuando tienen una expansión y gravedad, fuerza dañosa punzante en el prestigio, en las esencias comunes espirituales del otro cónyuge, que de por sí, al margen de la separación conyugal y su disolución, entrañen un verdadero daño extrapatrimonial, debiendo en estos casos ser compensado con carácter autónomo. (5)

No obstante lo expuesto, cuando media una ruptura de una relación afectiva, que posteriormente termina en divorcio o ruptura convivencial, puede concluirse que ambos integrantes de la pareja sufren el dolor que se experimenta por el fracaso del proyecto de vida común trazado, resultando improcedente el reclamo en concepto de daño extrapatrimonial, si no se acreditan hechos o circunstancias con suficiente entidad que viabilicen el reclamo resarcitorio. (6)

La indemnización ha de quedar reservada a conductas del cónyuge o conviviente que, implican auténticos agravios para el otro, sin limitarse a ser sólo expresiones de pérdida del vínculo afectivo.

Además, su procedencia sólo puede ser analizada a través de la evaluación concreta de los hechos que lo ocasionaron; es decir, librada al prudente arbitrio judicial al igual que el monto indemnizatorio es caso de admitirse la reparación. (7)

III. La falta de una norma expresa que permita admisibilidad de la acción de daños en el campo del derecho de familia.

Si bien no se encuentra prevista en nuestra legislación en forma expresa la aplicación de las normas de la responsabilidad civil a las relaciones de familia, ni tampoco el tema ha sido desarrollado jurisprudencial ni

doctrinariamente, son múltiples los supuestos que se pueden presentar en los cuales uno de los cónyuges o convivientes dañe al otro y que deben ser solucionados por aplicación de las normas generales. (8) Entonces como dice RIVERA, el derecho de familia tiene lógicamente que respetar las normas del derecho civil de rango constitucional y no puede en aras de la especialidad de sus relaciones, violentar el principio básico de no dañar a otro, (9) que, agregamos tiene jerarquía constitucional, en razón de lo resuelto por nuestro máximo Tribunal Federal en el fallo AQUINO y recepción normativa en el nuevo CCyC. (Vid. Art. 1716 del CCyC).

El daño extrapatrimonial procede cuando el daño excede el amparo específico del derecho de familia, (10) o cuando derive de la lesión a derechos personalísimos, pues en tales casos el derecho a reparación proviene no de la calidad de cónyuge o conviviente sino como cualquier persona afectada por un hecho lesivo (11), pues la sanción resarcitoria corresponde a todo supuesto en que se ocasione a otro un "daño injusto", independientemente de que ello ocurra en el ámbito de los derechos patrimoniales o del derecho de familia. (12) Y aunque las normas propias del derecho de familia no prevean indemnización alguna por dicho concepto, éstas deben respetar el principio básico de no dañar que contempla implícitamente el art. 19 de la Constitución Nacional, (13) y expresamente el ya referenciado art. 1716 del CCyC.

Con una postura análoga la Cámara de Apelaciones de San Isidro consideró que si bien los marcos iusprivatistas de la responsabilidad -tanto contractual como extracontractual- son importantes, subsiste latente, por detrás y por encima un problema de jerarquía constitucional cual es el art. 19 de la Constitución Nacional, que alcanza sin más para que ninguna otra norma infraconstitucional se obligue a reparar todo perjuicio causado a un tercero, en consecuencia es inadecuado a nuestro sistema legal exigir que haya una norma expresa que determine el deber de reparar los daños causados por el hecho generador del divorcio porque sería pretender que sólo existe deber de reparar cuando haya una norma expresa que así lo disponga. (14) Similar criterio es sostenido por CORDOBA quien explica que cuando la ley no hace excepción alguna, pudiendo haberlo hecho, ni de las palabras ni de la razón se deduce que la ley deba limitarse, no podemos separarnos de su disposición general por medio de una distinción que ella no ha hecho. (15)

Con igual tesitura URIARTE manifiesta que nada impide la aplicación de los principios comunes a las relaciones civiles, entre ellos el deber de no dañar. Constituye este un concepto general del derecho que no puede estimarse ajeno al derecho de familia, en razón de que la responsabilidad por el incumplimiento de ese deber está claramente reservada a la materia de la responsabilidad civil, ámbito que no es extraño al derecho de familia. (16)

Esta posición ya fue sustentada en las *Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, homenaje a la doctora M. J. MÉNDEZ COSTA*, en donde se adujo que la responsabilidad civil en las relaciones de familia está sometida a las reglas generales del sistema. Los criterios de aplicación deben tomar en cuenta las características del mismo, vinculándolas con los intereses superiores en la constitución de una familia y en su estabilidad, y con el sentimiento de justicia de la comunidad. (17) En similar sintonía en las JNDC celebradas en Bahía Blanca, en Octubre de 2015, se resolvió por unanimidad que el derecho de familia no constituye un ámbito ajeno a la aplicación de las normas y principios de la responsabilidad civil, no obstante la necesaria compatibilización de estos con la especificidad de los vínculos familiares

En este orden, la fuente normativa que admite la aplicabilidad del derecho de daño es el art. 1716 que estipula *"...La violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado conforme las disposiciones de este Código..."*

Así el principio del *neminem laedere* cobra plena vigencia incluso en un ámbito tan reservado como lo es el derecho de familia admitiéndose casos excepcionales que queden fuera de su espectro de actuación, pues dicha excepción no está contemplada y porque esa no es la perspectiva que ha tenido en miras el Codificador, ni mucho menos la jurisprudencia de la CSJN. Ello es así, pues como explican PAGANO y GIMENEZ que ninguna norma prevé excepción fundada en el vínculo familiar. Nuestra Constitución Nacional en su art. 19 ordena que nadie esta privado de lo que la ley no prohíba. (18)

No obstante lo expuesto, en aquellos países donde se admite la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio, tal posibilidad está expresamente prevista en la ley, consideramos que ella debía haber sido la tendencia admitida por el nuevo Código, dentro del esquema del régimen especial del derecho de familia, pues si así hubiera ocurrido evitaría conflictos doctrinarios y jurisprudenciales posteriores y justamente hoy no sería el tema de este artículo.

IV. El ocaso de la antijuridicidad entendida como la transgresión a un deber preestablecido. Del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido en el nuevo Código Civil y Comercial.

El art. 1066 del Código derogado expresamente exigía la trasgresión a una disposición de la ley que estableciese un deber previo de conducta. El art. 1717 por el contrario estipula que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada. Se requiere de esta manera simplemente reconocer la existencia de un interés merecedor de tituela jurídica y no reprobado por el ordenamiento. (Conf. art. 1737 del CCyC).

El derecho tradicional ha partido de una premisa en razón de la cual no hay resarcimiento del daño si no existe una violación de un derecho subjetivo. Ese derecho subjetivo presupone un interés legítimo, un interés admitido expresamente por el ordenamiento jurídico.

El novel art. 1717 incorpora un cimero paradigma, pues admite la protección de intereses simples, que no se encuentran registrados expresamente en la ley, pero que constituyen justas expectativas del hombre medio sobre el ordenamiento jurídico, las cuales si resultan a su vez respetables y serias, deben ser atendibles y consideradas por éste último, siempre que no contraríen el orden público.

La protección de ese tipo de intereses cambia de enclave la partitura originaria escrita por el derogado Código, pues se genera una nueva concepción del derecho de daños, siendo la nota tipificante que decide la resarcibilidad del daño su carácter de injusto.

Entonces el daño es injusto en la medida que derive de la lesión de intereses merecedores de tutela jurídica, que son todos aquellos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados muestran como dignos y respetables, aunque no tengan cabida en las normas. Lo jurídico no se agota en lo legal, la injusticia del daño no supone reconocimiento normativo del interés lesionado. En base a este razonamiento, cualquier interés de una persona siempre que sea serio y digno se hará acreedor a la tutela jurídica, pues será injusto lesionarlo. (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Resarcimiento de daños*. Tomo IV. Ed. Hamurabi. Pag. 124.

Y que dudas quedan en que el derecho a la dignidad, honra, estabilidad o armonía familiar, integridad física y psíquica, salud mental, integridad moral son derechos tutelados por el ordenamiento normativo (contemplado en su bloque interno y supranacional por expresa previsión de los arts. 1 y 2 del CCyC), que merecen protección jurídica ante cualquier menoscabo que pueda afectarlos. El interés existe, y la fidelidad, el buen trato, la estabilidad familiar, la vida en común sana y moderada, siguen siendo valores dignos y respetados por toda la sociedad aunque no tengan, en la actualidad o en el futuro, cabida en las normas un deber jurídico preestablecido.

El daño injusto no presupone un deber legal preestablecido como lo exigía el art. 1066 del Cód. Civil, sino que surge de cotejar el ordenamiento jurídico entendido en su totalidad (especialmente tratados internacionales y Constitución Nacional), para determinar si existe un interés que puede verse afectado en el caso concreto, el cual en la medida que merezca tutela jurídica deberá ser indemnizado.

V. El factor de atribución aplicable. La culpabilidad como dogma rector en la materia.

Se debe tener en claro que en el resarcimiento por las consecuencias no patrimoniales del daño, no es un principio general que deba darse en todo caso de divorcio o ruptura de la convivencia, por el contrario, es la excepción. A modo de ejemplo el desamor puede ser el motivo de la separación y no por ello puede generar daños de índole resarcible.

Tratándose del rubro indemnizatorio el comportamiento merecedor de una sanción por el concepto referido, no está dado por el solo hecho del divorcio o ruptura de la conviviencia, sino por el obrar desidioso o malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge, el cual únicamente puede ser analizado a través de la evaluación concreta de los hechos que lo ocasionaron y el caso concreto.

Siendo que en la hipótesis bajo tratamiento el factor de atribución en juego es el subjetivo: culpa o dolo, parece inexorable que la calificación de la conducta del cónyuge, conviviente o pareja que a la postre se analice debe implicar medianamente culpa grave o dolo.

Ahora bien, frente a un hecho voluntario, tendrá su autor una culpabilidad calificada o dolo, cuando obre con absoluta indiferencia por los intereses ajenos (Conf. art. 1724 CCyC, ult. parr.). El supuesto puede encuadrar en cualquiera de los dos casos, de acuerdo al menor o mayor reproche que merezca su conducta.

Con relación a la culpa grave consideramos que la finalidad de introducir la culpa grave es la de limitar los factores subjetivos culposos de atribución de responsabilidad a casos de excepción, en los que se produce ese efecto negativo cuando el sujeto agente ha desbordado los límites de conducta normalmente respetados por las personas corrientes. Por otra parte, la admisión de la culpa grave conlleva a que el magistrado debe exigir un criterio de muchísima más intensidad en la infracción para la atribución de la responsabilidad, aunque dicha consideración debería surgir del texto de la ley y no de la voluntad del judicante.

VI. La cuestión de la compensación de culpas y la justificación del daño ante el ejercicio regular de un derecho.

Creemos que la culpa de ambos integrantes de la pareja no neutraliza la responsabilidad, por cuanto la culpa de uno de ellos no da derecho a la agresión del otro, y no importa descartar automáticamente el derecho de cualquiera de ellos de ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de alguno de los hechos que dieron lugar a la ruptura. (19)

Si seguimos el patrón lógico del razonamiento que lleva a admitir la indemnización de las consecuencias no patrimoniales del daño por su carácter de injusto, no advertimos por qué no habría de ponderarse la incidencia causal de la conducta de cada uno de los esposos o convivientes en la producción del daño respectivo.

Es que no estamos indemnizando los daños provocados por el divorcio o el vínculo familiar, tal como lo regula el art. 206 del Cód. Civil francés, sino aquellos emergentes de un obrar dañoso con independencia del resultado en el orden familiar.

En base a estos argumentos se puede concluir distinguiendo dos situaciones:

-El daño puede resultar de un solo hecho, al cual ambos integrantes de la pareja contribuyeron a producirlo; por ejemplo, por culpa de ambos se produce una reyerta que alcanza las vías de hecho y uno sale lesionado. Se aplican aquí los principios relativos a la concurrencia de culpas pues se trata de un hecho común.

-Si la separación se produce por culpa de ambos cónyuges pero por hechos diferentes de uno y otro; por ejemplo, infidelidad de uno y malos tratamientos de otro. En este caso, como los hechos y culpas son independientes, cada uno responderá de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho dañoso cometido.

Por su parte, en determinadas ocasiones el ejercicio regular de un derecho puede constituirse como una causal de excusación de la responsabilidad ante el hecho dañoso que motiva la ruptura de la pareja, en los términos del art. 1718 inc. a. Ello puede ocurrir desde dos perspectivas, legal o convencional.

-Legal, por ejemplo el caso de los esponsales, en donde la ruptura del noviazgo no resulta indemnizable en razón de lo expresamente previsto por el art. del CCyC.

-Convencional, cuando la pareja ha decidido voluntariamente asumir una conducta específica pactada. (Vg. Tener relaciones con terceros, no mantener la monogamia, o cualquier acuerdo de liberalidad). En estos casos, resulta a todas luces evidente que la infidelidad resulta del ejercicio regular de un derecho que justifica cualquier daño alegado.

VII. El resarcimiento del daño por su carácter injusto. Requisitos para su procedencia.

El art. 1737 estipula que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

Como sostiene KRASNOW en el presente, el derecho de daños se dirige a la protección de la persona.

Quedó atrás la concepción que partía de considerar a la indemnización como una sanción para quien causó un daño. En gran medida, responde a la declinación de la culpa y al reconocimiento de toda actividad riesgosa como factor objetivo de atribución. A esto se suma, la posibilidad de prescindir del presupuesto de la antijuridicidad cuando nos encontramos frente a lo que se denomina el "daño injusto".

Esta consideración- cuyos argumentos derivan de las postulaciones del Maestro DE LORENZO, debe ser tomada en concordancia con lo dispuesto por el art. 1717 del CCyC, que instituye en la legislación nacional, el daño injusto cuyos alcances dogmáticos deben encontrarse en el derecho italiano.

Dicho daño además de grave, (20) debe ser cierto, (21) tener cierta magnitud, (22) y debe quedar plenamente acreditado, ya que -como dijimos- el divorcio o la ruptura de la conviviencia en sí mismo no constituyen un menoscabo. Vg. Podrá prosperar la demanda de daños si se logra acreditar que el conviviente o el cónyuge se exhibe desinteresadamente con su nueva pareja en lugares públicos, y no será viable dicha pretensión si lo hace en ámbitos reservados o transcurrido un tiempo prudencial, pues aunque refleje esto una conducta que resulta clara expresión de la pérdida del vínculo afectivo, no alcanza para presumir que tal comportamiento tuviera el inequívoco afán de mortificar, dañar el prestigio, honor e integridad espiritual. (23)

En concordancia con lo que venimos explicando, debe especificarse el hecho constitutivo, (24) (causa fuente del deber de resarcir) y el daño propiamente dicho ya que la acción no es procedente cuando se hace difícil distinguir entre el agravio generador de resarcimiento y las manifestaciones de desamor o del propio conflicto familiar. (25) En definitiva, como dice ZANONNI el solo desamor no puede ser causa fuente de un resarcimiento autónomo. (26)

VIII. El resarcimiento del daño moral, material y físico.

Tal como lo prevé el art. 1740 del CCyC, la reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. En los casos de daños materiales el resarcimiento opera pos equivalente (art. 730 inc. c), pero en materia de daño extrapatrimonial esto no es posible. No hay modo, por su misma naturaleza, de resarcir por equivalente. Y es imposible asignar a una suma de dinero el valor del bien moral lesionado, aquélla, como instrumento para el resarcimiento del daño extrapatrimonial, simplemente vendrá a facilitar al individuo que lo recibe la procuración de otros bienes o satisfacciones. (27)

En este sentido, el art. 1741 establece que el resarcimiento del daño extrapatrimonial debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas, entonces retomamos las palabras de ZAVALA DE GONZÁLEZ quien ya sostenía que es asunto actualmente librado a la personal apreciación y decisión del magistrado, sin más guía que su intuición al efecto de esclarecer la equidad de la suma indemnizatoria, (28) pero lo cierto es que debe ser pagada necesariamente en una suma de dinero fijada en forma global, sin que a los jueces esté permitido autorizar su pago en forma de renta. (29)

Corresponde agregar que tratándose de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, a pedido de parte, el Juez está facultado para ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable. (Conf. art. 1741 del CCyC).

Si se trata de daños materiales producidos dentro del plano familiar o convivnecial también deben ser resarcidos. (1716 y 1749 del CCyC). La integración de la perspectiva de reclamo de daños extrapatrimoniales conjuntamente con los daños patrimoniales probados, como es propio a todo supuesto resarcitorio de daños generados en la ilicitud civil, no sólo se deriva sin dificultades del texto del art. 1738, 1740, y 1741 del CCyC, sino que ha sido admitida al día de hoy prácticamente sin retaceos. (30)

Por último, ante un menoscabo producido por lesiones físicas, se aplicarán las reglas del artículo 1746 del CCyC que establece que la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades.

IX. Colofón.

El nuevo Código no aporta ninguna norma que solucione la cuestión, aunque debería haberlo hecho, por el contrario deja abierto el final de esta novela, que nuevamente va por el comienzo. Es que, como explicaba VIDAL TAQUINI, continúa incierta la solución no imponiéndose un dogma tajante de aplicación de los principios de la responsabilidad civil, lo cual es desopilante y repugna el sentido común, pero si ha sido y será clara la afanosa búsqueda por los jueces de las razones para resolver en uno u otro sentido, demostrando la riqueza y variedad de los múltiples argumentos expuestos y el despliegue de un prudente criterio judicial ante el caso concreto sometido a decisión. (31)

Antes de la reforma, la jurisprudencia mayoritaria se inclinaba a favor del resarcimiento, (32) la doctrina por su parte se encontraba más escindida, (33) por nuestra parte, creemos que luego de ella lejos de desecharse la aplicabilidad de los principios resarcitorios en el plano familiar, por el contrario se ha robustecido. El mayor sustento de esta tesitura es que la reparación resulta un derivado lógico de la existencia de un daño causado cuyo resarcimiento se encuentra plenamente admitido por el art. 52 del CCyC.

La viabilidad resarcitoria ante los daños producidos está en relación con el hecho que dá lugar a la ruptura del matrimonio o la convivencia. De esta manera es viable la acción de daños y perjuicios ante la disolución del matrimonio o las uniones conviveneciales siempre que se produzca un daño injusto. En esos casos, la antijuridicidad se configura por la existencia de un daño no justificado, es decir, un daño injustamente sufrido cuya resarcibilidad no contraríe el orden jurídico. (conf. art. 1717 del CCyC). Ese orden jurídico debe ser entendido en todo su bloque (CCyC, normas especiales, Constitución Nacional, Tratados Internacionales, etc). (Conf. art. 1 y 2 del CCyC).

De esos derechos reconocidos derivará un "interés", que el Juez, -en el caso concreto-, considerará si resulta o no merecedor de tutela jurídica mediante una decisión razonablemente fundada. (Conf. art. 3 del CCyC). Por lo tanto, la existencia de un daño injusto implica la lesión a un interés susceptible de tutela jurídica (vg. honor, dignidad, armonía familiar, estabilidad emocional, integridad física, psíquica o moral) (Conf. art. 1737 del CCyC), y no reprobado por el ordenamiento normativo

El factor de atribución es siempre el subjetivo basado en la idea de culpa o dolo, y el daño debe tener la suficiente entidad para habilitar su reparación. (conf. arts. 1721 y 1739 del CCyC).

No obstante admitir la viabilidad de la aplicación del derecho de daño ante el hecho que motivo la ruptura del matrimonio o unión convivencial en la medida que se den los presupuestos reseñados anteriormente, consideramos necesario que exista una norma especial que autorice dicha aplicación porque el criterio antagónico atenta contra el carácter especial del derecho de familia. Es por ello, que proponemos al respecto la inmiscución de una norma en el plano del derecho de familia que autorice la aplicación del derecho de daños al campo reservado al plano del derecho de familia, tal como la preveía el art. 525 del proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio de 1998 (34).

Bibliografía.

(1) MAZEAUD Leon, MAZEAUD Henri - MAZEAUD, Jean, Lecciones de Derecho Civil, trad. de Luis ALCALA ZAMORA y CASTILLO. Parte I, vol. IV, p. 510 y sigtes.. Ed. Jurídica Europa-América N° 1514.

(2) FAMÁ, María Victoria, GIL DOMINGUEZ, Andrés. "El divorcio y la responsabilidad por daño moral entre cónyuges" en Revista La Ley, -Doctrina Judicial. 2005-1. Página 1104.

(3) Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (celebradas en Bahía Blanca del 1 al 3 de octubre de 2015), RCyS 2015-XI, 233, AR/DOC/3697/2015.

(4) CECCHINI, Francisco Carlos. SAUX, Edgardo Ignacio. Daños entre Conyuges. Prejudicialidad y Responsabilidad Civil. Ed. Zeus SRL. Pag. 176.

(5) Cc0101 Mp 114131 Rsd-303-1 S-Fecha: 11/12/2001-Juez: Cazeaux (sd) Carátula: Ch. R., R. c. V.J. L. s/Divorcio Vincular-Mag. Votantes: Cazeaux-De Carli-Font (Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires. En igual sentido: Superior Tribunal de Justicia, San Salvador de Jujuy Expte. N° B-17.830/97 Divorcio Vincular. L. A. N° 46.F. 447/449 N° 176. Sentencia del 14 de mayo de 2003. SAIJ. Sumario W0001554.

(6) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, 30/03/2008, B. de A., M. del R. c. A., R. F., LLLitoral 2008 (junio), 550, AR/JUR/607/2008.

(7) Cámara 3a en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan. Fecha: 31/03/2008,: P., F. L. c. E., V. S., LLGran Cuyo 2008 (julio), 599, AR/JUR/1786/2008. Tratándose del rubro indemnizatorio daño moral el comportamiento merecedor de una sanción por tal concepto, no está dado por la sola configuración de alguna de las causales de divorcio, sino por el obrar malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge.

(8) MEDINA, Graciela, KANESFSCK, Mariana. Responsabilidad y Derecho de Familia. Daños entre cónyuges durante la vigencia del matrimonio y a la disolución por muerte. Daños entre padres e hijos. Visión Jurisprudencial de USA. Ed. El Derecho. Pagina 21. Explica la autora que el derecho de familia no constituye un ordenamiento que se baste a si mismo, y, por ende, para solucionar los conflictos deben aplicarse los principios de la teoría general del Derecho Civil. Por ejemplo la representación paterno-materna de los hijos menores de

edad se rige supletoriamente por las reglas del mandato. Aunque no esté contemplado expresamente en nuestra legislación, la jurisprudencia ha condenado a pagar los daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial, aplicando así los principios de la responsabilidad civil.

(9) RIVERA, Julio César, "El Derecho Privado Constitucional", en la Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 7.

(10) CNCiv., sala F, A., M. A. c. B., L. H

(11) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 27/02/2007, M., E. C. c. J., A. L., LLBA 2007 (junio), 558, AR/JUR/133/2007.

(12) Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, sala A, 03/03/2005, Morley, Vilma A. c. Martínez, Antonio H., LLPatagonia 2005 (junio), 1049, AR/JUR/407/2005. Voto del Dr. FERRARI. Idem CNCiv. y Comer. de San Nicolás, 2003/09/04, "F.M.B. c. M.M.A.", DJ 31/03/2004, 819 - LLBA 2004 (febrero), 117.

(13) Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 04/09/2003, F.M.B. c. M.M.A. DJ 31/03/2004, En este orden argumental se indicó que la obligación de resarcir el daño moral causado por el cónyuge culpable del divorcio resulta genéricamente de la sustracción de aquél del deber jurídico de no dañar, siendo requisitos esenciales los propios del régimen de la responsabilidad civil en general, es decir, dañosidad, antijuridicidad, imputabilidad y causalidad. Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial III, 04/08/1995, R., J. E. c. A., O. E., DJ 1996-1, 272, AR/JUR/3643/1995. 819 - LLBA 2004, 117, AR/JUR/3801/2003.

(14) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 13/05/1998, R. de H., S. c. H., J. C. LLBA 1998, 1435, AR/JUR/4237/1998

(15) CORDOBA, Marcos, M. "Procedencia de la reparación de daños entre cónyuges" Revista La ley. Tomo 2007-B. Pags. 595/6.

(16) URIARTE, Jorge A. "Rechazo de la indemnización del daño moral por el adulterio de uno de los cónyuges" Revista La ley. Pag. 217.

(17) Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, homenaje a la doctora M.J. Méndez Costa, Santa Fe, 1990.

(18) CORDOBA, Marcos, M. "Procedencia de la reparación de daños entre cónyuges" Revista La ley. Tomo 2007-B. Pags. 595.

(19) En sentido contrario, el fallo plenario de la CNCiv. "G., G. G. c. B. de G., S. A." dispuso que para que la indemnización por este daño moral sea procedente, es necesario que quien lo solicita revista el carácter de inocente. Es decir, sólo quien no dio causa a la separación gozaría de legitimación para reclamar una indemnización de daños y perjuicios, ya que, de ser ambos culpables, ninguno la tendrá ni podrá reclamar del otro porque estaría pretendiendo obtener un resarcimiento de daños derivados de una situación a la que coadyuvó con su propia conducta culpable.

(20) Se pregunta ZANONNI cuán graves han de ser las afrentas a la integridad personal o al honor y dignidad del ofendido, en qué medida han de trascender el reducto de la intimidad de los esposos para proyectarse al escándalo más o menos público que daña la propia imagen y la consideración de uno de ellos ante los demás, y contesta a su retórica: son cuestiones de hecho, insusceptibles de una categorización apriorística. ZANNONI, Eduardo A. "Derecho Civil-Derecho de Familia", Tº II, Ed Astrea. Buenos Aires. 1978. Págs. 228/232. Vale la pena reproducir las dicciones esbozadas en un voto de la Dra. WILDE quien sostuvo que el daño moral no debe confundirse con el duelo que produce la separación en sí; la sensación de fracaso y frustración que se vuelca en el otro por no haber podido concretar los proyectos conyugales, es algo inherente a la pérdida" (voto de la Dra. WILDE, en C.N.Civ., sala J, 21-5-2000, E.D., del 7-3-2001). En este orden de ideas ha resuelto el Dr. VELÁSQUEZ en un voto de la Cámara del Noroeste de Chubut que en estos supuestos la indemnización del daño moral requiere de hechos que exhiban una fuerza dañadora muy punzante, en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico, pues entonces, pueden ellos provocar una lesión al bien moral susceptible de ser compensada. Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, sala A, 03/03/2005, Morley, Vilma A. c. Martínez, Antonio H., LLPatagonia 2005 (junio), 1049, AR/JUR/407/2005 (del voto del doctor VELÁSQUEZ). En igual sentido: CNCiv., sala A, 1999/08/11, "A. C., L. c. S., E. G.", LA LEY 2000-C, 944, 945, J. Agrup., caso 15.039. Por ello se ha resuelto que no se trata de un daño in re ipsa,, sino que debe demostrarse cómo han causado la privación del goce de bienes de valor esencial como la paz, la tranquilidad

de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos. (C.C.Com., de San Martín, sala II, 24-2-2000, E.D., del 24-1-2001, fallo 50.541). Con esta tesitura su dijo que en el caso los constantes vejámenes y abusos a que eran sometidos los familiares, son de una gravedad importante por lo que el daño moral causado resulta evidente. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala II, 13/02/1997, T. de M., G. E. c. M., J., LLBA 1997, 728, AR/JUR/101/1997.

(21) Es decir, la configuración de un daño moral resarcible no resulta automáticamente presumida por la presencia de un hecho determinado, sino que es requisito demostrar la existencia cierta del perjuicio invocado. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 03/02/2010, L., G. C. c. B., M. A., AR/JUR/32/2010. Idem. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, "M., E. C. c. J.,A. L.", 27/02/2007, LLBA 2007 (junio), 558.

(22) Así se adujo que a los fines de determinar la procedencia del reclamo por daño moral es necesario probar que fueron efectuados con tal magnitud y publicidad al punto de tornarlos escandalosos, afrentando la dignidad y el honor. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala II, 28/04/2009, M., O. M. c. A., M. N., LLGran Cuyo 2009 (agosto), 706, AR/JUR/9361/2009. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, 30/03/2008, B. de A., M. del R. c. A., R. F., LLLitoral 2008 (junio), 550, AR/JUR/607/2008. Asimismo se dijo que si bien cuando media una ruptura de una relación afectiva, puede concluirse que ambos integrantes de la pareja sufren el dolor que se experimenta por el fracaso del proyecto de vida común trazado, resulta improcedente el reclamo en concepto de daño moral, cuando no han podido acreditarse hechos o circunstancias con suficiente entidad que viabilicen el reclamo resarcitorio. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, 30/03/2008 B. de A., M. del R. c. A., R. F., LLLitoral 2008 (junio), 550, AR/JUR/607/2008. Por su parte la sala K de la Cámara Nacional Civil entendió que ss procedente el resarcimiento por daño moral a favor del cónyuge inocente en el juicio de divorcio si las circunstancias de la causa, por su gravedad, exceden de las simples penas y conflictos propios de la vida del hombre. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 14/02/2002, G., H. E. c. F., N. V., LA LEY 2002-B, 159 - DJ 2002-1, 474, AR/JUR/1864/2002. ver asimismo: CNCiv., sala A, "P., L. M. c. R, H. R.", 1997/09/25, La Ley, 1998-D, 737; "A. C., L. c. S., E. G.", 1999/08/11, La Ley, 2000-C, 945, J. Agrup., caso 15.053; sala B, "G., A. M. c. O., J. A.", 1996/07/18, La Ley, 1998-E, 772 (40.829-S); sala J, "B., S. M. c. L. C., A. G.", 1999/02/18, La Ley, 2000-C, 945, J. Agrup., caso 15.048; "S. de S. R., M. A. c. S. R., J. R.", 1997/09/12, La Ley, 1999-C, 724 (41.441-S) y DJ, 1999-2-222; sala K, "R., A. c. J., M. E.", 1996/08/30, La Ley, 1997-C, 570. Y los artículo de doctrina: CIFUENTES, Santos, "El divorcio y la responsabilidad por daño moral", La Ley, 1990-B, 805 ; FERNÁNDEZ RIBET, Pedro I., "El daño moral en el divorcio", DJ, 1998-3-223 ; ROVEDA, Eduardo G. - SARQUIS, Lorena, "Daños y perjuicios entre cónyuges", DJ, 1997-3-993.

(23) CNCiv., sala A, , A., M. D. c. B., P. M., DJ, 2007-2-701. Con similar postura la Sala G expuso que para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima para establecerlo, objetiva y presuntivamente en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 22/02/2008, O., E. B. c. M., A. C., La Ley Online; AR/JUR/489/2008.

(24) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 18/02/1999, B., S. M. c. L. C., A. G. AR/JUR/1427/1999.

(25) Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial III, 04/08/1995, R., J. E. c. A., O. E., DJ 1996-1, 272, AR/JUR/3643/1995.

(26) ZANNONI, Eduardo A.; Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio, en JA 1994-II-822.

(27) PAGANO, Luz M y GIMENEZ, Luis A. Daño moral en el divorcio por culpa de ambos cónyuges. Secc. DOCTRINA Tomo 1997-I. Pág. 942.

(28) ZABALA DE GONZALEZ, Matilde. Daños a las personas. Integridad psicofísica, Ed. Hammurabi, Buenos Aires 1990, Pag. 520. Por lo tanto, en el monto de la indemnización deben considerarse las consecuencias perjudiciales que le provocó quien causó el daño con su actitud. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Garantías en lo Penal de Zárate-Campana, 17/04/2001, P., L. A. c. M., B. I., LLBA 2002, 579, AR/JUR/1472/2001. idem, CNCiv., sala J, "S. de S. R., M. A. c. S. R., J. R.", 1997/09/12, LA LEY, 1999-C, 724.

(29) SALVAT, Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil Argentino Actualizado por Arturo Acuña Anzorena. Fuentes de las Obligaciones" Tomo IV Buenos Aires, 1958, BELLUSCIO, Augusto C. Daños y perjuicios derivados del divorcio. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 625.

(30) Así lo han declarado las I jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1980, Comisión C, Despacho A-1), las Jornadas de Responsabilidad Civil, en homenaje al Dr. Bustamante Alsina (Buenos Aires, 1990, Comisión I, Despacho V-1), las Jornadas de Derecho Civil — Familia y Sucesiones en homenaje a la Dra Méndez Costa (Santa Fe, 1990, Comisión I, Despacho VI-2), y lo afirman entre otros ZANNPNI, BELLUSCIO, MOSSET ITURRASPE, MÉNDEZ COSTA, BARBERO, ALTERINI, BUSTAMAMNTE ALSINA, BREBBIA, LOPEZ DE CARRIL, MAZZINGHI, MOLINARIO, KEMELMAJER DE CARLUCCI Y ANDORO.CECCHINI, Francisco Carlos. SAUX, Edgardo Ignacio. Daños entre Conyuges. Prejudicialidad y Responsabilidad Civil. Ed. Zeus SRL. Pagina 84.

(31) VIDAL TAQUINI, Carlos H. De la incierta responsabilidad por daños ante el divorcio, RCyS 2007, 548.

(32) Ver CNCiv., sala C, 17/5/88, "P.M.S.C.P., J.C.D", La Ley, 1988-D, 377; id., sala F, 22/11/90, L., "J. c.M. de L.,E.P.", ED, 142-143; id., 21/5/93, "V.G.O. C T., A.C" JA, 1994-I-32; id., sala I, 18/7/96, "G.,A.M. c O., J.A." Rev. Gaceta de Paz, 17/9/96, p 2 ; id., sala K, agosto 30 de 1996, "R.,A c J., M.E.", La Ley, 1997- C-573; CCiv y Com. Junin, 20/12/94, "S.,M.T. C G.,E.M.", LLBA, 1995-397; ClaCC Lomas de Zamora, sala II, 13/2/97, "T. de M., G.E. c M.,J.", LLBA, 1197-728 CCivil y Com., Morón, sala II, 14/11/95, " M.,R.R. c. C., M.B.", LLBA, 1997-1045; ClaCCMar del Plata, Sala II, 8/4/97 ", "V.,L.c P.,O" LLBA, 1997-1287; Cciv y Com. San Isidro, sala I, 13/5/98, "R. de H., S c H., J. C", LLBA, 1998-1435. En sentido contrario, ver CC2º La Plata, Sala II 8/8/86, "A. V. De G.,M. C G., O.", La Ley, 1986- E-590; CNCiv., sala B, 13/6/90, "V.de D., c. D., R.. M.", de, 139-273, id., id., 30/10/92, "F., D.A. C D.,E.H!, JA-1993 — II -328; id., sala A, 25/9/97, "P.,L.M. c R., H.R..", LL-1998 — D -739; id., sala J, 12/9/97, "S de S.R.M.A.c.S.R., J.R. S/ divorcio, de, 17/2/98, p.14; id., sala K, 11/13/01, "A. de P., C. c P.,M.C.A", DJ, 2002- I-536; C1º de Apel Civ y Com., San Nicolás, 4/9/93, "F.M.B. C/ M.M.A. s/ divorcio", en www.eldial.com.ar, 6/10/03, "C., A. B c. S.,E.J s/divorcio", en www.eldial.com.ar, 15/11/03; etc.

(33) A favor del reasarcimiento podemos encontrar a BUSTAMANTE ALSINA, Jorge Daños y Perjuicios. Responsabilidad Derivada del Divorcio", T.I,, en Enciclopedia de Derecho de Familia. Ed. Universidad. pág.763; MÉNDEZ COSTA, María "Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos" Pág.636 en "Derecho de Daños", Libro Homenaje al Dr. Jorge MOSSET ITURRASPE; FERRER, Francisco A. "Resarcimiento de Daños en la Separación Personal y en el Divorcio", pág. 303 en Revista de Derecho Privado y Comunitario. MENDEZ COSTA, María Josefa, "Separación personal, divorcio y responsabilidad civil", en "Derecho de daños", Buenos Aires, 1989; BOSSERT, Gustavo, "Manual de Derecho de Familia"; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, en "Responsabilidad civil en el Derecho de Familia" (con Zannoni) Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1983; ACUÑA ANZORENA, Arturo, "Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y su cómplice por causa de adulterio", La Ley, 27-212; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Los daños emergentes del divorcio", La Ley, 1983-C, 348; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Divorcio y responsabilidad civil", La Ley, 1988-D, 376; MAKIANICH de BASSET, Lidia, "Otra acertada acogida del derecho de reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable del divorcio", ED, 115-844; BIDART CAMPOS, Germán, "Los hechos que dieron origen al divorcio y la indemnización por daño moral", ED, 130-289; URIARTE, Jorge A., "ReparaciónOb. Cit. Pag. 393; y "Rechazo de la indemnización del daño moral por el adulterio de uno de los cónyuges", La Ley, 1991-D, 216; ALVAREZ PERRETTA, "Deber de fidelidad, daño material y daño moral", La Ley, 1985-A, 988; MINYERSKY, Nelly (III Congreso Internacional de Daños, AABA, abril de 1993, Disertación como Vicepresidente de la Comisión de Comisión N° 1, Derecho de Familia); LOPEZ DEL CARRIL, Julio, "Derecho de familia, p. 23, Benos Aires, 1984; GARCIA DE GHIGLINO, Silvia S., "Es indemnizable la pérdida de vocación sucesoria del cónyuge inocente (o "enfermo") por la conversión de la separación personal en divorcio vincular", La Ley, 1991-B, 776 (Sec. Doct.); VELAZCO, José Raúl, "La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio", La Ley, 1991-A, 1034; IPPOLITO, Silvia - LIZ, Carlos Alberto, "Perjuicios futuros indemnizables derivados del divorcio", La Ley, 1991-E, 1051; LEVY, Lea - WAGMAISTER, Adriana - IÑIGO, Delia; "La situación Ob. Cit. Pag. 711. etcétera.

(34) Ver esta posición en mis obras; JALIL, Julián Emil. Derecho de Daños Aplicado. Ed. Grupo Ibáñez. BOGOTÁ. COLOMBIA. 2013; Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo I. Buenos Aires. 2012; y Daños en el Derecho de Familia. Buenos Aires. 2012. Asimismo ver los artículos de mi autoria: JALIL, Julian Emil. "Daños derivados del divorcio y presupuestos para la procedencia de la responsabilidad civil", DFyP //2011 (enero), 13. Ed. LA LEY; "El "divorcio electrónico": ¿El medio más idóneo para una sociedad muda?", La Ley Online 15. Ed. LA LEY; y "La pretensión resarcitoria de los hijos hacia sus padres por el padecimiento de daños congénitos sufridos por un obrar doloso o culposo de sus progenitores", publicado en: DFyP Ed. LA LEY, 01/06/2012, 2012 (junio), 29. Ed. LA LEY.

Daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial. A propósito de las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, 2015

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2016 (mayo), 16
Cita Online: AR/DOC/1126/2016
[Consultado el: 05/07/2020]

Sumario.

I. La exclusión de las causales subjetivas de divorcio como interpretación en contra de la viabilidad de la pretensión resarcitoria ante el daño moral que pueda provocar la interrupción del vínculo de derecho. — II. Los hechos en los que pude fundarse la interrupción del matrimonio o unión convivencial y su correlación causal con el daño padecido. — III. La falta de una norma expresa que permita admisibilidad de la acción de daños en el campo del derecho de familia. — IV. El ocaso de la antijuridicidad entendida como la transgresión a un deber preestablecido. Del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido en el nuevo Código Civil y Comercial. — V. El factor de atribución aplicable. La culpabilidad como dogma rector en la materia. — VI. La cuestión de la compensación de culpas. — VII. El resarcimiento del daño por su carácter injusto. Requisitos para su procedencia. — VIII. El resarcimiento del daño moral, material y físico. — IX. Colofón.

I. La exclusión de las causales subjetivas de divorcio como interpretación en contra de la viabilidad de la pretensión resarcitoria ante el daño moral que pueda provocar la interrupción del vínculo de derecho.

La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio, aun con diferentes matices, encuentra recepción en el derecho comparado. Pueden citarse, entre otros el Código suizo (1907) art. 151; Código Civil griego (1920) art. 1453; Código matrimonial sueco (1920); Ley danesa de Matrimonio (1922) art. 67; Código de Perú (1984), en Francia, art. 266 del Cód. Civil, México, art. 288 del Cód. Civil-, Portugal, art. 1792, del Cód. Civil, Estados Unidos de Norteamérica Sección 4800, punto 3 del Cód. Civil de California, entre otros. (1)

El nuevo Código Civil y Comercial no se ha expedido sobre ellos, y en la letra de algunos autores la eliminación de las causales subjetivas es realmente sugestiva en la materia a los fines de admitir la exclusión de esta vía resarcitoria. No compartimos ese criterio, por contrariar los cimientos en los cuales reposa la función resarcitoria de la responsabilidad civil en general y el deber de resarcir el daño extrapatrimonial en particular. (Conf. arts. 1716 y 1741 del CCyC).

Sabido es que los motivos del amor son insondables, por ello, la ley no los requiere expresamente sino que los presume al momento de constituirse el matrimonio. Las razones del desamor también son diversas y no responden a una sola concepción moral. Cuando el amor no es más fuerte, se extingue el vínculo matrimonial sin que existan culpables o inocentes. En estos casos, estamos ante dos personas que han dejado de amarse y tienen derecho a constituir una nueva vida con un significado distinto; sin que por esto, deban padecer el estigma de un significante discursivo que hace del derecho una objetable herramienta de poder. (2)

En este sentido, resulta apropiado, propicio y oportuno en razón de los tiempos que estamos transitando, admitir con total sustento, la eliminación de las causales subjetivas y a nuestro modo de entender, dicha supresión *no posee una implicancia significativa en la aplicación del derecho de daños* ante el hecho que motivó el divorcio o la ruptura de la unión convivencial.

Al respecto, hemos de señalar que si bien es cierto que la demanda por daños y perjuicios no aporta soluciones en pro de la familia, y mucho menos contribuye a subsanar un drama familiar existente, lo cierto es que cuando se llega a esas instancias es porque realmente queda poco que salvar en el plano familiar, es decir, quien solicita el resarcimiento de un daño causado dentro de un vínculo afectivo familiar, es justamente porque ese vínculo afectivo ya se ha destruido, y poco queda por salvar.

Así, la mujer que solicita un resarcimiento por los daños causados por los golpes, abandono, o infidelidad de su marido o conviviente, ya ha decidido irrumpir el vínculo hacia el futuro, por lo tanto, divorcio, separación y daños y perjuicios forman parte de las consecuencias de un vínculo afectivo ya fenecido.

En este orden de ideas, entendemos que la acción de daños y perjuicios sí constituye la solución idónea cuando lo que se persigue es la reparación de un perjuicio ante un "daño injustamente padecido". Por ello incluso desde los más prístinos pilares de la lógica, no resulta contrario a ello sostener que quién ha sufrido un perjuicio como consecuencia del hecho generador del divorcio o la ruptura convivencial, solicite la reparación del mismo, con los parámetros que propondremos más adelante.

II. Los hechos en los que puede fundarse la interrupción del matrimonio o unión convivencial y su correlación causal con el daño padecido.

El despacho de mayoría en la Comisión 3 "Daños en las Relaciones de Familia" de la Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, celebradas en Octubre de 2015, consideró que no corresponde reparar los *daños derivados del incumplimiento de los deberes típicamente conyugales*. Por nuestra parte, hemos sostenido con el Prof. Pandiella (en despacho suscripto en minoría por JALIL-PANDIELLA), que son *indemnizables los daños derivados de los hechos que dan lugar a la ruptura de la unión* (ya sea matrimonial o *convivencial*), siempre que el hecho y consecuentemente el daño tenga la suficiente entidad para habilitar su reparación (conforme arts. 52, 257, 1721 y 1739 del Código Civil y Comercial). (3)

Para disipar dudas partimos de la premisa de considerar *que nunca los daños resarcibles en el plano de familia han tenido su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo,* -ya que éste no constituye su causa fuente-, *como tampoco en el incumplimiento de los deberes matrimoniales*, pues en todo caso ellos se inmiscuían dentro del espectro de la antijuridicidad o tipicidad civil en la concepción del derogado Código. Esto último, como explicaremos a continuación ha variado significativamente.

Hechas estas aclaraciones, decimos que son *los hechos* en los que puede fundarse la interrupción del matrimonio o la unión convivencial, los que deben ser analizados para determinar si los daños devienen *resarcibles* respecto a uno de los integrantes de la pareja y si esos *perjuicios sufridos representan las secuelas directas del "hecho"* que motivó esa separación. (4) (conf. art. 257 del CCyC y art. 1726 del CCyC), todo ello con independencia de si configuran o no el incumplimiento de un deber legal preestablecido pues ello debe analizarse *ex post facto* en virtud de la perspectiva teleologica en la que se subsume el art. 1717 del CCyC.

Como afirma MEDINA, aunque para solicitar el divorcio en el régimen del Código Civil y Comercial, no hace falta probar las *causas* que producen el rompimiento de la vida en común, de todas maneras estas *causas existen*, ya que ninguna persona en su sano juicio se divorcia "porque si". Siempre hay un motivo que desencadena el rompimiento del matrimonio, la cuestión está en determinar si esta razón es antijurídica, causa un daño resarcible, es producto de dolo o culpa y guarda una relación de causalidad adecuada. (5)

Creemos pues que la *causa fuente* de la obligación de resarcir reposa en el *hecho* que le da nacimiento, éste constituye su gen, su origen, su umbral. Es en esa *causa motora* donde puede devenir procedente el *deber de reparar el perjuicio injustamente sufrido*, una vez que el mismo sea cotejado con las demás presupuestos de la responsabilidad. (conf. art. 724 del CCyC).

Como venidos diciendo desde antaño, *el divorcio no es causa de resarcimiento, como tampoco las causales que preveía el derogado Código y mucho menos el vínculo matrimonial,* pero sí los *hechos o motivos* que llevaron al divorcio, o en su caso a la ruptura convivencial, cuando tienen una expansión y gravedad, fuerza dañosa punzante en el prestigio, en las esencias comunes espirituales del otro cónyuge, que de por sí, al margen de la separación conyugal y su disolución, entrañen un verdadero daño extrapatrimonial, debiendo en estos casos ser compensado con carácter autónomo. (6)

No obstante lo expuesto, cuando media una ruptura de una relación afectiva, que posteriormente termina en divorcio o ruptura convivencial, puede concluirse que ambos integrantes de la pareja sufren el dolor que se experimenta por el fracaso del proyecto de vida común trazado, resultando improcedente el reclamo en concepto de daño extrapatrimonial, si no se acreditan hechos o circunstancias con suficiente entidad que viabilicen el reclamo resarcitorio. (7)

La indemnización ha de quedar reservada a conductas del cónyuge o conviviente que, *implican auténticos agravios para el otro*, sin limitarse a ser sólo expresiones de pérdida del vínculo afectivo.

Además, su procedencia sólo puede ser analizada a través de *la evaluación concreta de los hechos que lo ocasionaron*; es decir, librada al prudente arbitrio judicial al igual que el monto indemnizatorio es caso de admitirse la reparación. (8)

III. La falta de una norma expresa que permita admisibilidad de la acción de daños en el campo del derecho de familia.

Si bien no se encuentra prevista en nuestra legislación en forma expresa la aplicación de las normas de la responsabilidad civil a las relaciones de familia, ni tampoco el tema ha sido desarrollado jurisprudencial ni doctrinariamente, son múltiples los supuestos que se pueden presentar en los cuales uno de los cónyuges o convivientes dañe al otro y que deben ser solucionados por aplicación de las normas generales. (9) Entonces como dice RIVERA, el derecho de familia tiene lógicamente que respetar las normas del derecho civil de rango constitucional y no puede en aras de la especialidad de sus relaciones, violentar el principio básico de no dañar a otro, (10) que, agregamos tiene jerarquía constitucional, en razón de lo resuelto por nuestro máximo Tribunal Federal en el fallo AQUINO y recepción normativa en el nuevo CCyC. (vid. art. 1716 del CCyC).

El daño extrapatrimonial procede cuando el daño excede el amparo específico del derecho de familia, (11) o cuando derive de la lesión a derechos personalísimos, pues en tales casos *el derecho a reparación proviene no de la calidad de cónyuge o conviviente sino como cualquier persona afectada por un hecho lesivo* (12), pues la sanción resarcitoria corresponde a todo supuesto en que se ocasione a otro un "*daño injusto", independientemente de que ello ocurra en el ámbito de los derechos patrimoniales o del derecho de familia.* (13) Y aunque las normas propias del derecho de familia no prevean indemnización alguna por dicho concepto, éstas deben respetar el principio básico de no dañar que contempla implícitamente el art. 19 de la Constitución Nacional, (14) y expresamente el ya

Con una postura análoga la Cámara de Apelaciones de San Isidro consideró que si bien los marcos iusprivatistas de la responsabilidad -tanto contractual como extracontractual- son importantes, subsiste latente, por detrás y por encima un problema de jerarquía constitucional cual es el art. 19 de la Constitución Nacional, que alcanza sin más para que ninguna otra norma infraconstitucional se obligue a reparar todo perjuicio causado a

un tercero, en consecuencia es inadecuado a nuestro sistema legal exigir que haya una norma expresa que determine el deber de reparar los daños causados por el hecho generador del divorcio porque sería pretender que sólo existe deber de reparar cuando haya una norma expresa que así lo disponga. (15) Similar criterio es sostenido por CORDOBA quien explica que cuando la ley no hace excepción alguna, pudiendo haberlo hecho, ni de las palabras ni de la razón se deduce que la ley deba limitarse, no podemos separarnos de su disposición general por medio de una distinción que ella no ha hecho. (16)

Con igual tesitura URIARTE manifiesta que nada impide la aplicación de los principios comunes a las relaciones civiles, entre ellos el deber de no dañar. Constituye este un concepto general del derecho que no puede estimarse ajeno al derecho de familia, en razón de que la responsabilidad por el incumplimiento de ese deber está claramente reservada a la materia de la responsabilidad civil, ámbito que no es extraño al derecho de familia. (17)

Esta posición ya fue sustentada en las *Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, homenaje a la doctora M. J. MÉNDEZ COSTA*, en donde se adujo que la responsabilidad civil en las relaciones de familia está sometida a las reglas generales del sistema. Los criterios de aplicación deben tomar en cuenta las características del mismo, vinculándolas con los intereses superiores en la constitución de una familia y en su estabilidad, y con el sentimiento de justicia de la comunidad. (18) En similar sintonía en las JNDC celebradas en Bahía Blanca, en octubre de 2015, se resolvió por unanimidad *que el derecho de familia no constituye un ámbito ajeno a la aplicación de las normas y principios de la responsabilidad civil, no obstante la necesaria compatibilización de estos con la especificidad de los vínculos familiares.*

En este orden, la fuente normativa que admite la aplicabilidad del derecho de daño es el art. 1716 que estipula *"...La violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado conforme las disposiciones de este Código..."*.

Así el principio del *neminem laedere* cobra plena vigencia incluso en un ámbito tan reservado como lo es el derecho de familia admitiéndose casos excepcionales que queden fuera de su espectro de actuación, pues dicha excepción no está contemplada y porque esa no es la perspectiva que ha tenido en miras el Codificador, ni mucho menos la jurisprudencia de la CSJN. Ello es así, pues como explican Pagano y Gimenez que ninguna norma prevé excepción fundada en el vínculo familiar. Nuestra Constitución Nacional en su art. 19 ordena que nadie esta privado de lo que la ley no prohíbe. (19)

No obstante lo expuesto, en aquellos países donde se admite la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio, tal posibilidad está expresamente prevista en la ley, *consideramos que ella debía haber sido la tendencia admitida por el nuevo Código, dentro del esquema del régimen especial del derecho de familia,* pues si así hubiera ocurrido evitaría conflictos doctrinarios y jurisprudenciales posteriores y justamente *hoy no sería el tema de este artículo.*

IV. El ocaso de la antijuridicidad entendida como la transgresión a un deber preestablecido. Del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido en el nuevo Código Civil y Comercial.

El art. 1066 del Código derogado expresamente exigía la trasgresión a una disposición de la ley que estableciese un deber previo de conducta. El art. 1717 por el contrario estipula que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada. Se requiere de esta manera simplemente reconocer la existencia de un interés merecedor de tituela jurídica y no reprobado por el ordenamiento. (conf. art. 1737 del CCyC).

El derecho tradicional ha partido de una premisa en razón de la cual no hay resarcimiento del daño si no existe una violación de un *derecho subjetivo*. Ese derecho subjetivo presupone un *interés legítimo*, un interés admitido expresamente por el ordenamiento jurídico.

El novel art. 1717 incorpora un cimero paradigma, pues admite la protección de *intereses simples*, que no se encuentran registrados expresamente en la ley, pero que constituyen justas expectativas del hombre medio sobre el ordenamiento jurídico, las cuales si resultan a su vez respetables y serias, deben ser atendibles y consideradas por éste último, siempre que no contraríen el orden público.

La protección de ese tipo de intereses cambia de enclave la partitura originaria escrita por el derogado Código, pues se genera una nueva concepción del derecho de daños, siendo la nota tipificante que decide la resarcibilidad del daño su carácter de *injusto*.

Entonces el daño es injusto en la medida que derive de la lesión de *intereses merecedores de tutela jurídica*, que son todos aquellos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados muestran como *dignos y respetables*, aunque no tengan cabida en las normas. Lo jurídico no se agota en lo legal, la injusticia del daño no supone reconocimiento normativo del interés lesionado. En base a este razonamiento, cualquier *interés* de una persona siempre que sea serio y digno se hará acreedor a la tutela jurídica, pues será injusto lesionarlo. (20)

Y que dudas quedan en que el derecho a la dignidad, honra, estabilidad o armonía familiar, integridad física y psíquica, salud mental, integridad moral son derechos tutelados por el ordenamiento normativo (contemplado en su bloque interno y supranacional por expresa previsión de los arts. 1 y 2 del CCyC), que merecen protección jurídica ante cualquier menoscabo que pueda afectarlos. El interés existe, y la fidelidad, el buen trato, la estabilidad familiar, la vida en común sana y moderada, siguen siendo valores dignos y respetados por toda la sociedad aunque no tengan, en la actualidad o en el futuro, cabida en las normas un deber jurídico preestablecido.

El daño injusto no presupone un deber legal preestablecido como lo exigía el art. 1066 del Cód. Civil, sino que surge de cotejar el ordenamiento jurídico entendido en su totalidad (especialmente tratados internacionales y Constitución Nacional), para determinar si existe un interés que puede verse afectado en el caso concreto, el cual en la medida que merezca tutela jurídica deberá ser indemnizado.

Concluyo pues, con MEDINA que el respeto de la *dignidad* y de la *personalidad* de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de *derecho inviolable*, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, máxime cuando la lesión deviene del incumplimiento a un deber familiar. No pudiendo considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar. (21)

V. El factor de atribución aplicable. La culpabilidad como dogma rector en la materia.

Se debe tener en claro que en el resarcimiento por las consecuencias no patrimoniales del daño, no es un principio general que deba darse en todo caso de divorcio o ruptura de la convivencia, por el contrario, es la excepción. A modo de ejemplo el desamor puede ser el motivo de la separación y no por ello puede generar daños de índole resarcible.

Tratándose del rubro indemnizatorio el comportamiento merecedor de una sanción por el concepto referido, no está dado por el solo hecho del divorcio o ruptura de la conviviencia, sino por el *obrar desidioso o malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge*, el cual únicamente puede ser analizado a través de la evaluación concreta de los hechos que lo ocasionaron y el caso concreto.

Siendo que en la hipótesis bajo tratamiento el factor de atribución en juego es el subjetivo: culpa o dolo, parece inexorable que la calificación de la conducta del cónyuge, conviviente o pareja que a la postre se analice debe implicar medianamente culpa grave o dolo.

Ahora bien, frente a un hecho voluntario, tendrá su autor una culpabilidad calificada o dolo, cuando obre con absoluta indiferencia por los intereses ajenos (conf. art. 1724 CCyC, ult. parr.). El supuesto puede encuadrar en cualquiera de los dos casos, de acuerdo al menor o mayor reproche que merezca su conducta.

Con relación a la culpa grave consideramos que la finalidad de introducir la culpa grave es la de limitar los factores subjetivos culposos de atribución de responsabilidad a casos de excepción, en los que se produce ese efecto negativo cuando el sujeto agente ha desbordado los límites de conducta normalmente respetados por las personas corrientes. Por otra parte, la admisión de la culpa grave conlleva a que el magistrado debe exigir un criterio de muchísima más intensidad en la infracción para la atribución de la responsabilidad, aunque dicha consideración debería surgir del texto de la ley y no de la voluntad del judicante.

VI. La cuestión de la compensación de culpas y la justificación del daño ante el ejercicio regular de un derecho.

Creemos que *la culpa de ambos integrantes de la pareja no neutraliza la responsabilidad*, por cuanto la culpa de uno de ellos no da derecho a la agresión del otro, y no importa descartar automáticamente el derecho de cualquiera de ellos de ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de alguno de los hechos que dieron lugar a la ruptura. (22)

Si seguimos el patrón lógico del razonamiento que lleva a admitir la indemnización de las consecuencias no patrimoniales del daño por su carácter de *injusto*, no advertimos por qué no habría de ponderarse la incidencia causal de la conducta de cada uno de los esposos o convivientes en la producción del daño respectivo. Es que no estamos indemnizando los daños provocados por el divorcio o el vínculo familiar, tal como lo regula el art. 206 del Cód. Civil francés, sino aquellos emergentes de un obrar dañoso con independencia del resultado en el orden familiar.

En base a estos argumentos se puede concluir distinguiendo dos situaciones:

1. El daño puede resultar de *un solo hecho*, al cual ambos integrantes de la pareja contribuyeron a producirlo; por ejemplo, por culpa de ambos se produce una reyerta que alcanza las vías de hecho y uno sale lesionado. Se aplican aquí los principios relativos a la concurrencia de culpas pues se trata de un hecho común.

2. Si la separación se produce por culpa de ambos cónyuges pero por *hechos diferentes* de uno y otro; por ejemplo, infidelidad de uno y malos tratamientos de otro. En este caso, como los hechos y culpas son independientes, cada uno responderá de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho dañoso cometido.

Por su parte, en determinadas ocasiones el *ejercicio regular de un derecho* puede constituirse como una causal de excusación de la responsabilidad ante el hecho dañoso que motiva la ruptura de la pareja, en los términos del art. 1718 inc. a. Ello puede ocurrir desde dos perspectivas, legal o convencional.

3. Legal, por ejemplo el caso de los esponsales, en donde la ruptura del noviazgo no resulta indemnizable en razón de lo expresamente previsto por el art. del CCyC.

4. Convencional, cuando la pareja ha decidido voluntariamente asumir una conducta específica pactada. (Vg. Tener relaciones con terceros, no mantener la monogamia, o cualquier acuerdo de liberalidad). En estos casos, resulta a todas luces evidente que la infidelidad resulta del ejercicio regular de un derecho que justifica cualquier daño alegado.

VII. El resarcimiento del daño por su carácter injusto. Requisitos para su procedencia.

El art. 1737 estipula que hay daño cuando se lesiona un derecho o un *interés* no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la *persona*, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

Como sostiene Krasnow en el presente, el derecho de daños se dirige a la protección de la persona.

Quedó atrás la concepción que partía de considerar a la indemnización como una sanción para quien causó un daño. En gran medida, responde a la declinación de la culpa y al reconocimiento de toda actividad riesgosa como factor objetivo de atribución. A esto se suma, la posibilidad de prescindir del presupuesto de la antijuridicidad cuando nos encontramos frente a lo que se denomina el "daño injusto".

Esta consideración- cuyos argumentos derivan de las postulaciones del maestro De Lorenzo, debe ser tomada en concordancia con lo dispuesto por el art. 1717 del CCyC, que instituye en la legislación nacional, el daño injusto cuyos alcances dogmáticos deben encontrarse en el derecho italiano. Dicho daño además de grave, (23) debe ser cierto, (24) tener cierta magnitud, (25) y debe quedar plenamente acreditado, ya que -como dijimos- el divorcio o la ruptura de la conviviencia en sí mismo no constituyen un menoscabo. Vg. Podrá prosperar la demanda de daños si se logra acreditar que el conviviente o el cónyuge se exhibe desinteresadamente con su nueva pareja en lugares públicos, y no será viable dicha pretensión si lo hace en ámbitos reservados o transcurrido un tiempo prudencial, pues aunque refleje esto una conducta que resulta clara expresión de la pérdida del vínculo afectivo, no alcanza para presumir que tal comportamiento tuviera el inequívoco afán de mortificar, dañar el prestigio, honor e integridad espiritual. (26)

En concordancia con lo que venimos explicando, debe especificarse el hecho constitutivo, (27) (causa fuente del deber de resarcir) y el daño propiamente dicho ya que la acción no es procedente cuando se hace difícil distinguir entre el agravio generador de resarcimiento y las manifestaciones de desamor o del propio conflicto familiar. (28) En definitiva, como dice Zannoni el solo desamor no puede ser causa fuente de un resarcimiento autónomo. (29)

VIII. El resarcimiento del daño moral, material y físico.

Tal como lo prevé el art. 1740 del CCyC, la reparación del daño debe ser *plena*. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. En los casos de daños materiales el resarcimiento opera pos equivalente (art. 730 inc. c), pero en materia de daño extrapatrimonial esto no es posible. No hay modo, por su misma naturaleza, de resarcir por equivalente. Y es imposible asignar a una suma de dinero el valor del bien moral lesionado, aquélla, como instrumento para el resarcimiento del daño extrapatrimonial, simplemente vendrá a facilitar al individuo que lo recibe la procuración de otros bienes o satisfacciones. (30)

En este sentido, el art. 1741 establece que el resarcimiento del *daño extrapatrimonial* debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas, entonces retomamos las palabras de Zavala De González quien ya sostenía que es asunto actualmente librado a la personal apreciación y decisión del magistrado, sin más guía que su intuición al efecto de esclarecer la equidad de la suma indemnizatoria, (31) pero lo cierto es que debe ser pagada necesariamente en una suma de dinero fijada en forma global, sin que a los jueces esté permitido autorizar su pago en forma de renta. (32)

Corresponde agregar que tratándose de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, a pedido de parte, el Juez está facultado para ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable. (conf. art. 1741 del CCyC).

Si se trata de *daños materiales* producidos dentro del plano familiar o convivnecial también deben ser resarcidos. (1716 y 1749 del CCyC). La integración de la perspectiva de reclamo de daños extrapatrimoniales conjuntamente con los daños patrimoniales probados, como es propio a todo supuesto resarcitorio de daños generados en la ilicitud civil, no sólo se deriva sin dificultades del texto del art. 1738, 1740, y 1741 del CCyC, sino que ha sido admitida al día de hoy prácticamente sin retaceos. (33)

Por último, ante un menoscabo producido por *lesiones físicas*, se aplicarán las reglas del artículo 1746 del CCyC que establece que la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades.

IX. Colofón.

El nuevo Código no aporta ninguna norma que solucione la cuestión, aunque debería haberlo hecho, por el contrario deja abierto el final de esta novela, que nuevamente va por el comienzo.

Entonces, continúa incierta la solución no imponiéndose un dogma tajante de aplicación de los principios de la responsabilidad civil, lo cual es desopilante y repugna el sentido común, pero si ha sido y será clara la afanosa búsqueda por los jueces de las razones para resolver en uno u otro sentido, demostrando la riqueza y variedad de los múltiples argumentos expuestos y el despliegue de un prudente criterio judicial ante el caso concreto sometido a decisión. (34)

Antes de la reforma, la jurisprudencia mayoritaria se inclinaba a favor del resarcimiento, (35) la doctrina por su parte se encontraba más escindida, (36) por nuestra parte, creemos que luego de ella lejos de desecharse la aplicabilidad de los principios resarcitorios en el plano familiar, por el contrario se ha robustecido. El mayor sustento de esta tesitura es que la reparación resulta un derivado lógico de la existencia de un daño causado cuyo resarcimiento se encuentra plenamente admitido por el art. 52 del

En este orden, coincidimos con MEDINA quien explica que si el derecho de familia es parte del derecho civil y se regula en el Código Civil y Comercial, se nutre de sus principios generales y es a estos principios generales a los que hay que acudir cuando se deben interpretar las normas. Como uno de los principios básicos del derecho civil es el responder por el daño injustamente sufrido la reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabilidad civil. Sobre el tema de la interpretación de las normas el Código Civil y Comercial establece en su artículo 2° que La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. De allí que para determinar si corresponde indemnizar los daños causados en el ámbito de la familia por sus integrantes hay que estar a los principios generales del derecho y también a los principios que rigen las relaciones de familia y a los principios de la responsabilidad civil. Dentro de los principios generales del derecho tenemos el principio de no dañar que obliga a no dañar a otro. (37)

Por su parte, tal como lo hemos afirmado, la viabilidad resarcitoria ante los daños producidos está en relación con el *hecho* que da lugar a la ruptura del matrimonio o la convivencia. De esta manera es viable la acción de daños y perjuicios ante la disolución del matrimonio o las uniones convivenciales siempre que se produzca un *daño injusto.* En esos casos, la antijuridicidad se configura por la existencia de un *daño no justificado,* es decir, un daño injustamente sufrido cuya resarcibilidad no contraríe el orden jurídico. (conf. art. 1717 del CCyC). Ese orden jurídico debe ser entendido en *todo su bloque* (CCyC, normas especiales, Constitución Nacional, Tratados Internacionales, etc) (conf. art. 1 y 2 del CCyC).

De esos derechos reconocidos derivará un "*interés*", que el Juez, -en el caso concreto-, considerará si resulta o no merecedor de tutela jurídica mediante una decisión razonablemente fundada. (conf. art. 3 del CCyC). Por lo tanto, la existencia de un *daño injusto* implica la *lesión a un interés susceptible de tutela jurídica* (vg. honor, dignidad, armonía familiar, estabilidad emocional, integridad física, psíquica o moral) (conf. art. 1737 del CCyC), y no reprobado por el ordenamiento normativo.

El factor de atribución es siempre el *subjetivo* basado en la idea de culpa o dolo, y el *daño* debe tener la suficiente entidad para habilitar su reparación (conf. arts. 1721 y 1739 del CCyC).

No obstante admitir la viabilidad de la aplicación del derecho de daño ante el hecho que motivo la ruptura del matrimonio o unión convivencial en la medida que se den los presupuestos reseñados anteriormente, consideramos necesario que exista *una norma especial* que autorice dicha aplicación porque el criterio antagónico atenta contra el carácter especial del derecho de familia. Es por ello, que proponemos al respecto la *inmiscusión de una norma en el plano del derecho de familia que autorice la aplicación del derecho de daños al campo reservado al plano del derecho de familia*, tal como la preveía el art. 525 del proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio de 1998 (38).

Bibliografía.

(1) MAZEAUD León, MAZEAUD Henri - MAZEAUD, Jean, Lecciones de Derecho Civil, trad. de Luis ALCALA ZAMORA y CASTILLO. Parte I, vol. IV, p. 510 y sigtes., Ed. Jurídica Europa-América N° 1514.

(2) FAMÁ, María Victoria, GIL DOMINGUEZ, Andrés, "El divorcio y la responsabilidad por daño moral entre cónyuges", en Revista La Ley, Doctrina Judicial, 2005-1, p. 1104.

(3) Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (celebradas en Bahía Blanca del 1 al 3 de octubre de 2015), RCyS 2015-XI, 233, AR/DOC/3697/2015.

(4) CECCHINI, Francisco Carlos; SAUX, Edgardo Ignacio, Daños entre Cónyuges. Prejudicialidad y Responsabilidad Civil. Ed. Zeus SRL. p. 176.

(5) MEDINA, Graciela, "Daños en el derecho de familia en el código civil y comercial, RCyS 2015-IV, 287, AR/DOC/774/2015. Editorial LA LEY.

(6) Cc0101 Mp 114131 Rsd-303-1 S-Fecha: 11/12/2001-Juez: Cazeaux (sd) Carátula: Ch. R., R. c. V.J. L. s/Divorcio Vincular-Mag. Votantes: Cazeaux-De Carli-Font (Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires. En igual sentido: Superior Tribunal de Justicia, San Salvador de Jujuy Expte. N° B-17.830/97 Divorcio Vincular. L. A. N° 46.F. 447/449 N° 176. Sentencia del 14 de mayo de 2003. SAIJ. Sumario W0001554.

(7) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, 30/03/2008, B. de A., M. del R. c. A., R. F., LLLitoral 2008 (junio), 550, AR/JUR/607/2008.

(8) Cámara 3a en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan. Fecha: 31/03/2008, P., F. L. c. E., V. S., LLGran Cuyo 2008 (julio), 599, AR/JUR/1786/2008. Tratándose del rubro indemnizatorio daño moral el comportamiento merecedor de una sanción por tal concepto, no está dado por la sola configuración de alguna de las causales de divorcio, sino por el obrar malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge.

(9) MEDINA, Graciela; KANESFSCK, Mariana, "Responsabilidad y Derecho de Familia. Daños entre cónyuges durante la vigencia del matrimonio y a la disolución por muerte. Daños entre padres e hijos. Visión Jurisprudencial de USA". Ed. El Derecho. p. 21. Explica la autora que el derecho de familia no constituye un ordenamiento que se baste a sí mismo, y, por ende, para solucionar los conflictos deben aplicarse los principios de la teoría general del Derecho Civil. Por ejemplo la representación paterno-materna de los hijos menores de edad se rige supletoriamente por las reglas del mandato. Aunque no esté contemplado expresamente en nuestra legislación, la jurisprudencia ha condenado a pagar los daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial, aplicando así los principios de la responsabilidad civil.

(10) RIVERA, Julio César, "El Derecho Privado Constitucional", en la Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 7.

(11) CNCiv., sala F, A., M. A. c. B., L. H.

(12) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 27/02/2007, M., E. C. c. J., A. L., LLBA 2007 (junio), 558, AR/JUR/133/2007.

(13) Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, sala A, 03/03/2005, Morley, Vilma A. c. Martínez, Antonio H., LLPatagonia 2005 (junio), 1049, AR/JUR/407/2005. Voto del Dr. FERRARI. Idem CNCiv. y Comer. de San Nicolás, 2003/09/04, "F.M.B. c. M.M.A.", DJ 31/03/2004, 819 - LLBA 2004 (febrero), 117.

(14) Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 04/09/2003, F.M.B. c. M.M.A. DJ 31/03/2004, En este orden argumental se indicó que la obligación de resarcir el daño moral causado por el cónyuge culpable del divorcio resulta genéricamente de la sustracción de aquél del deber jurídico de no dañar, siendo requisitos esenciales los propios del régimen de la responsabilidad civil en general, es decir, dañosidad, antijuridicidad, imputabilidad y causalidad. Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial III, 04/08/1995, R., J. E. c. A., O. E., DJ 1996-1, 272, AR/JUR/3643/1995. 819 - LLBA 2004-117, AR/JUR/3801/2003.

(15) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 13/05/1998, R. de H., S. c. H., J. C. LLBA 1998-1435, AR/JUR/4237/1998.

(16) CORDOBA, Marcos, M. "Procedencia de la reparación de daños entre cónyuges", LA LEY, 2007-B, 595/6.

(17) URIARTE, Jorge A. "Rechazo de la indemnización del daño moral por el adulterio de uno de los cónyuges" Revista La ley. p. 217.

(18) Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, homenaje a la doctora M.J. Méndez Costa, Santa Fe, 1990.

(19) CORDOBA, Marcos, M., "Procedencia de la reparación de daños entre cónyuges" Revista La ley. Tomo 2007-B. p. 595.

(20) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de daños. Tomo IV. Ed. Hammurabi. p. 124.

(21) MEDINA, Graciela, "Daños en el derecho de familia... Ob. Cit. p. 287 y sgts.

(22) En sentido contrario, el fallo plenario de la CNCiv. "G., G. G. c. B. de G., S. A." dispuso que para que la indemnización por este daño moral sea procedente, es necesario que quien lo solicita revista el carácter de inocente. Es decir, sólo quien no dio causa a la separación gozaría de legitimación para reclamar una indemnización de daños y perjuicios, ya que, de ser ambos culpables, ninguno la tendrá ni podrá reclamar del otro porque estaría pretendiendo obtener un resarcimiento de daños derivados de una situación a la que coadyuvó con su propia conducta culpable.

(23) Se pregunta Zannoni cuán graves han de ser las afrentas a la integridad personal o al honor y dignidad del ofendido, en qué medida han de trascender el reducto de la intimidad de los esposos para proyectarse al escándalo más o menos público que daña la propia imagen y la consideración de uno de ellos ante los demás, y contesta a su retórica: son cuestiones de hecho, insusceptibles de una categorización apriorística. ZANNONI, Eduardo A., "Derecho Civil-Derecho de Familia", Tº II, Ed Astrea. Buenos Aires. 1978. ps. 228/232. Vale la pena reproducir las dicciones esbozadas en un voto de la Dra. Wilde quien sostuvo que el daño moral no debe confundirse con el duelo que produce la separación en sí; la sensación de fracaso y frustración que se vuelca en el otro por no haber podido concretar los proyectos conyugales, es algo inherente a la pérdida" (voto de la Dra. Wilde, en C.N.Civ., sala J, 21-5-2000, E.D., del 7-3-2001). En este orden de ideas ha resuelto el Dr. Velásquez en un voto de la Cámara del Noroeste de Chubut que en estos supuestos la indemnización del daño moral requiere de hechos que exhiban una fuerza dañadora muy punzante, en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico, pues entonces, pueden ellos provocar una lesión al bien moral susceptible de ser compensada. Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, sala A, 03/03/2005, Morley, Vilma A. c. Martínez, Antonio H., LLPatagonia 2005 (junio), 1049, AR/JUR/407/2005 (del voto del doctor Velásquez). En igual sentido: CNCiv., sala A, 1999/08/11, "A. C., L. c. S., E. G.", LA LEY, 2000-C, 944, 945, J. Agrup., caso 15.039. Por ello se ha resuelto que no se trata de un daño in re ipsa,, sino que debe demostrarse cómo han causado la privación del goce de bienes de valor esencial como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos. (C.C.Com., de San Martín, sala II, 24-2-2000, E.D., del 24-1-2001, fallo 50.541). Con esta tesitura su dijo que en el caso los constantes vejámenes y abusos a que eran sometidos los familiares, son de una gravedad importante por lo que el daño moral causado

resulta evidente. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala II, 13/02/1997, T. de M., G. E. c. M., J., LLBA, 1997-728, AR/JUR/101/1997.

(24) Es decir, la configuración de un daño moral resarcible no resulta automáticamente presumida por la presencia de un hecho determinado, sino que es requisito demostrar la existencia cierta del perjuicio invocado. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 03/02/2010, L., G. C. c. B., M. A., AR/JUR/32/2010. Idem. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, "M., E. C. c. J., A. L.", 27/02/2007, LLBA 2007 (junio), 558.

(25) Así se adujo que a los fines de determinar la procedencia del reclamo por daño moral es necesario probar que fueron efectuados con tal magnitud y publicidad al punto de tornarlos escandalosos, afrentando la dignidad y el honor. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala II, 28/04/2009, M., O. M. c. A., M. N., LLGran Cuyo 2009 (agosto), 706, AR/JUR/9361/2009. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, 30/03/2008, B. de A., M. del R. c. A., R. F., LLLitoral 2008 (junio), 550, AR/JUR/607/2008. Asimismo se dijo que si bien cuando media una ruptura de una relación afectiva, puede concluirse que ambos integrantes de la pareja sufren el dolor que se experimenta por el fracaso del proyecto de vida común trazado, resulta improcedente el reclamo en concepto de daño moral, cuando no han podido acreditarse hechos o circunstancias con suficiente entidad que viabilicen el reclamo resarcitorio. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, 30/03/2008 B. de A., M. del R. c. A., R. F., LLLitoral 2008 (junio), 550, AR/JUR/607/2008. Por su parte la sala K de la Cámara Nacional Civil entendió que ss procedente el resarcimiento por daño moral a favor del cónyuge inocente en el juicio de divorcio si las circunstancias de la causa, por su gravedad, exceden de las simples penas y conflictos propios de la vida del hombre. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 14/02/2002, G., H. E. c. F., N. V., LA LEY, 2002-B, 159 - DJ 2002-1, 474, AR/JUR/1864/2002. ver asimismo: CNCiv., sala A, "P., L. M. c. R, H. R.", 1997/09/25, LA LEY, 1998-D, 737; "A. C., L. c. S., E. G.", 1999/08/11, LA LEY, 2000-C, 945, J. Agrup., caso 15.053; sala B, "G., A. M. c. O., J. A.", 1996/07/18, LA LEY, 1998-E, 772 (40.829-S); sala J, "B., S. M. c. L. C., A. G.", 1999/02/18, LA LEY, 2000-C, 945, J. Agrup., caso 15.048; "S. de S. R., M. A. c. S. R., J. R.", 1997/09/12, LA LEY, 1999-C, 724 (41.441-S) y DJ, 1999-2-222; sala K, "R., A. c. J., M. E.", 1996/08/30, LA LEY, 1997-C, 570. Y los artículo de doctrina: CIFUENTES, Santos, "El divorcio y la responsabilidad por daño moral", LA LEY, 1990-B, 805; FERNÁNDEZ RIBET, Pedro I., "El daño moral en el divorcio", DJ, 1998-3-223; ROVEDA, Eduardo G. - SARQUIS, Lorena, "Daños y perjuicios entre cónyuges", DJ, 1997-3-993.

(26) CNCiv., sala A, A., M. D. c. B., P. M., DJ, 2007-2-701. Con similar postura la Sala G expuso que para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima para establecerlo, objetiva y presuntivamente en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 22/02/2008, O., E. B. c. M., A. C., La Ley Online; AR/JUR/489/2008.

(27) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 18/02/1999, B., S. M. c. L. C., A. G. AR/JUR/1427/1999.

(28) Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial III, 04/08/1995, R., J. E. c. A., O. E., DJ 1996-1, 272, AR/JUR/3643/1995.

(29) ZANNONI, Eduardo A.; Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio, en JA 1994-II-822.

(30) PAGANO, Luz M y GIMENEZ, Luis A. Daño moral en el divorcio por culpa de ambos cónyuges. Secc. Doctrina Tomo 1997-I. Pág. 942.

(31) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Daños a las personas. Integridad psicofísica, Ed. Hammurabi, Buenos Aires 1990, p. 520. Por lo tanto, en el monto de la indemnización deben considerarse las consecuencias perjudiciales que le provocó quien causó el daño con su actitud. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Garantías en lo Penal de Zárate-Campana, 17/04/2001, P., L. A. c. M., B. I., LLBA 2002, 579, AR/JUR/1472/2001. ídem, CNCiv., sala J, "S. de S. R., M. A. c. S. R., J. R.", 1997/09/12, LA LEY, 1999-C, 724.

(32) SALVAT, Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil Argentino Actualizado por Arturo Acuña Anzorena. Fuentes de las Obligaciones" Tomo IV Buenos Aires, 1958, BELLUSCIO, Augusto C. Daños y perjuicios derivados del divorcio. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 625.

(33) Así lo han declarado las I jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1980, Comisión C, Despacho A-1), las Jornadas de Responsabilidad Civil, en homenaje al Dr. Bustamante Alsina (Buenos Aires, 1990, Comisión I, Despacho V-1), las Jornadas de Derecho Civil — Familia y Sucesiones en homenaje a la Dra Méndez Costa (Santa Fe, 1990, Comisión I, Despacho VI-2), y lo afirman entre otros Zannoni, Belluscio, Mosset Iturraspe, Méndez Costa, Barbero, Alterini, Bustamamnte Alsina, Brebbia, Lopez De Carril, Mazzinghi, Molinario, Kemelmajer De Carlucci y Andoro.Cecchini, Francisco Carlos. SAUX, Edgardo Ignacio. Daños entre Cónyuges. Prejudicialidad y Responsabilidad Civil. Ed. Zeus SRL., p. 84.

(34) VIDAL TAQUINI, Carlos H., De la incierta responsabilidad por daños ante el divorcio, RCyS 2007, 548.

(35) Ver CNCiv., sala C, 17/5/88, "P.M.S.C.P., J.C.D", La Ley, 1988-D, 377; íd., sala F, 22/11/90, L., "J. c.M. de L.,E.P.", ED, 142-143; id., 21/5/93, "V.G.O. C T., A.C" JA, 1994-I-32; id., sala I, 18/7/96, "G.,A.M. c O., J.A." Rev. Gaceta de Paz, 17/9/96, p. 2; íd., sala K, agosto 30 de 1996, "R., A c. J., M.E.", LA LEY, 1997-C, 573; CCiv y Com. Junín, 20/12/94, "S.,M.T. C G.,E.M.", LLBA, 1995-397; C1aCC Lomas de Zamora, sala II, 13/2/97, "T. de M., G.E. c. M.,J.", LLBA, 1197-728 CCivil y Com., Morón, sala II, 14/11/95, " M.,R.R. c. C., M.B.", LLBA, 1997-1045; ClaCCMar del Plata, Sala II, 8/4/97 ", "V., L. c. P., O" LLBA, 1997-1287; CCiv y Com. San Isidro, sala I, 13/5/98, "R. de H., S c. H., J. C", LLBA, 1998-1435. En sentido contrario, ver CC2º La Plata, Sala II 8/8/86, "A. V. De G.,M. C G., O.", LA LEY, 1986- E-590; CNCiv., sala B, 13/6/90, "V.de D., c. D., R. M.", de, 139-273, id., id., 30/10/92, "F., D.A. C D.,E.H!, JA-1993 — II -328; id., sala A, 25/9/97, "P.,L.M. c. R., H.R..", LL-1998 — D -739; id., sala J, 12/9/97, "S de S.R.M.A. c. S.R., J.R. S/ divorcio, de, 17/2/98, p.14; id., sala K, 11/13/01, "A. de P., C. c. P.,M.C.A", DJ, 2002- I-536; C1º de Apel Civ y Com., San Nicolás, 4/9/93, "F.M.B. C/ M.M.A. s/ divorcio", en www.eldial.com.ar, 6/10/03, "C., A. B c. S.,E.J s/divorcio", en www.eldial.com.ar, 15/11/03; etc.

(36) A favor del resarcimiento podemos encontrar a BUSTAMANTE ALSINA, Jorge Daños y Perjuicios. Responsabilidad Derivada del Divorcio", T. I, en Enciclopedia de Derecho de Familia. Ed. Universidad. pág.763; MÉNDEZ COSTA, María, "Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos" Pág.636 en "Derecho de Daños", Libro Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe; Ferrer, Francisco A. "Resarcimiento de Daños en la Separación Personal y en el Divorcio", pág. 303 en Revista de Derecho Privado y Comunitario. MENDEZ COSTA, María Josefa, "Separación personal, divorcio y responsabilidad civil", en "Derecho de daños", Buenos Aires, 1989; BOSSERT, Gustavo, "Manual de Derecho de Familia"; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, en "Responsabilidad civil en el Derecho de Familia" (con Zannoni) Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1983; ACUÑA ANZORENA, Arturo, "Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y su cómplice por causa de adulterio", LA LEY, 27-212; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Los daños emergentes del divorcio", LA LEY, 1983-C, 348; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Divorcio y responsabilidad civil", LA LEY, 1988-D, 376; MAKIANICH de BASSET, Lidia, "Otra acertada acogida del derecho de reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable del divorcio", ED, 115-844; BIDART CAMPOS, Germán, "Los hechos que dieron origen al divorcio y la indemnización por daño moral", ED, 130-289; URIARTE, Jorge A., "Reparación", Ob. Cit. p. 393; y "Rechazo de la indemnización del daño moral por el adulterio de uno de los cónyuges", LA LEY, 1991-D, 216; ALVAREZ PERRETTA, "Deber de fidelidad, daño material y daño moral", LA LEY, 1985-A, 988; MINYERSKY, Nelly (III Congreso Internacional de Daños, AABA, abril de 1993, Disertación como Vicepresidente de la Comisión de Comisión N° 1, Derecho de Familia); LOPEZ DEL CARRIL, Julio, "Derecho de familia, p. 23, Benos Aires, 1984; GARCIA DE GHIGLINO, Silvia S., "Es indemnizable la pérdida de vocación sucesoria del cónyuge inocente (o "enfermo") por la conversión de la separación personal en divorcio vincular", LA LEY, 1991-B, 776 (Sec. Doct.); VELAZCO, José Raúl, "La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio", LA LEY, 1991-A, 1034; IPPOLITO, Silvia - LIZ, Carlos Alberto, "Perjuicios futuros indemnizables derivados del divorcio", LA LEY, 1991-E, 1051; LEVY, Lea - WAGMAISTER, Adriana - IÑIGO, Delia; "La situación Ob. Cit. p. 711. etcétera.

(37) MEDINA, Graciela, "Daños en el derecho de familia... Ob. Cit. 287 y sgtes.

(38) Ver esta posición en nuestras obras; JALIL, Julián Emil, Derecho de Daños Aplicado. Ed. Grupo Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2013; Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo I. Buenos Aires. 2012; y Daños en el Derecho de Familia. Buenos Aires. 2012. Asimismo ver los artículos de mi autoría: JALIL, Julián Emil, "Daños derivados del divorcio y presupuestos para la procedencia de la responsabilidad civil", DFyP /2011 (enero), 13.

Ed. LA LEY; "El "divorcio electrónico": ¿El medio más idóneo para una sociedad muda?", La Ley Online 15. Ed. LA LEY; y "La pretensión resarcitoria de los hijos hacia sus padres por el padecimiento de daños congénitos sufridos por un obrar doloso o culposo de sus progenitores", publicado en: DFyP Ed. LA LEY, 01/06/2012, 2012 (junio), 29. Ed. LA LEY. Y nuestras ponencias en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en el mes de octubre en la ciudad de Bahía Blanca y en el Congreso de la Familia Adolescencia y Niñez, celebrado en noviembre en la ciudad de Mendoza (Ganadora del premio a la mejor ponencia).

Los vicios ocultos en el Código Civil y Comercial. Análisis exegético de las normas que rigen la materia

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Cita Online: AR/DOC/935/2016
Publicado en: RCCyC 2016 (abril), 131
[Consultado el: 06/07/2020]

Sumario.

I. A modo introductorio. — II. La obligación de saneamiento como causa fuente obligacional de la responsabilidad por vicios ocultos. — III. Amplitud del campo legal protectorio de los vicios ocultos. — IV. La carga de la prueba en la denuncia del vicio y el plazo para hacerlo efectivo. — V. Los términos de caducidad y de prescripción. — VI. La facultad del adquirente de resolver el contrato ante la existencia del defecto oculto. — VII. Algunas diferencias entre los defectos ocultos regidos por el Código Civil y Comercial y aquellos subsumidos en el campo de las relaciones del consumo. — VIII. A modo de conclusión.

"...El hombre probo y de buena fe debe entregar lo que dice que entrega, o bien garantizarlo, pues en caso contrario el derecho se encargará de hacerlo a su costo..."

I. A modo introductorio.

Desde antaño se han regulado las consecuencias de entregar cosas defectuosas en el marco de un contrato. El caso paradigmático lo constituyen los llamados vicios redhibitorios, que ya se encontraban regulados en el Código Civil, en los arts. 2146 y ss. El Código Civil y Comercial instituye un concepto más amplio de protección ante *defectos ocultos*, en el cual los vicios redhibitorios representan una especie.

Se ha debatido acerca de la *naturaleza jurídica* de los vicios ocultos. Se ha dicho que constituyen garantías contractuales, efectos de los contratos onerosos, una obligación de saneamiento, o bien que representan un tipo de responsabilidad especial (responsabilidad contractual sin culpa). El Código Civil y Comercial recoge tomo este andamiaje conceptual y regula la figura como un supuesto de *responsabilidad* en el marco de la *obligación de saneamiento*, comprimiendo las características y fundamentos precedentemente mencionados dentro del esquema de su naturaleza.

II. La obligación de saneamiento como causa fuente obligacional de la responsabilidad por vicios oculto.

El art. 1033 determina una suerte de *legitimación para obrar pasiva*, al establecer quiénes son los sujetos responsables de la obligación de saneamiento. En este marco establece que están obligados al saneamiento:

a) El transmitente de bienes a título oneroso;
b) Quien ha dividido bienes con otros;
c) Sus respectivos antecesores, si han efectuado la correspondiente transferencia a título oneroso.

La obligación de saneamiento se encuentra instituida para proteger al adquirente de una cosa de los *defectos* que ella pueda tener y de la *turbación* que pueda sufrir por parte de terceros o por el propio transmitente. Dentro del marco de esa obligación se proyectan dos tipos de responsabilidades:

a) *La responsabilidad por evicción*, que comprende toda turbación de derecho, total o parcial, que recae sobre el bien, por causa anterior o contemporánea a la adquisición; los reclamos de terceros fundados en derechos resultantes de la propiedad intelectual o industrial, excepto si el enajenante se ajustó a especificaciones suministradas por el adquirente; y las turbaciones de hecho causadas por el transmitente (conf. art. 1044 del CCyC).

b) *La responsabilidad por vicios ocultos*, que comprende los defectos no comprendidos en las exclusiones del art. 1053; los vicios redhibitorios, considerándose tales los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor (conf. art. 1033 del CCyC).

Se advierte entonces que mientras a través de la garantía de evicción se asegura la *existencia* y la *legitimidad* del derecho transmitido, la garantía por vicios ocultos protege al adquirente de los *defectos* de la cosa, que no se pueden descubrir mediante un examen atento y cuidadoso de ella, y que la tornan impropia para su destino.

Difiere la garantía legal prevista en el art. 1033 del CCyC con la reglada en el art. 11 de la ley 24.240, pues ella rige por los defectos o vicios de cualquier índole aunque hayan sido *ostensibles* o *manifiestos* al tiempo del contrato, lo que implica una mayor tutela para el adquirente que la otorgada por el Código Civil y Comercial en cuanto a los defectos ocultos en general y a los vicios redhibitorios en particular (1).

III. Amplitud del campo legal protectorio de los vicios ocultos.

Si bien surge del artículo la comprensión legal que deben tener los vicios ocultos para que sean abarcados por la protección de la norma, las partes pueden *ampliar* esa garantía con referencia a ciertos defectos específicos, aunque el adquirente debiera haberlos conocido; o bien ante la garantía otorgada por el enajenante sobre la inexistencia de defectos, o cierta calidad de la cosa transmitida, aunque el adquirente debiera haber conocido el defecto o la falta de calidad; o en el caso de que quien interviene en la fabricación o en la comercialización de la cosa otorgue garantías especiales. Sin embargo, excepto estipulación en contrario, el adquirente puede optar por ejercer los derechos resultantes de la garantía conforme a los términos en que fue otorgada.

Es decir, la garantía por vicios puede ser *convencionalmente ampliada*, pero nunca disminuida en desmedro del adquirente, pues contrariaría el *espíritu de la norma* que tiene en miras justamente la protección del derecho del adquirente.

IV. La carga de la prueba en la denuncia del vicio y el plazo para hacerlo efectivo.

El adquirente tiene la carga de denunciar expresamente la existencia del defecto oculto al garante dentro de los *sesenta días* de haberse manifestado. Si el defecto se manifiesta gradualmente, el plazo se cuenta desde que el adquirente pudo advertirlo. El incumplimiento de esta carga extingue la responsabilidad por defectos ocultos, excepto que el enajenante haya conocido o debido conocer la existencia de los defectos (art. 1054 del CCyC).

En muchos casos, la dificultad consiste en establecer cuándo nació el vicio (pues éste debe ser anterior a la adquisición), prueba que a veces no es sencilla de producir, según la naturaleza del objeto, lo cual normalmente

exigirá el dictamen de expertos. El CCyC ha estimado que debe considerarse como hito inicial para contar el plazo de sesenta días el momento en el que el vicio se *manifestó*. Aunque la redacción del precepto se encuentra con la dificultad probatoria ya precisada con relación al origen del vicio, creemos que en estos casos resultará válido recurrir a presunciones, a falta de elementos categóricos que permitan establecer con exactitud la fecha en que tuvo su manifestación el defecto. Cabe también aplicar aquí las reglas de la *sana crítica* para determinar la efectiva manifestación de la imperfección (2).

Si el vicio no tiene una manifestación única, pues ella se extiende en el tiempo (gradual), el plazo debe computarse desde que el adquirente tuvo la posibilidad de advertirlo, es decir, no se requiere que lo haya efectivamente percibido, sino que haya *podido hacerlo*. Ambas prerrogativas ceden cuando el enajenante conoció o debió conocer la existencia del defecto, pues en estos casos su obrar es *doloso*, al actuar con absoluta indiferencia por el interés adquirente (art. 1724 del CCyC), debiendo responder entonces por las consecuencias que la previsibilidad del acto le imponía al tiempo del incumplimiento de la obligación (conf. 1728 del CCyC).

V. Los términos de caducidad y de prescripción.

La responsabilidad por defectos ocultos caduca si la cosa es *inmueble*, cuando transcurren *tres años* desde que la recibió, y si la cosa es *mueble*, cuando transcurren *seis meses* desde que la recibió o puso en funcionamiento.

Los plazos pueden ser aumentados por acuerdo de parte, toda vez que no se encuentran comprometidos intereses de orden público, y en todo caso son a favor de la parte perjudicada (adquirente) a quien la ley pretende proteger.

Se trata de un plazo de *caducidad*, pues extingue el derecho y la *prescripción* de la acción está sujeta a lo dispuesto en el art. 2564 del CCyC, que establece que el reclamo por vicios redhibitorios prescribe al *año*. Con relación a esto último, corresponde aclarar que el mencionado plazo resulta aplicable en la medida en que lo que se reclame sea exclusivamente derivado del defecto oculto, pues si se trata de cualidades especiales prometidas en un determinado contrato estamos frente a un incumplimiento contractual y la consecuente responsabilidad (derivada de la demanda por cumplimiento o resolución y daños y perjuicios) debe regirse por el plazo de prescripción ordinario del sistema de responsabilidad civil, es decir, el de *tres años* (conf. art. 2561 del CCyC) (3).

Lo mismo ocurre si se trata de un caso que se encuentra dentro del campo del derecho del consumo, en donde se aplicará idéntico término pero por aplicación del art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240 y sus modif.) (4).

VI. La facultad del adquirente de resolver el contrato ante la existencia del defecto oculto.

El art. 1039 regula las acciones del acreedor de la obligación de saneamiento, estableciendo que tiene derecho a optar entre:

a) Reclamar el saneamiento del título o la subsanación de los vicios.
b) Reclamar un bien equivalente, si es fungible.
c) Declarar la resolución del contrato, excepto en los casos previstos por los arts. 1050 y 1057.

Se puede decir, entonces, que el acreedor de la garantía dispone del derecho solicitar la subsanación del vicio a costa del garante, o a que se le otorgue un bien equivalente (tal como ocurre en el marco de la LDC), o bien a declarar la resolución del contrato si se trata de un vicio redhibitorio, o si medió una ampliación convencional de la garantía (art. 1056 del CCyC). Carecerá del derecho a resolver el contrato si el defecto es

subsanable, debiendo darse, en ese caso, dos requisitos más: que el garante haya ofrecido subsanarlo, y que el adquirente no lo acepte (art. 1057 del CCyC).

VII. Algunas diferencias entre los defectos ocultos regidos por el Código Civil y Comercial y aquellos subsumidos en el campo de las relaciones del consumo.

Las diferencias entre ambos régimen han sido correctamente detalladas por Barocelli en un minucioso trabajo publicado en esta editorial. Al respecto, podríamos sintetizarlas en las siguientes:

a) En las relaciones de consumo, las causales del art. 1053 del CCyC no tendrán efecto, en virtud de los arts. 988, inc. a), y 1117 del Código Civil y Comercial, y los arts. 18 y 37, inc. a), de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

b) En materia de consumo no resulta necesario acreditar el requisito de gravedad o importancia del daño. Muchas veces los daños al consumidor pueden ser vistos como daños "menores". Esta mirada, no obstante, no está desprovista muchas veces de prejuicios de clase que impiden ver que en otras realidades socioculturales perjuicios de sumas pequeñas pueden tener un impacto significativo en la economía familiar.

c) El art. 18 de la LDC señala que el art. 2170 del Código Civil no podía ser opuesto al consumidor. Cabe recordar que dicho artículo señalaba que "el enajenante está también libre de la responsabilidad de los vicios redhibitorios, si el adquirente los conocía o debía conocerlos por su profesión u oficio". El artículo equivalente en el nuevo Código sería el art. 1053, inc. a), que dispone que la responsabilidad por defectos ocultos no comprende "los defectos del bien que el adquirente conoció, o debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición, excepto que haya hecho reserva expresa respecto de aquéllos. Si reviste características especiales de complejidad, y la posibilidad de conocer el defecto requiere cierta preparación científica o técnica, para determinar esa posibilidad se aplican los usos del lugar de entrega".

d) Dispone también el art. 18 que a instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el art. 2176 del Código Civil. Vale señalar que dicho artículo disponía que "si el vendedor conoce o debía conocer, por razón de su oficio o arte, los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, y no los manifestó al comprador, tendrá éste a más de las acciones de los artículos anteriores, el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos, si optare por la rescisión del contrato". Con el nuevo Código siempre el consumidor podrá reclamar, además de las opciones del art. 1039, la reparación de los daños y perjuicios, no siéndole aplicables las limitaciones del art. 1040.

e) Haciendo un adecuado diálogo de fuentes con el nuevo Código, al sostener el art. 18 de la LDC que la garantía de vicios redhibitorios subsiste más allá de la garantía legal, que es de seis meses para cosas muebles no consumibles, entendemos que en las relaciones de consumo —interpretando conforme dispone el nuevo Código en el art. 1096, a la luz del principio protectorio— no resultará de aplicación el plazo de caducidad de seis meses para cosas muebles del art. 1055 del nuevo Código, ya que, interpretarlo de otra manera, implicaría "confundir" y "subsumir" ambas garantías y dejar en letra muerta el art. 18 de la LDC. En ese sentido, entendemos que dicha garantía valdrá hasta el plazo de prescripción contractual de cinco años.

f) El art. 1036 del Código Civil establece que la responsabilidad por saneamiento existe aunque no haya sido estipulada por las partes. Éstas pueden aumentarla, disminuirla o suprimirla, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente". En el caso de las relaciones de consumo, se podrá ampliar la garantía, pero no renunciarse o restringirse. De ser así, estaremos en presencia de una cláusula abusiva, en los términos del art. 37 de la LDC, por ser tanto una desnaturalización de la obligación de saneamiento como una renuncia o restricción de derechos del consumidor.

g) En relación con el art. 1043 del CCyC, nunca el obligado al saneamiento podrá invocar su ignorancia o error, teniéndose por no escrita cualquier estipulación en contrario.

h) Con respecto a la prueba de que el vicio existía al tiempo de la adquisición, resultará de aplicación el art. 53, tercer párrafo, de la LDC, que consagra en materia probatoria el "principio de las cargas dinámicas", cuando dispone que "los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio". Así lo ha entendido la jurisprudencia en "Constructora de Proyectos SA v. Autovisiones SA s/ordinario".

i) A diferencia de lo que ocurre en el plano del derecho común, en el campo del consumo los vicios ocultos se aplicarán también a las relaciones de consumo "gratuitas" (muestras gratis, sorteos, premios, programas de puntos o millaje, etc.) (5).

VIII. A modo de conclusión.

Corolario de lo expuesto surge que el Código Civil y Comercial ha instituido un régimen protectorio de saneamiento tanto por vicios de hecho y de derecho como por defectos ocultos en las cosas. Con relación a estos últimos, han adquirido un marco protectorio más amplio y extenso que el originalmente regulado en el Código Civil, tanto en las relaciones contractuales paritarias (arts. 1051 y ss.) como en aquellas comprendidas en el plano del consumo (arts. 11 y 18 de la LDC).

Decimos que el Código Civil y Comercial otorga perfiles protectorios mayores que los que tenía el Código derogado en sus arts. 2146 y ss., pues amplía su espectro a supuestos de defectos ocultos de menor entidad que no constituyen precisamente vicios redhibitorios, y además porque permite ampliar la garantía por pacto entre partes, supuesto que no se encontraba regulado en el Código de Vélez (6).

En definitiva, el Código Civil y Comercial a través del instituto descripto, instituye una regla deontológica que pude ser comprimida de la siguiente manera: *el hombre probó y de de buena fe debe entregar lo que dice que entrega, o bien garantizarlo, pues en caso contrario el derecho se encargará de hacerlo a su costo.*

Bibliografía.

(1) C. Nac. Com., sala A, 1/10/2015, "Gianorio, Gustavo D. v. Serra Lima SA s/ordinario, RCyS 2016-III 80, AR/JUR/63543/2015.

(2) Ver similares ideas en: Compagnucci de Caso, Rubén, H., "El vicio oculto en la acción redhibitoria", LL 2004-E 436; DJ 2004 3 556.

(3) Así se ha señalado que a los fines de determinar el plazo de prescripción aplicable, cabe entender que una empresa que colocó un piso de madera defectuoso no responde por vicios redhibitorios sino por incumplimiento contractual, toda vez que lo que se invocó no es la ausencia de una cualidad normal de la madera utilizada sino el incumplimiento de ciertas calidades especiales prometidas relativas a la resistencia y a la terminación del producto, con lo cual el plazo aplicable en el decenal previsto por el art. 4023 del Código Civil. C. Nac. Com., sala A, 17/7/2015, "Mijormi SRL v. Patagonia Flooring SA s/ordinario", La Ley Online, AR/JUR/35505/2015. Si es de aplicación el Código Civil, pero si se aplica el CCyC el plazo será de tres años, al que hemos hechor referencia. Con relación a ello, es decir, a la prescripción en materia de responsabilidad civil, hemos explicado en otro trabajo que del art. 2537 del CCyC surge que los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice

antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior. La interpretación del art. 2537 del CCyC, en materia de daños, puede comprimirse de la siguiente forma: los plazos de prescripción en materia contractual se rigen por el art. 4023 del Código derogado (10 años) y en materia de hechos ilícitos por el art. 4037 de ese mismo cuerpo legal (2 años). Salvo que el plazo de tres años previsto en el art. 2561 del Código Civil y Comercial, a contar desde su entrada en vigencia, sea inferior al que resulte del que venía en curso. En tal caso, se aplica este último. Por ejemplo, si se trata de un caso de responsabilidad contractual y al 1 de agosto de 2015 ya había transcurrido un año de la suscripción del acuerdo, el plazo restante será de tres años más a contar de la fecha de entrada en vigencia del Código y no de nueve años, pues la norma está instituida a favor de la liberación del deudor. Prevalece en este caso el art. 2561 del CCyC por sobre el art. 4023 del CCiv. Ver nuestro trabajo: Jalil, Julián E., "La aplicación del art. 7º del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil", RCCyC 2015 (octubre), 151.

(4) En este orden ha dicho la sala 1ª de la C. Civ. y Com. San Isidro que el plazo de prescripción aplicable para el ejercicio de la acción quanti minoris debe ser el de tres años establecido por el art. 50 de la ley 24.240, y no el del Código Civil, ya que la compraventa de un departamento a estrenar configura una relación de consumo a la que le son aplicables las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor (C. 1ª Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 27/11/2014, "Casado, Juan Carlos v. Majema Constructora SRL y otros s/acción de reducción", RCCyC 2015 (julio), 195; RCyS 2015-VIII 73; Sup. Doctrina Judicial Procesal 2015 (agosto), 24; RCCyC 2015 (agosto), 273; AR/JUR/80405/2014).

(5) Barocelli, Sergio S., "Orden público de consumo y garantía por vicios ocultos. Una mirada desde el nuevo Código Civil y Comercial", RCCyC 2015 (agosto), 273; AR/DOC/2608/2015.

(6) Aunque creemos que una correcta interpretación de los arts. 1197, 953 y 21 del Código Civil también lo permitía.

Reparación del daño extramatrimonial o patrimonial causado al hijo ante la falta de reconocimiento del progenitor en el Código Civil y Comercial

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2017-IV, 46
Cita Online: AR/DOC/566/2017
[Consultado el: 07/07/2020]

Sumario.

I. Los orígenes jurisprudenciales de la responsabilidad civil en el ámbito filiatorio.- II. El reconocimiento voluntario en colisión con la obligación legal de llevarlo a cabo.- III. El marco normativo en donde se inserta la obligación legal de resarcir el daño en el Código Civil y Comercial.- IV. La configuración de la responsabilidad civil a través de los presupuestos previstos por la normativa vigente.- V. La incidencia de la concausa en la cuantificación del daño.- VI. Alcance de la indemnización. Análisis de la configuración del daño moral, el daño psicológico y la pérdida de la chance.- VII.- La acción autónoma de la madre. 8. Nuestras conclusiones.

La filiación y el apellido, como atributos de la personalidad no pueden ser desconocidos legalmente, habida cuenta que existe una acción específica que se le confiere al hijo para obtener el emplazamiento en tal estado, y que el orden jurídico procura su concordancia con el orden biológico. Por ello, aquel que omite voluntariamente el deber jurídico de reconocer a su hijo, resulta responsable por los daños ocasionados a quien tenía el derecho de ser emplazado en el estado de familia respectivo, por no poder ejercer el goce y derechos derivados del mismo.

I. Los orígenes jurisprudenciales de la responsabilidad civil en el ámbito filiatorio.

Decía SHAKESPEARE que "...*prudente padre es el que conoce a su hijo...*", y para conocer a la descendencia resulta una premisa fundamental reconocerlo como tal, es decir, exteriorizar el acto volitivo por el cual el progenitor masculino admite su estado de padre. Desde antaño en el derecho de daños se ha planteado la hipótesis del resarcimiento de los daños a la persona ante la falta de reconocimiento tempestivo por parte del progenitor, teniendo en sus orígenes acogida doctrinaria y jurisprudencial en determinados países y siendo rechazada en otros.

El argumento sosteniendo la irresponsabilidad en el marco filiatorio afirmaba que estas reparaciones atentaban contra la armonía de dicho ámbito. Falaz argumento por cierto, del cual no fueron ajenos los tribunales de los EE.UU., Italia y Alemania, en tiempos no demasiado remotos, revirtiendo luego esta orientación hacia la que hoy prevalece universalmente. Durante la vigencia del Código Velezano nuestra jurisprudencia, aplicando los principios generales sobre responsabilidad había marcado hitos importantes de avance hacia la reparación integral por desconocimiento filiatorio. Ello no obstante carecer de una normativa específica, (1) hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

A modo de reseña histórica podemos precisar que a fines de la década del 80 un fallo de la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro se constituyó como el precursor en la materia, pues a través de éste se responsabilizó por el daño moral al padre de un niño que se negó y resistió a la realización de pruebas biológicas.

Este decisorio del año 1988 constituye un *leading case* en este tema.

La reparación de daños por negativa injusta de filiación es ratificada con posterioridad por los tribunales de Capital Federal, en un fallo del año 1989. Además ha sido sostenida por gran parte de la doctrina de la época, (2) por la jurisprudencia posterior al fallo, (3) y por la legislación comparada, (4) hasta tener consagración normativa en nuestro país a través del art. 587 del Código Civil y Comercial.

II. El reconocimiento voluntario en colisión con la obligación legal de llevarlo a cabo.

En relación al carácter voluntario que se le atribuye al reconocimiento, ZANNONI destaca que el mismo no hace referencia al libre arbitrio del reconociente en el sentido de estar facultado para hacerlo o no, sino al carácter unilateral o individual de ese acto, lo que significa que una persona que reconoce a su hijo no puede atribuir a otra la maternidad o paternidad que ésta última no ha asumido en forma voluntaria. El derecho por parte del hijo a obtener un emplazamiento familiar, supone el deber de reconocer por parte del progenitor que no lo hizo, siendo buena prueba de que el reconocimiento no es indiferente, el hecho que se le confiera al Ministerio Pupilar el deber de procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por parte del presunto padre. (5)

La filiación y el apellido, como atributos de la personalidad no pueden ser desconocidos legalmente, habida cuenta que existe una acción específica que se le confiere al hijo para obtener el emplazamiento en tal estado, y que el orden jurídico procura su concordancia con el orden biológico. Por ello, aquel que omite voluntariamente el deber jurídico de reconocer a su hijo, resulta responsable por los daños ocasionados a quien tenía el derecho de ser emplazado en el estado de familia respectivo, por no poder ejercer el goce y derechos derivados del mismo. (6)

Entonces, si bien el reconocimiento de un hijo depende de la iniciativa privada, no constituye un acto librado a la autonomía personal que interesa sólo al libre arbitrio del reconociente, en el sentido de que la ley otorga la facultad de realizarlo o no. (7) Es decir, esa autonomía no puede ser ejercitada arbitrariamente, pues el niño tiene el derecho constitucional a tener una filiación. (8)

En este orden de ideas, surge un juego armónico de derechos y deberes. Con relación a estos últimos, se genera sobre el progenitor un deber de alto rango que impone el despliegue de una fuerte voluntad, concretada en actos de suficiente vigor y firmeza, dirigidos a obtener la certeza de la paternidad o el emplazamiento del niño, siendo inadmisible la formulación de excusas al respecto, salvo alguna de fuerza irresistible que impida llegar al conocimiento de las circunstancias, por lo cual la invocación de falta de colaboración de la progenitora no conmueve la obligación paterna al no ser necesaria a los efectos del acto del reconocimiento que no puede ser obstaculizado. (9)

Bajo estas premisas podemos concluir que si bien el reconocimiento de un hijo constituye un acto voluntario unilateral, ello no implica afirmar que dicho reconocimiento representa una mera potestad del progenitor que el derecho autoriza o no a realizar. Muy por el contrario, el hijo tiene un derecho expreso a ser reconocido por su progenitor, quien no está facultado a omitir tal conducta, pues en su defecto deberá resarcir los daños que ésta omisión pudiera causar. (Conf. arts. 570, 582 y concordantes del Código Civil y Comercial).

III. El marco normativo en donde se inserta la obligación legal de resarcir el daño en el Código Civil y Comercial.

Es precisamente el carácter de obligación legal el que dio lugar durante la vigencia del Código derogado al nacimiento jurisprudencial del derecho al resarcimiento del daño moral por la falta de reconocimiento. Este deber surgía del principio de derecho que establece que no se debe dañar a otro (arts. 19 C.N., 1109 y 1113 C.C.), y que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (art. 1071 C.C.). La ilicitud de tal conducta se desprende de

la concesión de una acción para reclamar la filiación extramatrimonial (art. 247 C.C.), y de la existencia de una causal de indignidad para suceder al hijo configurada por el no reconocimiento voluntario (art. 3296 bis C.C.). (10)

El Código Civil y Comercial consagra expresamente el deber de reparar el daño ante la falta de reconocimiento tempestivo, estipulando en el art. 587 que *"...el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capitulo I Titulo V del Libro Tercero de este Código..."* Partiendo del prisma del artículo mencionado, entendemos que el marco normativo del Código Civil y Comercial que complementa el deber de resarcir surge de la hermenéutica de los arts. 52, 582, 1716, 1721, 1726, 1737, 1738, 1741 y 3281 inc. f.

Asimismo, debemos recordar en concordancia con el art. 2 del Código Civil y Comercial que de acuerdo con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y aprobada en nuestro país por la ley 23.849, de rango constitucional (art. 75 inc. 22, C.N.), el niño tiene derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, así como a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, sin injerencias ilícitas. (11)

Desde esta arista, el reconocimiento constituye un derecho deber, por lo que su incumplimiento es considerado como antijurídico y al constituir un deber jurídico, admitir la paternidad no es meramente facultativo para el padre. Así, la precitada Convención sobre los Derechos del Niño, consagra en el artículo 7 el derecho del niño a conocer en la medida de lo posible a sus padres biológicos y el artículo 8 establece que los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad y las relaciones familiares, debiendo prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

También, el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, sienta el derecho de toda persona de tener el apellido de sus padres o al de uno de ellos.

Por su parte, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 11 reconoce, entre otros, el derecho a un nombre y a la preservación de las relaciones familiares, a conocer a los padres biológicos, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres.

Es decir que todo hijo tiene el derecho de ser reconocido por sus progenitores y por ende la falta de reconocimiento importa un accionar antijurídico, produciéndose así una lesión a un derecho personalísimo derivado del incumplimiento de una obligación legal, al impedirle gozar del emplazamiento familiar, y al goce de todos los otros derechos que de él derivan.

Ese derecho de los hijos a conocer a sus padres, es correlativo de la obligación de estos últimos de reconocerlos, de ésta manera aquéllos pueden también ejercer efectivamente su derecho de lograr y preservar su identidad, sin injerencias ilícitas. Recordamos al respecto, por de pronto, el art. 582 del Cód. Civil y Comercial, en cuya primera parte se establece que los hijos pueden reclamar su filiación matrimonial contra sus progenitores si ella no resultare de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A su vez, el art. 583 dispone que cuando un niño o niña aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil debe efectuar la comunicación al Ministerio Público, para que éste procure la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre.

Existen, además, otras normas en el Código Civil y Comercial, de las que se deduce la obligación que tienen los padres de reconocer a sus hijos. En efecto, de acuerdo a la segunda parte del art. 573 de ese cuerpo normativo, el reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama; por lo que la omisión del reconocimiento tiene como consecuencia el no heredar

al hijo (lo mismo es para los restantes ascendientes), o sea, que se establece una pena cuya causa consiste en la apuntada omisión, de lo que resulta que el reconocimiento constituye una obligación.

Por otra parte, el art. 2281 inc. f, considera indigno de suceder al hijo, al padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad. (12)

IV. La configuración de la responsabilidad civil a través de los presupuestos previstos por la normativa vigente.

De todo lo expuesto se desprende que la omisión de establecer voluntariamente la filiación por el progenitor constituye una conducta antijurídica que, de darse todos los presupuestos de la responsabilidad civil, obliga a reparar el daño extrapatrimonial ocasionado, debiendo la falta de reconocimiento ser dolosa o culposa, haberse producido un daño, y existir relación de causalidad entre la negativa de reconocimiento y el daño. (13)

IV.1. La antijuridicidad como recaudo insoslayable para la procedencia del resarcimiento del daño.

Alguna jurisprudencia, ha entendido que en muchos de estos casos falta el presupuesto de antijuridicidad, pues la ausencia de acompañamiento y apoyo en la crianza de los niños, que solo nacen del afecto, no es una conducta que resulte reprochada o sancionada por el ordenamiento jurídico. (14)

Por nuestra parte creemos que si bien el reconocimiento de un hijo constituye un acto jurídico voluntario unilateral, -como oportunamente señalamos-, ello no implica una mera facultad del progenitor, pues no es discrecional y por lo tanto el hecho antijurídico está configurado por la falta de reconocimiento espontáneo. Ese hecho ilícito genera responsabilidad civil y por ende, derecho a la indemnización. (15) Se crea entonces un supuesto de daño injusto en los términos del art. 1717 del CCyC.

Entonces, la falta de reconocimiento voluntario de un hijo por parte del progenitor importa un obrar antijurídico, cuyo resarcimiento requiere la prueba de que el supuesto padre sabía o debía saber de la paternidad que se le atribuye, razón por la cual el reclamo será inviable cuando aquel ignoraba su paternidad, (16) pues, aun cuando el reconocimiento es un acto voluntario y personalísimo, el negarse a llevarlo a cabo de manera infundada, injusta o arbitraria, constituye una conducta antijurídica, desde que el art. 582 del Código Civil y Comercial confiere a los hijos la potestad de reclamar su filiación extramatrimonial contra quien consideren su progenitor. (17)

Dicho precepto en concordancia con el art. 587 y 1717 del Código Civil y Comercial determinan la antijuridicidad de la conducta, en la medida que el daño no se encuentre justificado. (Conf. art. 1718 del CCyC).

IV.2. La necesidad de que exista un menoscabo cierto y preciso.

La omisión del progenitor de reconocer oportunamente a su hijo implica un daño a la persona del hijo, a un derecho personalísimo cual es de la identidad, que tiene expresa protección constitucional, derivada de su recepción en la Convención de los Derechos del Niño, lo que legítima la reparación del daño moral, porque el hijo ha sufrido el sentimiento de inferioridad, desde que careció de la figura paterna, cierta y visible, se lo privó de gozar de su emplazamiento y tener el apellido de su padre. (18)

El daño extrapatrimonial (psicológico o moral) puede estar agravado por las circunstancias específicas que recubren a la falta de reconocimiento, por ejemplo el carácter incestuoso o parental de la relación en la cual se ha gestado la persona. En este orden, ha señalado la jurisprudencia que corresponde hacer lugar a la indemnización por daño moral reclamada en virtud de la falta de reconocimiento del hijo que fue concebido a raíz de las relaciones mantenidas entre su madre y un tío abuelo, pues, no puede soslayarse el hecho de que las

relaciones carnales entre parientes afines, constituye indudablemente un acto contrario a la moral y las buenas costumbres, con virtualidad para generar, los padecimientos y alteraciones de la personalidad de que da cuenta la pericial practicada al reclamante. (19)

Para obtener el resarcimiento de la pérdida de la chance que sufriese la persona ante la imposibilidad de acceder a una mejor y mayor educación como consecuencia de la falta de reconocimiento paterno, debe demostrarse que el progenitor hubiera sido capaz de brindarle una mejor instrucción que se tradujera paralelamente en beneficio para menor, apreciable de manera eventual pero cierta, en un acrecimiento económico. (20)

IV.3. Consideraciones relativas a la prueba del daño en los procesos de filiación.

El art. 711 del Código Civil y Comercial prevé que los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos en los procesos de familia. No obstante, previo a su sanción, encontramos que ya la jurisprudencia admitía el testimonio de los parientes o de los amigos íntimos en los juicios de filiación, dada su naturaleza. Las personas más allegadas son quienes tienen mejor conocimiento de los hechos y constituyen testigos necesarios, lo cual no obsta a que el juez deba analizar sus dichos para descalificarlos si de ellos resultara que tienden a favorecer a una de las partes o son sospechables de parcialidad. (21)

Asimismo, la apreciación de la prueba testimonial, a los fines de completar la presunción de existencia del nexo biológico proveniente de la negativa a realizarse la prueba biológica, debe hacerse con criterio amplio, toda vez que las relaciones carnales que lo presuponen se llevan a cabo en la intimidad, siendo imposible su prueba directa. (22) Bajo esta premisa, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín dispuso que correspondía hacer lugar a la indemnización por daño moral reclamada en virtud de la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial si, el demandado reconoció haber tenido relaciones íntimas con la madre del niño en la época de la concepción y los testigos manifestaron que la paternidad de aquél era de público conocimiento ya que, dichas circunstancias permiten tener por acreditada la culpa del demandado, quien tuvo la posibilidad de saber que el niño era su hijo biológico. (23)

Siendo el agravio extrapatrimonial la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de los derechos de la personalidad, la acreditación de la existencia de dicha trasgresión importa al mismo tiempo la prueba de la existencia del daño. (24)

En este sentido, no se requiere una prueba específica del daño, sino que éste se presume cuando ha habido una acción antijurídica, como es el incumplimiento de una obligación legal que se origina en el derecho que tiene el hijo de ser reconocido por su progenitor, siempre que éste último tuviese conocimiento de la existencia del mismo, pues en caso contrario, —como veremos a continuación—, no existirá un factor subjetivo de imputación y por lo tanto tampoco habrá responsabilidad civil.

IV.4. La responsabilidad subjetiva como factor de atribución aplicable a estos supuestos de responsabilidad civil.

La culpa, -o eventualmente el dolo-, constituyen los factores determinantes que deben ser probados, -o surgir de indicios vehementes-, para atribuir responsabilidad civil y hacer viable el resarcimiento del daño. (25) De ahí, que si el progenitor ha tomado conocimiento del nacimiento niño, fruto de una relación no estable, la omisión de efectuar acciones positivas enderezadas a constatar o descartar el nexo biológico altamente viable en atención a la relación mantenida con madre, conforma una conducta omisiva culposa conforme al arts. 1721 y 1724 del Código Civil y Comercial. (26)

Pero, tal como explica SOLARI, cuando no existe conocimiento de la situación de hecho que se le pretende atribuir o se fuera incapaz de proceder al reconocimiento, no podría haber responsabilidad por falta de reconocimiento voluntario. La viabilidad del resarcimiento requiere la prueba de que el supuesto padre haya

sabido o debido saber de la paternidad que se le atribuye. Dicho de otro modo, no debe prosperar la acción de daños y perjuicios cuando el progenitor ignoraba su paternidad. Su obrar debe ser doloso o, al menos, culposo, para que pueda imputársele una conducta antijurídica, a los fines del reclamo de daños y perjuicios. (27)

Desde esta arista, y pese a la opinión contraria de una parte de la magistratura de nuestro país, (28) creemos que la mera falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial no genera *per se* responsabilidad civil, sino que, al tratarse de un supuesto de responsabilidad subjetiva, el ilícito se configura con la negativa injustificada vertida a pesar de tener o poder tener conocimiento de su paternidad. (29)

Por ello, no resulta procedente la indemnización reclamada con sustento en la falta de reconocimiento de hijo si el padre de éste recién tomó conocimiento de su posible paternidad a través de una carta documento cursada poco tiempo antes de la promoción de la acción de filiación, y aquél se sometió voluntariamente a la realización de las pruebas genéticas pertinentes pues, tales circunstancias impiden endilgarle una obstinada negativa al acto de reconocimiento. (30)

Entonces, no corresponde la atribución de responsabilidad si no se acredita que el progenitor hubiera tenido noticia fehaciente de la existencia del accionante, lo cual revela la ausencia del elemento subjetivo que constituye el factor de atribución del cual derivaría su responsabilidad. (31) Pero, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad por omisión de reconocimiento espontáneo puede considerarse configurado si los hechos ocurrieron en una población reducida, donde el hecho es público y notorio, pues la comunicación del embarazo de ordinario no se realiza por medios fehacientes. En estos casos, las precitadas circunstancias son suficientes para tener por acreditado que el padre era conocedor de que se le adjudicaba la paternidad de un menor y que, ante la duda, omitió tomar los recaudos pertinentes para cerciorarse de la existencia del nexo biológico. (32)

Siguiendo esta línea argumental, se dijo que es procedente el reclamo por daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento paterno, pues, se acreditó que la madre del reclamante y el padre de éste tuvieron relaciones sexuales y del análisis de la prueba aportada surge que la posibilidad de su paternidad no pudo serle ajena al emplazado dado que vivían en una comunidad pequeña y que los domicilios de ambos estaban cerca, lo que permite concluir que existió omisión antijurídica y deliberada del reconocimiento en tiempo oportuno. (33)

IV.5. La conducta desplegada por el progenitor durante el transcurso del proceso.

Determinadas acciones llevadas a cabo por el progenitor dentro del marco de un proceso fueron tenidas en cuenta por la judicatura para determinar la configuración, atenuación o agravamiento de la responsabilidad civil ante estos casos. Entre ellas podemos citar:

1. La colaboración en el proceso. La Sala D de la CNCiv. decidió mantener el monto indemnizatorio fijado por el Juez de grado en concepto de daño moral por falta de reconocimiento voluntario, en tanto resulta suficiente para compensar los perjuicios sufridos por el menor, máxime cuando el progenitor adoptó una conducta de colaboración en el proceso y existió una inacción de la madre respecto al reclamo filiatorio. (34)

*2. La actitud renuente***.** La indemnización en concepto de daño moral otorgada al menor en el marco de una acción de filiación debe ser elevada, si el demandado mantuvo una actitud renuente a lo largo de todo el proceso, a lo que se suma su desidia en la averiguación de la verdad, pues ello contribuyó a agravar el perjuicio causado a su hijo. (35)

3. La incomparecencia a las pruebas biológicas: a la luz de las modernas técnicas existentes, que no requieren una intromisión odiosa alguna en el organismo del sujeto como para llevar adelante exitosamente la pericia, no existen razones atendibles que justifiquen la renuencia a llevarlas a cabo, más teniendo en cuenta la magnitud que adquiere el derecho del niño a conocer su identidad. (36) En este orden argumental, se dijo que la actitud del demandado resultó disvaliosa, por cuanto concurrió solo a la audiencia de confesión y no compareció a las

biológicas, no aportó la prueba que desbarate las presunciones y probanzas existentes, adoptando una actitud meramente pasiva, lo cual debe ser tomado como indicio en su contra. (37)

4. La conducta desplegada antes de la demanda y con posterioridad a ella: la pasividad del demandado en un juicio de filiación, con antelación a la promoción de la demanda y luego al no contestarla, ponen de manifiesto su renuencia en facilitar las medidas necesarias para determinar la filiación en tiempo oportuno y, por ende, hacen procedente el resarcimiento del daño moral a favor de la

V. La incidencia de la concausa en la cuantificación del daño.

La concausa es una causa que interfiere o actúa independientemente de la condición puesta por el agente a quien se atribuye el daño. Se trata de una pluralidad de hechos causales. Es clásico caracterizar como tipos de concausa, las concausas preexistentes, es decir aquellas que son anteriores al hecho del agente, las concausas concomitantes, es decir la presencia de dos causas que actúan al mismo tiempo, y las concausas sobrevinientes, es decir, causas nuevas, posteriores al hecho que desencadena el resultado. (39)

Pese a que determinada jurisprudencia se presente reacia a reconocer una incidencia causal de la conducta de la madre o del progenitor en el daño moral que implica la falta de reconocimiento paterno, las mismas existen como tal. Pues nadie puede desconocer que la contribución de dichas conductas influye cabalmente en el conocimiento de la situación por parte del progenitor.

Analicemos como funciona la incidencia de la causa ante la conducta omisiva de la progenitora, del progenitor y del hijo propiamente dicha:

1. La conducta omisiva de la madre: La conducta omisiva de la madre puede ser fuente de *responsabilidad autónoma* o bien participar como *concausa* en el resultado, disminuyendo la responsabilidad del padre. En el primer caso se ha señalado que una mujer que le ocultó a su concubino, con quien tenía un hijo anterior, que una niña nacida durante la convivencia y reconocida por este último no era hija suya debe responder por las consecuencias dañosas derivadas del hecho, pues ese silencio, ajeno a la moral y las buenas costumbres, conllevó un ataque a la buena fe y a la confianza de aquel y un incumplimiento al deber de no dañar al otro, máxime cuando la voluntad de ese reconocimiento se encontraba viciada por el derecho a la verdad y a la identidad que tenía tanto el actor como la hija reconocida. (40)

En el segundo supuesto, es decir cuando actúa como concausa, se ha precisado con exactitud que a los fines de la cuantificación del daño extrapatrimonial debe tenerse en cuenta la conducta totalmente omisiva de la madre, en cuanto al tiempo que tardó en instar la acción, pues estas circunstancias contribuyen concausalmente en la producción del daño. (41) Ello, por cuanto, si bien la demora de la madre en efectuar el reclamo judicial por filiación extramatrimonial no exime de responsabilidad al progenitor que omitió efectuar el reconocimiento tempestivamente, indudablemente debe determinarse como un factor que ha contribuido al agravamiento del daño causado al hijo, máxime cuando ocultó a este último la identidad de su padre. (42)

2. La conducta omisiva del hijo: vale señalar que la actitud del hijo que demoró largo tiempo en promover la demanda de filiación a fin de que el demandado reconozca a su paternidad, no puede justificar el rechazo del resarcimiento por daño moral solicitado, pues el sentido común y la experiencia permiten presumir el daño puesto que resulta evidente que la ausencia de reconocimiento público de la paternidad menoscaba el desarrollo pleno y armónico de la personalidad de un niño y un adolescente. (43) En estos casos, la culpa que implica no haber reconocido a un hijo pese a saber de su existencia, se atenúa por la demora de éste en accionar a los fines del reconocimiento de su filiación, (44) o más precisamente el daño disminuye, por existir una concausa que participa en la producción del mismo.

VI. Alcance de la indemnización. Análisis de la configuración del daño moral, el daño psicológico y la pérdida de la chance.

Dicho ello, es menester recordar qué es lo que se indemniza en estos casos. Existe consenso en que lo que se indemniza son las aflicciones, sufrimientos o perturbaciones en los sentimientos que se derivan de la falta de conocimiento de la propia identidad, y de no ser considerado en el ámbito de las relaciones humanas (v.g. en el colegio) como hijo de padre conocido, como asimismo aquello que es consecuencia directa de la conducta omisiva, quedando fuera de su comprensión el desamor o carencia de afecto, en el que tanto puede incurrir un padre que no ha reconocido a su hijo como quien lo ha hecho. (45)

Tal como lo hemos señalado, la ilicitud que supone la falta de reconocimiento oportuno de un hijo genera la presunción de la existencia de daño extrapatrimonial, sin necesidad de otra prueba, y dependiendo la tabulación de la discrecionalidad del sentenciante, siempre velando por un trato igualitario en situaciones parecidas. (46)

Al respecto, se ha juzgado que el daño moral se tiene por acreditado con la sola comisión del ilícito, por tratarse de una prueba "in re ipsa" que surge de los hechos mismos (47), bastando la prueba de que el padre sabía o debía saber de la existencia del hijo. La omisión en el reconocimiento trae aparejado un daño a la persona desde que lesiona un derecho personalísimo como lo son, el derecho a la identidad, el derecho a un apellido paterno, el derecho a gozar de un emplazamiento en el estado de familia, derechos todos éstos de raigambre constitucional, a más de producir una carencia afectiva, aflicciones y sufrimientos a lo largo del tiempo tanto durante su niñez como en la adolescencia. (48)

A los fines de cuantificar el daño extrapatrimonial corresponde tener en cuenta que el daño resarcible debe computarse desde que el demandado tuvo conocimiento de que era padre y no teniendo impedimento legal alguno no concurrió al Registro Civil para tal fin, si ha contribuido la actitud pasiva o desinterés de la madre a que la falta de reconocimiento no se produjera, ya que ello actúa como concausa del daño y por último si el niño, pese a la falta de reconocimiento, ha recibido trato ostensible de hijo por parte del progenitor durante alguna etapa de su vida lo cual atenúa el daño. (49)

El *cuantum* en estos debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas que compensen la lesión extrapatrimonial que el obrar omisivo ha gestado en el niño durante su crecimiento. Puede traducirse en el monto de viajes, regalos, y compañía (traducida en tiempo laboral del progenitor no ejercitado), entre otras.

Por su parte, si el dictamen pericial claramente atribuye un daño psicológico en el niño, que tiene por causa la ausencia de la figura paterna, manifestada como enuresis nocturna y temores propios de la infancia que persisten pasada la edad en que resultan frecuentes, debe considerarse acreditado el daño y procedente el tratamiento psicológico que se reclama en el marco de la acción de filiación, (50) conforme lo previsto en el arts. 52 y 1746 del Código Civil y Comercial. No obstante lo expuesto, vale señalar que el daño psíquico no constituye una partida independiente ya que carece de autonomía indemnizatoria, pues, en tanto daño patrimonial indirecto, integra el de incapacidad y en cuanto a aspecto extrapatrimonial, el daño moral. En realidad, no cabe confundir el bien jurídico afectado, esto es, la integridad física y psíquica, con los perjuicios que de ella derivan que sólo pueden comportar daños patrimoniales indirectos, -incapacidad.- o daño extrapatrimonial- -moral. (51)

Por último, para acreditar la pérdida de la chance es menester demostrar que el padre hubiera podido, —de acuerdo a sus posibilidad ciertas y concretas—, brindar al niño, por ejemplo, una formación más sólida, un mejor acceso a la educación y capacitación que pudiera haberse transformado

VII. La acción autónoma de la madre.

Con la redacción originaria del art. 1078 del Cód Civil la madre no se encontraba legitimada para reclamar el daño moral. Al respecto, afirmaba la doctrina que la madre carece de derecho a demandar indemnización por daño moral contra el padre, toda vez que la acción tiene como titular únicamente al damnificado directo que en el caso es el hijo (art. 1078 del Cód. Civ.). Además, se ha considerado que las excepciones formuladas por la jurisprudencia en cuanto al marco resarcitorio del artículo 1078 han tenido en cuenta circunstancias de extrema gravedad, en los que desconocer los padecimientos sufridos resulta irrazonable, no ocurriendo lo mismo con el dolor de la madre frente a la omisión voluntaria del reconocimiento. Incluso en algún fallo se ha llegado a decir, -en forma discriminatoria hacia la mujer-, que la angustia, zozobra y sufrimiento de la situación vivida por la actora fue provocada por su propia conducta al haberse involucrado en una relación sentimental con un hombre casado, debiendo asumir el riesgo que ello insume y las consecuencias negativas del obrar imprudente. (52)

No caben dudas que con el nuevo Código Civil y Comercial corresponde reconocer la reparación del daño extrapatrimonial a la madre en la medida que afecte algún derecho personalísimo, pues el hecho puede resultar lesivo a su dignidad, honor, nombre, honestidad, intimidad, o a sus afecciones legítimas (Conf. art. 52 y 1741 del CCyC), y generar un interés digno de ser reconocido como tal (conf. art. 1737 del CCyC). En este marco, el menoscabo a ese interés otorga a la víctima un derecho a la reparación integral o plena (conf. art. 1740 del CCyC), pues el mismo constituye en sí mismo un "daño injusto". (Conf. art. 1717 del CCyC).

Desde esta perspectiva, la madre del hijo extramatrimonial no reconocido se encuentra legitimada para reclamar el daño extrapatrimonial, si acredita que el retardo del proceso de reconocimiento le generó un daño moral o psíquico, por el maltrato sufrido y por la humillación de la duda impuesta por el demandado. (53)

VIII. Nuestras conclusiones.

El carácter individual, voluntario y unilateral que se le atribuye al reconocimiento no implica una facultad del progenitor de llevarlo a cabo o no, pues la acción positiva constituye un deber cuya omisión genera un "daño injusto" ya que lesiona un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tiene por objeto a la persona. (Conf. art. 1737 del CCyC).

Ese deber jurídico a su vez deriva de una obligación legal emergente de un juego armónico de diferentes preceptos de jerarquía constitucional, y del derecho civil interno, entre los cuales se puede citar: los arts. 8º y 7º de la Convención de los Derechos del Niño, el art. 19 de la CN, los arts. 52, 582, 5871716, 1721, 1726, 1737, 1738, 1741 y 2281 inc. f, del CCyC. Por ello, la falta de reconocimiento arbitraria e injustificada constituye una conducta antijurídica.

El daño injustamente sufrido (conf. art. 1717) por lo general quedará configurado por el propio hecho ilícito de la omisión del reconocimiento, pues se presume que la carencia de la figura paterna, cierta y visible privó a la persona menor de edad, de gozar del correspondiente emplazamiento, de tener un apellido, vulnerando del derecho a su personalidad. El derecho o bien que se vulnera con la falta de reconocimiento es el derecho a la personalidad; concretamente hay una violación del derecho a la identidad personal en los términos del art. 52 del CCyC, al negarse el estado civil y más concretamente, el estado de familia, en este caso, el de hijo.

A diferencia de lo que ocurría durante la vigencia del Código Velezano, dicho menoscabo puede detentar la forma de un daño moral (1741 del CcyC) y/o psicológico (art. 1746 del CCyC), pudiendo ser indemnizados como categorías autónomas conforme la nueva normativa del nuevo CCyC. Asimismo puede indemnizarse la pérdida de la chance si se demuestra que la persona menor de edad hubiera incrementado su patrimonio si el padre le otorgaba la formación que su *status* le permitía. (Conf. art. 1738 del CCyC).

La mera falta de reconocimiento del hijo no genera responsabilidad, pues se requiere que la omisión antijurídica descanse en el conocimiento que el progenitor tenía o debía tener sobre la existencia de su descendencia. En este marco, es preciso señalar, que la conducta desplegada por éste durante el proceso filiatorio constituye un elemento importante que ha tenido en consideración la judicatura para dar por acreditado el vínculo, y atenuar o agravar el derecho al resarcimiento pecuniario.

Consideramos que la conducta omisiva de la madre del niño, al retacear información sobre la paternidad del progenitor, constituye una concausa que incide cabalmente en la disminución del daño resarcible, siempre que se pruebe que ella ha sido determinante para extender en el tiempo la posibilidad efectiva de reconocer a su hijo por parte del progenitor. También tiene incidencia concausal, la omisión del hijo de solicitar la correspondiente acción para lograr el emplazamiento de éste en el estado de familia que le corresponde. Dicha omisión debe ser evaluada a partir de que el niño tenga la edad y el grado de madurez suficiente para requerir dicho emplazamiento y no lo haga.

Bibliografía.

(1) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "Daño moral. Su reparación y determinación en la negativa de filiación" en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. III. LA LEY, 1995-C, 405. JALIL, Julián Emil, Daños y perjuicios devinientes de la omisión del progenitor de reconocer a su descendencia tempestivamente, Publicado en DFyP 2012 (octubre), 77 Cita Online: AR/DOC/4653/2012.

(2) LOPEZ DEL CARRIL, J., "La filiación y la ley 23.264", p. 444, N° 530, donde precisamente critica dicha ausencia de una ley como la 23.264 que pretende calificarse de moderna, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987. REBORA, Juan C., "El daño moral", JA, 1924-99, Sección Doctrina. BARBERO, Omar, "La responsabilidad civil en Derecho de Familia", JA, 29-623 Sección Doctrina. BREBBIA, Roberto H., "El daño moral" 2ª ed. Rosario. 1967, p. 287. GROSMAN, Cecilia P., "Acción alimentaria de los hijos extramatrimoniales no reconocidos o no declarados tales", Buenos Aires, 1969. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Los daños emergentes del divorcio", LA LEY, 1983-C, 348. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "Daño moral. Su reparación y determinación..., ob. cit., p. 406.

(3) Véase al respecto, entre otros: CNCiv., sala F, ED, 135-445 (19/10/89), con nota de BIDART CAMPOS, Germán J., "Cuestiones sustanciales y procesales en un juicio de filiación por ausencia de reconocimiento paterno"; y LA LEY, 1990-A, 1, con nota de ZANNONI, Eduardo A., "Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo"; ídem íd., 30/03/90, ED, 139-101; Juzgado Civil, Comercial y Minería n° 5 de la II Circunscripción de Gral. Roca, fallo del 03/03/93, en Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia n° 9, Buenos Aires, 1995, p. 175, con un comentario s/título de POLAKIEWICZ, Marta; CNCiv., sala A, 06/09/94 (L. 148.844); C1ª CC San Nicolás, 22/12/94, LA LEY, Rep. 1995, A-I, 653, n° 52; CNCiv., sala L, 23/12/94, LA LEY, 1995-E, 10, con nota de GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "Daño moral. Su reparación y determinación en la negativa de filiación"; Trib. Col. de Flia. n° 4 Rosario, 19/05/95, LA LEY, 2000-B, 836, 42.465-S; CApel. CC Junín, 22/09/95, ED, 169-22, con nota de ALVAREZ, Osvaldo Onofre, "Posesión de estado en los juicios de filiación extramatrimonial"; CApel.CC Concordia, sala III, 08/11/96, ED, 175-456, y LA LEY, 1998-F, 843, 40.968-S; SC Buenos Aires, 28/04/98, ED, 181-225; CNCiv., sala E, 12/05/98, LA LEY, 1999-F, 7 (conf., de la misma sala, causa n° 173.168, del 25/09/95); CNCiv., sala H, 30/03/99, LA LEY, 1999-E, 545; CNCiv., sala F, 13/08/99, ED, 188-705, con nota de GOWLAND, Alberto Jorge, "Filiación: daño moral por falta de reconocimiento"; CApel. CC San Martín, sala II, 18/09/99, ED, 184-218; CApel. CC Mar del Plata, sala II, 16/12/99, ED, 188-90, con nota de ALVAREZ, Osvaldo Onofre, "Improcedencia del daño moral en el reconocimiento personal y voluntario de un hijo extramatrimonial"; CNCiv, sala G, 21/03/2001, ED, 192-309; CNCiv., sala D, 29/08/2001, LA LEY, 2002-A, 457; CApel.CC Concordia, sala III, 16/11/2001, ED, 201-642, 1144-SJ; CNCiv., sala D, 19/12/2002, ED, 205-329; CNCiv., sala I, 13/02/2003, ED, 203-573; CNCiv., sala B, 25/06/2003, ED, 204-337, y LA LEY, 2003-F, 406; CApel. Lomas de Zamora, sala III, 16/09/2003, ED, 207-352, con nota de ALVAREZ, Osvaldo Onofre, "Procedencia de la acción de reconocimiento de filiación extramatrimonial ante la muerte del presunto

progenitor"; CNCiv., sala D, 27/02/2004, LA LEY, 2004-C, 1012; CFed. CC Azul, 04/05/2006, ED, diario del 08/03/2007.

(4) El Cód. Civil francés dispone en su art. 340-5 (reformado por ley 72-3 del 3/1/72), que "si la acción de reclamación de paternidad es acogida judicialmente, el tribunal puede a petición de la madre condenar al padre a reembolsar todo o parte de los gastos de la maternidad y los de mantenimiento durante los tres meses que han precedido y los tres meses posteriores al nacimiento, sin perjuicio de los daños e intereses que ella puede reclamar por aplicación de los arts. 1382 y 1383 del mismo Código. Asimismo, el hijo extramatrimonial cuya filiación paterna sea presunta, aunque no se haya determinado judicialmente, puede reclamar un subsidio para mantenimiento y educación, a cargo de aquél que mantuvo relaciones sexuales con la madre durante el período legal de concepción. La asignación queda a criterio del juez, tiene el carácter de pensión y su monto se fijará en base a las necesidades del menor y los recursos y condición familiar del obligado, quien siempre podrá demostrar su irresponsabilidad. En caso de no poder individualizarse persona alguna para atribuirle esta obligación, la misma estará a cargo de una entidad de asistencia social denominada 'Ayuda social para la infancia'" (art. 342-2-3 y 5). El Código Civil suizo en sus arts. 317 y 318 responsabiliza al padre a indemnizar a la madre del daño material consistente en los gastos de embarazo y parto, los de mantenimiento del menor durante los cuatro meses anteriores y posteriores al nacimiento, y cualquier gasto derivado de la relación (art. 317). Reconoce a la madre derecho a reclamarle daño moral, cuando le hubiese prometido matrimonio sin cumplir, cuando el embarazo derivó de acto criminal o abuso de autoridad o la madre fuese menor de edad al tiempo de la concepción (art. 318). En Gran Bretaña rige la Congenital disabilities act for civil liability del año 1976 que consagró la reparación en el derecho de familia. Por su parte, el Código Civil peruano sancionado en 1984 en su art. 414 consagra la obligación del padre de pagar a la madre en diversos supuestos de filiación extramatrimonial que contempla: a) alimentos durante sesenta días anteriores y posteriores al parto; b) gastos de embarazo y parto; c) daño moral en caso de abuso de autoridad, promesa incumplida de matrimonio, cohabitación delictuosa y minoridad al tiempo de la concepción. En el Derecho americano registramos previsiones similares, en el Código de Familia de Costa Rica sancionado en 1973, art. 96; Código Civil de Colombia, art. 76; Código Civil de Chile, art. 290 y Código de Familia de Bolivia, arts. 210 y 211. Este último pone a cargo del padre demandado por filiación o que la hubiese reconocido voluntariamente los gastos de embarazo y parto y una pensión a la madre durante las seis semanas anteriores y posteriores al nacimiento, además de reconocerle derecho al daño moral que efectivamente hubiese sufrido. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. "Daño moral. Su reparación y determinación... Ob. Cit. p. 404.

(5) ZANNONI, Eduardo A., "Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo", LA LEY, 1990-A, 1.

(6) CNCiv., sala L, 23/12/1994, LA LEY, 1995-E, 11; CNCiv., sala H, 30/03/1999. LA LEY, 1999-E, 546; CApel. San Martín, sala II, 18/2/1999 ED, 184-219; etc.) Cámara de Familia de Mendoza, A.N.V. p.s.h. P.A.M.V. c. P.J., 05/03/2012, LLGran Cuyo 2012 (mayo), 447, LLGran Cuyo 2012 (junio), 481 con nota de Mariel Molina de Juan, AR/JUR/5886/2012.

(7) CNCiv., sala G, G., I. G. c. Z., M. s/daños y perjuicios, 19/09/2011, LA LEY, 2011-E, 682, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (febrero), 31, JA 2012-03-14, 53, AR/JUR/57122/2011. CNCiv., sala H, "C., M. y otro c. J., C. J.", 30/03/1999, LA LEY, 1999-E, 546 — DJ, 1999-3, 688, AR/JUR/3036/1999.

(8) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Contenciosoadministrativo de San Francisco, R. G. S. c. G. R. D. s/filiación, 26/02/2009, LLC, 2009 (junio), 573, AR/JUR/4671/2009.

(9) Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, P.P.L. por el menor P.L.E. c. R.M.D., 05/08/2009, LLGran Cuyo 2009 (diciembre), 1084, AR/JUR/27047/2009. Como veremos más adelante, dicha actitud puede tener injerencia en plano causal, en la medida que haya sido determinante para ocultar la relación parental entre el progenitor y su hijo. En esos casos, la concausa incide considerablemente en el campo resarcible.

(10) fallo del J.C.y C. n° 9 de San Isidro del 29/93/88, con comentario de Bidart Campos en ED, 128-330, confirmado por la Cámara de San Isidro, sala 1, el 13/10/88, LA LEY, 1999-E, 562, comentado por María Josefa Méndez Costa; también: CNCiv., sala F, del 19/10/89, LA LEY, 1990-A, 1, con comentario de E. Zannoni; S.C.B.A., Ac. 59.680 del 28/04/98, ED, 181-225; Ac. 64.506 del 10/11/98, D.J.J., año LVIII, T° 156, n° 12.734; CNCiv., Sala H, del 30/03/99, LA LEY, Doc. Jud., Año XV n° 44, 3/11/99; C.C. y C. San Is., sala 2, causa n° 61.652 del 1/03/94; C.A.L.Z., 16/09/03 en E.D. del 18/05/04). Esta doctrina ha sido especialmente

avalada por la Suprema Corte provincial (Ac. 59.680, "P., M. D. c. A., E. s/Filiación y daños y perjuicios" del 28/04/1998, ED, 181-225) y ha sido seguida por esta Sala en numerosas oportunidades (causas n° 103.177 del 10/02/98; n° 108.785 del 30/09/04, 109.236 del 17/03/05, 108.888 del 15/11/05, 110.385 del 12/09/06, 111.101 del 11/09/07, 111.672 del 22/04/08, 112.177 del 21/04/09; 112.449 del 8/09/09, 112.077 del 13/02/09, 113.831, entre otras). Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, B. P. D. c. S. H. D. s/filiación, 17/04/2012, LLBA 2012 (junio), 564, AR/JUR/16909/2012.

(11) Lo cual se encuentra establecido en el artículo 8°, donde se agrega que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. Y el art. 7° dispone, a su vez, que el niño tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por éstos, y que los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida. SAMBRIZZI, Eduardo A., "Daños y perjuicios por la falta de reconocimiento de la hija por parte de la madre", LA LEY, 2007-C, 570, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. IV, 801. Así se ha dicho que la indemnización por daño moral derivada de la falta de reconocimiento de un hijo extramatrimonial que se prolongó a lo largo de toda su vida y hasta el fallecimiento de su progenitor es procedente, pues ello generó la lesión del derecho a una inequívoca identidad familiar garantizada en los artículos 19 y concordantes del Pacto de San José de Costa Rica y art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala II, 19/02/2014, J. A., A. c. N.B.M. s/ filiación post-morten, ED 258, 32, AR/JUR/19060/2014.

(12) SAMBRIZZI, Eduardo A., "Daños y perjuicios por la falta de reconocimiento de la hija por parte de la madre", LA LEY, 2007-C, 570, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. IV, 801. Debemos recordar con el autor precitado, que en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, en homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa, celebradas en la ciudad de Santa Fe en noviembre de 1990, la mayoría de la Comisión pertinente sostuvo que eran indemnizables los daños materiales y morales causados por la falta de reconocimiento de la filiación. La minoría sostuvo, en cambio, que debía estarse a las sanciones establecidas en el Código Civil, tales como la pérdida del usufructo, la indignidad, etc.

(13) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, S., M. D. L. A. c. M., F. A., 18/05/2010, La Ley Online, AR/JUR/64302/2010.

(14) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 04/11/2014, R., M. E. y N., L. N. c. N., M. A. s/ daños y perjuicios, LLLitoral 2015 (marzo), 156, AR/JUR/64730/2014.

(15) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1ª Nominación de Santiago del Estero, R., D.V. c. H., V.H., 29/09/2010, LLONA, 2011 (marzo), 138 con nota de María Laura Ciolli de Aguirre, DFyP, 2011 (abril), 94 con nota de María Laura Ciolli de Aguirre, AR/JUR/77409/2010. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2ª Nominación de Santiago del Estero, "P., R. V. del C. c. S., D. R." 2009/10/09, LLNOA 2010 (abril), 278. Al respecto, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, sostuvo que corresponde hacer lugar a la indemnización por daño moral solicitada en virtud de la negativa del demandado a reconocer a su hijo ante la certeza de la prueba biológica practicada pues, admitir la paternidad no es meramente facultativo sino que conforma un deber jurídico, cuya violación causa un daño indemnizable, además de constituir una causal de indignidad, privando al padre de derechos hereditarios respecto del hijo. STJRN en autos: "H., G. O. c. Z., P.", 04/05/2009 LLPatagonia 2009 (agosto), 976. Ver asimismo: Cámara de Familia de Mendoza, 02/09/2014, T., M. del C. c. S. de P.S., J.M. s/ filiación, LLGran Cuyo 2015 (febrero) , 109, AR/JUR/52255/2014.

(16) CNCiv., sala H, L.A.N. c. F.M.H., 23/12/2010, La Ley Online, AR/JUR/91586/2010. Sentido Contrario: CNCiv., sala L, "P., M. F. c. L. O., F.", 10/09/2007, La Ley Online, AR/JUR/7185/2007. Ver También: CNCiv., sala M, "B., A. E. c. T., F. A.", 14/10/2008, DJ 08/04/2009, 918; CNCiv., sala G, "B., R. A. y otro c. F., W. C.", 09/03/2007, LA LEY, 30/07/2007, 7 - LA LEY, 2007-D, 562 — DJ, 2007-II, 999.

(17) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contenciosoadministrativo de 2ª Nominación de Río Cuarto, S, M. L. c. J. M. F., 04/03/2010, La Ley Online, AR/JUR/1614/2010. Veremos que el precepto es claramente sugestivo, y no se requiere bucear en explicaciones mas rebuscadas para fundar la procedencia de la responsabilidad civil en el plano de la violación a la ley. No obstante algunos fallos, lo han hecho. Así se dijo que

corresponde hacer lugar al reclamo por daño moral motivado en la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial si, ha quedado acreditado que el demandado tuvo conocimiento del embarazo mientras mantenía una relación sentimental con la madre ya que, la ilicitud de tal reticencia se desprende de la concesión de una acción para reclamar la filiación extramatrimonial y de la existencia de una causal de indignidad para suceder al hijo. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de Viedma, S. M., E. del C. c. B., A. R., 03/03/2009, LLPatagonia 2009 (junio), 891, DFyP 2009 (septiembre), 23 con nota de TORRES SANTOMÉ, Natalia E., AR/JUR/468/2009.

(18) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I, A.A.B. c. A.A.M., 12/04/2012, LLGran Cuyo 2012 (agosto), 793, AR/JUR/24363/2012.

(19) Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala I, A. M. R. c. T. A., 08/04/2010, AR/JUR/25235/2010. En sentido contrario se ha dicho que el daño psicológico que el desamor de el padre causa al menor no puede ser indemnizado por que en tal conducta pueden incurrir también los padres que han reconocido a su hijo por lo que el incumplimiento de deberes morales no genera responsabilidad civil a menos que se traduzca en incumplimientos de deberes jurídicos. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, S., J. G. c. S., J. G., 22/03/2012, La Ley Online, AR/JUR/5991/2012. Aspecto al que nos oponemos rotundamente, toda vez que la antijuridicidad no deriva del incumplimiento del deber de resarcir, sino del hecho antijurídico en el que se apoya.

(20) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I, F. G. I. c. D. D. R., 03/12/2009, La Ley Online, AR/JUR/57798/2009. En este orden se dijo que resulta procedente otorgar una indemnización en concepto de pérdida de chance al hijo del demandado, por la falta de reconocimiento filiatorio de su parte, pues, si bien las necesidades mínimas fueron cubiertas por la madre, el daño sufrido consiste en la frustrada posibilidad de que el menor tuviera otra opción terapéutica en el tratamiento que recibió por una patología auditiva que sufre, siendo que, en la chance no se repara el beneficio propiamente dicho que queda postergado, sino que lo que se indemniza es la posibilidad perdida de haber podido acceder a un tratamiento médico mejor. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala III, G., J c. H. O. J, 05/03/2009, La Ley Online, AR/JUR/22100/2009.

(21) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, B., V. L. c. C., Oscar Alberto, 09/08/2010, RCyS 2011-V, 167, AR/JUR/75464/2010

(22) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en "R., M. E. c. M., G. R.", 2009/03/25, LLBA 2009 (agosto), 773. Ver También: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala II, "L. J. N. c. S. F. G." 2004/09/21, La Ley Online.

(23) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, L. I. D.C. c. P. M. A., 05/11/2009, La Ley Online, AR/JUR/41876/2009.

(24) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I, A.A.B. c. A.A.M., 12/04/2012, LLGran Cuyo 2012 (agosto), 793, AR/JUR/24363/2012.

(25) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca, B., D. D. L. c. B., H. P. y J. A., 11/08/2010, La Ley Online, AR/JUR/43334/2010. Asi lo ha entendido también la CSM, al precisar que la sentencia que condenó al progenitor a indemnizar el daño moral causado a su hijo debido a la falta de reconocimiento oportuno debe confirmarse, pues aquel tuvo conocimiento del nacimiento, acompañó a la madre durante el embarazo y el parto y no respetó el derecho a la identidad del menor, por lo que incurrió en una omisión voluntaria y antijurídica que resulta causa adecuada del perjuicio invocado. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 09/09/2016, P., T. N. y otros en J° 4621/50381 A., A. G. c. M., C. p/ D. y P. s/ rec. ext. de inconstit-casación, RCyS 2016-XI , 144, AR/JUR/61488/2016.Con similar criterio se consideró que la omisión de reconocimiento filial en la que incurrió el demandado debe ser calificada como culposa, pues tuvo conocimiento desde su inicio del embarazo de la joven con quien había mantenido un largo noviazgo, por lo que, en caso de albergar dudas respecto de su paternidad, pudo solicitar la realización de la pruebas biológicas para despejarlas o, iniciar las acciones judiciales pertinentes a tal fin. Cámara de Familia de Mendoza, 24/11/2015, F.J, y M.M. por su hija menor F.M.M.E. y su nieta menor F.A. c. N.L. s/ filiación, La Ley Online, AR/JUR/59229/2015.

(26) En cuanto a que la conducta debe ser culposa, véase, entre muchos otros, BREBBIA, Roberto H., "El daño moral en las relaciones de familia", en "Derecho de Familia", Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa

Méndez Costa, Santa Fe, 1991, p. 358, 10; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial", en Libro en Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, 1989, p. 671, c); ARIANNA, Carlos Alberto y LEVY, Lea, "Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento", en "Derecho de Daños. Economía-Mercado-Derechos personalísimos", coordinado por Carlos A. Ghersi, Buenos Aires, 1999, p. 444, II; MEDINA, Graciela, "Daño extrapatrimonial en el derecho de familia y el Proyecto de Código Civil unificado de 1998", en Revista de Derecho de Daños, n° 6, Santa Fe, 1999, p. 91; y "Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo", JA, 1998-III-1171; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento", LA LEY, 1995-C, 409, IV, La aceptación de la culpa como factor de atribución, fue también declarada en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, en homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa, celebradas en la ciudad de Santa Fe en el año 1990.

(27) SOLARI, Néstor E., "Procedencia del daño moral en un caso de filiación", La Ley, 2009-F, 193. En este sentido se ha resuelto que la indemnización por daño moral derivada de la falta de reconocimiento oportuno del hijo debe ser rechazada, pues la prueba rendida en la causa, valorada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, ha resultado insuficiente para demostrar el factor de atribución subjetiva, esto es que el demandado haya conocido de la paternidad de la actora y se hubiera negado a su espontáneo reconocimiento, reticencia que en todo caso sí justificaría imponerle las consecuencias dañosas derivadas de su omisión por la falta de oportuno emplazamiento familiar. (Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala I, V. E. M. c. G. G. J., 03/03/2009, AR/JUR/14475/2009. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualeguaychú, sala I, 18/12/2015, R. A. L. c. R. D. E. s/ ordinario - filiación e indemnización de daños, La Ley Online, AR/JUR/77818/2015).

(28) Algunos precedentes han considerado que el resarcimiento del daño moral es viable aún para el caso de que no se haya aportado pruebas de que el demandado tuviera conocimiento del embarazo o del nacimiento, que se hubiese reclamado la paternidad, o que el accionante fuera reconocido en los medios sociales como hijo del accionado, ni del conocimiento o negativa del presunto padre de asumir la paternidad, si existió una omisión en el reconocimiento del demandado y una evidente conducta reticente en cuanto se niega haber tenido relaciones íntimas con la madre, que quedara embarazada por relaciones sexuales con él, la fecha de concepción y nacimiento, la obligación de reconocer y la solicitud de reconocimiento, sin que a ello obste que el demandado se halla sometido voluntario a la prueba de ADN. Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala I, G., V.S. c. S., H. E., 07/07/2010, LLLitoral 2010 (diciembre), 1258, AR/JUR/54313/2010. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Reconquista, 29/05/2009, "S., J. R. c. R., R.2, AR/JUR/34149/2009; CNCiv., sala L, 31/03/2009, "S., M. G. y otro c. D., H. H.", DJ 23/09/2009, 2703 - LA LEY 20/10/2009, 4, con nota de Néstor E. Solari; LA LEY, 2009-F, 195, con nota de Néstor E. Solari; DJ 13/01/2010, 53, con nota de Martín Miguel Culaciati; LA LEY 07/05/2010, 6, con nota de Julio A. Martínez Alcorta; LA LEY, 2010-C, 274, con nota de Julio A. Martínez Alcorta, AR/JUR/4078/2009; Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 09/12/2008, "G.G.E. c. B.M.F.", La Ley Online, AR/JUR/22711/2008; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, 22/04/2008, "G., M. L. c. U., J. D.", LLBA 2009 (febrero), 26, con nota de Adriana N. Krasnow, AR/JUR/3512/2008; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, 30/10/2007, "G., E. B. c. L., R.", La Ley Online, AR/JUR/8774/2007; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2ª Nominación de Santiago del Estero, 12/07/2007, "S., S. R. c. C., J. L.", La Ley Online, AR/JUR/6254/2007.

(29) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, L. E. I. y L. R. c. Suc. de C. A. M., 24/11/2009, DFyP 2010 (marzo), 80 con nota de Graciela Medina, AR/JUR/44100/2009. CNCiv., sala L, "S., M. G. y otro c. D., H. H.", 31/03/2009, DJ 23/09/2009, 2703 - LA LEY 20/10/2009, 4, con nota de Néstor E. Solari.

(30) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, M. d. O., F. Y. c. B., H., 09/09/2009, LLBA 2010 (febrero), 50, DJ 17/03/2010, 653, AR/JUR/43469/2009. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, "R. N. A. c. M. N. R. (su sucesión)", 21/04/2009, La Ley Online.

(31) Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial II, G. - S., V. M. de los A. c. A., M. P. J., 07/12/2010, DFyP, 2011 (septiembre), 96 con nota de VÁZQUEZ, María Soledad, DFyP 2011 (octubre), 129 Con nota de VIEIRA de SOUZA, Viviana H., AR/JUR/88600/2010.

(32) CSBA "M. d. O., F. Y. c. B., H.", 09/09/2009, LLBA, 2010 (febrero), 50 — DJ, 17/03/2010, 653, AR/JUR/43469/2009, Ver También: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, "L. E. I. y L. R. c. Suc. de C. A. M.", 24/11/2009, AR/JUR/44100/2009; CNCiv., sala L, "S., M. G. y otro c. D., H. H.", 31/03/2009, DJ, 23/09/2009, 2703 - LA LEY, 20/10/2009, 4

(33) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú; R., Héctor Alfredo c. Ledesma, Reinaldo Oscar, 10/09/2010, LLLitoral 2011 (febrero), 93, AR/JUR/75508/2010.

(34) CNCiv., sala D, C.V.M. y. o. c. G.B.H.C., 06/06/2011, LA LEY, 11/01/2012, 3, AR/JUR/85005/2011. CNCiv., sala L, "S., M. G. y otro c. D., H. H.", 31/03/2009, DJ, 23/09/2009, 2703 - LA LEY, 2009-F, 195, DJ 13/01/2010, 53, LA LEY, 2010-C, 274, AR/JUR/4078/2009.

(35) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, R. N. c. V. R. O. s/ acción de filiación, 14/06/2011, RCyS, 2012-V, 112 con nota de Gisela A. Ferrari, AR/JUR/28168/2011. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, s FA_67820/2012ala III, "G., E. N. c. G., R.", 18/02/2009, LLGran Cuyo 2009 (julio), 613, AR/JUR/3295/2009; CNCiv., sala C, "G. B., N. y otro c. C., M. S.", 07/06/2007, RCyS 2007, 1001, AR/JUR/4612/2007.

(36) Bajo esta tesitura se ha resuelto que ante la injustificada renuencia del demandado de someterse a dichas pruebas y, más allá de la posible aplicación del los efectos jurídicos impuestos por el art. 4º de la ley 23.511, para no dejar huérfana de respuesta institucional, la cuestión referida al vínculo filiatorio debe permitirse la posibilidad de ejercicio de la coerción personal adecuada a efectos de obtener el material genético necesario, en aras de la concreta determinación de la verdadera identidad de origen cuestionada. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en "F., S. B. c. G., G. D.", 27/08/2008, LLBA 2008 (noviembre), 1074, con nota de Adriana N. Krasnow. Del voto del Dr. Pettigiani. Ver También: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, sala II "M., M. D. c. V., A. F." 2010/06/07, LLLitoral 2010 (diciembre), 1266; Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Paz Letrada de Curuzú Cuatiá, "M., V. D. c. G., E. V.", 2005/05/06, LLLitoral 2005 (diciembre), 1194, LLLitoral 2005(septiembre), 856; CNCiv., sala I, "H., M. G. c. F., J. A.", 2006/10/19, DJ, 2007-I, 939.

(37) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1ª Nominación de Santiago del Estero, R., D.V. c. H., V.H., 29/09/2010, LLNOA 2011 (marzo), 138 con nota de María Laura Ciolli de Aguirre, DFyP 2011 (abril), 94 con nota de María Laura Ciolli de Aguirre, AR/JUR/77409/2010.

(38) CNCiv., sala L, S., M. G. y otro c. D., H. H., 31/03/2009, DJ, 23/09/2009, 2703, LA LEY, 20/10/2009, 4. Del voto del doctor Galmarini, con nota de Néstor E. Solari, LA LEY, 2009-F, 195, DJ, 13/01/2010, 53 con nota de Martín Miguel Culaciati, con nota de Julio A. Martínez Alcorta, AR/JUR/4078/2009. bajo esta arista se ha precisado que la incomparecencia injustificada del demandado y su falta de colaboración a fin de dilucidar la cuestión, constituyen indicios graves y precisos, de entidad suficiente para crear convicción respecto de la existencia del vínculo biológico entre el actor y el demandado; todo lo cual se encuentra robustecido por la realización de la prueba de ADN realizada con la actora, el menor, el padre y hermano del demandado, la cual arrojó una probabilidad de paternidad del demandado del 99,47%, resultado más que contundente como para admitir la pretensión de autos. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA L ~ 2012-05-28 ~ L. G., A. S. C. C., M. R.

(39) JALIL, Julián Emil. "La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial" LA LEY 2015-F, 454, AR/DOC/3494/2015. LÓPEZ MESA, Marcelo J. Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada, LA LEY 2013-D, 1167, AR/DOC/2991/2013. Cám. Apels. Trelew, sala A, 27/06/2013, "M., Marta c. Transportes El 22 S.R.L. s/daños y perjuicios", en La Ley Online, con votos de LOPEZ MESA y de VELÁZQUEZ. ZANNONI, Eduardo A., "Cocausación de daños (Una visión panorámica)", en "Revista de Derecho de daños", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. 2003-2, pp. 8 y 9.

(40) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 05/11/2014, C. P., V. L. c. C., M. A. s/ daños y perjuicios., DFyP 2015 (marzo), 29 con nota de Verónica A. Castro, RCyS 2015-V, 98 - RCyS 2015-VI, 81 con nota de Verónica A. Castro, AR/JUR/53258/2014.

(41) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, B. P. D. c. S. H. D. s/filiación, 17/04/2012, LLBA 2012 (junio), 564, AR/JUR/16909/2012.

(42) CNCiv., sala G, G., I. G. c. Z., M. s/daños y perjuicios, 19/09/2011, LA LEY, 2011-E, 682, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (febrero), 31, JA 2012-03-14, 53, AR/JUR/57122/2011.

(43) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Reconquista, S., J. R. c. R., R., 29/05/2009, AR/JUR/34149/2009. CNCiv., sala I "E., N. y otro c. L., A." 2006/04/25, DJ, 27/09/2006, 264. En igual sentido: CNCiv., sala G, G., I. G. c. Z., M. s/daños y perjuicios, 19/09/2011, LA LEY, 2011-E, 682, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (febrero), 31, JA 2012-03-14, 53, AR/JUR/57122/2011

(44) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca, K. c. P.N.E., 17/04/2009, La Ley Online, AR/JUR/14842/2009.

(45) Ver voto del Dr. BOSSERT, Gustavo, en fallo de sala F de la C.N.Civ. del 19/10/89, LA LEY, 1990-A, 1, y en el mismo sentido: comentario al fallo de ZANNONI, Eduardo.

(46) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca, K. c. P.N.E., 17/04/2009, La Ley Online, AR/JUR/14842/2009.

(47) Cám. Nac. Apel. en lo Civil, Sala A, "Z., J.P. c. P., J.J. y otros", 09/08/2007, La Ley Online; id. Cam. Apel. en lo Civil, Com. Minas de Mendoza "Márquez, María c. Fournés, Mauricio G. y otro", 11/02/2005, La Ley Online, AR/JUR/1618/2005.

(48) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala III, 20/08/2014, F., L. N. c. S. M., R. F. s/ y/o resp. por daños y perjuicios por delito y/o cuasidelito, LLNOA 2014 (diciembre), 1231 RCyS 2015-II , 195, AR/JUR/49905/2014.

(49) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, S., J. G. c. S., J. G., 22/03/2012, La Ley Online, AR/JUR/5991/2012.

(50) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, R. N. c. V. R. O. s/acción de filiación, 14/06/2011, RCyS 2012-V, 112 con nota de Gisela A. FERRARI, AR/JUR/28168/2011. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala III, "G., E. N. c. G., R.", 18/02/2009, LLGran Cuyo 2009 (julio), 613, AR/JUR/3295/2009; CNCiv., sala C, "G. B., N. y otro c. C., M. S.", 07/06/2007, RCyS 2007, 1001, AR/JUR/4612/2007.

(51) ZANNONI, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, 2ª ed. pág. 157. Asimismo: CNCiv., sala G, G., I. G. c. Z., M. s/daños y perjuicios, 19/09/2011, LA LEY, 2011-E, 682, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (febrero), 31, JA, 2012-03-14, 53, AR/JUR/57122/2011, L. 163.509, de 6/6/95; L. 169.841, de 20/7/95; L. 205.632, de 26/11/96; L. 219.296, de 2/7/97 y L. 521.482, de 21/4/09, entre muchos otros concordantes). En tal orden de ideas la Corte Suprema ha postulado que aunque se reconozca autonomía conceptual al daño psíquico o psicológico por la índole de la lesión que se causa a la integridad psicofísica de la persona, ello no significa que haya de ser individualizado como un rubro compensatorio autónomo para ser sumado al daño patrimonial o moral (Ver CSJN en Fallos: 326:847).

(52) Véase: Juzg. Civ. y Com. y de Minería de Gral. Roca n° 5, 2° Circ. Marzo 3-1993 en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia n° 9, 1995, p. 175.

(53) Ver criterio expuesto por: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala III, 20/08/2014, F., L. N. c. S. M., R. F. s/ y/o resp. por daños y perjuicios por delito y/o cuasidelito, LLNOA 2014 (diciembre), 1231 RCyS 2015-II, 195, AR/JUR/49905/2014. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 24/10/2013, S., J. S. c. J. C. E. s/ filiación, La Ley Online, AR/JUR/73500/2013. Con similar tesitura se dijo que el accionado debe indemnizar el daño moral causado a la madre por la falta de reconocimiento oportuno de la paternidad, toda vez que asumió una actitud culpable, despreocupándose de ajustar su conducta para no dañar con ella, injustamente, a la mujer que le había informado de estar embarazada por él y a sabiendas de haber mantenido con ella relaciones sexuales extramatrimoniales. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 24/10/2013, S., J. S. c. J. C. E. s/ filiación, La Ley Online, AR/JUR/73500/2013. En estos fallos se hizo lugar al resarcimiento con la aplicación del Código Civil ya derogado, lo que justifica más nuestra interpretación toda vez que la hermenéutica de la nueva ley autoriza dicho resarcimiento a través del art. 1741 del CCyC.

Daños derivados de la omisión de reconocimiento del padre en el Código Civil y Comercial

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2016 (septiembre), 22 • DFyP 2017 (abril), 22
Cita Online: AR/DOC/599/2017
[Consultado el: 07/07/2020]

Sumario.

Sumario: I. Los orígenes jurisprudenciales de la responsabilidad civil en el ámbito filiatorio. — II. El reconocimiento voluntario en colisión con la obligación legal de llevarlo a cabo. — III. El marco normativo en donde se inserta la obligación legal de resarcir el daño en el Código Civil y Comercial. — IV. La configuración de la responsabilidad civil a través de los presupuestos previstos por la normativa vigente. — V. La incidencia de la concausa en la cuantificación del daño. — VI. Alcance de la indemnización. Análisis de la configuración del daño moral, el daño psicológico y la pérdida de la chance. — VII. La acción autónoma de la madre. — VIII. Nuestras conclusiones.

I. Los orígenes jurisprudenciales de la responsabilidad civil en el ámbito filiatorio.

Decía Shakespeare que "...*prudente padre es el que conoce a su hijo...*", y para conocer a la descendencia resulta una premisa fundamental reconocerlo como tal, es decir, exteriorizar el acto volitivo por el cual el progenitor masculino admite su estado de padre. Desde antaño en el derecho de daños se ha planteado la hipótesis del resarcimiento de los daños a la persona ante la falta de reconocimiento tempestivo por parte del progenitor, teniendo en sus orígenes acogida doctrinaria y jurisprudencial en determinados países y siendo rechazada en otros.

El argumento sosteniendo la irresponsabilidad en el marco filiatorio afirmaba que estas reparaciones atentaban contra la armonía de dicho ámbito. Falaz argumento por cierto, del cual no fueron ajenos los tribunales de los EE.UU., Italia y Alemania, en tiempos no demasiado remotos, revirtiendo luego esta orientación hacia la que hoy prevalece universalmente. Durante la vigencia del Código velezano nuestra jurisprudencia, aplicando los principios generales sobre responsabilidad, había marcado hitos importantes de avance hacia la reparación integral por desconocimiento filiatorio. Ello no obstante carecer de una normativa específica(1), hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

A modo de reseña histórica podemos precisar que a fines de la década del 80 un fallo de la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro se constituyó como el precursor en la materia, pues a través de éste se responsabilizó por el daño moral al padre de un niño que se negó y resistió a la realización de pruebas biológicas. Este decisorio del año 1988 constituye un *leading case* en este tema.

La reparación de daños por negativa injusta de filiación es ratificada con posterioridad por los tribunales de Capital Federal, en un fallo del año 1989. Además, ha sido sostenida por gran parte de la doctrina de la época(2), por la jurisprudencia posterior al fallo(3) y por la legislación comparada(4), hasta tener consagración normativa en nuestro país a través del art. 587 del Código Civil y Comercial.

II. El reconocimiento voluntario en colisión con la obligación legal de llevarlo a cabo.

En relación al carácter voluntario que se le atribuye al reconocimiento, Zannoni destaca que el mismo no hace referencia al libre arbitrio del reconociente en el sentido de estar facultado para hacerlo o no, sino al carácter unilateral o individual de ese acto, lo que significa que una persona que reconoce a su hijo no puede atribuir a otra la maternidad o paternidad que ésta última no ha asumido en forma voluntaria. El derecho por parte del hijo a obtener un emplazamiento familiar supone el deber de reconocer por parte del progenitor que no lo hizo, siendo buena prueba de que el reconocimiento no es indiferente, el hecho que se le confiera al Ministerio Pupilar el deber de procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por parte del presunto padre (5).

La filiación y el apellido, como atributos de la personalidad, no pueden ser desconocidos legalmente, habida cuenta que existe una acción específica que se le confiere al hijo para obtener el emplazamiento en tal estado, y que el orden jurídico procura su concordancia con el orden biológico. Por ello, aquel que omite voluntariamente el deber jurídico de reconocer a su hijo, resulta responsable por los daños ocasionados a quien tenía el derecho de ser emplazado en el estado de familia respectivo, por no poder ejercer el goce y derechos derivados del mismo (6).

Entonces, si bien el reconocimiento de un hijo depende de la iniciativa privada, no constituye un acto librado a la autonomía personal que interesa sólo al libre arbitrio del reconociente, en el sentido de que la ley otorga la facultad de realizarlo o no (7). Es decir, esa autonomía no puede ser ejercitada arbitrariamente, pues el niño tiene el derecho constitucional a tener una filiación (8).

En este orden de ideas, surge un juego armónico de derechos y deberes. Con relación a estos últimos, se genera sobre el progenitor un deber de alto rango que impone el despliegue de una fuerte voluntad, concretada en actos de suficiente vigor y firmeza, dirigidos a obtener la certeza de la paternidad o el emplazamiento del niño, siendo inadmisible la formulación de excusas al respecto, salvo alguna de fuerza irresistible que impida llegar al conocimiento de las circunstancias, por lo cual la invocación de falta de colaboración de la progenitora no conmueve la obligación paterna al no ser necesaria a los efectos del acto del reconocimiento que no puede ser obstaculizado(9).

Bajo estas premisas podemos concluir que si bien el reconocimiento de un hijo constituye un acto voluntario unilateral, ello no implica afirmar que dicho reconocimiento representa una mera potestad del progenitor que el derecho autoriza o no a realizar. Muy por el contrario, el hijo tiene un derecho expreso a ser reconocido por su progenitor, quien no está facultado a omitir tal conducta, pues en su defecto deberá resarcir los daños que ésta omisión pudiera causar (conf. arts. 570, 582 y concordantes del Código Civil y Comercial).

III. El marco normativo en donde se inserta la obligación legal de resarcir el daño en el Código Civil y Comercial.

Es precisamente el carácter de obligación legal el que dio lugar durante la vigencia del Código derogado al nacimiento jurisprudencial del derecho al resarcimiento del daño moral por la falta de reconocimiento. Este deber surgía del principio de derecho que establece que no se debe dañar a otro (arts. 19 C.N., 1109 y 1113 C.C.), y que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (art. 1071 C.C.). La ilicitud de tal conducta se desprende de la concesión de una acción para reclamar la filiación extramatrimonial (art. 247 C.C.) y de la existencia de una causal de indignidad para suceder al hijo configurada por el no reconocimiento voluntario (art. 3296 bis C.C.)(10).

El Código Civil y Comercial consagra expresamente el deber de reparar el daño ante la falta de reconocimiento tempestivo, estipulando en el art. 587 que *"...el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capitulo I Titulo V del Libro Tercero de este Código..."* Partiendo del prisma

del artículo mencionado, entendemos que el marco normativo del Código Civil y Comercial que complementa el deber de resarcir surge de la hermenéutica de los arts. 52, 582, 1716, 1721, 1726, 1737, 1738, 1741 y 3281 inc. f.

Asimismo, debemos recordar en concordancia con el art. 2 del Código Civil y Comercial que de acuerdo con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y aprobada en nuestro país por la ley 23.849, de rango constitucional (art. 75 inc. 22, C.N.), el niño tiene derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, así como a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, sin injerencias ilícitas(11).

Desde esta arista, el reconocimiento constituye un derecho deber, por lo que su incumplimiento es considerado como antijurídico y al constituir un deber jurídico, admitir la paternidad no es meramente facultativo para el padre. Así, la precitada Convención sobre los Derechos del Niño, consagra en el artículo 7 el derecho del niño a conocer en la medida de lo posible a sus padres biológicos y el artículo 8 establece que los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad y las relaciones familiares, debiendo prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

También, el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, sienta el derecho de toda persona de tener el apellido de sus padres o al de uno de ellos.

Por su parte, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 11 reconoce, entre otros, el derecho a un nombre y a la preservación de las relaciones familiares, a conocer a los padres biológicos, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres.

Es decir que todo hijo tiene el derecho de ser reconocido por sus progenitores y por ende la falta de reconocimiento importa un accionar antijurídico, produciéndose así una lesión a un derecho personalísimo derivado del incumplimiento de una obligación legal, al impedirle gozar del emplazamiento familiar, y al goce de todos los otros derechos que de él derivan.

Ese derecho de los hijos a conocer a sus padres, es correlativo de la obligación de estos últimos de reconocerlos, de esta manera aquéllos pueden también ejercer efectivamente su derecho de lograr y preservar su identidad, sin injerencias ilícitas. Recordamos al respecto, por de pronto, el art. 582 del Cód. Civil y Comercial, en cuya primera parte se establece que los hijos pueden reclamar su filiación matrimonial contra sus progenitores si ella no resultare de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A su vez, el art. 583 dispone que cuando un niño o niña aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil debe efectuar la comunicación al Ministerio Público, para que éste procure la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre.

Existen, además, otras normas en el Código Civil y Comercial, de las que se deduce la obligación que tienen los padres de reconocer a sus hijos. En efecto, de acuerdo a la segunda parte del art. 573 de ese cuerpo normativo el reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama; por lo que la omisión del reconocimiento tiene como consecuencia el no heredar al hijo (lo mismo es para los restantes ascendientes), o sea, que se establece una pena cuya causa consiste en la apuntada omisión, de lo que resulta que el reconocimiento constituye una obligación.

Por otra parte, el art. 2281, inc. f, considera indigno de suceder al hijo, al padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad(12).

IV. La configuración de la responsabilidad civil a través de los presupuestos previstos por la normativa vigente.

De todo lo expuesto se desprende que la omisión de establecer voluntariamente la filiación por el progenitor constituye una conducta antijurídica que, de darse todos los presupuestos de la responsabilidad civil, obliga a reparar el daño extrapatrimonial ocasionado, debiendo la falta de reconocimiento ser dolosa o culposa, haberse producido un daño, y existir relación de causalidad entre la negativa de reconocimiento y el daño(13).

IV.1. La antijuridicidad como recaudo insoslayable para la procedencia del resarcimiento del daño.

Alguna jurisprudencia, ha entendido que en muchos de estos casos falta el presupuesto de antijuridicidad, pues la ausencia de acompañamiento y apoyo en la crianza de los niños, que solo nacen del afecto, no es una conducta que resulte reprochada o sancionada por el ordenamiento jurídico(14).

Por nuestra parte creemos que si bien el reconocimiento de un hijo constituye un acto jurídico voluntario unilateral —como oportunamente señalamos—, ello no implica una mera facultad del progenitor, pues no es discrecional y por lo tanto el hecho antijurídico está configurado por la falta de reconocimiento espontáneo. Ese hecho ilícito genera responsabilidad civil y por ende, derecho a la indemnización(15). Se crea entonces un supuesto de daño injusto en los términos del art. 1717 del CCyC.

Entonces, la falta de reconocimiento voluntario de un hijo por parte del progenitor importa un obrar antijurídico, cuyo resarcimiento requiere la prueba de que el supuesto padre sabía o debía saber de la paternidad que se le atribuye, razón por la cual el reclamo será inviable cuando aquel ignoraba su paternidad(16), pues, aun cuando el reconocimiento es un acto voluntario y personalísimo, el negarse a llevarlo a cabo de manera infundada, injusta o arbitraria, constituye una conducta antijurídica, desde que el art. 582 del Código Civil y Comercial confiere a los hijos la potestad de reclamar su filiación extramatrimonial contra quien consideren su progenitor(17).

Dicho precepto en concordancia con los arts. 587 y 1717 del Código Civil y Comercial determinan la antijuridicidad de la conducta, en la medida que el daño no se encuentre justificado (conf. art. 1718 del CCyC).

IV.2. La necesidad de que exista un menoscabo cierto y preciso.

La omisión del progenitor de reconocer oportunamente a su hijo implica un daño a la persona del hijo, a un derecho personalísimo cual es de la identidad, que tiene expresa protección constitucional, derivada de su recepción en la Convención de los Derechos del Niño, lo que legítima la reparación del daño moral, porque el hijo ha sufrido el sentimiento de inferioridad, desde que careció de la figura paterna, cierta y visible, se lo privó de gozar de su emplazamiento y tener el apellido de su padre(18).

El daño extrapatrimonial (psicológico o moral) puede estar agravado por las circunstancias específicas que recubren a la falta de reconocimiento, por ejemplo el carácter incestuoso o parental de la relación en la cual se ha gestado la persona. En este orden, ha señalado la jurisprudencia que corresponde hacer lugar a la indemnización por daño moral reclamada en virtud de la falta de reconocimiento del hijo que fue concebido a raíz de las relaciones mantenidas entre su madre y un tío abuelo, pues, no puede soslayarse el hecho de que las relaciones carnales entre parientes afines, constituye indudablemente un acto contrario a la moral y las buenas costumbres, con virtualidad para generar, los padecimientos y alteraciones de la personalidad de que da cuenta la pericial practicada al reclamante(19).

Para obtener el resarcimiento de la pérdida de la chance que sufriese la persona ante la imposibilidad de acceder a una mejor y mayor educación como consecuencia de la falta de reconocimiento paterno, debe demostrarse que el progenitor hubiera sido capaz de brindarle una mejor instrucción que se tradujera

paralelamente en beneficio para menor, apreciable de manera eventual pero cierta, en un acrecimiento económico (20).

IV.3. Consideraciones relativas a la prueba del daño en los procesos de filiación.

El art. 711 del Código Civil y Comercial prevé que los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos en los procesos de familia. No obstante, previo a su sanción, encontramos que ya la jurisprudencia admitía el testimonio de los parientes o de los amigos íntimos en los juicios de filiación, dada su naturaleza. Las personas más allegadas son quienes tienen mejor conocimiento de los hechos y constituyen testigos necesarios, lo cual no obsta a que el juez deba analizar sus dichos para descalificarlos si de ellos resultara que tienden a favorecer a una de las partes o son sospechables de parcialidad(21).

Asimismo, la apreciación de la prueba testimonial, a los fines de completar la presunción de existencia del nexo biológico proveniente de la negativa a realizarse la prueba biológica, debe hacerse con criterio amplio, toda vez que las relaciones carnales que lo presuponen se llevan a cabo en la intimidad, siendo imposible su prueba directa(22). Bajo esta premisa, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín dispuso que correspondía hacer lugar a la indemnización por daño moral reclamada en virtud de la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial si, el demandado reconoció haber tenido relaciones íntimas con la madre del niño en la época de la concepción y los testigos manifestaron que la paternidad de aquél era de público conocimiento ya que, dichas circunstancias permiten tener por acreditada la culpa del demandado, quien tuvo la posibilidad de saber que el niño era su hijo biológico(23).

Siendo el agravio extrapatrimonial la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de los derechos de la personalidad, la acreditación de la existencia de dicha trasgresión importa al mismo tiempo la prueba de la existencia del daño (24).

En este sentido, no se requiere una prueba específica del daño, sino que éste se presume cuando ha habido una acción antijurídica, como es el incumplimiento de una obligación legal que se origina en el derecho que tiene el hijo de ser reconocido por su progenitor, siempre que éste último tuviese conocimiento de la existencia del mismo, pues en caso contrario —como veremos a continuación— no existirá un factor subjetivo de imputación y por lo tanto tampoco habrá responsabilidad civil.

IV.4. La responsabilidad subjetiva como factor de atribución aplicable a estos supuestos de responsabilidad civil.

La culpa o, eventualmente, el dolo, constituyen los factores determinantes que deben ser probados —o surgir de indicios vehementes— para atribuir responsabilidad civil y hacer viable el resarcimiento del daño (25).

De ahí, que si el progenitor ha tomado conocimiento del nacimiento niño, fruto de una relación no estable, la omisión de efectuar acciones positivas enderezadas a constatar o descartar el nexo biológico altamente viable en atención a la relación mantenida con madre, conforma una conducta omisiva culposa conforme al arts. 1721 y 1724 del Código Civil y Comercial (26).

Pero, tal como explica Solari, cuando no existe conocimiento de la situación de hecho que se le pretende atribuir o se fuera incapaz de proceder al reconocimiento, no podría haber responsabilidad por falta de reconocimiento voluntario. La viabilidad del resarcimiento requiere la prueba de que el supuesto padre haya sabido o debido saber de la paternidad que se le atribuye. Dicho de otro modo, no debe prosperar la acción de daños y perjuicios cuando el progenitor ignoraba su paternidad. Su obrar debe ser doloso o, al menos, culposo, para que pueda imputársele una conducta antijurídica, a los fines del reclamo de daños y perjuicios(27).

Desde esta arista, y pese a la opinión contraria de una parte de la magistratura de nuestro país(28), creemos que la mera falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial no genera *per se* responsabilidad civil, sino

que, al tratarse de un supuesto de responsabilidad subjetiva, el ilícito se configura con la negativa injustificada vertida a pesar de tener o poder tener conocimiento de su paternidad(29).

Por ello, no resulta procedente la indemnización reclamada con sustento en la falta de reconocimiento de hijo si el padre de éste recién tomó conocimiento de su posible paternidad a través de una carta documento cursada poco tiempo antes de la promoción de la acción de filiación, y aquél se sometió voluntariamente a la realización de las pruebas genéticas pertinentes pues, tales circunstancias impiden endilgarle una obstinada negativa al acto de reconocimiento (30).

Entonces, no corresponde la atribución de responsabilidad si no se acredita que el progenitor hubiera tenido noticia fehaciente de la existencia del accionante, lo cual revela la ausencia del elemento subjetivo que constituye el factor de atribución del cual derivaría su responsabilidad (31). Pero, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad por omisión de reconocimiento espontáneo puede considerarse configurado si los hechos ocurrieron en una población reducida, donde el hecho es público y notorio, pues la comunicación del embarazo de ordinario no se realiza por medios fehacientes. En estos casos, las precitadas circunstancias son suficientes para tener por acreditado que el padre era conocedor de que se le adjudicaba la paternidad de un menor y que, ante la duda, omitió tomar los recaudos pertinentes para cerciorarse de la existencia del nexo biológico (32).

Siguiendo esta línea argumental, se dijo que es procedente el reclamo por daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento paterno, pues, se acreditó que la madre del reclamante y el padre de éste tuvieron relaciones sexuales y del análisis de la prueba aportada surge que la posibilidad de su paternidad no pudo serle ajena al emplazado dado que vivían en una comunidad pequeña y que los domicilios de ambos estaban cerca, lo que permite concluir que existió omisión antijurídica y deliberada del reconocimiento en tiempo oportuno(33).

IV.5. La conducta desplegada por el progenitor durante el transcurso del proceso

Determinadas acciones llevadas a cabo por el progenitor dentro del marco de un proceso fueron tenidas en cuenta por la judicatura para determinar la configuración, atenuación o agravamiento de la responsabilidad civil ante estos casos. Entre ellas podemos citar:

1. La colaboración en el proceso: la Sala D de la CNCiv. decidió mantener el monto indemnizatorio fijado por el juez de grado en concepto de daño moral por falta de reconocimiento voluntario, en tanto resulta suficiente para compensar los perjuicios sufridos por el menor, máxime cuando el progenitor adoptó una conducta de colaboración en el proceso y existió una inacción de la madre respecto al reclamo filiatorio(34).

2. La actitud renuente: la indemnización en concepto de daño moral otorgada al menor en el marco de una acción de filiación debe ser elevada, si el demandado mantuvo una actitud renuente a lo largo de todo el proceso, a lo que se suma su desidia en la averiguación de la verdad, pues ello contribuyó a agravar el perjuicio causado a su hijo (35).

3. La incomparecencia a las pruebas biológicas: a la luz de las modernas técnicas existentes, que no requieren una intromisión odiosa alguna en el organismo del sujeto como para llevar adelante exitosamente la pericia, no existen razones atendibles que justifiquen la renuencia a llevarlas a cabo, más teniendo en cuenta la magnitud que adquiere el derecho del niño a conocer su identidad (36). En este orden argumental, se dijo que la actitud del demandado resultó disvaliosa, por cuanto concurrió solo a la audiencia de confesión y no compareció a las biológicas, no aportó la prueba que desbarate las presunciones y probanzas existentes, adoptando una actitud meramente pasiva, lo cual debe ser tomado como indicio en su contra(37).

4. La conducta desplegada antes de la demanda y con posterioridad a ella: la pasividad del demandado en un juicio de filiación, con antelación a la promoción de la demanda y luego al no contestarla, ponen de manifiesto su renuencia en facilitar las medidas necesarias para determinar la filiación en tiempo oportuno y, por ende, hacen procedente el resarcimiento del daño moral a favor de la menor reconocida una vez sabido el resultado de la prueba genética (38).

V. La incidencia de la concausa en la cuantificación del daño.

La concausa es una causa que interfiere o actúa independientemente de la condición puesta por el agente a quien se atribuye el daño. Se trata de una pluralidad de hechos causales. Es clásico caracterizar como tipos de concausa, las concausas preexistentes, es decir aquellas que son anteriores al hecho del agente, las concausas concomitantes, es decir la presencia de dos causas que actúan al mismo tiempo, y las concausas sobrevinientes, es decir, causas nuevas, posteriores al hecho que desencadena el resultado(39).

Pese a que determinada jurisprudencia se presente reacia a reconocer una incidencia causal de la conducta de la madre o del progenitor en el daño moral que implica la falta de reconocimiento paterno, las mismas existen como tal. Pues nadie puede desconocer que la contribución de dichas conductas influye cabalmente en el conocimiento de la situación por parte del progenitor.

Analicemos cómo funciona la incidencia de la causa ante la conducta omisiva de la progenitora, del progenitor y del hijo propiamente dicha:

1. La conducta omisiva de la madre: La conducta omisiva de la madre puede ser fuente de *responsabilidad autónoma* o bien participar como *concausa* en el resultado, disminuyendo la responsabilidad del padre. En el primer caso se ha señalado que una mujer que le ocultó a su concubino, con quien tenía un hijo anterior, que una niña nacida durante la convivencia y reconocida por este último no era hija suya debe responder por las consecuencias dañosas derivadas del hecho, pues ese silencio, ajeno a la moral y las buenas costumbres, conllevó un ataque a la buena fe y a la confianza de aquel y un incumplimiento al deber de no dañar al otro, máxime cuando la voluntad de ese reconocimiento se encontraba viciada por el derecho a la verdad y a la identidad que tenía tanto el actor como la hija reconocida(40).

En el segundo supuesto, es decir cuando actúa como concausa, se ha precisado con exactitud que a los fines de la cuantificación del daño extrapatrimonial debe tenerse en cuenta la conducta totalmente omisiva de la madre, en cuanto al tiempo que tardó en instar la acción, pues estas circunstancias contribuyen concausalmente en la producción del daño(41). Ello, por cuanto, si bien la demora de la madre en efectuar el reclamo judicial por filiación extramatrimonial no exime de responsabilidad al progenitor que omitió efectuar el reconocimiento tempestivamente, indudablemente debe determinarse como un factor que ha contribuido al agravamiento del daño causado al hijo, máxime cuando ocultó a este último la identidad de su padre(42).

2. La conducta omisiva del hijo: vale señalar que la actitud del hijo que demoró largo tiempo en promover la demanda de filiación a fin de que el demandado reconozca a su paternidad, no puede justificar el rechazo del resarcimiento por daño moral solicitado, pues el sentido común y la experiencia permiten presumir el daño puesto que resulta evidente que la ausencia de reconocimiento público de la paternidad menoscaba el desarrollo pleno y armónico de la personalidad de un niño y un adolescente(43). En estos casos, la culpa que implica no haber reconocido a un hijo pese a saber de su existencia, se atenúa por la demora de éste en accionar a los fines del reconocimiento de su filiación(44), o más precisamente el daño disminuye, por existir una concausa que participa en la producción del mismo.

VI. Alcance de la indemnización. Análisis de la configuración del daño moral, el daño psicológico y la pérdida de la chance.

Dicho ello, es menester recordar qué es lo que se indemniza en estos casos. Existe consenso en que lo que se indemniza son las aflicciones, sufrimientos o perturbaciones en los sentimientos que se derivan de la falta de conocimiento de la propia identidad, y de no ser considerado en el ámbito de las relaciones humanas (v.g. en el colegio) como hijo de padre conocido, como asimismo aquello que es consecuencia directa de la conducta

omisiva, quedando fuera de su comprensión el desamor o carencia de afecto, en el que tanto puede incurrir un padre que no ha reconocido a su hijo como quien lo ha hecho(45).

Tal como lo hemos señalado, la ilicitud que supone la falta de reconocimiento oportuno de un hijo genera la presunción de la existencia de daño extrapatrimonial, sin necesidad de otra prueba, y dependiendo la tabulación de la discrecionalidad del sentenciante, siempre velando por un trato igualitario en situaciones parecidas (46).

Al respecto, se ha juzgado que el daño moral se tiene por acreditado con la sola comisión del ilícito, por tratarse de una prueba *in re ipsa* que surge de los hechos mismos (47), bastando la prueba de que el padre sabía o debía saber de la existencia del hijo. La omisión en el reconocimiento trae aparejado un daño a la persona desde que lesiona un derecho personalísimo como lo son, el derecho a la identidad, el derecho a un apellido paterno, el derecho a gozar de un emplazamiento en el estado de familia, derechos todos éstos de raigambre constitucional, a más de producir una carencia afectiva, aflicciones y sufrimientos a lo largo del tiempo tanto durante su niñez como en la adolescencia (48).

A los fines de cuantificar el daño extrapatrimonial corresponde tener en cuenta que el daño resarcible debe computarse desde que el demandado tuvo conocimiento de que era padre y no teniendo impedimento legal alguno no concurrió al Registro Civil para tal fin, si ha contribuido la actitud pasiva o desinterés de la madre a que la falta de reconocimiento no se produjera, ya que ello actúa como concausa del daño y por último si el niño, pese a la falta de reconocimiento, ha recibido trato ostensible de hijo por parte del progenitor durante alguna etapa de su vida lo cual atenúa el daño(49).

El *cuantum,* en estos casos, debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas que compensen la lesión extrapatrimonial que el obrar omisivo ha gestado en el niño durante su crecimiento. Puede traducirse en el monto de viajes, regalos, y compañía (traducida en tiempo laboral del progenitor no ejercitado), entre otras.

Por su parte, si el dictamen pericial claramente atribuye un daño psicológico en el niño, que tiene por causa la ausencia de la figura paterna, manifestada como enuresis nocturna y temores propios de la infancia que persisten pasada la edad en que resultan frecuentes, debe considerarse acreditado el daño y procedente el tratamiento psicológico que se reclama en el marco de la acción de filiación(50), conforme lo previsto en el arts. 52 y 1746 del Código Civil y Comercial. No obstante lo expuesto, vale señalar que el daño psíquico no constituye una partida independiente ya que carece de autonomía indemnizatoria, pues, en tanto daño patrimonial indirecto, integra el de incapacidad y en cuanto a aspecto extrapatrimonial, el daño moral. En realidad, no cabe confundir el bien jurídico afectado, esto es, la integridad física y psíquica, con los perjuicios que de ella derivan que sólo pueden comportar daños patrimoniales indirectos —incapacidad— o daño extrapatrimonial —moral— (51).

Por último, para acreditar la pérdida de la chance es menester demostrar que el padre hubiera podido —de acuerdo a sus posibilidad ciertas y concretas— brindar al niño, por ejemplo, una formación más sólida, un mejor acceso a la educación y capacitación que pudiera haberse transformado en un acrecimiento económico en el futuro.

VII. La acción autónoma de la madre.

Con la redacción originaria del art. 1078 del Cód Civil la madre no se encontraba legitimada para reclamar el daño moral. Al respecto, afirmaba la doctrina que la madre carece de derecho a demandar indemnización por daño moral contra el padre, toda vez que la acción tiene como titular únicamente al damnificado directo que en el caso es el hijo (art. 1078 del Cód. Civ.). Además, se ha considerado que las excepciones formuladas por la jurisprudencia en cuanto al marco resarcitorio del artículo 1078 han tenido en cuenta circunstancias de extrema gravedad, en los que desconocer los padecimientos sufridos resulta irrazonable, no ocurriendo lo mismo con el

dolor de la madre frente a la omisión voluntaria del reconocimiento. Incluso en algún fallo se ha llegado a decir —en forma discriminatoria hacia la mujer— que la angustia, zozobra y sufrimiento de la situación vivida por la actora fue provocada por su propia conducta al haberse involucrado en una relación sentimental con un hombre casado, debiendo asumir el

No caben dudas que con el nuevo Código Civil y Comercial corresponde reconocer la reparación del daño extrapatrimonial a la madre en la medida que afecte algún derecho personalísimo, pues el hecho puede resultar lesivo a su dignidad, honor, nombre, honestidad, intimidad o a sus afecciones legítimas (conf. art. 52 y 1741 del CCyC), y generar un interés digno de ser reconocido como tal (conf. art. 1737 del CCyC). En este marco, el menoscabo a ese interés otorga a la víctima un derecho a la reparación integral o plena (conf. art. 1740 del CCyC), pues el mismo constituye en sí mismo un "daño injusto" (conf. art. 1717 del CCyC).

Desde esta perspectiva, la madre del hijo extramatrimonial no reconocido se encuentra legitimada para reclamar el daño extrapatrimonial, si acredita que el retardo del proceso de reconocimiento le generó un daño moral o psíquico, por el maltrato sufrido y por la humillación de la duda impuesta por el demandado (53).

VIII. Nuestras conclusiones.

El carácter individual, voluntario y unilateral que se le atribuye al reconocimiento no implica una facultad del progenitor de llevarlo a cabo o no, pues la acción positiva constituye un deber cuya omisión genera un "daño injusto" ya que lesiona un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tiene por objeto a la persona (conf. art. 1737 del CCyC).

Ese deber jurídico a su vez deriva de una obligación legal emergente de un juego armónico de diferentes preceptos de jerarquía constitucional, y del derecho civil interno, entre los cuales se puede citar: los arts. 8º y 7º de la Convención de los Derechos del Niño, el art. 19 de la CN, los arts. 52, 582, 5871716, 1721, 1726, 1737, 1738, 1741 y 2281 inc. f, del CCyC. Por ello, la falta de reconocimiento arbitraria e injustificada constituye una conducta antijurídica.

El daño injustamente sufrido (conf. art. 1717) por lo general quedará configurado por el propio hecho ilícito de la omisión del reconocimiento, pues se presume que la carencia de la figura paterna, cierta y visible privó a la persona menor de edad, de gozar del correspondiente emplazamiento, de tener un apellido, vulnerando del derecho a su personalidad. El derecho o bien que se vulnera con la falta de reconocimiento es el derecho a la personalidad; concretamente hay una violación del derecho a la identidad personal en los términos del art. 52 del CCyC, al negarse el estado civil y más concretamente, el estado de familia, en este caso, el de hijo.

A diferencia de lo que ocurría durante la vigencia del Código velezano, dicho menoscabo puede detentar la forma de un daño moral (1741 del CcyC) y/o psicológico (art. 1746 del CCyC), pudiendo ser indemnizados como categorías autónomas conforme la nueva normativa del nuevo CCyC. Asimismo, puede indemnizarse la pérdida de la chance si se demuestra que la persona menor de edad hubiera incrementado su patrimonio si el padre le otorgaba la formación que su *status* le permitía (conf. art. 1738 del CCyC).

La mera falta de reconocimiento del hijo no genera responsabilidad, pues se requiere que la omisión antijurídica descanse en el conocimiento que el progenitor tenía o debía tener sobre la existencia de su descendencia. En este marco, es preciso señalar que la conducta desplegada por éste durante el proceso filiatorio constituye un elemento importante que ha tenido en consideración la judicatura para dar por acreditado el vínculo, y atenuar o agravar el derecho al resarcimiento pecuniario.

Consideramos que la conducta omisiva de la madre del niño, al retacear información sobre la paternidad del progenitor, constituye una concausa que incide cabalmente en la disminución del daño resarcible, siempre que

se pruebe que ella ha sido determinante para extender en el tiempo la posibilidad efectiva de reconocer a su hijo por parte del progenitor. También tiene incidencia concausal, la omisión del hijo de solicitar la correspondiente acción para lograr el emplazamiento de éste en el estado de familia que le corresponde. Dicha omisión debe ser evaluada a partir de que el niño tenga la edad y el grado de madurez suficiente para requerir dicho emplazamiento y no lo haga.

Bibliografía.

(1) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "Daño moral. Su reparación y determinación en la negativa de filiación" en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. III. LA LEY, 1995-C, 405. JALIL, Julián Emil, Daños y perjuicios devinientes de la omisión del progenitor de reconocer a su descendencia tempestivamente, Publicado en DFyP 2012 (octubre), 77 Cita Online: AR/DOC/4653/2012.

(2) LOPEZ DEL CARRIL, J., "La filiación y la ley 23.264", p. 444, N° 530, donde precisamente critica dicha ausencia de una ley como la 23.264 que pretende calificarse de moderna, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987. REBORA, Juan C., "El daño moral", JA, 1924-99, Sección Doctrina. BARBERO, Omar, "La responsabilidad civil en Derecho de Familia", JA, 29-623 Sección Doctrina. BREBBIA, Roberto H., "El daño moral" 2ª ed. Rosario. 1967, p. 287. GROSMAN, Cecilia P., "Acción alimentaria de los hijos extramatrimoniales no reconocidos o no declarados tales", Buenos Aires, 1969. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Los daños emergentes del divorcio", LA LEY, 1983-C, 348. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "Daño moral. Su reparación y determinación..., ob. cit., p. 406.

(3) Véase al respecto, entre otros: CNCiv., sala F, ED, 135-445 (19/10/89), con nota de BIDART CAMPOS, Germán J., "Cuestiones sustanciales y procesales en un juicio de filiación por ausencia de reconocimiento paterno"; y LA LEY, 1990-A, 1, con nota de ZANNONI, Eduardo A., "Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo"; ídem íd., 30/03/90, ED, 139-101; Juzgado Civil, Comercial y Minería n° 5 de la II Circunscripción de Gral. Roca, fallo del 03/03/93, en Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia n° 9, Buenos Aires, 1995, p. 175, con un comentario s/título de POLAKIEWICZ, Marta; CNCiv., sala A, 06/09/94 (L. 148.844); C1ª CC San Nicolás, 22/12/94, LA LEY, Rep. 1995, A-I, 653, n° 52; CNCiv., sala L, 23/12/94, LA LEY, 1995-E, 10, con nota de GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "Daño moral. Su reparación y determinación en la negativa de filiación"; Trib. Col. de Flia. n° 4 Rosario, 19/05/95, LA LEY, 2000-B, 836, 42.465-S; CApel. CC Junín, 22/09/95, ED, 169-22, con nota de ALVAREZ, Osvaldo Onofre, "Posesión de estado en los juicios de filiación extramatrimonial"; CApel.CC Concordia, sala III, 08/11/96, ED, 175-456, y LA LEY, 1998-F, 843, 40.968-S; SC Buenos Aires, 28/04/98, ED, 181-225; CNCiv., sala E, 12/05/98, LA LEY, 1999-F, 7 (conf., de la misma sala, causa n° 173.168, del 25/09/95); CNCiv., sala H, 30/03/99, LA LEY, 1999-E, 545; CNCiv., sala F, 13/08/99, ED, 188-705, con nota de GOWLAND, Alberto Jorge, "Filiación: daño moral por falta de reconocimiento"; CApel. CC San Martín, sala II, 18/09/99, ED, 184-218; CApel. CC Mar del Plata, sala II, 16/12/99, ED, 188-90, con nota de ALVAREZ, Osvaldo Onofre, "Improcedencia del daño moral en el reconocimiento personal y voluntario de un hijo extramatrimonial"; CNCiv, sala G, 21/03/2001, ED, 192-309; CNCiv., sala D, 29/08/2001, LA LEY, 2002-A, 457; CApel.CC Concordia, sala III, 16/11/2001, ED, 201-642, 1144-SJ; CNCiv., sala D, 19/12/2002, ED, 205-329; CNCiv., sala I, 13/02/2003, ED, 203-573; CNCiv., sala B, 25/06/2003, ED, 204-337, y LA LEY, 2003-F, 406; CApel. Lomas de Zamora, sala III, 16/09/2003, ED, 207-352, con nota de ALVAREZ, Osvaldo Onofre, "Procedencia de la acción de reconocimiento de filiación extramatrimonial ante la muerte del presunto progenitor"; CNCiv., sala D, 27/02/2004, LA LEY, 2004-C, 1012; CFed. CC Azul, 04/05/2006, ED, diario del 08/03/2007.

(4) El Cód. Civil francés dispone en su art. 340-5 (reformado por ley 72-3 del 3/1/72), que "si la acción de reclamación de paternidad es acogida judicialmente, el tribunal puede a petición de la madre condenar al padre a reembolsar todo o parte de los gastos de la maternidad y los de mantenimiento durante los tres meses que han precedido y los tres meses posteriores al nacimiento, sin perjuicio de los daños e intereses que ella puede reclamar por aplicación de los arts. 1382 y 1383 del mismo Código. Asimismo, el hijo extramatrimonial cuya filiación paterna sea presunta, aunque no se haya determinado judicialmente, puede reclamar un subsidio para

mantenimiento y educación, a cargo de aquél que mantuvo relaciones sexuales con la madre durante el período legal de concepción. La asignación queda a criterio del juez, tiene el carácter de pensión y su monto se fijará en base a las necesidades del menor y los recursos y condición familiar del obligado, quien siempre podrá demostrar su irresponsabilidad. En caso de no poder individualizarse persona alguna para atribuirle esta obligación, la misma estará a cargo de una entidad de asistencia social denominada 'Ayuda social para la infancia'" (art. 342-2-3 y 5). El Código Civil suizo en sus arts. 317 y 318 responsabiliza al padre a indemnizar a la madre del daño material consistente en los gastos de embarazo y parto, los de mantenimiento del menor durante los cuatro meses anteriores y posteriores al nacimiento, y cualquier gasto derivado de la relación (art. 317). Reconoce a la madre derecho a reclamarle daño moral, cuando le hubiese prometido matrimonio sin cumplir, cuando el embarazo derivó de acto criminal o abuso de autoridad o la madre fuese menor de edad al tiempo de la concepción (art. 318). En Gran Bretaña rige la Congenital disabilities act for civil liability del año 1976 que consagró la reparación en el derecho de familia. Por su parte, el Código Civil peruano sancionado en 1984 en su art. 414 consagra la obligación del padre de pagar a la madre en diversos supuestos de filiación extramatrimonial que contempla: a) alimentos durante sesenta días anteriores y posteriores al parto; b) gastos de embarazo y parto; c) daño moral en caso de abuso de autoridad, promesa incumplida de matrimonio, cohabitación delictuosa y minoridad al tiempo de la concepción. En el Derecho americano registramos previsiones similares, en el Código de Familia de Costa Rica sancionado en 1973, art. 96; Código Civil de Colombia, art. 76; Código Civil de Chile, art. 290 y Código de Familia de Bolivia, arts. 210 y 211. Este último pone a cargo del padre demandado por filiación o que la hubiese reconocido voluntariamente los gastos de embarazo y parto y una pensión a la madre durante las seis semanas anteriores y posteriores al nacimiento, además de reconocerle derecho al daño moral que efectivamente hubiese sufrido. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. "Daño moral. Su reparación y determinación... Ob. cit. p. 404.

(5) ZANNONI, Eduardo A., "Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo", LA LEY, 1990-A, 1.

(6) CNCiv., sala L, 23/12/1994, LA LEY, 1995-E, 11; CNCiv., sala H, 30/03/1999. LA LEY, 1999-E, 546; CApel. San Martín, sala II, 18/2/1999 ED, 184-219; etc.) Cámara de Familia de Mendoza, A.N.V. p.s.h. P.A.M.V. c. P.J., 05/03/2012, LLGran Cuyo 2012 (mayo), 447, LLGran Cuyo 2012 (junio), 481 con nota de Mariel Molina de Juan, AR/JUR/5886/2012.

(7) CNCiv., sala G, G., I. G. c. Z., M. s/daños y perjuicios, 19/09/2011, LA LEY, 2011-E, 682, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (febrero), 31, JA 2012-03-14, 53, AR/JUR/57122/2011. CNCiv., sala H, "C., M. y otro c. J., C. J.", 30/03/1999, LA LEY, 1999-E, 546 - DJ, 1999-3, 688, AR/JUR/3036/1999.

(8) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Contenciosoadministrativo de San Francisco, R. G. S. c. G. R. D. s/filiación, 26/02/2009, LLC, 2009 (junio), 573, AR/JUR/4671/2009.

(9) Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, P.P.L. por el menor P.L.E. c. R.M.D., 05/08/2009, LLGran Cuyo 2009 (diciembre), 1084, AR/JUR/27047/2009. Como veremos más adelante, dicha actitud puede tener injerencia en plano causal, en la medida que haya sido determinante para ocultar la relación parental entre el progenitor y su hijo. En esos casos, la concausa incide considerablemente en el campo resarcible.

(10) Fallo del J.C.y C. n° 9 de San Isidro del 29/93/88, con comentario de Bidart Campos en ED, 128-330, confirmado por la Cámara de San Isidro, sala 1, el 13/10/88, LA LEY, 1999-E, 562, comentado por María Josefa Méndez Costa; también: CNCiv., sala F, del 19/10/89, LA LEY, 1990-A, 1, con comentario de E. Zannoni; S.C.B.A., Ac. 59.680 del 28/04/98, ED, 181-225; Ac. 64.506 del 10/11/98, D.J.J., año LVIII, T° 156, n° 12.734; CNCiv., Sala H, del 30/03/99, LA LEY, Doc. Jud., Año XV n° 44, 3/11/99; C.C. y C. San Is., sala 2, causa n° 61.652 del 1/03/94; C.A.L.Z., 16/09/03 en E.D. del 18/05/04). Esta doctrina ha sido especialmente avalada por la Suprema Corte provincial (Ac. 59.680, "P., M. D. c. A., E. s/Filiación y daños y perjuicios" del 28/04/1998, ED, 181-225) y ha sido seguida por esta Sala en numerosas oportunidades (causas n° 103.177 del 10/02/98; n° 108.785 del 30/09/04, 109.236 del 17/03/05, 108.888 del 15/11/05, 110.385 del 12/09/06, 111.101 del 11/09/07, 111.672 del 22/04/08, 112.177 del 21/04/09; 112.449 del 8/09/09, 112.077 del 13/02/09, 113.831, entre otras). Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, B. P. D. c. S. H. D. s/filiación, 17/04/2012, LLBA 2012 (junio), 564, AR/JUR/16909/2012.

(11) Lo cual se encuentra establecido en el artículo 8°, donde se agrega que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la

asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. Y el art. 7° dispone, a su vez, que el niño tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por éstos, y que los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida. SAMBRIZZI, Eduardo A., "Daños y perjuicios por la falta de reconocimiento de la hija por parte de la madre", LA LEY, 2007-C, 570, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. IV, 801. Así se ha dicho que la indemnización por daño moral derivada de la falta de reconocimiento de un hijo extramatrimonial que se prolongó a lo largo de toda su vida y hasta el fallecimiento de su progenitor es procedente, pues ello generó la lesión del derecho a una inequívoca identidad familiar garantizada en los artículos 19 y concordantes del Pacto de San José de Costa Rica y art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala II, 19/02/2014, J. A., A. c. N.B.M. s/ filiación post-morten, ED 258, 32, AR/JUR/19060/2014.

(12) SAMBRIZZI, Eduardo A., "Daños y perjuicios por la falta de reconocimiento de la hija por parte de la madre", LA LEY, 2007-C, 570, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. IV, 801. Debemos recordar con el autor precitado, que en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, en homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa, celebradas en la ciudad de Santa Fe en noviembre de 1990, la mayoría de la Comisión pertinente sostuvo que eran indemnizables los daños materiales y morales causados por la falta de reconocimiento de la filiación. La minoría sostuvo, en cambio, que debía estarse a las sanciones establecidas en el Código Civil, tales como la pérdida del usufructo, la indignidad, etc.

(13) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, S., M. D. L. A. c. M., F. A., 18/05/2010, La Ley Online, AR/JUR/64302/2010.

(14) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 04/11/2014, R., M. E. y N., L. N. c. N., M. A. s/ daños y perjuicios, LLLitoral 2015 (marzo), 156, AR/JUR/64730/2014.

(15) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1ª Nominación de Santiago del Estero, R., D.V. c. H., V.H., 29/09/2010, LLONA, 2011 (marzo), 138 con nota de María Laura Ciolli de Aguirre, DFyP, 2011 (abril), 94 con nota de María Laura Ciolli de Aguirre, AR/JUR/77409/2010. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2ª Nominación de Santiago del Estero, "P., R. V. del C. c. S., D. R." 2009/10/09, LLNOA 2010 (abril), 278. Al respecto, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, sostuvo que corresponde hacer lugar a la indemnización por daño moral solicitada en virtud de la negativa del demandado a reconocer a su hijo ante la certeza de la prueba biológica practicada pues, admitir la paternidad no es meramente facultativo sino que conforma un deber jurídico, cuya violación causa un daño indemnizable, además de constituir una causal de indignidad, privando al padre de derechos hereditarios respecto del hijo. STJRN en autos: "H., G. O. c. Z., P.", 04/05/2009 LLPatagonia 2009 (agosto), 976. Ver asimismo: Cámara de Familia de Mendoza, 02/09/2014, T., M. del C. c. S. de P.S., J.M. s/ filiación, LLGran Cuyo 2015 (febrero) , 109, AR/JUR/52255/2014.

(16) CNCiv., sala H, L.A.N. c. F.M.H., 23/12/2010, La Ley Online, AR/JUR/91586/2010. Sentido Contrario: CNCiv., sala L, "P., M. F. c. L. O., F.", 10/09/2007, La Ley Online, AR/JUR/7185/2007. Ver También: CNCiv., sala M, "B., A. E. c. T., F. A.", 14/10/2008, DJ 08/04/2009, 918; CNCiv., sala G, "B., R. A. y otro c. F., W. C.", 09/03/2007, LA LEY, 30/07/2007, 7 - LA LEY, 2007-D, 562 - DJ, 2007-II, 999.

(17) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contenciosoadministrativo de 2ª Nominación de Río Cuarto, S, M. L. c. J. M. F., 04/03/2010, La Ley Online, AR/JUR/1614/2010. Veremos que el precepto es claramente sugestivo, y no se requiere bucear en explicaciones más rebuscadas para fundar la procedencia de la responsabilidad civil en el plano de la violación a la ley. No obstante algunos fallos, lo han hecho. Así se dijo que corresponde hacer lugar al reclamo por daño moral motivado en la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial si, ha quedado acreditado que el demandado tuvo conocimiento del embarazo mientras mantenía una relación sentimental con la madre ya que, la ilicitud de tal reticencia se desprende de la concesión de una acción para reclamar la filiación extramatrimonial y de la existencia de una causal de indignidad para suceder al hijo. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de Viedma, S. M., E. del C. c. B., A. R., 03/03/2009, LLPatagonia 2009 (junio), 891, DFyP 2009 (septiembre), 23 con nota de TORRES SANTOMÉ, Natalia E., AR/JUR/468/2009.

(18) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I, A.A.B. c. A.A.M., 12/04/2012, LLGran Cuyo 2012 (agosto), 793, AR/JUR/24363/2012.

(19) Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala I, A. M. R. c. T. A., 08/04/2010, AR/JUR/25235/2010. En sentido contrario se ha dicho que el daño psicológico que el desamor del padre causa al menor no puede ser indemnizado por que en tal conducta pueden incurrir también los padres que han reconocido a su hijo por lo que el incumplimiento de deberes morales no genera responsabilidad civil a menos que se traduzca en incumplimientos de deberes jurídicos. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, S., J. G. c. S., J. G., 22/03/2012, La Ley Online, AR/JUR/5991/2012. Aspecto al que nos oponemos rotundamente, toda vez que la antijuridicidad no deriva del incumplimiento del deber de resarcir, sino del hecho antijurídico en el que se apoya.

(20) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I, F. G. I. c. D. D. R., 03/12/2009, La Ley Online, AR/JUR/57798/2009. En este orden se dijo que resulta procedente otorgar una indemnización en concepto de pérdida de chance al hijo del demandado, por la falta de reconocimiento filiatorio de su parte, pues, si bien las necesidades mínimas fueron cubiertas por la madre, el daño sufrido consiste en la frustrada posibilidad de que el menor tuviera otra opción terapéutica en el tratamiento que recibió por una patología auditiva que sufre, siendo que, en la chance no se repara el beneficio propiamente dicho que queda postergado, sino que lo que se indemniza es la posibilidad perdida de haber podido acceder a un tratamiento médico mejor. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala III, G., J c. H. O. J, 05/03/2009, La Ley Online, AR/JUR/22100/2009.

(21) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, B., V. L. c. C., Oscar Alberto, 09/08/2010, RCyS 2011-V, 167, AR/JUR/75464/2010.

(22) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en "R., M. E. c. M., G. R.", 2009/03/25, LLBA 2009 (agosto), 773. Ver También: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala II, "L. J. N. c. S. F. G." 2004/09/21, La Ley Online.

(23) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, L. I. D.C. c. P. M. A., 05/11/2009, La Ley Online, AR/JUR/41876/2009.

(24) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I, A.A.B. c. A.A.M., 12/04/2012, LLGran Cuyo 2012 (agosto), 793, AR/JUR/24363/2012.

(25) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca, B., D. D. L. c. B., H. P. y J. A., 11/08/2010, La Ley Online, AR/JUR/43334/2010. Asi lo ha entendido también la CSM, al precisar que la sentencia que condenó al progenitor a indemnizar el daño moral causado a su hijo debido a la falta de reconocimiento oportuno debe confirmarse, pues aquel tuvo conocimiento del nacimiento, acompañó a la madre durante el embarazo y el parto y no respetó el derecho a la identidad del menor, por lo que incurrió en una omisión voluntaria y antijurídica que resulta causa adecuada del perjuicio invocado. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 09/09/2016, P., T. N. y otros en J° 4621/50381 A., A. G. c. M., C. p/ D. y P. s/ rec. ext. de inconstit-casación, RCyS 2016-XI, 144, AR/JUR/61488/2016.Con similar criterio se consideró que la omisión de reconocimiento filial en la que incurrió el demandado debe ser calificada como culposa, pues tuvo conocimiento desde su inicio del embarazo de la joven con quien había mantenido un largo noviazgo, por lo que, en caso de albergar dudas respecto de su paternidad, pudo solicitar la realización de la pruebas biológicas para despejarlas o, iniciar las acciones judiciales pertinentes a tal fin. Cámara de Familia de Mendoza, 24/11/2015, F.J, y M.M. por su hija menor F.M.M.E. y su nieta menor F.A. c. N.L. s/ filiación, La Ley Online, AR/JUR/59229/2015.

(26) En cuanto a que la conducta debe ser culposa, véase, entre muchos otros, BREBBIA, Roberto H., "El daño moral en las relaciones de familia", en "Derecho de Familia", Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 1991, p. 358, 10; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial", en Libro en Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, 1989, p. 671, c); ARIANNA, Carlos Alberto y LEVY, Lea, "Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento", en "Derecho de Daños. Economía-Mercado-Derechos personalísimos", coordinado por Carlos A. Ghersi, Buenos Aires, 1999, p. 444, II; MEDINA, Graciela, "Daño extrapatrimonial en el derecho de familia y el Proyecto de Código Civil unificado de 1998", en Revista de Derecho de Daños, n° 6, Santa Fe, 1999, p. 91; y "Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo", JA, 1998-III-1171;

GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento", LA LEY, 1995-C, 409, IV, La aceptación de la culpa como factor de atribución, fue también declarada en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, en homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa, celebradas en la ciudad de Santa Fe en el año 1990.

(27) SOLARI, Néstor E., "Procedencia del daño moral en un caso de filiación", La Ley, 2009-F, 193. En este sentido se ha resuelto que la indemnización por daño moral derivada de la falta de reconocimiento oportuno del hijo debe ser rechazada, pues la prueba rendida en la causa, valorada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, ha resultado insuficiente para demostrar el factor de atribución subjetiva, esto es que el demandado haya conocido de la paternidad de la actora y se hubiera negado a su espontáneo reconocimiento, reticencia que en todo caso sí justificaría imponerle las consecuencias dañosas derivadas de su omisión por la falta de oportuno emplazamiento familiar (Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala I, V. E. M. c. G. G. J., 03/03/2009, AR/JUR/14475/2009. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualeguaychú, sala I, 18/12/2015, R. A. L. c. R. D. E. s/ ordinario - filiación e indemnización de daños, La Ley Online, AR/JUR/77818/2015).

(28) Algunos precedentes han considerado que el resarcimiento del daño moral es viable aún para el caso de que no se haya aportado pruebas de que el demandado tuviera conocimiento del embarazo o del nacimiento, que se hubiese reclamado la paternidad, o que el accionante fuera reconocido en los medios sociales como hijo del accionado, ni del conocimiento o negativa del presunto padre de asumir la paternidad, si existió una omisión en el reconocimiento del demandado y una evidente conducta reticente en cuanto se niega haber tenido relaciones íntimas con la madre, que quedara embarazada por relaciones sexuales con él, la fecha de concepción y nacimiento, la obligación de reconocer y la solicitud de reconocimiento, sin que a ello obste que el demandado se halla sometido voluntario a la prueba de ADN. Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala I, G., V.S. c. S., H. E., 07/07/2010, LLLitoral 2010 (diciembre), 1258, AR/JUR/54313/2010. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Reconquista, 29/05/2009, "S., J. R. c. R., R.2, AR/JUR/34149/2009; CNCiv., sala L, 31/03/2009, "S., M. G. y otro c. D., H. H.", DJ 23/09/2009, 2703 - LA LEY 20/10/2009, 4, con nota de Néstor E. Solari; LA LEY, 2009-F, 195, con nota de Néstor E. Solari; DJ 13/01/2010, 53, con nota de Martín Miguel Culaciati; LA LEY 07/05/2010, 6, con nota de Julio A. Martínez Alcorta; LA LEY, 2010-C, 274, con nota de Julio A. Martínez Alcorta, AR/JUR/4078/2009; Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 09/12/2008, "G.G.E. c. B.M.F.", La Ley Online, AR/JUR/22711/2008; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, 22/04/2008, "G., M. L. c. U., J. D.", LLBA 2009 (febrero), 26, con nota de Adriana N. Krasnow, AR/JUR/3512/2008; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, 30/10/2007, "G., E. B. c. L., R.", La Ley Online, AR/JUR/8774/2007; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2ª Nominación de Santiago del Estero, 12/07/2007, "S., S. R. c. C., J. L.", La Ley Online, AR/JUR/6254/2007.

(29) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, L. E. I. y L. R. c. Suc. de C. A. M., 24/11/2009, DFyP 2010 (marzo), 80 con nota de Graciela Medina, AR/JUR/44100/2009. CNCiv., sala L, "S., M. G. y otro c. D., H. H.", 31/03/2009, DJ 23/09/2009, 2703 - LA LEY 20/10/2009, 4, con nota de Néstor E. Solari.

(30) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, M. d. O., F. Y. c. B., H., 09/09/2009, LLBA 2010 (febrero), 50, DJ 17/03/2010, 653, AR/JUR/43469/2009. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, "R. N. A. c. M. N. R. (su sucesión)", 21/04/2009, La Ley Online.

(31) Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial II, G. - S., V. M. de los A. c. A., M. P. J., 07/12/2010, DFyP, 2011 (septiembre), 96 con nota de VÁZQUEZ, María Soledad, DFyP 2011 (octubre), 129 Con nota de VIEIRA de SOUZA, Viviana H., AR/JUR/88600/2010.

(32) CSBA "M. d. O., F. Y. c. B., H.", 09/09/2009, LLBA, 2010 (febrero), 50 - DJ, 17/03/2010, 653, AR/JUR/43469/2009, Ver También: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, "L. E. I. y L. R. c. Suc. de C. A. M.", 24/11/2009, AR/JUR/44100/2009; CNCiv., sala L, "S., M. G. y otro c. D., H. H.", 31/03/2009, DJ, 23/09/2009, 2703 - LA LEY, 20/10/2009, 4.

(33) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú; R., Héctor Alfredo c. Ledesma, Reinaldo Oscar, 10/09/2010, LLLitoral 2011 (febrero), 93, AR/JUR/75508/2010.

(34) CNCiv., sala D, C.V.M. y. o. c. G.B.H.C., 06/06/2011, LA LEY, 11/01/2012, 3, AR/JUR/85005/2011. CNCiv., sala L, "S., M. G. y otro c. D., H. H.", 31/03/2009, DJ, 23/09/2009, 2703 - LA LEY, 2009-F, 195, DJ 13/01/2010, 53, LA LEY, 2010-C, 274, AR/JUR/4078/2009.

(35) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, R. N. c. V. R. O. s/ acción de filiación, 14/06/2011, RCyS, 2012-V, 112 con nota de Gisela A. Ferrari, AR/JUR/28168/2011. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, s FA_67820/2012ala III, "G., E. N. c. G., R.", 18/02/2009, LLGran Cuyo 2009 (julio), 613, AR/JUR/3295/2009; CNCiv., sala C, "G. B., N. y otro c. C., M. S.", 07/06/2007, RCyS 2007, 1001, AR/JUR/4612/2007.

(36) Bajo esta tesitura se ha resuelto que ante la injustificada renuencia del demandado de someterse a dichas pruebas y, más allá de la posible aplicación del los efectos jurídicos impuestos por el art. 4º de la ley 23.511, para no dejar huérfana de respuesta institucional, la cuestión referida al vínculo filiatorio debe permitirse la posibilidad de ejercicio de la coerción personal adecuada a efectos de obtener el material genético necesario, en aras de la concreta determinación de la verdadera identidad de origen cuestionada. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en "F., S. B. c. G., G. D.", 27/08/2008, LLBA 2008 (noviembre), 1074, con nota de Adriana N. Krasnow. Del voto del Dr. Pettigiani. Ver También: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, sala II "M., M. D. c. V., A. F." 2010/06/07, LLLitoral 2010 (diciembre), 1266; Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Paz Letrada de Curuzú Cuatiá, "M., V. D. c. G., E. V.", 2005/05/06, LLLitoral 2005 (diciembre), 1194, LLLitoral 2005(septiembre), 856; CNCiv., sala I, "H., M. G. c. F., J. A.", 2006/10/19, DJ, 2007-I, 939.

(37) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1ª Nominación de Santiago del Estero, R., D.V. c. H., V.H., 29/09/2010, LLNOA 2011 (marzo), 138 con nota de María Laura Ciolli de Aguirre, DFyP 2011 (abril), 94 con nota de María Laura Ciolli de Aguirre, AR/JUR/77409/2010.

(38) CNCiv., sala L, S., M. G. y otro c. D., H. H., 31/03/2009, DJ, 23/09/2009, 2703, LA LEY, 20/10/2009, 4. Del voto del doctor Galmarini, con nota de Néstor E. Solari, LA LEY, 2009-F, 195, DJ, 13/01/2010, 53 con nota de Martín Miguel Culaciati, con nota de Julio A. Martínez Alcorta, AR/JUR/4078/2009. bajo esta arista se ha precisado que la incomparecencia injustificada del demandado y su falta de colaboración a fin de dilucidar la cuestión, constituyen indicios graves y precisos, de entidad suficiente para crear convicción respecto de la existencia del vínculo biológico entre el actor y el demandado; todo lo cual se encuentra robustecido por la realización de la prueba de ADN realizada con la actora, el menor, el padre y hermano del demandado, la cual arrojó una probabilidad de paternidad del demandado del 99,47%, resultado más que contundente como para admitir la pretensión de autos. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA L ~ 2012-05-28 ~ L. G., A. S. C. C., M. R.

(39) JALIL, Julián Emil, "La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial" LA LEY 11/12/2015, 6, LA LEY 2015-F , 454, AR/DOC/3494/2015. LÓPEZ MESA, Marcelo J. Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada, LA LEY 12/08/2013, 1, LA LEY 2013-D, 1167, AR/DOC/2991/2013. Cám. Apels. Trelew, sala A, 27/06/2013, "M., Marta c. Transportes El 22 S.R.L. s/daños y perjuicios", en La Ley Online, con votos de Lopez Mesa y de Velázquez. Zannoni, Eduardo A., "Cocausación de daños (Una visión panorámica)", en "Revista de Derecho de daños", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. 2003-2, pp. 8 y 9.

(40) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 05/11/2014, C. P., V. L. c. C., M. A. s/ daños y perjuicios., DFyP 2015 (marzo) , 29 con nota de Verónica A. Castro, RCyS 2015-V, 98 RCyS 2015-VI , 81 con nota de Verónica A. Castro, AR/JUR/53258/2014.

(41) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, B. P. D. c. S. H. D. s/filiación, 17/04/2012, LLBA 2012 (junio), 564, AR/JUR/16909/2012.

(42) CNCiv., sala G, G., I. G. c. Z., M. s/daños y perjuicios, 19/09/2011, LA LEY, 20/10/2011, 4, LA LEY, 2011-E, 682, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (febrero), 31, JA 2012-03-14, 53, AR/JUR/57122/2011.

(43) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Reconquista, S., J. R. c. R., R., 29/05/2009, AR/JUR/34149/2009. CNCiv., sala I "E., N. y otro c. L., A." 2006/04/25, DJ, 27/09/2006, 264. En igual sentido: CNCiv., sala G, G., I. G. c. Z., M. s/daños y perjuicios, 19/09/2011, LA LEY, 20/10/2011, 4, LA LEY, 2011-E, 682, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (febrero), 31, JA 2012-03-14, 53, AR/JUR/57122/2011.

(44) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca, K. c. P.N.E., 17/04/2009, La Ley Online, AR/JUR/14842/2009.

(45) Ver voto del Dr. Bossert, Gustavo, en fallo de sala F de la C.N.Civ. del 19/10/89, LA LEY, 1990-A, 1, y en el mismo sentido: comentario al fallo de Zannoni, Eduardo.

(46) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca, K. c. P.N.E., 17/04/2009, La Ley Online, AR/JUR/14842/2009.

(47) Cám. Nac. Apel. en lo Civil, Sala A, "Z., J.P. c. P., J.J. y otros", 09/08/2007, La Ley Online; id. Cam. Apel. en lo Civil, Com. Minas de Mendoza "Márquez, María c. Fournés, Mauricio G. y otro", 11/02/2005, La Ley Online, AR/JUR/1618/2005.

(48) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala III, 20/08/2014, F., L. N. c. S. M., R. F. s/ y/o resp. por daños y perjuicios por delito y/o cuasidelito, LLNOA 2014 (diciembre), 1231 RCyS 2015-II , 195, AR/JUR/49905/2014.

(49) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, S., J. G. c. S., J. G., 22/03/2012, La Ley Online, AR/JUR/5991/2012.

(50) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, R. N. c. V. R. O. s/acción de filiación, 14/06/2011, RCyS 2012-V, 112 con nota de Gisela A. FERRARI, AR/JUR/28168/2011. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala III, "G., E. N. c. G., R.", 18/02/2009, LLGran Cuyo 2009 (julio), 613, AR/JUR/3295/2009; CNCiv., sala C, "G. B., N. y otro c. C., M. S.", 07/06/2007, RCyS 2007, 1001, AR/JUR/4612/2007.

(51) ZANNONI, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, 2ª ed. pág. 157. Asimismo: CNCiv., sala G, G., I. G. c. Z., M. s/daños y perjuicios, 19/09/2011, LA LEY 20/10/2011, 4, LA LEY, 2011-E, 682, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (febrero), 31, JA, 2012-03-14, 53, AR/JUR/57122/2011, L. 163.509, de 6/6/95; L. 169.841, de 20/7/95; L. 205.632, de 26/11/96; L. 219.296, de 2/7/97 y L. 521.482, de 21/4/09, entre muchos otros concordantes). En tal orden de ideas la Corte Suprema ha postulado que aunque se reconozca autonomía conceptual al daño psíquico o psicológico por la índole de la lesión que se causa a la integridad psicofísica de la persona, ello no significa que haya de ser individualizado como un rubro compensatorio autónomo para ser sumado al daño patrimonial o moral (ver CSJN en Fallo: 326:847).

(52) Véase: Juzg. Civ. y Com. y de Minería de Gral. Roca n° 5, 2° Circ. Marzo 3-1993 En Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia n° 9, 1995, p. 175.

(53) Ver criterio expuesto por: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala III, 20/08/2014, F., L. N. c. S. M., R. F. s/ y/o resp. por daños y perjuicios por delito y/o cuasidelito, LLNOA 2014 (diciembre), 1231 RCyS 2015-II , 195, AR/JUR/49905/2014. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 24/10/2013, S., J. S. c. J. C. E. s/ filiación, La Ley Online, AR/JUR/73500/2013. Con similar tesitura se dijo que el accionado debe indemnizar el daño moral causado a la madre por la falta de reconocimiento oportuno de la paternidad, toda vez que asumió una actitud culpable, despreocupándose de ajustar su conducta para no dañar con ella, injustamente, a la mujer que le había informado de estar embarazada por él y a sabiendas de haber mantenido con ella relaciones sexuales extramatrimoniales. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 24/10/2013, S., J. S. c. J. C. E. s/ filiación, La Ley Online, AR/JUR/73500/2013. En estos fallos se hizo lugar al resarcimiento con la aplicación del Código Civil ya derogado, lo que justifica más nuestra interpretación toda vez que la hermenéutica de la nueva ley autoriza dicho resarcimiento a través del art. 1741 del CCyC.

Función preventiva de la responsabilidad civil: los recaudos de la pretensión preventiva

Por Emiliano A. Gabet
Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RDLSS 2017-24, 2506
Cita Online: AR/DOC/4097/2017
[Consultado el: 06/07/2020]

Sumario.

I. La prevención de daños en la Ley de Riesgos del Trabajo.— II. La doctrina de la Corte Suprema en materia de responsabilidad por falencia en la prevención de los riesgos del trabajo.— III. Proceso preventivo de daños en el Código Civil y Comercial.— IV. Conclusión.

I. La prevención de daños en la Ley de Riesgos del Trabajo.

La Ley de Riesgos del Trabajo ordena —como principal objetivo— la reducción de la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo.

Dicha obligación recae en cabeza de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART), las cuales deben formalizar un control que debe consistir en que todo empleador, a la luz de la ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo, adopte y ponga en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores, especialmente en lo relativo a "las operaciones y procesos de trabajo", y a "la colocación y mantenimiento de resguardos y protectores de maquinarias y de todo género de instalaciones, con los dispositivos de higiene y seguridad que la mejor técnica aconseje" (1).

Lo que se busca es que las ART realicen un control efectivo que no desvanezca la función preventiva.

No existe un patrón general sobre las tareas que deben ser materia de prevención. Cada empresa es un universo con una realidad distinta que genera riesgos de diversa índole.

La tarea de prevención, asesoramiento (y eventual denuncia de los incumplimientos ante la Superintendencia) debe acoplarse a esa realidad diferenciada para evitar la ART, de tal forma, la extensión de la responsabilidad más allá de la cobertura del seguro.

No debemos olvidar que a quien se intenta proteger es al trabajador, quien reviste el carácter de sujeto de especial protección en nuestro régimen jurídico. Cuando nos referimos a ello, no nos estamos limitando *per se* a la ley de Riesgos del Trabajo sino, principalmente, al marco jurídico convencional y constitucional sobre el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fundado cada uno de los *leading case* en la materia.

La función preventiva, más allá del caso concreto, intenta evitar que la sociedad en su conjunto deba asumir los costos derivados de las indemnizaciones que se deben afrontar por el acaecimiento del siniestro.

Cuando un trabajador se accidenta, ello impacta en forma directa en el costo del seguro de riesgos de la empresa y, por lo tanto, en el precio final del producto elaborado. Y como nos encontramos con una economía productiva totalmente estratificada, dicho impacto se verá trasladado en cada una de las etapas productivas que la sucedan. El último eslabón de la citada cadena es el consumidor.

Por ende, más allá de las habituales críticas al régimen de riesgos del trabajo, es loable que el legislador laboral tuviera —hace más de veinte años— en miras la "prevención" como objetivo principal en el régimen de riesgos del trabajo.

II. La doctrina de la Corte Suprema en materia de responsabilidad por falencia en la prevención de los riesgos del trabajo.

Desde el dictado en el 2009 por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del *leading* case "Torrillo" (2) se ha consolidado la tendencia jurisprudencial a condenar a las Aseguradoras de Riesgo del Trabajo (ART) civilmente cuando han incumplido con el deber de prevención que la ley 24.557 ha puesto en cabeza de ellas.

En dicho precedente, se estableció que "tratándose de los daños a la persona de un trabajador, derivados de un accidente o enfermedad laboral, no existe razón alguna para poner a una Aseguradora de Riegos del Trabajo al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, en el caso en que se demuestren los presupuestos exigibles, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado —excluyente o no— entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales...".

Como todo precedente de la Corte, si bien sienta doctrina para el caso concreto, las pautas que surgen son acatadas por los tribunales por una cuestión de economía procesal.

El problema que se suscita es la interpretación y extensión que le otorgan los tribunales a la citada doctrina de la Corte. No se debe olvidar que, estando discutida la responsabilidad civil, quien demanda en dichos términos debe demostrar los requisitos que la hacen procedente.

Aquí nos encontramos ante la gran disyuntiva que gira en torno al presente tema. Aquélla consiste en si prevención es, para las ART, una obligación de resultados o de medios. Adherir a una u otra postura tiene consecuencias jurídicas relevantes. Si estamos ante una obligación de resultado, cualquier incumplimiento hace efectiva la extensión civil de la responsabilidad. Por el contrario, si se considera que la obligación es de medios, el incumplimiento debe tener relevancia a los efectos del surgimiento de la enfermedad o la producción del accidente.

Consideramos que el citado fallo —y los que lo han precedido— permite establecer que no de todo incumplimiento de la aseguradora en materia de prevención debe derivarse la extensión civil de la responsabilidad.

Afirmar lo contrario implicaría que las ART tienen una obligación de resultados, lo cual desvirtúa el mandato de la ley 24.557. La propia Corte en "Torrillo" hace mención de la necesidad de acreditar un nexo causal adecuado, ya que éste es requisito indispensable para la procedencia de la acción civil resarcitoria.

Es importante tener presente que las ART se encuentran habilitadas para que se incluya en el contrato respectivo los compromisos de cumplimiento de la normativa sobre higiene y seguridad pactados entre la aseguradora y el empleador.

El deber de prevención eficaz implica conductas específicas de asesoramiento (dec. 170/1996), de control de las medidas sugeridas, y de denuncia de los incumplimientos en que incurra el empleador por ante el ente de superintendencia (3).

No exime de su obligación el hecho de que las ART no pueden obligar a las empleadoras aseguradas a cumplir determinadas normas de seguridad, ni impedir a éstas que ejecuten sus trabajos por no alcanzar ciertas condiciones de resguardo al no estar facultadas para sancionar ni para clausurar establecimientos. Afirmar lo contrario conduciría a una inadmisible exención general y permanente, fundada en limitaciones no menos generales y permanentes (4).

En el ámbito del derecho civil —más allá de que el Proyecto de Reforma de 1998 lo contemplaba— con la entrada en vigencia en agosto del año pasado del Cód. Civ. y Com. se cristalizó la función preventiva en el ámbito de la responsabilidad civil.

Esto impacta en forma directa al régimen de riesgos del trabajo, contando ahora el trabajador con un medio idóneo para requerir en primera persona el cumplimiento de la labor preventiva que no se está llevando a cabo o, si se realiza, lo es en forma deficiente.

A continuación analizaremos el marco jurídico que el Cód. Civ. y Com. ha establecido para llevar adelante el proceso preventivo de daños.

III. Proceso preventivo de daños en el Código Civil y Comercial.

La acción preventiva se inserta dentro del llamado *proceso preventivo de daños*, por lo tanto podemos denominar a su materialización procesal como "pretensión preventiva". No se trata únicamente de una "tutela preventiva", pues ésta representa un género que, en realidad, contiene muchas especies que coadyuvan a dicho fin, por ejemplo el "mandato preventivo", el "proceso preventivo", la "tutela de remoción de ilícito", la "pretensión meramente declarativa de certeza", etc. Tampoco constituye exactamente una "tutela inhibitoria" que es la figura procesal italiana que fue —entre otras— fuente de nuestra moderna norma civil y comercial pero que, como su propio nombre lo indica, es —ahora— una especie más del género de las "tutelas procesales diferenciadas" que remiten —todas— al derecho y garantía constitucional y convencional de la "tutela judicial efectiva".

Desde esta perspectiva, el "proceso preventivo de daños" está imperfectamente regulado en las normas que se ocupan de sus "presupuestos" —art. 1711 Cód. Civ. y Com.—, la "legitimación" para requerir la prevención del menoscabo —art. 1712— y el contenido de la "sentencia", así como algunas facultades genéricas de los jueces que intervienen —art. 1713—. Una vez más, el legislador nacional invadió con "exorbitancia" las competencias provinciales, o locales, para dictar las normas de procedimiento que juzgaran adecuadas para discernir o administrar la justicia en torno de aquel fin loable y constitucionalmente necesario de "tutelar preventivamente" la producción o agravamiento de daños (conf. arts. 121/122, 75, inc. 12, y 5º, CN) (5).

Los *requisitos de procedencia* de la acción preventiva son:

1) Los recaudos genéricos de las medidas cautelares.
2) Una acción u omisión antijurídica, por lo que el hecho generador debe ser ilícito.
3) La urgencia.
4) El interés del peticionario.
5) La posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos.

6) Una adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el prejuicio esperable según el curso normal de las cosas.

III.1. Los recaudos genéricos de las medidas cautelares

Seguramente por el origen procesal ya mencionado, la doctrina y la jurisprudencia han asimilado la acción preventiva a las medidas cautelares incluso en cuanto a sus recaudos. Así se dijo que la improcedencia de esta acción preventiva, así como la de cualquier otra medida cautelar, por no cumplirse asimismo con los recaudos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora (6).

III.2. Una acción u omisión antijurídica, por lo que el hecho generador debe ser ilícito

Para que proceda la acción preventiva prevista en el art. 1711 del Cód. Civ. y Com. es necesaria la realización de una conducta u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o su agravamiento; sin que sea exigible la concurrencia de algún factor de atribución (conf. art. 1711 del Cód. Civ. y Com.).

Dicho precepto, con la clara impronta procesal ya referenciada, exige que para la procedencia de la pretensión preventiva, el sujeto legitimado activo acredite la existencia de la acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción del daño que se procura evitar, interrumpir o no agravar.

Es así que, en principio, no podría clasificarse como contraria a derecho (antijurídica) a la acción u omisión cuando no acaeció el daño innecesario. Sin embargo, como se trata de una acción de prevención, debe partirse de una premisa conjetural que forme, *a priori*, la convicción jurisdiccional de que es factible de conformidad con el curso de los hechos, un evento dañoso. La antijuridicidad, por lo tanto, está en incumplir con el deber de prevenir impuesto por la ley (7).

En este sentido, se resolvió que la medida preventiva requerida por el locatario de un inmueble a fin de que el propietario y el fiduciario se abstengan de desconocer los términos del vínculo contractual que mantienen y, en particular, de ejercer la resolución contractual o cualquier pretensión tendiente al desalojo del bien no puede ser admitida, pues se trata de un largo conflicto contractual y que se enmarca en numerosas reuniones e intercambios epistolares que conducen a crear convicción de que no media acción acreditada, al menos de acuerdo al actual estadio procesal del expediente, una clara conducta antijurídica de las demandadas (8).

III.3. La urgencia

El proceso preventivo de daños es una especie de los procesos urgentes y, por tanto, en principio y como regla, no tolera el efecto suspensivo tradicional de la concesión o admisibilidad de los recursos ordinarios contra las resoluciones que en su curso se dicten (9). El recaudo de la urgencia debe derivar, o bien de los propios hechos conculcados en el caso, o bien de la prueba arrimada por el accionante.

III.4. El interés del peticionario

Si bien el Código requiere de un interés simple, es decir, no se refiere al interés legítimo o interés jurídicamente tutelado que importa la existencia de un derecho subjetivo derivado del ordenamiento sustancial, no debemos olvidar que ese tipo de interés supone un recaudo negativo: que no sea contrario al ordenamiento jurídico, o bien que no lesione el legítimo derecho de un tercero. Así se ha señalado que, toda vez que se intenta impedir un desalojo, mediante una acción preventiva de daño —art. 1711 del Cód. Civ. y Com.—, esto resultaría un exceso respecto del propietario del bien, por cuanto tiene legítimo derecho a ello, máxime cuando tampoco es razonable que un magistrado se inmiscuya en las facultades de otro juez de analizar si procede o no el dictado de una orden de desalojo luego de trabada la *litis* en ese proceso (10).

III.5. La posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos

A diferencia de lo que ocurre con la acción precautoria en el plano ambiental, donde lo que debe acreditarse es el potencial riesgo, en materia de acción preventiva es necesario probar la posibilidad de causación del daño o su agravamiento, no basta con circunscribir el mero riesgo.

En este orden de ideas, la sala D de la CNCiv. dispuso que el recurso de apelación interpuesto contra el rechazo de la acción de prevención del daño incoada contra una intimación de desalojo a una empresa que se dedica a la explotación de supermercados, debe ser rechazado, pues *para conjurar el potencial peligro, el peticionante debió traer mayores elementos probatorios*; no dijo si el nuevo dueño del bien aceptó la continuidad del contrato; no mencionó su accionar frente a la carta documento que lo intimó al desalojo; no menciona si abonaba los alquileres a los que estaba obligado; no es suficiente la mención de la posible pérdida de puestos de trabajo, cuando era su deber como empleador evaluar el riesgo que asumía al contratar con una firma que se encontraba en crisis financiera (11).

III.6. Una adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el prejuicio esperable según el curso normal de las cosas

La conexión causal apunta al enlace material entre el hecho antecedente —*acción u omisión*—, y el hecho consecuente —*potencial daño*—, y supone establecer el ligamen existente entre ese acto y su potencial consecuencia. Se trata entonces de un elemento autónomo del supuesto de hecho que genera la viabilidad de la pretensión preventiva que está llamado a aprehender jurídicamente, valga la redundancia, el encadenamiento que existe entre una situación antecedente (acción u omisión) y su resultado: el potencial daño (12).

IV. Conclusión.

Mucho se ha escrito respecto de la industria del juicio hoy en día, pero quienes nos desempeñamos a diario en la actividad jurisdiccional, somos testigos privilegiados de una cuestión de la que los medios no se hacen eco: la existencia generalizada de una grave falencia en la prevención de los riesgos.

Con esto no se quiere generalizar que no se lleva a cabo, sino que, en muchos casos, la labor resulta ineficaz o acaece en forma posterior a un siniestro. Y cuando ello sucede, la jurisprudencia ha sido clara en cuanto a las consecuencias jurídicas.

Queda claro que, luego de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., el trabajador cuenta con una nueva herramienta para requerir el cumplimiento de la prevención de daños, el cual, como hemos destacado al inicio del presente trabajo, resulta el principal objetivo del régimen de riesgos.

Bibliografía.

(1) Acorde con lo previsto por la ley 19.587, art. 8º, incs. d) y b). En tal sentido, ver fallo Corte Sup., 24/11/2009, "Trejo, Jorge E. c. Stema SA y otros", LA LEY del 14/12/2009, p. 11; DJ del 23/12/2009, 3637; Fallos 332:2633. Cita online: AR/JUR/43983/2009.

(2) CS, 31/03/2009, "Torrillo, Atilio A. y otro c. Gulf Oil Argentina SA y otro". Publicado en DT 2009 (abril), 468; DJ del 29/04/2009, p. 1099; LA LEY 2009-C-171; Impuestos 2009-13-1047. Cita Fallos 332:709. Cita online: AR/JUR/2374/2009.

(3) CNTrab., sala 10ª, 30/06/2010, "Benítez, Miguel Á. c. Benfide SA y otro". Publicado en DT 2010 (noviembre), 3056. Cita online: AR/JUR/41686/2010.

(4) CS, 24/05/2011, "Naval, Patricia E. por sí y en representación de sus hijos menores R. E. N. S. M. N. y M. A. I. S. M. N.". Publicado en Impuestos 2011-8-226; Fallos 334:573; AR/JUR/20493/2011.

(5) Ver voto brillante del juez Vargas, en C. Civ. y Com. Santa Fe, sala 1ª, 28/04/2016, "Paoletti, Juan Carlos y otros c. Baravalle, Andrea P. y otros s/ medida autosatisfactiva — ordinario", ED 267-462; AR/JUR/17999/2016. Asimismo, ALFERILLO, Pascual E., su comentario al art. 1711, en ALTERINI, Jorge, H., "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. VIII, p. 17.

(6) CNCiv., sala D, 22/11/2016, "C., M. del C. c. T. U. V. Rheinland Argentina SA y otros s/ medidas precautorias", LA LEY del 09/03/2017, p. 10; LA LEY 2017-B-14; RCyS 2017-VI-123; RCCyC 2017 (julio), 162; cita online: AR/JUR/86776/201.

(7) ALFERILLO, Pascual E., su comentario al art. 1711, en ALTERINI, Jorge, H., ob. cit., arts. 1708 a 1881, t. VIII, ps. 17/18; CNCom., sala D, 18/10/2016, "Wal Mart Argentina SRL c. Grainco SA y otro s/ medida precautoria", LA LEY 10/04/2017, p. 5, con nota de DI CHIAZZA, Iván G., LA LEY 2017-B, 356; RCyS 2017-VI-70; cita online: AR/JUR/84705/2016.

(8) En este caso, el locatario de un inmueble solicitó el dictado de una medida de prevención del daño, a fin de que el propietario y el fiduciario se abstuvieran de desconocer los términos del vínculo contractual que mantienen y, en particular, de ejercer la resolución contractual o cualquier pretensión tendiente al desalojo del bien que en virtud de aquella relación ocupa. El juez rechazó lo peticionado. La Cámara confirmó la resolución (CNCom., sala D, 18/10/2016, "Wal Mart Argentina SRL c. Grainco SA y otro s/ medida precautoria", LA LEY 10/04/2017, p. 5, con nota de DI CHIAZZA, Iván G., LA LEY 2017-B, 356; RCyS 2017—VI-70, cita online: AR/JUR/84705/2016).

(9) CCiv. y Com. Santa Fe, sala 1ª, 28/04/2016, "Paoletti, Juan Carlos y otros c. Baravalle, Andrea P. y otros s/ medida autosatisfactiva — ordinario", ED 267 462, cita online: AR/JUR/17999/2016.

(10) CCiv. y Com. Paraná, 2ª, sala 3ª, 30/05/2017, "Jumbo Retail Argentina SA c. Banco de la Nación Argentina — ordinario s/ acción preventiva", LA LEY del 21/07/2017, p. 6; AR/JUR/37037/2017. El caso era el siguiente: una sociedad anónima dedicada a la explotación de supermercados celebró un contrato de locación por un inmueble, por diez años. La locadora quebró. El inmueble fue vendido en remate y el nuevo dueño, una entidad financiera, intimó a la locataria a desalojar el bien. Ésta inició una demanda preventiva del daño en los términos del art. 1711 del Cód. Civ. y Com. para repeler el desalojo, que fue rechazada. Apelada la decisión, la Cámara desestimó el remedio procesal.

(11) CNCiv., sala D, 22/11/2016, "C., M. del C. c. T. U. V. Rheinland Argentina SA y otros s/ medidas precautorias", LA LEY del 09/03/2017, p. 10; LA LEY2017-B, 14; RCyS 2017-VI-123; RCód. Civ. y Com. 2017 (julio), 162; cita online: AR/JUR/86776/2016. Una persona solicitó cautelarmente la cobertura de gastos derivada de la cirugía a la que se sometería para reemplazar la prótesis mamaria PIP por otra de acreditada calidad, con fundamento en el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. Tanto en primera como en segunda instancias se rechazó la pretensión. La pretensión destinada a exigir la cobertura de gastos derivada de la cirugía para reemplazar una prótesis mamaria PIP por otra de acreditada calidad con fundamento en el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. debe rechazarse, en tanto la peticionante no acompañó ninguna prueba en orden a acreditar la función preventiva de la medida, ni las eventuales consecuencias de la no realización de la intervención quirúrgica a la que sería sometida, máxime cuando tampoco acreditó los recaudos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora para la procedencia de cualquier otra medida cautelar.

(12) JALIL, Julián E., "La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial", LA LEY del 11/12/2015, p. 6; LA LEY 2015-F, 454; cita online: AR/DOC/3494/2015; GOLDEMBERG, Isidoro, "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, 2ª ed. ampl. y con actualización jurisprudencial, ps. 39/40; SAMMARTINO, Patricio M. E., "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 437; PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. III, ps. 94 y ss.

Recitales, pogos y desmanes. Daños a las personas y a la propiedad

Por Eduardo O. Magri
Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: ADLA 2017-4, 3
Cita Online: AR/DOC/892/2017
[Consultado el: 06/07/2020]

Sumario.

I. El espectáculo público.- II. La obligación de seguridad.- III. Encuadre normativo de la responsabilidad del artista en los conciertos o recitales y de la productora.- IV. La responsabilidad del estado Municipal.- V. Encuadre normativo de la responsabilidad de los "grupos riesgosos" que causan daños en los recitales.- VI. Causales de eximición de la responsabilidad.

I. El espectáculo público.

Entre las muchas referencias que en la disciplina jurídica se han hecho con relación a los espectáculos públicos, puede recordarse con provecho la antigua definición proporcionada por el maestro REZZÓNICO, quien lo definía sosteniendo que e*s* el contrato que celebran por una parte el empresario del espectáculo, función o representación y por la otra las personas que aspiran a asistir a ese espectáculo, obligándose el primero a proporcionar determinada función, representación o espectáculo y el público o espectador a pagar un precio cierto en dinero (1).

Sin perjuicio de la compleja trama en la que puede descomponerse la faceta organizativa, entendida como la estructuración de personal y factores que coadyuvan a brindar lo que genéricamente podría llamarse *"función"* (es decir: locatarios del predio, estadio o teatro, personas que en calidad de artistas conciten la atención de la audiencia, productores que organicen el evento, empresas de seguridad intervinientes etc.), puede afirmarse *prima facie* que existe en cabeza de quien brinda el espectáculo una obligación de carácter *sustantivo*, que es la de proveer al espectador, la mentada *función*.

Tal deber de brindar *la función* asume el carácter indiscutido de la obligación de resultado, el cual debe corresponderse en *forma sustancial* con los anuncios efectuados en el *"programas"* (esto con relación a los aspecto cualitativo de la obra, con más lo que hace a las aristas propiamente circunstanciales tales como el lugar, los horarios, las comodidades entre muchos otros detalles contingentes y mutables).

En forma correlativa existe también en cabeza de quien brinda *la función* una obligación de carácter *adjetivo*, pues se halla comprometido a mantener indemne al espectador desde su ingreso al recinto o lugar del espectáculo hasta la salida del mismo.

La terminología a la que hemos acudido, es decir, *"sustancial"* y *"adjetivo"*, si bien no es clásicamente jurídica, pretende evitar el empleo de las categorías que sí tienen un lugar en la materia obligacional más clásica, tal como lo son *"obligación principal"* y *"obligación accesoria"*, ello así por lo contrario a la intuición que resultaría calificar de incumplimiento respecto de lo principal a la falta la afinación de la orquesta, y de incumplimiento a deberes meramente accesorios a la muerte del espectador a raíz de la caída de mampostería sobre su persona.

Indicamos que esa suerte de deber de indemnidad es adjetivo en el sentido latino, pues adjetivo se deriva de *adiectivus*, esto es, *"que se agrega"*. Mantener indemne al espectador es una cláusula presupuesta que como es natural se agrega a las surgen explícitamente del contrato.

El incumplimiento de una y otra obligación —sustantiva y adjetiva- compromete la responsabilidad de quien debe brindar la función -claro que en diversa medida y con diferentes posibilidades a la hora de la exoneración de responsabilidad- por los daños patrimoniales y morales sufridos por el espectador.

Existe un deber de brindar seguridad, a la par de proporcionar la función que distraiga y posibilite la diversión y el esparcimiento.

Sin que pueda generalizarse de manera demasiado estricta, podría decirse que se trataría de un contrato eminentemente comercial (dicho esto sin perjuicio de cargar con el riesgo que entraña que se nos endilgue desconocer los alcances de la unificación del derecho privado), en principio bilateral, ciertamente atípico, oneroso, y con características que lo tornarían pasible de subsunción en el ordenamiento que regula en principio de adhesión en los términos del artículo 984 y subsiguientes del CCC.

Si ya era posible con el CC, es aún mucho más factible, con el nuevo ordenamiento, subsumir la relación entre la víctima (esto es el espectador) y la parte organizadora (el empresario que provee el espectáculo público) en el ámbito de la relación de consumo (artículos 112 y 213 de la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario Nº 24.240/93 y artículos 1092 del CCC y subsiguientes).

Antes de la reforma del derecho privado, podía hablarse entonces de la existencia de un deber de seguridad en cabeza de quienes proveen el espectáculo, y establecer vínculos conceptuales con el derecho del consumo.

II. La obligación de seguridad.

Alguna vez hemos señalado que el instituto del *"deber de seguridad"* cuenta con un hito fundacional *"el cual con precisión hace las veces de partida de nacimiento a sus biógrafos e historiadores: el muy célebre y citado fallo emitido por la Cours de Cassation el día 21 de noviembre de 1911 en los autos "Shidi Hamida Ben Mohamoud c. Compañía General Transatlántica"* (2)

A partir de aquel leading case -el cual resolvía el planteo de un ciudadano de Túnez que había demandado a una empresa de transporte (3)-, es que comenzó a reconocerse la existencia de esta serie de obligaciones a las cuales se caracterizaba como accesorias y secundarias, respecto del objeto principal del contrato.

La explicitación de las miras de semejante cambio en el ámbito de la jurisprudencia, nos permite conjeturar la necesidad de liberar a la víctima de la casi imposible prueba de la culpa del transportista en sede extracontractual.

Hasta entonces, los jueces fundaban la responsabilidad del porteador allende el ámbito contractual, negándose a hacer aplicación del art. 1784 del Código Napoleón, y apelando de manera sistemática a las reglas del 1382 de ese ordenamiento.

Así, en donde hasta ese entonces se había propiciado que la responsabilidad por daños a la persona en la que incurría el transportador tenía por fuente su actividad cuasidelictual, pasó a considerarse que en realidad existía un incumplimiento contractual. Ello en homenaje a que, el empresario, adicionalmente a su obligación de transportar al pasajero a destino, había asumido tácitamente otra de corte accesorio, la cual se hallaba constituida por el deber de garantizar a aquel su indemnidad (física y en sus bienes) durante la travesía.

Solo por tomar un concepto puede traerse el claramente acuñado por VERGARA para quien *"... la obligación de seguridad es un deber adicional o complementario, que se traduce en un plus obligacional, que está presente en muchos contratos. El incumplimiento del deber obligacional genera por parte del deudor la consiguiente obligación de reparar los daños que se deriven de tal incumplimiento. Así ante la falta de correspondencia entre el programa de conducta a seguir, marcado por el contrato imponiendo seguridad y el camino efectivamente recorrido por el deudor que causa daños, surge notorio el incumplimiento de la obligación de seguridad..." (4)* .

Previo a la reforma existían ya una gran cantidad de aplicaciones, v.gr. una reseña de vieja data (5) enseñaba que entre las diversas hipótesis de responsabilidad civil que se han reputado sustentadas en la obligación de seguridad para hacer procedente la indemnización podían ser anotadas: las prestaciones médicas, ya sea que se trate del deber de las clínicas (6), de los servicios de medicina prepaga (7), respecto de servicios tales como laboratorio o personal para-médico (8) y hasta servicios que hayan sido tercerizados y que se ofrezcan a la manera de guardia pasiva (9); responsabilidad por daños acaecidos en establecimientos educativos (10); espectáculos públicos fundamentalmente los deportivos (11) no obstante lo cual ha sido en extremo difícil llevar al terreno de la responsabilidad a las máximas autoridades nacionales en la materia (12); juegos de feria tanto por la doctrina (13) cuanto por la jurisprudencia (14) llegándose a sostener que, siendo que los juegos no pueden calificarse como riesgos anormales o extraordinarios, la obligación debe pesar sobre el empresario "... quien para eximirse deberá probar el caso fortuito o la culpa de la víctima ..." (15); la responsabilidad por productos elaborados (esto ha entendido nuestra jurisprudencia) (16) siendo aplicable a productos envasados (17), e incumbiendo tanto al proveedor como al vendedor del producto (18); responsabilidad de los prácticos de puerto (19); al profesional odontólogo (20); en materia de transporte (21), cuestiones de consorcio (22), contratos de trabajo (23), contratos de locación varios (24)) y al contrato de hospedaje (25).

Entre los fundamentos a los que se acudía para explicar la obligación de seguridad en el derecho positivo, podía señalarse el art. 1198 párr. 1° del CC que consagraba de manera positiva el principio general de buena fe, pudiendo también hallarse referencias implícitas al instituto en los arts. 1953 y 1954 del CC (referidos al mandato civil), el art. 184 el Código de Comercio (referido al transporte), el art. 227 del Código de Comercio (referido al mandato comercial), el art. 574 del Código de Comercio (referido al depósito), el art. 330 de la ley de navegación 20.094, el art. 139 del Código Aeronáutico, el art. 75 de la antigua ley de contrato de trabajo 20.744 (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175) y los arts. 5, 6, 7 y 40 de la ley 24.240 de defensa del consumidor (Adla, LIII-D, 4125).

En criterio del profesor PICASSO, que compartimos cabalmente, la obligación de seguridad ha migrado desde el derecho común al derecho del consumo. Enseña el autor que la obligación de seguridad expresa y de resultado, existente en el derecho del consumo abarca hoy en día la enorme mayoría de los supuestos en los cuales la doctrina y la jurisprudencia argentinas afirmaban la existencia de obligaciones tácitas de seguridad (hotelería, clínicas, juegos de feria, espectáculos deportivos, casinos, bingos, locales bailables, jardines de infantes, centros comerciales, etc.). Quedan fuera, casi exclusivamente, los contratos celebrados con profesionales liberales, en la medida en que se encuentran excluidos del régimen de la ley 24.240 (art. 2 de la ley citada) Ante ese panorama, el mantenimiento de la obligación de seguridad en el derecho común carece de sentido. Por un lado, porque —como acaba de mencionarse- la mayoría de los supuestos en los que se justificaba echar mano de esa obligación están ahora regidos por la legislación especial tuitiva de los consumidores y usuarios, y por el otro porque la unificación de la responsabilidad civil -al eliminar la barrera que implicaba el art. 1107 del Código Civil derogado- torna aplicables al ámbito del contrato las disposiciones referidas a la responsabilidad objetiva por riesgo (arts. 1757 y 1758), con lo que no es necesario seguir recurriendo a la obligación de seguridad de resultado para objetivar la responsabilidad del deudor. En otras palabras, allí donde antes era preciso "descubrir" una obligación de seguridad de resultado para afirmar que el deudor respondía objetivamente por los daños a la persona del acreedor con ocasión de la ejecución del contrato, a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial bastará con constatar que el deudor empleó cosas riesgosas, o desarrolló una actividad peligrosa, y sobre esa base aplicar los ya mencionados artículos que estructuran la responsabilidad por riesgo.

Por ese motivo no se ha incorporado en el código ninguna alusión a la obligación tácita de seguridad, a diferencia del Proyecto de 1998, que expresamente la contemplaba en sus arts. 1668 y 1669.

También por eso se dice en los fundamentos del proyecto de código que se unifican los supuestos que habían generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual. En tales situaciones, la reparación del daño se regirá, según los casos, por los arts. 1749 (responsabilidad por culpa o dolo) o 1757 y 1758 (riesgo), según que se hayan empleado o no cosas viciosas o riesgosas para ejecutar la obligación, o bien que la actividad desplegada por el deudor pueda o no calificarse en sí misma como peligrosa en los términos del art. 1757. Si los daños a la persona fueron ocasionados por un dependiente del deudor, se aplicará el art. 1753 (...) Estas constataciones nos demuestran que en el nuevo código se ha "descontractualizado" la seguridad en el derecho común, y que la reparación de los daños que, en ocasión de la ejecución del contrato, sufra el acreedor en su persona o bienes (distintos de los que conforman el objeto del negocio) se resarcirán por aplicación de las reglas que rigen la responsabilidad extracontractual. Muy distinta es la cuestión en el derecho del consumo, que es hoy en día la sede natural de la obligación de seguridad, y donde esta mantiene toda su vigencia. Con el Código Civil y Comercial, entonces, la obligación de seguridad deja el viejo palacio del derecho común y se instala definitivamente en el moderno loft del derecho del consumo, morada esta que se revela, hoy en día, mucho más funcional y adaptada a sus necesidades actuales" (26)

III. Encuadre normativo de la responsabilidad del artista en los conciertos o recitales y de la productora.

¿Cuál es la responsabilidad del productor y en su defecto del artista si cumple funciones de organización tendientes a la concretización de la función?

En ocasión de abordar la situación del Sr. Omar Emir CHABAN, la justicia en lo penal, tuvo por probadas varias hechos y circunstancias, los cuales suponen sustento fáctico a la hora de ver en qué hipótesis legal es factible hacer correcta subsunción del tema.

Así, en la etapa de instrucción se tuvo por probado que el 30 de diciembre de 2004, casi a las 23,00 horas, luego de comenzado el espectáculo que debía brindar el grupo "Callejeros" en el local denominado "República Cromañón", una persona no identificada encendió un elemento pirotécnico del tipo denominado "bengala" el cual al impactar contra la media sombra que cubría el techo del local, dio inicio a un incendio con gran cantidad de humo. El público intentó salir desesperadamente pero en tanto la cantidad de personas que se encontraban allí era groseramente superior a la permitida, la desconcentración se vio dificultada. Todo se agravó, porque la puerta alternativa de emergencia y otras más se encontraban cerradas. En definitiva se produjeron 193 muertes. La organización de los recitales estuvo a cargo tanto del imputado Omar CHABAN en carácter de explotador del local, como de los integrantes del grupo musical Callejeros.

El análisis de la cuestión penal, permite tomar algunos elementos para el estudio de la responsabilidad civil.

En sede penal la cuestión central pasó por determinar si existía un delito impropio de omisión; siento tales *las infracciones no tipificadas del deber de impedir el resultado de un delito de comisión*

El aspecto objetivo del tipo en los delitos impropios de omisión dolosos requiere que (a) se dé una situación de hecho que genere el deber de obrar una conducta determinada; (b) que se omita realizar esa conducta la cual es materia específica del deber en el caso concreto; (c) que el agente tenga poder de hecho para ejecutar la acción exigida; (d) que el resultado lesivo se produzca pudiendo serle imputado al agente en forma objetiva dada su incuestionable posición de garante.

En lo que nos interesa es claro que se trata de una posición de garante derivada de un deber de cuidado de una fuente de peligro, pues el agente tiene sobre sus hombros el deber de proporcionar seguridad, evitando la producción del resultado lesivo.

Toda la arcilla con la que se elabora la constitución de la faz objetiva del tipo penal, aporta elementos en la construcción un arquetipo del factor de atribución objetivo en materia de responsabilidad civil, porque una vez determinada la posición de garante, hay que discernir si el agente -en este caso quien ejerce función de "producción"- defraudó las expectativas que nacen de su rol de garante; es decir, si el incumplimiento de su deber de seguridad le llevó a crear un riesgo jurídicamente desaprobado.

Es una cuestión de posición de garantía ante la obligación de brindar seguridad, y un déficit en ese sentido al defraudar expectativas sociales que tienen su origen en ese rol cualificado del agente.

No se pueden ni se deben prohibir los recitales.

Cualquier interacción social conlleva riesgo sobre bienes jurídicos; olvidar eso importaría la supresión de aquellos pilares sobre los cuales reposa el confort que hace al bienestar en la modernidad.

Empero, sí, resulta claro que existe un campo discernible entre los riesgos permitidos y no permitidos, de cara a la delimitación de los perfiles conductuales que coadyuven a reducir la probabilidad del daño.

No existe aún información fidedigna de los hechos acaecidos recientemente en Olavarría durante el recital brindado por el señor SOLARI, razón por la cual ninguna observación habrá de ser efectuada sobre su compromiso con la posición de garante, si es que la misma pesaba sobre sus hombros. Empero sobre la base de lo apuntado, el caso *"Chaban-Callejeros"* aporta premisas para estudiar los hechos recientes y por qué no futuras situaciones en las que se deba abordar la temática de los *daños sufridos en recitales en espacios públicos*.

¿Qué se tuvo en cuenta respecto de CHABAN y su posición de garante frente a la expectativa social?

Brevemente apuntado, lo siguiente:

(a) CHABAN aportaba el lugar en el que se llevaría a cabo el recital;
(b) Se hallaba a cargo de la dinámica del evento (hora y forma de apertura de las puertas para el ingreso, ubicación, la manera en la ingresaría el público etc.);
(c) operaba con el control policial.
(d) Además estaba a su cargo junto con los músicos que brindaban *la función*, decidía la cantidad de entradas puestas a la venta, así como también su costo.
(e) Compartía las ganancias del recital con los músicos.
(f) Era responsable de las condiciones de seguridad del lugar (estado de las salidas de emergencia, elementos de seguridad como matafuegos, así como de la habilitación del predio).

Estas circunstancias fácticas concretas llevaron a tener por acreditada la posición de garante en lo atinente a la faceta objetiva del tipo penal: se estableció la concreta posición de garante del productor —CHABAN- dado que su obrar omisivo fue relevante para crear un peligro jurídicamente reprobado, el cual produjo un resultado que se le atribuye objetivamente.

Para determinar si en los sucesos de Olavarría existe responsabilidad por parte de los productores, habría que preguntarse:

(a) ¿Quién eligió el lugar?

(b) Si el predio elegido contaba con posibilidad de albergar la cantidad de espectadores que se preveía asistirían al evento.

(c) ¿Quién organizaba la logística del evento en cuanto a la hora en la cual se permitiría el acceso del público y el control del ingreso y ubicación?.

(d) ¿Quién organizaba la seguridad y quién operaba con las fuerzas de seguridad?.

(e) ¿Quién contaba con el deber de habilitar del predio?.

(f) ¿Quién determinaba la cantidad de entradas vendidas?.

(g) ¿Qué reflejaba la ecuación económica?

Estos son a nuestro juicio parámetros objetivos para la determinación de factor de atribución de responsabilidad en el productor de espectáculos públicos que terminan en daños a sus asistentes.

IV. La responsabilidad del estado Municipal.

Como regla general, y a la luz de nuestra jurisprudencia, debe entenderse que la inactividad administrativa no es generadora de responsabilidad salvo cuando una obligación legal expresamente impone el deber de actuar. (27)

Pero en ciertas ocasiones se dan hechos que adolecen de la acción debida cuando la circunstancia lo requiere. En tal sentido se dice que no se hizo lo que debería haberse hecho, o lo que es lo mismo, manifestamos que se ha incurrido en omisión, porque no se llevó a la práctica el comportamiento esperado. (28)

Recordando que la responsabilidad del Estado por omisión se basa en el principio de la igualdad ante las cargas públicas y que el Estado somos todos y tenemos derecho a exigir su poder de policía de asistencia y tutela de nuestros bienes. (29)

Ahora bien, esta "omisión antijurídica" no se configura con el solo incumplimiento de una norma legal, incluso aunque ésta sea de rango constitucional. Habrá que analizar en cada supuesto cuál es el tipo de norma conculcada y muy especialmente cuál es la relación de causalidad entre la omisión y el daño. (30)

El límite que convierte tal omisión, en un hecho ilícito sancionable, se encuentra dado porque el hecho omiso constituya un deber jurídico que el sujeto omiso debió cumplir. Así cuando el Estado deja de realizar una actividad cuya obligatoriedad le está dada en forma implícita o explicita por la constitución, la ley o el reglamento y su consecuencia directa es la producción de un daño a la persona o los bienes de un particular, es pues el Estado quien debe responder por la denominada "falta de servicio" (31)

A modo conclusivo decimos que el ciudadano que asistió al recital, delegó en el Estado determinadas atribuciones, entre ellas su seguridad-, y no lo hizo de manera gratuita, sino que a través de sus contribuciones fiscales e impositivas. Dado ello, es completamente válido la exigencia de un determinado servicio acorde a las necesidades sociales que permitan el ejercicio eficaz de los derechos que la Constitución Nacional les ha conferido, en definitiva, el Estado Municipal tenía un «*deber de actuar*» de manera que le permita cumplir con su enmienda ciudadana. En este sentido, dice MARIENHOFF que la posibilidad concreta de ejercer los derechos individuales está en manos del Estado quien debe garantizarlo y asegurarlos, si así no lo fuere y el Estado en ejercicio de ese deber incurriere en un comportamiento omisivo la técnica jurídica admite su responsabilidad por las consecuencias dañosas de tal situación. (32)

Resulta claro entonces que si el predio estaba habilitado para el ingreso de determinada cantidad de personas en aras de garantizar su seguridad, el municipio debió ejercer el contralor sobre la decisión administrativa que ese mismo ente había tomado.

Las omisiones o el irregular cumplimiento de los actos o hechos señalados pueden generar supuestos de responsabilidad del Estado Municipal derivada del ejercicio de su actividad administrativa de contralor. En forma reiterada la jurisprudencia ha venido dando cuenta acerca de la posibilidad de que los actos o hechos en cuestión sean llevados a cabo de forma indebida (antijurídica) por los integrantes del órgano adminsitrativo, o que se incurra en desafortunadas omisiones cuando su realización viene impuesta por el ordenamiento jurídico. (33)

No debemos olvidar que si bien la responsabilidad del municipio en estos casos sería objetiva y directa basada en el "servicio defectuoso" prestado, la responsabilidad del Intendente de Olavarría deberá ser analizada y, en su caso, medida desde su faceta subjetiva teniendo en cuenta el marco de reprochabilidad que surge de los arts. 1721 y 1724 del CCyC.

V. Encuadre normativo de la responsabilidad de los "grupos riesgosos" que causan daños en los recitales.

Siguiendo a ORTEGA Y GASSET se puede decir que el hombre masa, es aquél que se identifica con los demás, que pierde su individualidad, que es solo un caparazón de hombre constituido por meras *idola fori*, que carece de un dentro, de una intimidad suya inexorable e inalienable, de un yo que no se puede revocar, y por ello se encuentra siempre presto para fingir ser cualquier cosa, y creer que solo tiene derechos y no obligaciones, pues cree ser el hombre sin la nobleza que obliga. (34)

En los que podría neologismo mediante denominarse mega espectáculos, el ámbito masivo, lo colectivo, lo grupal, han sido desde la antigüedad, factores que coadyuvaron, a excitar conductas riesgosas al abrigo del anonimato. Así mismo, sin que este sea el caso en estudio, esta circunstancia alentó el fomento de las bajas pasiones por parte de los organizadores. Puede recordarse que según referencias, Augusto organizó con ocasión de la dedicación del Marte Vengador, una naumaquia, para lo cual el genio de la ingeniería romana construyó un lago, en el cual combatieron una treintena de naves de guerra con miles y miles de soldados, siendo los combates reales, no simples puestas en escena, fomentando los bajos sentimientos de los espectadores, y configurando un entretenimiento macabro. Sin que lo recordado sea prueba contundente de nada, quiere significarse que la masividad en ocasiones, alienta conductas que no se verificarían en ámbitos que permitan atribución individual de responsabilidades. Hasta celebraciones de culto y/o religiosas multitudinarias, generan espacios con grietas de entidad que tornan harto más difícil las funciones de control.

Hemos de llamar "grupos riesgosos" a quienes formando parte de un grupo general (v.gr. ricoteros) (gente unida por el sentimiento general de la música de los redondos) utilizan el medio: espectáculo público para producir desmanes o destrucciones no amparadas por el ordenamiento jurídico. (Conf. art. 1717 del CCC).

Es decir, sería un sub-grupo cuya actividad peligrosa resulta propensa a producir desmanes.

Entonces se pueden dividir los grupos entre aquellos enlazados por un sentimiento común con una finalidad lícita (vg. ricoteros en general) y aquellos cuya perspectiva teleológica lesiona los límites legales produciendo daños injustos a terceros (grupo riesgoso).

La responsabilidad por daños causados por los sujetos enlazados por un sentimiento en común, de carácter grupal, pero indistinguibles en cuanto a su individualidad por subyacer escondidos en las masas, detenta una raigambre estrictamente ***solidaria,*** ya sea ello apreciado desde la perspectiva normativa del Cód. Civil (Conf. art. 1119, 1113), o desde la percepción legislativa del nuevo CCC (arts. 1761 y 1762 CCC).

Ilustraba el maestro español PUIG PEÑA que tanto de lado activo como el pasivo de la obligación puede estar integrado por una sola persona, que es el fenómeno común y corriente, como por varias, dándose

entonces lugar a las llamadas obligaciones pluripersonales, las cuales pueden devenir tanto del lado del crédito, como de la deuda, como de ambos polos a la vez. (35)

Al respecto, adunan MAZEAUD y CHABAS que todas las obligaciones no obedecen a las mismas reglas, ni en cuanto a su creación, ni en cuanto a sus efectos. Las diferencias en cuanto a su formación se explican por la diversidad de sus fuentes, las relativas a sus efectos por la diversidad de sus objetos. (36) En el ámbito del derecho de daños, y teniendo en consideración la primigenia diferencia que hacían los maestros franceses, se puede señalar que el enlace de varios sujetos con relación al deber de responder puede tener su fuente en las llamadas *obligaciones solidarias*, cuyo alcance y efectos explicaremos a continuación.

En el Código Civil y Comercial, ese régimen de responsabilidad surge del art. 1751, el cual regula el supuesto de pluralidad de responsables, al establecer que si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias.

Mientras que si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes.

Este precepto debe contemplarse en concordancia con lo dispuesto por el art. 827 del Código Civil y Comercial. Dicha norma reza, que hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores. A lo que vale agregar que dicha solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley. (Conf. art. 828 del CCC).

Como explica POTHIER, la obligación es solidaria cuando cada uno se obliga por el total, de manera, empero, que el pago por uno de ellos se encargue a todos los otros. Agrega el autor que la solidaridad por parte de los deudores consiste en que la obligación se responde por el total, de una manera tan completa como si cada uno de ellos fuera el único deudor. (37)

Tal como manifiestan TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA, el hecho debe atribuirse al grupo como tal, no siendo posible que lo cause un individuo. El resultado dañoso es la suma de actuaciones que son necesariamente colectivas. Aquí la autoría es grupal y la imputación también. (38)

Cuando la intervención ha sido *grupal*; uno u otro ha causado el daño, pero ante la imposibilidad de individualizar al autor del daño, (39) el derecho tiene dos posibilidades: o eximir a todos de responsabilidad ante la falta de prueba de la autoría o imputar la misma a todos los individuos por formar parte del grupo.

Conforme la redacción del Código Civil y Comercial responderán todos los integrantes del grupo de manera solidaria, pudiendo eximirse de responsabilidad quien demuestre que no ha contribuido a la producción del desenlace, salvo que el daño haya sido causado por un grupo que despliega una "**actividad peligrosa**", como entendemos que es la actividad de determinados "grupos riesgosos" previa, durante y posterior a los recitales-, en dicho supuesto, los integrantes del mismo solo pueden liberarse de responsabilidad probando que no pertenecían al grupo.

VI. Causales de eximición de la responsabilidad.

En los casos de responsabilidad subjetiva deberá probar el actor la negligencia crasa, ignorancia supina, o impericia con la que actuó el sujeto a quien se le imputa dicha responsabilidad quedando eximido de ella en caso de que ello no haya sucedido (v.gr. cantante o Intendente Municipal). Mientras que en los casos de atribución objetiva (v.gr. Municipio, productora) la ruptura total o parcial del nexo causal derivará de acreditar el demandado el hecho del damnificado de conformidad con el art. 1729 del CCC. (v.gr. Ingesta de drogas o alcohol que se

constituyan como causa eficiente para producir el daño), o de un tercero en los términos del art. 1731 del CCC. (vgr. decisión del Intendente, accionar del cantante, etc.).

Bibliografía.

(A) Abogado. Apoderado General a Cargo de Asuntos Judiciales de la H. Cámara de Diputados de La Nación Especialista en Derecho de Daños (Universidad de Salamanca). Profesor de Derecho de las Obligaciones (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Profesor de Derecho Económico (Universidad Nacional de Moreno).

(AA) Juez de Cámara. Ex Juez Civil y Comercial de 1ra Instancia. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Civil (U. de Salamanca - España). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Profesor de grado y Posgrado. Autor de 6 obras jurídicas y de más de 100 artículos de Doctrina.

(1) Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., Reformas al Código Civil, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 266.

(2) MAGRI — HERSALIS - TALCO, "Para que no todo sea deber de seguridad" RCyS 2005, 306.

(3) Conforme la brillante exposición del profesor Juan Carlos Alonghi en la Comisión n° 2 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, llevadas a cabo recientemente (del 22 al 24 de septiembre de 2005, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires).

(4) VERGARA, Leandro, "La obligación de seguridad: el fundamento del deber de reparar basado en el principio de la protección de la confianza", JA, 1995-II-943.

(5) MAGRI — HERSALIS - TALCO, "Para que no todo sea deber de seguridad" RCyS 2005, 306.

(6) El profesor BUERES sostenía que "... además de la responsabilidad contractual directa del médico para con el enfermo..., habrá una responsabilidad contractual directa de la institución asistencial respecto del paciente ... Ese deber de las clínicas se origina en la existencia de una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia médica por intermedio de los facultativos del cuerpo médico ..." BUERES, Alberto J., "Responsabilidad Civil de los médicos", t. I p. 380, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, año 1994.

(7) WEINGARTEN, Celia - LOVECE, Graciela "Protección del usuario de los servicios médicos prepagos. Alcance de la cobertura", LA LEY, 1997-C, 956.

(8) Tiene dicho nuestra jurisprudencia: "... si entre un centro asistencia y un paciente existió o existe un contrato de prestación de servicio médico, de acuerdo con el cual la institución se obliga a prestar un servicio de salud por intermedio de médicos, laboratorios, personal para-médico, asume una obligación tácita de seguridad, que funciona con carácter accesorio de la obligación principal de suministrar asistencia galénica..." CNEspecial Civil y Comercial, sala I, junio 3 - 1987 en LA LEY, 1989-C, 624; JA 1989-I-434.

(9) En efecto: en el fallo comentado en el ejemplar del Diario LA LEY, 2005-A, 397, la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Comercial de la Nación en su sala E, dispuso que la obra social O.S.P.I.M. (Obra Social del personal de la Industria metalúrgica), indemnizase a los actores por la muerte de su pequeño hijo recién nacido, hecho acaecido en circunstancias del parto por cesárea. HERSALIS-MAGRI-SICA, "La causalidad y la imputabilidad con especial referencia a la historia clínica", LA LEY, 2005-A, 397.

(10) Nuestros tribunales han entendido que el contrato de aprendizaje, conlleva tácitamente el deber de preservar la salud del menor, obligación que se halla a cargo del establecimiento educativo, así "... en las salidas educativas o viajes de estudio, el colegio conserva en plenitud las obligaciones de otorgar cuidado y seguridad a los educandos, del mismo modo y con no menor intensidad que la debida en el propio establecimiento ..." (reforma de la 24.830 al art. 1117 del C.C.). CNFed. Civ. y Com., sala II, octubre 12-995, LA LEY, 1997-E, 1023 (39.823-S).

(11) CC0102 BB junio 15 de 1995, en autos "Lezcano, Rubén c. Club Atlético Huracán s/daños y perjuicios", LLBA, 1997-297.

(12) En efecto: la A.F.A. no ha sido alcanzada por los pronunciamientos siendo que en los hechos su poder de contralor es innegable CS 28 de abril de 1998 autos "Zacarías, Claudio c. Provincia de Córdoba y otros s/daños y perjuicios" LA LEY, 1998-C, 322.

(13) El profesor Vázquez Ferreyra nos enseñaba que "... el que se sube a un tren fantasma o a una hamaca gigante lo hace para divertirse pero sin correr riesgos, de ahí que la obligación de seguridad esté justificada porque el dueño del parque de diversiones debe tomar todas las medidas de seguridad a favor de sus clientes ..." VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, "La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual", Revista de Derecho privado y Comunitario, vol. 17, p. 92, Ed. Rubinzal Culzoni.

(14) Así CNCiv., sala C, 21 de septiembre de 1993, LA LEY, 1994-C, 119; CNCiv., sala E, sentencia del 7 de diciembre de 1987, LA LEY, 108-C, 107; Juzgado Nacional Civil n° 15, 1ª instancia sentencia firme) del 30 de noviembre de 1987 LA LEY, 1988-E, 173.

(15) Este era al menos el criterio que el profesor Mayo tenía hace más de 20 años, idea de la cual ha abominado en sus últimos trabajos MAYO, Jorge Alberto, "Sobre las denominadas obligaciones de seguridad", LA LEY, 1984-B, 949 y su actualización en MAYO, Jorge Alberto, "Estudios de Derecho Civil", p. 149, La Ley, Colección Académica, Buenos Aires año 2005.

(16) CC0103 LP octubre 27-1983 autos "Caprarella de Hernández Bardi, Beatriz c. Bocabella, José y otro s/daños y perjuicios", LA LEY, 1985-D, 28 con nota del doctor Stiglitz.

(17) CC0103 LP octubre 27-1983 autos "Caprarella de Hernández Bardi, Beatriz c. Bocabella, José y otro s/daños y perjuicios", LA LEY, 1985-D, 28 con nota del doctor Stiglitz.

(18) En este sentido CNCiv., sala H, sentencia de marzo 26 de 1997 en autos "Ryan Tucillo, Alan c. Censud S.A.y otros s/daños y perjuicios", LA LEY, 1998-E, 611, por la explosión de una botella de gaseosa; sobre el fallo existe una nota de Fernando Sagarna.

(19) CNFed Civ. y Com., sala I, marzo 13-997, LA LEY, 1997-E, 214.

(20) Se ha determinado la responsabilidad del profesional por el daño sufrido por el paciente al quedar su brazo aprisionado entre el respaldo y el apoya brazo del sillón en el que se efectuaba el tratamiento CC0101 MP sentencia del 5 de febrero de 1997 autos "Di Terlizzi, Marcela c. Ubieta, Raúl s/daños y perjuicios" LLBA, 1997-594.

(21) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La obligación de seguridad en el transporte ferroviario", LA LEY, 1990-D, 98.

(22) En los daños causados a un menor de 6 años por el uso de un ascensor Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Primera de Mar del Plata sentencia del 25 de septiembre de 1996, LLBA, 1997-868.

(23) Toda la copiosa jurisprudencia a la que en mérito a la brevedad nos remitimos que ha sido recopilada en el "Digesto Práctico de La Ley. Daños y Perjuicios", t, I, sumario 2042 a 2096.

(24) Por alquiler de esquís CNCiv. Sala D, sentencia del 18 de febrero de 1985, LA LEY, 1985-C, 123.

(25) Con cita erudita de los hermanos MAZEAUD, a cargo del profesor Jorge Mayo, en MAYO, Jorge Alberto "Sobre las denominadas obligaciones de seguridad", LA LEY, 1984-B, 949 y el trabajo ya publicado por los autores MAGRI, Eduardo - HERSALIS, Marcelo - SICA, Rita, "Un aspecto particular de la obligación de seguridad", RCyS, 2005, p. 32 sigtes.; LLC, 2005-149.

(26) PICASSO, Sebastián, "Requiem para la obligación de seguridad en el derecho común", Publicado en: RCCyC 2015 (julio), 01/07/2015, 146.

(27) HUICI, Héctor, "La responsabilidad del Estado por omisión", LA LEY, 1993-D, 829.

(28) Lo anteriormente referido se aplica a las conductas estatales, cuando aquello que le es debido al cuerpo social y a sus integrantes mediante acciones positivas queda sin ejecutarse por la razón que fuere. Hablamos entonces de que el Estado omitió llevar a cabo lo que el deber jurídico le imponía. Acontecido esto, surge el tema de la responsabilidad. GONZÁLEZ PONDAL, Tomás Ignacio, "La responsabilidad del Estado por sus hechos omisivos" LA LEY, 2008-A, 1081. Vale señalar a los efectos ilustrativos, que no es lo mismo abstención que omisión, pese a la analogía que entre ambos términos existe. Tanto la noción de una como otra suponen inactividad, pero entre ella es dable comprobar diferentes matices. La omisión involucra siempre un olvido, una negligencia, mientras que la abstención trae aparejada la idea de una inactividad general; y así mientras esta implica una iniciativa que es resultado de una volición y de un querer, aquella puede ser concebida sin esa iniciativa. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La responsabilidad del estado por omisión en la experiencia jurisprudencial" En Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio Alterini. Ed. Abeledo-Perrot, p. 494. CHIAVO, Carlos A., Responsabilidades emergentes de omisiones en el ejercicio de control de las

entidades aseguradoras. Revista Jurídica Argentina del seguro, la empresa y la responsabilidad. Año V. N° 17/20. Pag. 130. Nota 22.

(29) RITTO, Graciela B. Ob. cit. Pag. 138

(30) GAMBIER, Beltrán, "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia", LA LEY, 1990-E, 617.

(31) ALVEREZ TAGLIABUE, Cynthia, "Responsabilidad del Estado por omisión del deber de seguridad", LA LEY 2002-A, 128.

(32) Desde luego, el cumplimiento de esos deberes por parte del Estado hallase supeditado a razonables o racionales limitaciones. MARIENHOFF, Miguel. S., Comunicación publicada en ANALES de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias de Buenos Aires. Segunda época Año XLI- Número 34. 1996, p. 360.

(33) Dice el autor que los repertorios registran gran cantidad de casos en los que se demandan indemnizaciones frente al Estado en virtud de: la errónea gestión tribunalicia respecto de fondos depositados en autos; omisiones en el envió de comunicaciones a organismos de seguridad en causas penales; entrega de giros a personas distintas de aquella a quien estaba dirigido; extravió de cheques y demás documentación depositada en juzgados y tribunales; notificaciones erróneamente practicadas; irregularidades en la actuación de martilleros; síndicos o peritos dependientes de la organización estatal; decomiso indebido de mercaderías; entre tantos otros. MELAZZI, Luis A., El fuero contencioso-administrativo bonaerense y los casos de responsabilidad del Estado deriva del anormal funcionamiento del servicio de justicia. Ed. Lexis Nexis. N°1 Enero 2006, p. 3.

(34) ORTEGA Y GASSET, José, La rebelión de las masas. Ed. Hyspanamérica. Buenos Aires. 1984, p. 121.

(35) PUIG PEÑA, Federico, Tratado de derecho civil español. Obligaciones y contratos. Tomo IV. Vol. I. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, p. 36.

(36) MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Jean, MAZEAUD, León, CHABAS, Francois, Derecho Civil. Obligaciones. Trad. Luis ANDORNO. Tomo I. Ed. Zavalía. p. 23.

(37) POTHIER, Robert Joseph, Tratado de las Obligaciones. 2ª ed. Trad. Guillermo CABANELLAS de TORRES. Ed. Heliasta. Buenos Aires. 2007, p. 138.

(38) TRIGO REPRESAS, Féliz A. - LOPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo VI. 2. ed. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2011, p. 61.

(39) ALTERINI, Atilio, Responsabilidad civil. Buenos Aires. 1970, ps. 164/166. LOPEZ OLACIREGUI, J. M., "En la senda de los plenarios: reflexiones sobre el que afirma la solidaridad de los coautores de un cuasidelito". JA 1946-II-63. LLAMBIAS, Jorge Joaquín. "Estudios de la reforma del Código Civil ley 17.711", Ed. J. A., Buenos Aires, 1969, p. 257. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "La responsabilidad colectiva... ob. cit., p. 867.

El deber moral de la fidelidad y el sistema de responsabilidad civil. Dos caras de distinta moneda

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: LLPatagonia. 2017 (abril), 8
Cita Online: AR/DOC/790/2017
[Consultado el: 004/07/2020]

Preliminarmente debemos señalar que no compartimos la aplicación del nuevo Código en un caso como éste, pues si bien es cierto que con relación a las causales de divorcio corresponde la aplicación de la nueva legislación (Código Civil y Comercial) de manera inmediata, pues la sentencia que así lo decreta posee un carácter *constitutivo, (1)* en materia de daños rige la ley vigente al momento del hecho que lo generó (en este caso: Código Civil) (2) ya que la causa fuente del deber de resarcir es ese supuesto fáctico y no el divorcio en sí mismo.

Hecha esta salvedad, centraremos la atención de nuestro comentario en la aplicación de la faz resarcitoria de la responsabilidad civil derivada del hecho que dio lugar al divorcio, con los parámetros que derivan de la normativa del nuevo Código Civil y Comercial.

Creemos que el fallo comentado responde a los paradigmas argumentales en los que debe fundarse jurídicamente el deber de resarcir conforme la novel legislación. El sostén jurídico y axiológico de dicho deber ha sido plasmado con absoluta precisión por el Sr. Juez del segundo voto, Rodolfo F. Rodríguez, quien con diafanidad supina y claridad meridiana ha circunscripto el marco jurídico en donde reposa la obligación de resarcir ante las circunstancias de hecho plasmadas en el expediente.

Previo a aunar en los razonamientos del precitado Magistrado, (-voto más fundado desde nuestra óptica), debemos hacer algunas consideraciones preliminares.

El tema de la Comisión 3 en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, celebradas en octubre de 2015, tuvo que ver precisamente con los "Daños en las Relaciones de Familia".

En dicha Comisión, el despacho de mayoría, consideró que no corresponde reparar los daños derivados del incumplimiento de los deberes típicamente conyugales. Pornuestra parte, hemos sostenido con el Prof. Pandiella (en despacho suscripto en minoría por Jalil - Pandiella), que son indemnizables los daños derivados de los hechos que dan lugar a la ruptura de la unión (ya sea matrimonial o convivencial), siempre que el hecho y consecuentemente el daño tenga la suficiente entidad para habilitar su reparación (conforme arts. 52, 257, 1721 y 1739 del Código Civil y Comercial). (3)

Para disipar dudas partimos de la premisa de considerar que nunca los daños resarcibles en el plano de familia han tenido su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo, -ya que éste no constituye su causa fuente-, como tampoco en el incumplimiento de los deberes matrimoniales, pues en todo caso ellos se inmiscuían dentro del espectro de la antijuridicidad o tipicidad civil en la concepción del derogado Código. Esto último, como explicaremos a continuación ha variado significativamente.

Hechas estas aclaraciones, decimos que son los hechos en los que puede fundarse la interrupción del matrimonio o la unión convivencial, los que deben ser analizados para determinar si los daños devienen resarcibles respecto a uno de los integrantes de la pareja y si esos perjuicios sufridos representan las secuelas

directas del "hecho" que motivó esa separación. (4) (conf. art. 257 del CCyC y art. 1726 del CCyC), todo ello con independencia de si configuran o no el incumplimiento de un deber legal preestablecido pues ello debe analizarse *ex post facto* en virtud de la perspectiva teleológica en la que se subsume el art. 1717 del CCyC.

Creemos pues que la causa fuente de la obligación de resarcir reposa en el hecho que le da nacimiento, éste constituye su gen, su origen, su umbral. Es en esa causa motora donde puede devenir procedente el deber de reparar el perjuicio injustamente sufrido, una vez que el mismo sea cotejado con las demás presupuestos de la responsabilidad (conf. art. 724 del CCyC).

Como venidos diciendo desde antaño, el divorcio no es causa de resarcimiento, como tampoco las causales que preveía el derogado Código y mucho menos el vínculo matrimonial, pero sí los hechos o motivos que llevaron al divorcio, o en su caso a la ruptura convivencial, cuando tienen una expansión y gravedad, fuerza dañosa punzante en el prestigio, en las esencias comunes espirituales del otro cónyuge, que de por sí, al margen de la separación conyugal y su disolución, entrañen un verdadero daño extrapatrimonial, debiendo en estos casos ser compensado con carácter autónomo. (5)

No obstante lo expuesto, cuando media una ruptura de una relación afectiva, que posteriormente termina en divorcio o ruptura convivencial, puede concluirse que ambos integrantes de la pareja sufren el dolor que se experimenta por el fracaso del proyecto de vida común trazado, resultando improcedente el reclamo en concepto de daño extrapatrimonial, si no se acreditan hechos o circunstancias con suficiente entidad que viabilicen el reclamo resarcitorio. (6)

La indemnización ha de quedar reservada a conductas del cónyuge o conviviente que, implican auténticos agravios para el otro, sin limitarse a ser sólo expresiones de pérdida del vínculo afectivo. Además, su procedencia sólo puede ser analizada a través de la evaluación concreta de los hechos que lo ocasionaron; es decir, librada al prudente arbitrio judicial al igual que el monto indemnizatorio es caso de admitirse la reparación. (7)

Si bien no se encuentra prevista en nuestra legislación en forma expresa la aplicación de las normas de la responsabilidad civil a las relaciones de familia, ni tampoco el tema ha sido desarrollado jurisprudencial ni doctrinariamente, son múltiples los supuestos que se pueden presentar en los cuales uno de los cónyuges o convivientes dañe al otro y que deben ser solucionados por aplicación de las normas generales. (8) Entonces como dice Rivera, el derecho de familia tiene lógicamente que respetar las normas del derecho civil de rango constitucional y no puede en aras de la especialidad de sus relaciones, violentar el principio básico de no dañar a otro (9), que, agregamos tiene jerarquía constitucional, en razón de lo resuelto por nuestro máximo Tribunal Federal en el fallo Aquino (10) y recepción normativa en el nuevo CCyC (vid. art. 1716 del CCyC).

El daño extrapatrimonial procede cuando el daño excede el amparo específico del derecho de familia, (11) o cuando derive de la lesión a derechos personalísimos, pues en tales casos el derecho a reparación proviene no de la calidad de cónyuge o conviviente sino como cualquier persona afectada por un hecho lesivo (12), pues la sanción resarcitoria corresponde a todo supuesto en que se ocasione a otro un "daño injusto", independientemente de que ello ocurra en el ámbito de los derechos patrimoniales o del derecho de familia. (13) Y aunque las normas propias del derecho de familia no prevean indemnización alguna por dicho concepto, éstas deben respetar el principio básico de no dañar que contempla implícitamente el art. 19 de la Constitución Nacional, (14) y expresamente el ya referenciado art. 1716 del CCyC.

Con una postura análoga la Cámara de Apelaciones de San Isidro consideró que si bien los marcos iusprivatistas de la responsabilidad -tanto contractual como extracontractual- son importantes, subsiste latente, por detrás y por encima un problema de jerarquía constitucional cual es el art. 19 de la Constitución Nacional, que alcanza sin más para que ninguna otra norma infraconstitucional se obligue a reparar todo perjuicio causado a un tercero, en consecuencia es inadecuado a nuestro sistema legal exigir que haya una norma expresa que determine el deber de reparar los daños causados por el hecho generador del divorcio porque sería pretender que

sólo existe deber de reparar cuando haya una norma expresa que así lo disponga. (15) Similar criterio es sostenido por Córdoba quien explica que cuando la ley no hace excepción alguna, pudiendo haberlo hecho, ni de las palabras ni de la razón se deduce que la ley deba limitarse, no podemos separarnos de su disposición general por medio de una distinción que ella no ha hecho. (16)

Con igual tesitura URIARTE manifiesta que nada impide la aplicación de los principios comunes a las relaciones civiles, entre ellos el deber de no dañar. Constituye este un concepto general del derecho que no puede estimarse ajeno al derecho de familia, en razón de que la responsabilidad por el incumplimiento de ese deber está claramente reservada a la materia de la responsabilidad civil, ámbito que no es extraño al derecho de familia. (17)

Esta posición ya fue sustentada en las *Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, homenaje a la doctora M. J. Méndez Costa,* en donde se adujo que la responsabilidad civil en las relaciones de familia está sometida a las reglas generales del sistema. Los criterios de aplicación deben tomar en cuenta las características del mismo, vinculándolas con los intereses superiores en la constitución de una familia y en su estabilidad, y con el sentimiento de justicia de la comunidad. (18) En similar sintonía en las JNDC celebradas en Bahía Blanca, en octubre de 2015, se resolvió por unanimidad que el derecho de familia no constituye un ámbito ajeno a la aplicación de las normas y principios de la responsabilidad civil, no obstante la necesaria compatibilización de estos con la especificidad de los vínculos familiares

En este orden, la fuente normativa que admite la aplicabilidad del derecho de daño es el art. 1716 que estipula *"...La violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado conforme las disposiciones de este Código..."*.

Así el principio del *neminem laedere* cobra plena vigencia incluso en un ámbito tan reservado como lo es el derecho de familia admitiéndose casos excepcionales que queden fuera de su espectro de actuación, pues dicha excepción no está contemplada y porque esa no es la perspectiva que ha tenido en miras el Codificador, ni mucho menos la jurisprudencia de la CSJN. Ello es así, pues como explican Pagano y Gimenez que ninguna norma prevé excepción fundada en el vínculo familiar. Nuestra Constitución Nacional en su art. 19 ordena que nadie esta privado de lo que la ley no prohíbe. (19)

No obstante lo expuesto, en aquellos países donde se admite la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio, tal posibilidad está expresamente prevista en la ley, consideramos que ella debía haber sido la tendencia admitida por el nuevo Código, dentro del esquema del régimen especial del derecho de familia, pues si así hubiera ocurrido evitaría conflictos doctrinarios y jurisprudenciales posteriores y justamente hoy no sería el tema de este artículo.

Como ha precisado el magistrado Rodolfo F. Rodríguez, el art. 1066 del Código derogado expresamente exigía la trasgresión a una disposición de la ley que estableciese un deber previo de conducta. El art. 1717 por el contrario estipula que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada. Se requiere de esta manera simplemente reconocer la existencia de un interés merecedor de tutela jurídica y no reprobado por el ordenamiento (Conf. art. 1737 del CCyC). (20)

El derecho tradicional ha partido de una premisa en razón de la cual no hay resarcimiento del daño si no existe una violación de un derecho subjetivo. Ese derecho subjetivo presupone un interés legítimo, un interés admitido expresamente por el ordenamiento jurídico.

El novel art. 1717 incorpora un cimero paradigma, pues admite la protección de intereses simples, que no se encuentran registrados expresamente en la ley, pero que constituyen justas expectativas del hombre medio sobre el ordenamiento jurídico, las cuales si resultan a su vez respetables y serias, deben ser atendibles y consideradas por éste último, siempre que no contraríen el orden público.

La protección de ese tipo de intereses cambia de enclave la partitura originaria escrita por el derogado Código, pues se genera una nueva concepción del derecho de daños, siendo la nota tipificante que decide la resarcibilidad del daño su carácter de injusto.

Entonces el daño es injusto en la medida que derive de la lesión de intereses merecedores de tutela jurídica, que son todos aquellos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados muestran como dignos y respetables, aunque no tengan cabida en las normas. Lo jurídico no se agota en lo legal, la injusticia del daño no supone reconocimiento normativo del interés lesionado. En base a este razonamiento, cualquier interés de una persona siempre que sea serio y digno se hará acreedor a la tutela jurídica, pues será injusto lesionarlo. (21)

Y que dudas quedan en que el derecho a la dignidad, honra, estabilidad o armonía familiar, integridad física y psíquica, salud mental, integridad moral son derechos tutelados por el ordenamiento normativo (contemplado en su bloque interno y supranacional por expresa previsión de los arts. 1 y 2 del CCyC), que merecen protección jurídica ante cualquier menoscabo que pueda afectarlos. El interés existe, y la fidelidad, el buen trato, la estabilidad familiar, la vida en común sana y moderada, siguen siendo valores dignos y respetados por toda la sociedad aunque no tengan, en la actualidad o en el futuro, cabida en las normas un deber jurídico preestablecido.

El daño injusto no presupone un deber legal preestablecido como lo exigía el art. 1066 del Cód. Civil, sino que surge de cotejar el ordenamiento jurídico entendido en su totalidad (especialmente tratados internacionales y Constitución Nacional), para determinar si existe un interés que puede verse afectado en el caso concreto, el cual en la medida que merezca tutela jurídica deberá ser indemnizado.

El comportamiento merecedor de una sanción por el concepto referido, no está dado por el solo hecho del divorcio o ruptura de la conviviencia, sino por el obrar desidioso o malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge, el cual únicamente puede ser analizado a través de la evaluación concreta de los hechos que lo ocasionaron y el caso concreto.

Siendo que en la hipótesis bajo tratamiento en el fallo el factor de atribución en juego es el subjetivo: culpa o dolo, parece inexorable que la calificación de la conducta del cónyuge, conviviente o pareja que a la postre se analice debe implicar medianamente culpa grave o dolo.

Ahora bien, frente a un hecho voluntario, tendrá su autor una culpabilidad calificada o dolo, cuando obre con absoluta indiferencia por los intereses ajenos (conf. art. 1724 CCyC, ult. parr.). El supuesto puede encuadrar en cualquiera de los dos casos, de acuerdo al menor o mayor reproche que merezca su conducta. (22)

En el fallo comentado la conducta culposa ha quedado acreditada con el hecho (infidelidad) que se constituye como causa eficiente del padecimiento extrapatrimonial. Así lo ha entendido el Sr. Juez del segundo voto a señalar que se encuentra acreditado el daño moral sufrido por C, a raíz del episodio de infidelidad padecido el día 6 de junio de 2011 que truncó su proyecto de vida familiar, y que a su vez generó un atentado contra su honra, entendida en la faceta subjetiva del derecho al honor que aquí se ha visto conculcado con el actuar de la reconvenida. Ello ha sido acreditado a través de la pericia psicológica como así también por la repercusión en los medios periodísticos del citado episodio.

Concluyendo que es manifiesto que el Sr. C. ha experimentado un daño a raíz del episodio ocurrido del día 6 de junio de 2011, es decir, que se si bien el art. 431 del CCyC, decreta como deber moral en el matrimonio la fidelidad, ha captado un interés relevante, ya que no hay duda que este interés se despliega en el derecho a la dignidad, la armonía familiar, la integridad psíquica y moral que son derechos tutelados por el ordenamiento jurídico, por lo cual son dignos de amparo legal y merecen ser resarcidos.

Prescindiendo de la aplicación de la ley en el tiempo, coincidimos con el fallo en lo que concierne al encuadre jurídico del derecho de daños en materia de menoscabos extrapatrimoniales derivados del hecho que dio lugar al divorcio (en este caso infidelidad) (23) resultando, -desde nuestra perspectiva-, sólidas, precisas y acordes a la nueva legislación las argumentaciones en la que se sustenta el voto del Sr. Magistrado de segunda voz Rodolfo F. Rodríguez en este espectro jurídico.

Bibliografía.

(1) La clase de sentencia de que se trate determina el alcance temporal de sus efectos. Así la sentencia declarativa, tiene efectos sobre los hechos en que se fundamenta la declaración, por lo que sus consecuencias se retrotraen a la fecha que éste acaeció, mientras que las sentencias constitutivas producen efectos hacia el futuro.

(2) Ver mis trabajos: JALIL, Julián Emil, La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del art. 7 del Código Civil y Comercial, RCyS 2015-XI, 22, AR/DOC/3240/2015. JALIL, Julián Emil, La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil, RCCyC 2015 (octubre), 151, AR/DOC/3019/2015.

(3) Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (celebradas en Bahía Blanca del 1 al 3 de octubre de 2015), RCyS 2015-XI, 233, AR/DOC/3697/2015.

(4) CECCHINI, Francisco Carlos. SAUX, Edgardo Ignacio. Daños entre Cónyuges. Prejudicialidad y Responsabilidad Civil. Ed. Zeus SRL. Pag. 176.

(5) Ver nuestros trabajos: JALIL, Julián Emil La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del art. 7 del Código Civil y Comercial, RCyS 2015-XI, 22, AR/DOC/3240/2015. JALIL, Julián Emil, La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil, RCCyC 2015 (octubre) , 151, AR/DOC/3019/2015. Y asimismo: Cc0101 Mp 114131 Rsd-303-1 S-Fecha: 11/12/2001-Juez: Cazeaux (sd) Carátula: Ch. R., R. c. V.J. L. s/Divorcio Vincular-Mag. Votantes: Cazeaux-De Carli-Font (Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires. En igual sentido: Superior Tribunal de Justicia, San Salvador de Jujuy Expte. N° B-17.830/97 Divorcio Vincular. L. A. N° 46.F. 447/449 N° 176. Sentencia del 14 de mayo de 2003. SAIJ. Sumario W0001554.

(6) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, 30/03/2008, B. de A., M. del R. c. A., R. F., LLLitoral 2008 (junio), 550, AR/JUR/607/2008.

(7) Cámara 3a en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan. Fecha: 31/03/2008, P., F. L. c. E., V. S., LLGran Cuyo 2008 (julio), 599, AR/JUR/1786/2008. Tratándose del rubro indemnizatorio daño moral el comportamiento merecedor de una sanción por tal concepto, no está dado por la sola configuración de alguna de las causales de divorcio, sino por el obrar malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge.

(8) MEDINA, Graciela, KANESFSCK, Mariana. Responsabilidad y Derecho de Familia. Daños entre cónyuges durante la vigencia del matrimonio y a la disolución por muerte. Daños entre padres e hijos. Visión Jurisprudencial de USA. Ed. El Derecho, 21. Explica la autora que el derecho de familia no constituye un ordenamiento que se baste a si mismo, y, por ende, para solucionar los conflictos deben aplicarse los principios de la teoría general del Derecho Civil. Por ejemplo la representación paterno-materna de los hijos menores de edad se rige supletoriamente por las reglas del mandato. Aunque no esté contemplado expresamente en nuestra legislación, la jurisprudencia ha condenado a pagar los daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial, aplicando así los principios de la responsabilidad civil.

(9) RIVERA, Julio César, "El Derecho Privado Constitucional", en la Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 7.

(10) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/09/2004, Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A, Sup. Especial La Ley 2004 (septiembre) , 39 con nota de Ramón D. Pizarro; Roberto A. Vázquez Ferreyra; Rodolfo E. Capón Filas; Marcelo López Mesa; Carlos V. Castrillo; Horacio Schick DJ 2004-3, 339 - DT 2004 (septiembre), 1286 DJ 2004-3, 394 con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra - RCyS 2004 , 542 con nota de Carlos A. Ghersi - DJ 2004-3, 798 con nota de Angel E. Gatti - TySS 2004, 778 - LA LEY 2005-A, 230 con nota

de José P. Descalzi - DJ 2004-3, 1094 con nota de Carlos A. Ghersi - IMP 2004-B, 2588 - JA 2006-IV, 15 - RCCyC 2016 (octubre), 222 con nota de Christian Alberto Cao y Gonzalo Gamarra, AR/JUR/2113/2004.

(11) CNCiv., sala F, A., M. A. c. B., L. H.

(12) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 27/02/2007, M., E. C. c. J., A. L., LLBA 2007 (junio), 558, AR/JUR/133/2007.

(13) Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, sala A, 03/03/2005, Morley, Vilma A. c. Martínez, Antonio H., LLPatagonia 2005 (junio), 1049, AR/JUR/407/2005. Voto del Dr. FERRARI. Idem CNCiv. y Comer. de San Nicolás, 2003/09/04, "F.M.B. c. M.M.A.", DJ 31/03/2004, 819 - LLBA 2004-117.

(14) Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 04/09/2003, F.M.B. c. M.M.A. DJ 31/03/2004, En este orden argumental se indicó que la obligación de resarcir el daño moral causado por el cónyuge culpable del divorcio resulta genéricamente de la sustracción de aquél del deber jurídico de no dañar, siendo requisitos esenciales los propios del régimen de la responsabilidad civil en general, es decir, dañosidad, antijuridicidad, imputabilidad y causalidad. Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial III, 04/08/1995, R., J. E. c. A., O. E., DJ 1996-1, 272, AR/JUR/3643/1995. 819 - LLBA 2004, 117, AR/JUR/3801/2003.

(15) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 13/05/1998, R. de H., S. c. H., J. C. LLBA 1998, 1435, AR/JUR/4237/1998.

(16) CORDOBA, Marcos, M. "Procedencia de la reparación de daños entre cónyuges" LA LEY, 2007-B, 595/6.

(17) URIARTE, Jorge A., "Rechazo de la indemnización del daño moral por el adulterio de uno de los cónyuges".

(18) Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, homenaje a la doctora M.J. Méndez Costa, Santa Fe, 1990.

(19) CORDOBA, Marcos, M. "Procedencia de la reparación de daños entre cónyuges" LA LEY 2007-B, 595.

(20) Ver: JALIL, Julián Emil La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del art. 7 del Código Civil y Comercial, RCyS 2015-XI, 22, AR/DOC/3240/2015. JALIL, Julián Emil, La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil, RCCyC 2015 (octubre), 151, AR/DOC/3019/2015.

(21) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de daños. Tomo IV. Ed. Hammurabi, p. 124.

(22) Con relación a la culpa grave consideramos que la finalidad de introducir la culpa grave es la de limitar los factores subjetivos culposos de atribución de responsabilidad a casos de excepción, en los que se produce ese efecto negativo cuando el sujeto agente ha desbordado los límites de conducta normalmente respetados por las personas corrientes. Por otra parte, la admisión de la culpa grave conlleva a que el magistrado debe exigir un criterio de muchísima más intensidad en la infracción para la atribución de la responsabilidad, aunque dicha consideración debería surgir del texto de la ley y no de la voluntad del judicante.

(23) Ver nuestros trabajos: JALIL, Julián Emil La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del art. 7 del Código Civil y Comercial, RCyS 2015-XI, 22, AR/DOC/3240/2015. JALIL, Julián Emil, La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil, RCCyC 2015 (octubre) , 151, AR/DOC/3019/2015.

Daños causados por niñas, niños o adolescentes y responsabilidad indirecta de sus progenitores

Por Julián Emil Jalil
Eduardo O. Magri

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2017 (agosto), 73
Cita Online: AR/DOC/1573/2017
[Consultado el: 06/07/2020]

Sumario.

I. Análisis de la hipótesis de estudio.— II. El fundamento de la responsabilidad de los padres por los actos dañosos de sus hijos: perspectiva histórica. —III. La elaboración doctrinaria de los factores de atribución en esta materia. —IV. El problema de las clasificaciones y la realidad. —V. Consideraciones acerca del riesgo dentro de la teoría de la culpa y vinculaciones entre riesgo, culpa en la vigilancia, culpa en la educación y un fundamento para la exoneración de responsabilidad por los graves déficits en la vigilancia de los padres (sin perjuicio de que la responsabilidad sea de corte objetivo). —VI. La atenuación de la responsabilidad en virtud de la presencia de factores de incidencia en la relación causal. (*)

"Este niño no se encontraba en ninguna parte tan bien como en la calle. El empedrado era para él menos duro que el corazón de su madre. Sus padres lo habían arrojado al mundo de un puntapié. Había empezado por sí mismo a volar" [*Los Miserables* (semblanza del niño Gavroche), Víctor Hugo]

I. Análisis de la hipótesis de estudio.

En los tiempos que corren, la temática abordada constituye un área de la responsabilidad civil especialmente sensible en tanto las acciones de las personas menores de edad, dotadas cada vez de mayor autonomía, se tornan especialmente aptas para la producción de externalidades sobre bienes y vidas de terceros.

Ello ha llevado con frecuencia a repensar el marco regulatorio de la responsabilidad de los progenitores.

El Código Civil y Comercial de la Nación actualmente en vigencia (en adelante CCC) regula en los artículos que van desde el 1754 al 1756 el régimen de la *responsabilidad indirecta*.

Un sistema de artículos que regule la responsabilidad indirecta, supone la determinación específica de las condiciones en las cuales habrán de responder aquellos que cargan con un deber de vigilancia o contralor de los actos de otras personas distintas de ellos.

Tal como lo veremos, la fundamentación axiológica, receptando lo mejor de la jurisprudencia de las últimas décadas, ha desplazado la justificación de la procedencia de la indemnización desde el plano de la culpa a la garantía, agravando el régimen de responsabilidad al consagrar eximentes de carácter particular.

Presentaremos con claridad y liminarmente el marco normativo que regula la cuestión en la actualidad para luego ir al verdadero objeto de este trabajo, que no es otro que analizar las condiciones en las cuales se

desarrolló la teoría de la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos, con anterioridad a la reforma.

El art. 1754 CCC dispone: *"Hecho de los hijos. Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda caber a los hijos"* (el resaltado en nuestro).

¿Qué es la responsabilidad parental? Lo determina el art. 638 CCC: *"...es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado".*

Señala Ossola que *"como en toda responsabilidad refleja, el hecho dañoso de autoría material del hijo debe reunir los requisitos propios para atribuirle responsabilidad civil, sea o no imputable, rigiendo las normas generales (...) En caso contrario, los progenitores no responden"* (1).

El factor de atribución es *objetivo*, conforme el art. 1755 CCC, y la responsabilidad del hijo es *concurrente* con la de los padres debiendo regir los artículos 850 a 852 CCC (2). Entre progenitores la responsabilidad es solidaria.

En el nuevo régimen la responsabilidad civil de los padres cesa: A) *cuando cesa la responsabilidad parental* (alcanzando el menor la edad de 18 años, tomando los hábitos el progenitor al ingresar a un instituto monástico, por emancipación y por la adopción del hijo por un tercero (art. 699 CCC) (3), B) cuando *se le suspende al progenitor el ejercicio de la responsabilidad parental por causas no imputables* (art. 1755 CCC, con referencia a los arts. 700 y 702, por ejemplo por ausencia con presunción de fallecimiento o limitación de la capacidad (4)), C) en los casos en los que se *coloque a los hijos bajo la vigilancia de otra persona* (1755 CCC), D) el supuesto del progenitor no conviviente (5), y, E) daños causados por los hijos *en ejercicio de su capacidad negocial* (art. 1755 CCC).

Por el contrario, la responsabilidad no cesa: A) en los supuestos de delegación comprendidos en el artículo 643 CCC, y B) si la cesación de la convivencia se produce por causas imputables al padre.

La doctrina francesa antiguamente, había postulado que el fundamento de la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos era la culpa en la vigilancia, es decir, de carácter subjetivo, debiendo probarse el reproche.

Más recientemente, se ha propiciado que la comisión de un hecho ilícito dañoso por el hijo menor, haría presumir falta de atención o de cuidado por parte de los padres en lo relativo al cumplimiento de los deberes de educación y vigilancia con respecto a aquél, por tanto, todo daño causado por los menores revelaba el incumplimiento de ese deber de cuidado

Resulta imposible negar en la actualidad, que el de la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos, es un área de la responsabilidad civil que concita especial atención; desde el momento en el que la conducta ciertamente autónoma de los menores lleva cíclicamente a repensar el marco etario que habrá de determinar las consecuencias de sus actos.

Sin perjuicio de que la esfera del derecho penal es aquella en la que se suele centrar el debate -ceñido por cierto al estrecho marco de las consideraciones que se suelen hacer en el sentido de bajar la edad de imputabilidad-, la discusión en el derecho privado dista de ser teórica.

Al tiempo de ser sancionado el código de Vélez, este tipo de perjuicios, si bien posibles, eran menos probables y frecuentes que en la actualidad. Al presente por el contrario —tal como lo habríamos señalado en algún trabajo hace más de una década- la realidad reflejada día a día en las reseñas de noticias no hace otra cosa

más que *"desbordar de continuo el odre sociológico del antiguo derecho, poniéndonos frente a cada vez más frecuentes hechos delictivos en los cuales la participación de menores es llamativamente recurrente"* (6).

El abordaje de esta temática permite profundizar en la delicada trama de las razones que axiológicamente justifican la indemnización de este tipo de perjuicios.

No puede dejar de advertirse un práctico y sano sinceramiento de los criterios que emplearemos para dar por válida la contraprueba tendiente a la exoneración de responsabilidad en el nuevo CCC, receptando lo mejor de la jurisprudencia de las últimas décadas.

Proponemos al lector que nos acompañe en el íter expositivo de los párrafos que siguen.

II. El fundamento de la responsabilidad de los padres por los actos dañosos de sus hijos: perspectiva histórica.

Cabe recordar con Arias Ramos que si bien el *filis familias* podía ser considerado obligado respecto de aquel que padecía un perjuicio obrado por su mano, en los hechos, la acción se veía frustrada por carecer todo *alieni uiris* de bienes (7). No obstante lo apuntado el instituto fue cobrando sentido al tenor del proceso de ampliación de las facultades de los *alieni iuris* (quienes gradualmente fueron adquiriendo la capacidad para ser titulares de algunos derechos patrimoniales) y de la corrección pretoriana por la cual la obligación de indemnizar se fue desplazando a la persona del *pater familias*, como responsable de las deudas de sus hijos (8).

Un clásico estudio de Cuq nos señalaba que el límite de la obligación del *pater familias* era la entrega del culpable al perjudicado; empero, como parece lógico, en subsidio, fue dándose de manera natural la posibilidad de desinteresar al ofendido sufragando pecuniariamente los perjuicios (9). Tal como lo señaláramos hace años (10) una razón de carácter afectivo (nunca es grato a un padre entregar un hijo y ver como es objeto de segura venganza) y otra de corte religioso (la descendencia era primordial en Roma para proseguir con el culto a los mayores (11)), pueden haber coadyuvado a hacer que la indemnización prevalezca en las costumbres.

Resulta interesante relevar la evolución de la ideas en el texto de las institutas justinianeas, donde se observaba que *"... los antiguos aplicaban el mismo principio a los hijos y a las hijas de familia; pero esta aplicación está en oposición declarada con el estado actual de nuestras costumbres; también había caído en desuso. En efecto, ¿cómo puede tolerarse que un padre se vea obligado a abandonar y entregar en noxa a su hijo, y sobre todo a su hija? Y respecto a su hija ¿la decencia no era un obstáculo para que la diese en noxa?... en cuanto a los hijos y las hijas de familia, pueden ser atacados personalmente, según la opinión de los antiguos comentadores de nuestras leyes..."* (12).

No puede dejar de tenerse presente que entre los antiguos, la coerción factible de ser ejercida sobre el ofensor, asumía ribetes que hoy resultan incompatibles con nuestra sensibilidad y por ende con nuestras intuiciones de justicia. En este sentido —según una de las magníficas citas del maestro Lafaille—, al describir la historia de los pueblos arios indoeuropeos que desde Asia migraron hasta la franja central de las estepas europeas, Ihering nos ilustraba *"...como el criminal, el deudor entre los arios, era también atado a una columna hasta que se liberaba, bien sea pagando él u otro por él. Tal costumbre la tenemos atestiguada para el ladrón: y como este estaba asimilado al deudor, sin duda alguna puede afirmarse aquella para este último. Tratábase de un medio coactivo de los más crueles. El atado vivía allí sin poder moverse, día y noche, expuesto a todas las inclemencias del tiempo: al sol abrazador por el día, al frío por la noche, a la lluvia, dando seguramente ocasión al acreedor, o si tenía varios a cada uno de ellos, de satisfacer su venganza pegándole con varas, sin atender siquiera a la importancia de la deuda. Si nadie sentía lástima del deudor, debía perecer de hambre y de sed. Así se explicaban las mil muertes del hombre atado a la columna, el suplicio más terrible de los arios. Nadie podía a la larga resistirlo, si aún poseía medios para pagar. Si no los poseía, el acreedor contaba con que los padres, los amigos o las personas de buen corazón lo librarían. He aquí precisamente por qué se le exponía al público: el espectáculo debía poner su suerte a la vista de todos, permitiéndole atraer a las gentes con sus súplicas. Por otra parte, el acreedor no había echado mal sus cuentas. Si el individuo era digno del rescate, seguramente*

encontraría quien lo rescatase. No se abandonaba por entero sino al pillo, de quien convendría deshacerse, y a quien hasta el pueblo condenaba..." (13).

Ante la posibilidad de que semejante destino (desquite, tormento, muerte) se cierna sobre su estirpe, el mayor bien consentiría el pago de la indemnización que en subsidio desinteresara al ofendido.

La *"Costumbre de Bretaña"*, exponente del antiguo derecho francés, disponía una multa civil al padre del menor que causaba un mal a otro (14).

Más cerca en el tiempo, Robert Pothier, en su tratado, enseñaba: *"...otra obligación accesoria es la de los padres de familia , responsables de los delitos de sus hijos menores y de sus mujeres, cuando no los han impedido pudiendo hacerlo (...) se presume que se ha podido impedir el delito cuando se ha cometido en su presencia. Cuando ha sido hecho en su ausencia, es necesario juzgar conforme a las circunstancias, si el padre ha podido o no impedir el delito. Por ejemplo: si un niño querellándose con un camarada suyo, le hiere con su espada, aunque sea fuera de la presencia del padre, el padre puede ser responsable de su delito, como habiendo podido impedirlo; lo podía, haciendo que su hijo no llevara espada, sobre todo si por temperamento era pendenciero..."* (15).

El desplazamiento de la responsabilidad era una idea pacíficamente aceptada con las primeras codificaciones. Así, el Código Napoleón reguló el supuesto en su artículo 1384 *"... el padre y la madre después del fallecimiento del marido, son responsables del daño causado por sus hijos menores que habitan con ellos..."*. Destacaba Josserand indagando en la fundamentación de la norma, que *"... la responsabilidad civil del padre o de la madre es un corolario, una carga, de la patria potestad, más precisamente de los derechos de guarda y de educación, que lleva indisolublemente consigo..."* (16).

En España el tema fue regulado por el art. 1903 del Código Civil. El artículo 1902 del C.C. Español establece que la acción dañosa ejecutada con culpa obliga a la reparación del perjuicio. En base a él precisamente, el mentado 1903 determina que *"...la obligación que impone el artículo anterior es exigible, no solo por actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder... los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda... la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño..."*. Existía pues responsabilidad basada en la presunción de culpa por omisión de diligencia en la guarda del menor. Empero, la exoneración no es sencilla, dado que el criterio de apreciación de la culpa es de tipo abstracto, vale decir que los progenitores que pretendan librarse deberán acreditar un estándar de diligencia que se condiga con lo que para el imaginario social español, resulte una conducta de padre diligente.

Una presunción de culpa que la aprecie en abstracto supone una objetivación solapada e indirecta. Acerca de ello nos explayaremos más adelante.

III. La elaboración doctrinaria de los factores de atribución en esta materia.

Los artículos 1114 a 1116 del CC disponían: *"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 estuviere al cuidado del otro progenitor. Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo" y el art. 1115 establecía que la responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona. Por su parte, el art. 1116 disponía que los padres no serán responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos, si probaren que les ha sido imposible impedirlos. Esta imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos".

Como es fácil advertir, la norma no explicita cuál es el fundamento, si de factores de atribución se trata.

Es este un punto acerca del cual no existió acuerdo doctrinario.

Originariamente el factor por el cual este tipo de menoscabos fueron atribuidos a los padres de los menores, fue de carácter subjetivo.

En el Código Civil Comentado bajo la dirección del profesor Bueres, Carlos Reyna señalaba *"... es la culpa in vigilando del menor la que justifica la atribución de responsabilidad de los padres..."* (17).

Ya era posible leer en las páginas de Salvat revisadas por Acuña Anzorena (18) que este tipo de daños debían ser atribuidos a los padres merced su posición (la que les confería el art. 264 del CC), que les permitía controlar la acciones de sus hijos menores, generándoles en consecuencia, el deber de adoptar los cuidados necesarios para evitar que causen daños a terceros. Apuntaba correctamente María Cristina Plovanich que *"Se ha tenido presente la idea de autoridad. Padres e hijos no se encuentran en un pie de igualdad, al poder de mando del padre le corresponde un deber de obediencia del hijo. Esa facultad conferida al padre es determinante de su responsabilidad, ya que él ha tenido la posibilidad de impedir que sus hijos causen daños a terceros. Esta tesis se basa en que la patria potestad impone obligaciones a los padres, no sólo con respecto al hijo sino con relación a los terceros; entre esos deberes figura el de impedir —a través de una correcta vigilancia— que los hijos causen perjuicios"* (19).

Así, habría pesado sobre los progenitores el deber de emplear todos los medios tendientes a evitar la causación de daños por sus hijos, obrando con prudencia y el pleno conocimiento de las cosas (art. 902, CC).

En esta tesis el fundamento es subjetivo pues descansa sobre la lógica del reproche, encaballada esta idea concretamente, en el concepto de *"vigilancia activa"*, que consagraba el artículo 1116 del CC.

Ahora bien, la culpa en la vigilancia no era la única explicación intentada dentro del espectro de la atribución subjetiva, aun con la limitación que desde lo terminológico entraña el giró *"vigilancia activa"* inserto en el artículo al que se hizo referencia.

Una línea de pensamiento diferente, sostenía que en verdad el déficit debía ser buscado no tanto en la falencia en la vigilancia cuanto en el defecto en la educación brindada por los padres a sus hijos (20). Tal como lo habríamos destacado (21), para este sistema de ideas se les reprocharía a los progenitores *"el no haber hecho debido uso del poder que se desprende de la patria potestad en orden a dotar al menor de herramientas que le permitan desarrollarse en su vida"* de relación (22).

Si bien fue una idea desarrollada con cierto interés en la doctrina italiana (23), el argumento ofrecía reparos. Siguiendo el trabajo de Plovanich, puede leerse en la pluma de Rogel Vide: *"si la razón de la responsabilidad fuese la defectuosa educación impartida, en buena lógica, los padres habrían de seguir respondiendo por los hechos ilícitos después de haber alcanzado éstos la mayoría de edad, puesto que la causa remota de estos hechos —la mala educación— subsiste y sin embargo tal no sucede"* (24).

En la tendencia a objetivizar la responsabilidad se inscriben criterios que postulan como factor de atribución a la *acumulación de culpas* (25), la *solidaridad familiar* (26), la *patria potestad* (27) y la *garantía* (28), noción ésta última que reposa no en el reproche, sino en la necesidad de encontrar un responsable con solvencia patrimonial y asegurar de este modo que la víctima obtenga el resarcimiento del perjuicio sufrido (29). Semejante diversidad no puede ser explicada solo en función de la vaguedad normativa. Que la norma solo se valga de los términos *"vigilancia"* y *"activa"*, para indicar el modelo de conducta que no debe ser obrada, es solo la ocasión y el punto de partida necesario para la proliferación de ideas tan disímiles en el ámbito de la atribución de responsabilidad civil.

Puede ser ensayada otra explicación.

IV. El problema de las clasificaciones y la realidad.

Precisamente otra explicación plausible, es que la doctrina suele teorizar construyendo estructuras. Las estructuras conceptuales en el ámbito jurídico no son la realidad misma, pero pretenden explicarla en su vasta variedad de conflictos de intereses, dando cuenta de las diversas soluciones aplicables a dichos conflictos. Alguna vez nos atrevimos a decir que *"las teorías estructuran ideas para explicar el universo cuyo principal atributo como nadie ignora es la complejidad..."* (30).

La estructuración mediante clasificaciones a menudo propende a simplificar lo complejo, añadiendo claridad conceptual. Hemos dicho en alguna otra ocasión que *"las clasificaciones suelen brindar cierta sensación platónica de pureza; cual si las fronteras terminológicas efectivamente configurasen límites materiales parcelando la realidad en compartimentos estancos, rígidos, pétreos, inmodificables, siempre iguales a sí mismos"* (31).

Esta manera de articular el conocimiento le ha conferido algo de torre de marfil a la temática de la atribución de responsabilidad de los padres por daños causados por hijos menores. Esto así, pues ha contribuido a trazar fronteras conceptuales algo pétreas e inelásticas; fronteras que sin embargo, fueron pacientemente desdibujadas por el trabajo de los jueces con el correr de los años.

La lógica binaria (subjetivo-objetivo, culpa-garantía, culpa-riesgo), que simplifica la compleja trama de posibles fundamentos axiológicos de la responsabilidad civil en pares opuestos que funcionan en términos de exclusión, parece olvidar que si hay algo que se define por el opuesto a tan cándido anhelo, es la realidad de la dimensión sociológica del derecho. Los hechos suelen presentar circunstancias factuales definidas por una complejidad esencial enteramente característica de la exuberancia de la vida; complejidad ante la que los modelos teóricos puros naufragan irremediablemente (32).

En el tiempo que nos toca vivir y esta materia tan especial como lo es la de la causación de daños por menores, la descripción de los hechos mediante los cuales organizamos la secuencia de acciones y conductas que explica la producción del menoscabo, es de factura compleja, ello especialmente por la modificación sustantiva de la realidad que el derecho procura regular (33). Es así que hablar de culpa, de riesgo o de garantía puros, y con exclusión de otras categorías, es meramente lexical.

Esto puede ser avizorado con claridad meridiana en la evolución jurisprudencial experimentada en nuestro país. En efecto: los tribunales solían, con fundamento en el artículo 1116 CC, fincar la atribución en la culpa. A la hora de analizar las causas de exoneración de responsabilidad, argüían acudiendo *explícitamente* a la necesidad de probar la ausencia de culpa del ofensor; empero lo hacían, tornando a la prueba en tal sentido tan estricta —por exigencia de diligencias situadas por encima de parámetros y estándares concebidos en abstracto—, que bien que se lo meditara, podía ser advertido como una implícita y soterrada objetivización de la responsabilidad.

Por ello es que hemos postulado hace ya más de 10 años, que las fronteras conceptuales que se erigían a fin de diferenciar la culpa de la garantía, no siempre se articulaban con precisión geométrica en la vida práctica de nuestros tribunales, pues certezas semejantes no existen más que en el mundo de los conceptos. La garantía en sentido puro o la culpa en sentido puro, y todas las distinciones conceptuales drásticas, aplicadas que fueran a las cosas, admiten matices, zonas de intersección y puntos de fuga. Lo único puro es la nada. Lo que nos deja sin palabras. Todo lo demás viene embadurnado (34).

Prueba del caos fundacional de esta temática, es por ejemplo, que la contraprueba de responsabilidad a través de la acreditación de *diligentia diligentissima*, cuenta con evidentes vasos comunicantes con la ruptura del nexo causal.

Ante los déficits en el contralor de la conducta del menor durante el siglo que ha concluido (35), la forma de apreciar la contraprueba de responsabilidad se desplazó sigilosamente del reproche a la atribución objetiva, sin que se haya operado en nuestro país modificación de la base normativa hasta la sanción del CCC. El trayecto tuvo como primer estación la exigencia —como se ha dicho ya—, de culpa en la educación. Se ha hecho alusión al incumplimiento del deber de proporcionar buena educación, formación de hábitos y comportamientos adecuados para la convivencia social, especialmente fuera del hogar, en la calle, donde no se encuentra la natural y lógica protección, evitando que los hijos sean partícipes de hechos ilícitos, entonces la culpa de los padres aprehendida por el art. 1114 del C.C. (ya derogado) consiste en la omisión del consejo oportuno hacia el menor y no en la permanente mirada sobre el hijo.

Una suerte de defecto en la forma del carácter y los buenos hábitos (36). Sin embargo —y ello se explica en la complejidad de vectores factuales que contribuyen a configurar la realidad a ser regulada—, esta exigencia de acreditación de diligencia en la formación de hábitos, se encaballa —en la práctica— en nociones que residen ora en el reproche, ora en la mera garantía, y desde luego, agravaba la situación de los padres. Constituía una interpretación del art. 1116 del CC profundamente consustanciada con el tiempo que nos tocaba vivir, que se aventuraba mucho más allá de purezas conceptuales en materia de atribución de responsabilidad, merced la asunción del desafío que entrañaba el abocarse a la percepción más profunda de una realidad compleja, que obligaba a pensar que el resultado dañoso surgía de una conjunción de factores —déficit en la vigilancia material, déficit en la formación de hábitos, necesidad de dar debida protección a los intereses de la víctima etc.—, los cuales admitían —sí— escisión conceptual, no resultando tan fácilmente disociables, divisibles o parcelables en la realidad efectivamente regulada. Dicho esto —claro está—, en plena conciencia de que todo análisis es lógicamente conceptual, no obstante, a sabiendas también de que algunas explicaciones se adecuan más a la realidad que otras.

Predicar culpa en la vigilancia y/o en la educación, como déficit en la vigilancia activa del 1116 CC, elevando los estándares de diligencia y por ende, dificultando la exoneración de responsabilidad, constituye una cristalización del fenómeno descripto en los párrafos que preceden.

Como lo señalara con agudeza Reyna, supuso el tránsito de un camino hacia la presunción irrefragable de culpa, lo que supone *"... una objetivación indirecta del factor de atribución..."* (37).

V. Consideraciones acerca del riesgo dentro de la teoría de la culpa y vinculaciones entre riesgo, culpa en la vigilancia, culpa en la educación y un fundamento para la exoneración de responsabilidad por los graves déficits en la vigilancia de los padres (sin perjuicio de que la responsabilidad sea de corte objetivo).

Hemos señalado la existencia de vínculos entre el riesgo y la culpa hace años (38). Así, *"nadie estaría dispuesto a discutir que la noción de culpa, tiene por basamento la idea de reproche. Fuera de toda concepción religiosa en la cual se la asocie al pecado, puede afirmarse que reprochamos, cuando consideradas todas las cosas (es decir las diligencias que exigiere el cumplimiento de la obligación y las circunstancias de persona de tiempo y de lugar) estamos en condiciones de poder afirmar que el sujeto imputado debería haber obrado de otra manera para evitar el daño"*, sin embargo, *"para hacer este juicio tomamos en consideración el menoscabo (definido por su naturaleza y su magnitud: cualitativa y cuantitativamente)* y su probabilidad de ocurrencia" de modo que desde esta perspectiva podría afirmarse que una conducta es culposa *"si luego de tomar debida conciencia de la entidad y probabilidad del daño que ella supone, no hubiera sido realizada por una persona razonable"* (39).

Los seres humanos no controlamos todas las consecuencias de nuestra conducta. Por eso el derecho limita la responsabilidad mediante la causalidad y el factor de atribución. De lo contrario responderíamos hasta el infinito y hasta por caso fortuito. Desde este prisma, el estándar de lo que se debe hacer —cuya violación amerita reproche—, *"no puede estar definido por los efectos nocivos que no debemos causar a otros, sino por los riesgos que no debemos imponer a otros"*. Reiteramos: de lo contrario, si el estándar se definiese por la consecuencias que no se deben

causar, las personas terminarían respondiendo por circunstancias que escapan a su control y por ende, ni la fuerza mayor sería eximente.

Esta idea en la cual, el obrar con culpa se define por la causación de riesgos que no debemos imponer a otros y no por los resultados que no debemos causar, estaba presente en los estudios del profesor Carlos Rosenkrantz acerca de la responsabilidad civil en la década del 90 (40). Por esto es que hace años ya, nos habíamos arriesgado a conjeturar que de alguna manera, *el de culpa, es entonces un concepto social —de moral social—, cuya piedra de toque se define en función de los riesgos a los cuales los agentes que conformamos una comunidad —en una geografía y en un momento histórico determinado—, estamos dispuestos a exponernos y tolerar en nuestra vida de relación* (41). Entonces diremos que se procede con culpa cuando excedemos el estándar de riesgos que estamos dispuestos a permitirnos los unos para con los otros (42).

Cabría analizar cuáles son los riesgos que exceden aquello que estamos dispuestos a tolerar de los demás, en los casos de daños causados por menores, con miras a que sean enjugados por los padres.

Para definir la culpa en la vigilancia es menester atender al estándar de riesgo que de ordinario estamos dispuestos a permitirnos imponer a los demás, determinando concretamente cuáles acciones esperamos que los padres lleven a cabo a fin de minimizar la probabilidad de menoscabos de sus hijos menores sobre bienes de terceros.

Las costumbres de la vida moderna han trazado un horizonte de lo posible, según el cual, lo tolerable en materia de *"libertad y control de la conducta de los menores"* es mucho más extenso que en los tiempos de Vélez.

Apuntabamos hace ya más de una década que *"hoy es común ver menores transitando en grupo por las calles de nuestras ciudades, abordando servicios públicos y celebrando pequeños contratos, en diversas actividades deportivas y de recreación, etc."* y que ello daba cuenta de que la *"exigencia de vigilancia material del menor por parte de los padres, es mucho menos densa que el estándar vigente al momento de la codificación, momento en el cual (por decirlo coloquialmente) los pantalones largos llegaban recién a los 18 años..."* (43).

Esta es la razón por la cual, en sociedades más modernas no es dable exigir idénticos niveles de vigilancia que los vigentes en el sentido común en el que se encarnaba la noción de diligencia imperante en el siglo XIX.

Esto es lo que proscribió en principio —y más que justificadamente—, a la idea de culpa en la vigilancia como criterio apto para fundar la indemnización en estos supuestos. Pues si la culpa de los padres es definida como los riesgos que no deben ser impuestos a los demás por déficits en la acción de vigilar a los menores, el estándar de lo aceptable en las circunstancias históricas actuales, sería óbice al desplazamiento patrimonial que enjugue el perjuicio, visto que no estamos permanentemente ejerciendo vigilancia sobre nuestros hijos, por imposibilidad, por gustos, convicciones y preferencias de orden cultural, siendo ello materia de tolerancia más o menos pacífica.

La ausencia de los progenitores en una enorme cantidad de momentos del día constituía ya un riesgo más o menos aceptado por nuestras comunidades desde hace décadas. Ante esta circunstancia, no es eso lo que podía ser materia de reproche.

En lo relativo a la culpa por déficits en la educación, el análisis precedente no puede ser replicado de manera simétrica y automática. Ello es así, porque como hemos visto, constituía el primer paso en el sentido de la objetivación de la responsabilidad, y nuestra idea fue analizar la culpa desde el componente que denominamos *"riesgo impuesto a los demás que excede lo tolerado, siendo ello pasible de reproche"*.

Cuando la responsabilidad es objetiva explícitamente (factor garantía, riesgo, equidad etc.) o implícitamente (culpa por déficits en la educación), la noción de *"riesgo impuesto"* asume el control

Y constituía una especie de ficción postular que al padre se le reprochaba el no haber vigilado atentamente el proceso de desarrollo de *"las bondades del espíritu"* (44), para que su conducta fuera innocua para terceros. Más bien parecía que estábamos en presencia de un acicate eficiente para exigir siempre algo más de diligencia de cara a vedar la posibilidad de que el progenitor se exonere de responsabilidad aduciendo imposibilidad de ejercer vigilancia.

La idea presentada, esto es, la conceptualización de la culpa como *"riesgos impuestos en exceso de lo que estamos dispuestos a tolerar"* es fructífera en la tónica del reproche y estéril en la de la responsabilidad objetiva.

La noción de "riesgo dentro de la culpa", supone un maridaje interesante entre ambas nociones, pues aporta parámetros para la reflexión acerca de qué conductas no deberían ser llevadas a cabo en función de los riesgos a los que es reprochable someter a los demás.

Cuando el factor de atribución es objetivo, el riesgo impuesto a los demás no es objeto de reproche, debiendo ser buscadas las razones que autorizan la procedencia de la indemnización en motivaciones diversas, v.gr. la magnitud y la frecuencia con la que se verifican los siniestros en la categoría de daños de que se trate, la utilidad de la práctica lesiva, su alto índice de reiteración sistemática, la utilidad de que a las víctimas que componen una franja variable pero determinada de la comunidad, les sean enjugados los quebrantos etc. De este modo, la valoración pasa por la determinación del carácter "riesgoso" de la actividad o la cosa; jamás por la cualificación del acto lesivo.

Por eso, reflexionar sobre la idea de riesgo que no deben ser impuestos dentro de la teoría de la culpa, ayuda a sazonar el análisis, mientras que el riesgo en la teoría del riesgo, es algo así como echar sal al mar...

El *"riesgo dentro de la culpa"* muestra toda la potencia como elemento apto para analizar y reflexionar la culpa como factor de exoneración de responsabilidad en un caso puntual que ha dado lugar a sentencias interesantes: la culpa de los padres del menor dañado —por otro menor o por mayores- como factor de exoneración total o parcial de responsabilidad o como justificación de la morigeración de las indemnizaciones.

En este sentido, ya el 1113 del CC disponía que *"la culpa de la víctima o de un tercero"* eximía *"total o parcialmente de responsabilidad"* al dueño o guardián de la cosa riesgosa o viciosa. En el CCC el artículo 1758 dispone: *"el dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas (...) El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta"*, lo cual supone un cambio ya que no toda culpa de la víctima o de un tercero, entrañará uso de la cosa contra la voluntad expresa o presunta. Sin embargo, el precepto originario del 1113 CC, si bien dispuesto para una hipótesis diversa a la que estamos estudiando, contó con enorme fuerza expansiva generando un sentido común judicial más o menos perceptible.

Para mayor precisión, la doctrina ha ido más allá planteando que aun sin que se configure culpa de la víctima en sentido estricto, si su obrar asumía el carácter de curso causal prevaleciente, la solución prevista en el texto era enteramente aplicable.

¿Puede tener alguna aplicación al caso que nos ocupa, si se diese la circunstancia de que los padres del menor que sufre el daño, hubiesen obrado con negligencia en el cuidado del mismo?

Nuestra temática requiere de precisiones.
El menor dañado no cuenta con discernimiento.
El menor dañador tampoco cuenta con discernimiento.

Los padres del menor dañador, conforme el artículo 1755 CCC responden objetivamente (v.gr. *"la responsabilidad de los padres es objetiva"*).

Continúa siendo causal de exoneración el caso fortuito como es lógico, en su carácter de interrupción del nexo causal. Así lo dispone el artículo 1730 CCC: *"Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario"*.

No todo hecho de tercero será caso fortuito. Dispone el artículo 1731 CCC: *"Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito"*.

El CCyC establece alguna *"disposición en contrario"* de las previstas en el art. 1730 in fine, en nuestro tema.

En este orden, la responsabilidad no cesará: a) en el supuesto previsto en el artículo 643 CCC (convención que dispone desplazamiento del ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente, en el interés del hijo, por razones suficientemente justificadas, y homologada que fuera); y, b) *"aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible"*.

Así las cosas, planteamos que la culpa de los padres del menor dañado es casual de exoneración total o parcial, o en su defecto motivación suficiente para atenuar la indemnización.

En este orden, si analizamos la culpa de los progenitores del menor dañado en la tónica de los riesgos que consideradas todas las cosas, no debieran ser impuestos a los demás, veremos que un obrar notoria y/o gravemente desaprensivo de los padres de la víctima, al exceder el estándar de lo que estamos dispuestos a tolerar como razonable en la vida diaria, situaría la conducta del niño fuera de la órbita de los riesgos (entendidos como contingencia inminente de un daño), que se nos hacen previsibles y estamos rotundamente obligados a evitar.

Si esto es cierto, la imposición de ese tipo de riesgos irrazonables, podría ser tenida como caso fortuito en los términos de la ley, cuando la gravedad de la culpa contribuya a minimizar la posibilidad de prever la contingencia del daño. Esto dicho claro está en la conciencia de que el menor ofensor, por carecer del discernimiento necesario, obsta a que se le atribuyan consecuencias jurídicas absolutamente negativas a su falta de previsión.

La culpa grave de los padres de la víctima menor de edad de un daño provocado por otro menor de edad, funciona como causalidad interruptiva o al menos distorsiva del curso causal que vincula a los dos menores.

Así, la culpa cualificada de los progenitores del ofendido supone *"circunstancia de hecho"* apta para pensar y meditar la magnitud del resarcimiento. Obra como una suerte de *"desaprensión desvinculante"* como *"imposición de riesgos, exonerante"*, como un *"curso causal alternativo distorsionante"* que bien que se lo mire, con fundamento en el artículo 1742 CCC puede dar curso a la solución que propiciamos.

En efecto, dispone el artículo 1742 CCC: *"Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable"*.

El daño padecido por un menor causado por otro menor, supone una aporía, en el sentido más profundamente existencial del término.

Dos niños de 7 años que se golpean en la soledad de un terreno baldío, tomando uno una piedra y otro una navaja dejadas entre la maleza por extraños, son dos ángeles desangelados por las circunstancias, y solo el azar del golpe o embate más trágico habrá de determinar que uno sea la víctima y el otro el ofensor.

Existe una imposibilidad insuperable de dar solución absolutamente satisfactoria al conflicto desde la consideración de lo meramente interindividual; y no olvidemos que los padres del ofensor responderán

objetivamente: la culpa grave de los padres del menor dañado no puede pasar inadvertida privándosela de toda consecuencia posible.

Si los progenitores del menor dañador responden objetivamente, en función de la garantía que deben ofrecer al resto de la comunidad por los actos de sus hijos, no resulta absolutamente descabellado que un obrar llamativamente desaprensivo de los padres de la víctima, que suponga culpa cualificada, imponiendo riesgos a los terceros que dificulten la prevención y evitación de conductas lesivas, no deba ser tenido como causal de exoneración parcial de responsabilidad o como motivación equitativa de la disminución de la indemnización.

Pensemos en un supuesto que ayuda a reflexionar por el grotesco: un menor que lleva un arma de propiedad de su padre a una plaza, en la cual juega con otros niños. El arma pasa de mano en mano, hasta que uno de los niños, especialmente responsable y consciente del peligro que supone manipular armas al ser su padre policía, arrebata el arma a los demás, con tan mala suerte que la misma se acciona hiriendo al niño que la había llevado.

¿La culpa del padre del menor herido debe ser siempre irrelevante?

Desde un prisma holístico —que desde luego jamás permite sacrificar absolutamente el interés de la víctima, el extremo más inocente en esta relación interpersonal-, y si de evitar el daño del espectro de la población menor de edad, la imposición en alguna medida, de las consecuencias de la conducta a los padres que con grave negligencia tornan más factible el perjuicio por imponer riesgos que la comunidad no está en condiciones de prever y evitar razonablemente, puede coadyuvar a revertir tendencias haciendo que los padres se ocupen algo más de sus hijos.

Una interpretación que Calabresi podría hacer de esto último, es que el temperamento propiciado, ayuda a disminuir el coste primario de los infortunios.

Hemos comenzado este estudio con una semblanza que Víctor Hugo hizo de la infancia en situación de calle en la París del siglo XIX. Decía del niño Gavroche: *"Era un muchacho pálido, listo, despierto, burlón, ágil, vivaz. Iba, venía, cantaba, robaba un poco, como los gatos y los pájaros, alegremente; se reía cuando lo llamaban tunante, y se molestaba cuando lo llamaban granuja. No tenía casa, ni pan, ni lumbre, ni amor, pero estaba contento porque era libre".*

Alguien escribió acerca de lo mismo en nuestra tierra durante la década de los años 80: *"Durante un mes vendieron rosas en La Paz, presiento que no importaba nada más y entre los dos juntaban algo. No sé por qué pero jamás los volví a ver. Él carga con once y ella con seis, y, si reía, él le daba la luna..."* (45)

Esa historia terminó mal en los 90: *"El chico de la tapa ayer vendía flores en Corrientes después perdió a su chica en una sala en algún hospital y hoy amablemente y con una gran sonrisa en los dientes te para en la calle y si no le das te manda a guardar. Si la policía no lo trata muy decentemente si los camioneros no lo llevan hasta donde va él se vuelve al Docke caminando muy tranquilamente con la 22 en el bolsillo del papel de armar"* (46)

Ángeles desangelados. Una temática que excede el ámbito de lo interindividual, pero que imbrica el recinto de la responsabilidad civil de los padres de manera contundente, pues la infancia en estado de abandono (sean víctimas o victimarios) es noticia todos los días. La tesis propuesta en el orden de que la culpa cualificada de los progenitores del menor dañado pueda atenuar la responsabilidad, es una idea susceptible de ser seguida con atención. Bien que no se nos escapa el hecho de que la responsabilidad civil no es el ámbito de la decisión social para resolver los problemas de la infancia.

Eso está claro. Empero tampoco las soluciones meramente interindividuales que cierran los ojos ante los problemas que van más allá del conflicto de dos, han sido históricamente las preseas más gallardas de nuestros tribunales.

VI. La atenuación de la responsabilidad en virtud de la presencia de factores de incidencia en la relación causal.

VI.1. La indiferencia del hecho de la víctima (persona menor de edad antes de cumplir los 10 años)

Como enseñan Diez Picazo y Gullón la obligación de reparar del agente puede verse disminuida en su intensidad o cuantía al concurrir la culpa del propio perjudicado con fundamento en del Código Civil, que faculta a los tribunales para moderar la responsabilidad. A la misma conclusión se podría llegar partiendo de los postulados de la doctrina jurisprudencial acerca de la concurrencia de varias causas en la producción del daño, ya que aquí nos encontramos ante un supuesto claro de aplicación, lo que permite una distribución proporcional del daño (47).

Cuando el daño es atribuible, —total o parcialmente al damnificado—, el vínculo causal se quiebra por la interferencia de la propia víctima (48). Ahora bien, la culpa de la víctima o mejor dicho el hecho de la víctima debe ser analizado en consideración al carácter imputable o no de la persona menor de edad.

La culpabilidad tiene como presupuesto a la imputabilidad, pues esta última constituye un estadio previo que debe ser analizado para apreciar la viabilidad de la primera. Sin imputabilidad no puede haber culpabilidad y por lo tanto, tampoco puede haber responsabilidad. Como explica Puig Peña el término imputabilidad es una expresión jurídica que denota aquella propiedad o condición del hombre, en virtud de la cual pueden serle atribuidos los actos que realiza como a su causa formal, eficiente y libre. Por consiguiente si la imputabilidad falta sobreviene la irresponsabilidad (49).

Desde esta arista, hay de determinar si la conducta de la persona menor de edad ha sido voluntaria o no.

Los griegos y los escolásticos decían que la voluntad es una facultad del alma, y San Agustín entendía que toda la vida conciente está gobernada por la voluntad, (50) pero no todos los actos humanos se desenvuelven dentro del ámbito volitivo, pues ese marco se encuentra delimitado por la salud mental y la minoridad (Vid. art. 261 del CCyC).

Y justamente el Código Civil y Comercial en los artículos 257 y sgts. reguló una serie de normas en relación a la voluntad y desde esta perspectiva normativa el acto es voluntario si puede ser ejecutado con discernimiento intención y libertad (Conf. art. 260 del CCyC), caso contrario es involuntario y no produce obligación alguna para quién lo realiza, salvo lo dispuesto por el art. 1742 y 1750 del CCyC. Es decir, los actos voluntarios son objetos de alabanza o censura, los involuntarios de perdón y algunas veces de piedad, y esto último lo instituye el artículo precedentemente citado al prescribir que los actos involuntarios no generan para su autor obligación alguna.

Así, si una persona menor de 10 años comete una falta en principio no será responsable por ella (salvo la indemnización por equidad conf. art. 1750 del CCyC), pero si deberán responder sus padres por la responsabilidad refleja en los términos del art. 1754 del CCyC y sgts.

Pero inversamente si la persona menor de edad es quien recibe el daño, la falta de discernimiento incidirá en la medida de analizar su conducta en el carácter de víctima para determinar si ella puede tener relevancia como causal de exclusión o atenuación de la responsabilidad civil.

Así si se trata de una persona menor de edad que carece de discernimiento por tener menos de 10 años al momento en el que se produjo el hecho lesivo, su conducta no puede ser examinada como eximente de responsabilidad de la demandada, a través de la figura conocida como "hecho de la víctima" o más apropiadamente "el hecho del damnificado" prevista en el art. 1729 del CCyC, puesto que el accionar del niño, a los efectos legales, es de carácter "involuntario" (Ver: art. 261 del CCyC).

VI.2. El hecho de la víctima (persona menor de edad después de cumplir los 10 años) como concausa que participa en el resultado

Ahora bien, que pasaría si se trata de una persona menor de edad pero mayor de 10 años, pues aquí el hecho será voluntario (Conf. art. 260 del CCyC) y la conducta pude ser evaluada como hecho de la víctima o del damnificado en los términos del art. 1729 del CCyC. Así lo ha entendido la jurisprudencia al sostener que corresponde eximir parcialmente a la entidad deportiva de la responsabilidad atribuida en el accidente ocurrido en sus instalaciones, —en el caso, se le otorga un 70% de responsabilidad y un 30% a la víctima—, en el cual perdió la vida un menor que fue aplastado por un arco de fútbol al cual se había trepado y que estaba apoyado sobre una pared sin los soportes correspondientes, ya que la conducta del menor coadyuvó al acaecimiento del hecho (51).

Como se aprecia la conducta voluntaria del niño (hecho de la víctima) es tenida en cuenta a los fines de determinar la disminución de responsabilidad a quien se le imputa.

VI.3. El hecho de los progenitores, ante el incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia como concausa que participa en el resultado.

Constituye una incidencia en la relación causal que el daño sea producido a una persona menor de edad que debía encontrarse bajo el cuidado activo de sus padres.

El daño que conlleva un incumplimiento en el deber de cuidado y vigilancia que pesa sobre los

Es decir, si al momento en que se produce el hecho la persona menor de edad debía encontrarse bajo el cuidado activo de sus progenitores detentando ellos el deber de custodia y vigilancia sobre el mismo, o bien existir por parte de estos una delegación expresa en cabeza de otro adulto, ese incumplimiento del deber parental gravita de manera determinante en el campo de la causalidad jurídica en el marco de la responsabilidad civil.

Desde esta arista, si se advierte una actitud débil en el deber de cuidado y vigilancia activa que pesa sobre los progenitores acerca de sus hijos menores, tal lo establece el art. 648 y sgts. del CCyC-, esa omisión, —sin dudas—, representará una concausa que incide en el resultado. Como sostiene Puig Brutau la razón de ser de tal obligación reside en la culpa de quién ha de vigilar a ciertas personas, su eficacia práctica solo se logra a base de presumirla en todos los casos en que media la relación que la ley señala con carecer típico como base de la responsabilidad (52).

La concausa es una causa que interfiere o actúa independientemente de la condición puesta por el agente a quien se atribuye el daño. Se trata de una pluralidad de hechos causales. Es clásico caracterizar como tipos de concausa, las concausas preexistentes, es decir aquellas que son anteriores al hecho del agente, las concausas concomitantes, es decir la presencia de dos causas que actúan al mismo tiempo, y las concausas sobrevinientes, es decir, causas nuevas, posteriores al hecho que desencadena el resultado (53).

Entonces, la falta de cumplimiento del deber de cuidado que pesa sobre los padres del menor va a tener una injerencia directa en la relación causal ya que se configura como una concausa eficiente que coparticipa en el resultado dañoso. En este orden, se puede eximir de la responsabilidad a quien se le atribuye en la medida que se configure como el hecho de un tercero por quien el imputado no debe responder (Conf. art. 1730 del CCyC) o bien atenuarla proporcionalmente por la injerencia en el hecho del incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia activa que pesaba sobre los padres, ya que ello ha incidido causalmente en el resultado (conf. arts. 648 y 1729 del CCyC).

VI.4. La jurisprudencia en materia de ruptura parcial o total del nexo causal ante el "hecho de los progenitores" en los daños causados a sus hijos menores de edad.

VI.4.1. Ruptura parcial del nexo causal.

En determinados casos el hecho del progenitor o de ambos progenitores (incumplimiento del deber de cuidado) incide parcialmente en el resultado, siendo su consecuencia la atribución proporcional de responsabilidad en base a esa incidencia. Así lo ha entendido la CCyC 1ª de Mendoza al resolver que el conductor de un camión y los padres de un menor son responsables de forma concurrente por las lesiones que este sufrió tras ser embestido por el primero quien al emprender la marcha del vehículo no observó que el niño se encontraba jugando entre el vehículo y el trailer que llevaba enganchado, —en el caso, en un 70% y un 30% respectivamente—, pues la actitud del conductor, —un repartidor de gaseosas que conocía el barrio—, al no extremar los cuidados a fin de evitar lesionar a alguno de los niños que habitualmente jugaban en la vereda y la falta de cuidado de los progenitores, al permitir que su hijo de cinco años jugara en la vereda, contribuyeron de manera eficiente para que el hecho aconteciera (54).

La CCyC 3ª de Mendoza dispuso que sentencia que atribuyó un 50% de culpa in vigilando a la madre de un menor que sufrió daños mientras jugaba en la calle, debe ser confirmada ya que aquella debió impedir que los menores siguieran jugando a fin de evitarles daños ya sea haciéndolos entrar o de cualquier otra manera que los protegiera del peligro que entrañaba el juego (55).

La CCyC de Resistencia señaló que los padres de un menor que falleció ahogado en una laguna formada por efecto de una obra hidráulica y la Provincia del Chaco, junto con la Administración Provincial del Agua, son responsables en forma concurrente por el suceso, pues mientras estos últimos debían disponer las medidas de seguridad y prevención de riesgos sobre ese bien de dominio público provincial a fin de evitar consecuencias dañosas, aquéllos debieron asumir ciertos cuidados frente al peligro latente que implicaba un lugar con aptitud para atraer naturalmente la curiosidad de cualquier niño (56).

La CCyC de Pergamino dispuso que la madre de un menor que fue embestida por un ciclomotor al intentar cruzar una calle desde atrás de una camioneta estacionada es parcialmente responsable por las consecuencias dañosas del siniestro, —en el caso, en un 70%—, pues incumplió con su deber de custodia y vigilancia activa (57).

La sala E de la CNac.Civ. dijo que los padres de un menor y el chofer de un transporte escolar son responsables en partes iguales por las consecuencias del fallecimiento de aquél al ser atropellado cuando el vehículo pasó a retirar a sus hermanos por la puerta de su domicilio, pues la madre y el conductor actuaron con negligencia al distraerse conversando, de modo tal que ninguno de los dos advirtió la presencia del pequeño en la calle (58).

La CCyC de Mercedes entendió que debía eximirse parcialmente, —en el caso, se lo responsabilizó en un 65%—, al conductor del camión que atropelló a un menor provocándole la muerte, pues, el hecho de que el pequeño se encontrara jugando en un patio ubicado en un complejo de viviendas por el que ingresaban automóviles para acceder al estacionamiento del lugar, sin el correspondiente control de sus padres contribuyó a que el hecho dañoso se produjera, proyectándose esta culpa "in vigilando" como eximente (59).

La CCyC de San Nicolás dispuso que los padres de un menor que se ahogó en un río y el club balneario concesionario de dicho afluente resultan responsables de forma concurrente por el infortunio, -en el caso, en un 30% y 70% respectivamente-, en tanto los progenitores fueron negligentes porque dejaron a su hijo por unos momentos al cuidado de otros niños dentro del espejo de agua turbia y fondo desnivelado, mientras que el segundo omitió brindar los servicios necesarios e imprescindibles para garantizar la seguridad de los bañistas aún en las condiciones adversas (existía bandera roja) (60).

La CCyC 1ª de Mendoza resolvió que debe responsabilizarse en forma concurrente al conductor del camión que embistió fatalmente a un menor y a los padres de éste, por el accidente ocurrido, pues si bien resulta de aplicación la presunción de responsabilidad del conductor del rodado, existió una falta de vigilancia sobre el menor, quien se encontraba solo en un playón de una chacarita donde se desplazaban camiones con frecuencia (61).

La CCyC de Concordia dijo que son responsables de forma concurrente por el fallecimiento del menor que fue embestido en la vía pública, sus padres y el conductor del vehículo embistente, —en el caso, en un 20 % y 80% respectivamente— en tanto los primeros no ejercieron debidamente el poder de vigilancia sobre su hijo, permitiendo que se bajara de la vereda y se interpusiera en la línea de marcha del rodado, mientras que el segundo fue imprudente, ya que circulaba en deficientes condiciones mecánicas que impidieron su oportuna detención (62).

La sala III de la Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro entendió que corresponde responsabilizar en forma concurrente, y en partes iguales, a la madre de un menor que fue mordido por un perro y al guardián de éste, teniendo en cuenta que, si bien la progenitora fue advertida sobre el peligro de que su hijo jugara o molestara al animal no tomó ninguna medida para evitar dicho contacto y que el guardián, sin conocer el carácter o las posibles reacciones del animal, lo dejó suelto a merced del comportamiento del niño, incumpliendo el deber de vigilancia y seguridad que pesaba sobre él (63).

La sala H de la CNac. Civ. sentenció corresponde atribuir responsabilidad concurrente en partes iguales, al chofer que embistió a un menor de edad que cruzaba solo la calle y a la progenitora de aquél; en tanto el conductor omitió adoptar en la emergencia las medidas de cuidado exigidas, no solo por su condición de profesional del manejo, sino por las características peligrosa de la zona, y el reclamante obró con culpa in vigilando al permitir que su hijo jugara solo en la vereda (64).

La sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes resolvió que debe reducirse la responsabilidad atribuida al conductor de un colectivo y a una empresa de transporte —en el caso, a un 60%— por el fallecimiento de un menor que fue embestido mientras circulaba en bicicleta, toda vez que se produjo la ruptura del nexo causal entre el riesgo creado por el ómnibus y el daño causado por el incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia de los padres, en tanto la madre de éste permitió que circulara detrás suyo por una arteria de intenso tráfico y doble mano (65).

La sala D de la CNac.Civ. dispuso que los padres de un menor en cuya casa se llevó a cabo una tarea escolar y los padres de la menor que sufrió quemaduras a causa de dicha tarea, son responsables —en el caso, en un 10%— por los daños que ésta sufrió, pues, si bien la causa más gravitante del hecho se debió a la conducta negligente de la docente demandada, que mandó como labor para el hogar realizar un experimento que por sus riesgos, debió hacerse en laboratorio y bajo su directa vigilancia, resulta evidente que los progenitores no ejercieron sobre sus hijos menores el debido control y cuidado sobre sus conductas (66).

VI.4.2. Ruptura total del nexo causal.

En otras oportunidades el hecho del progenitor o de los progenitores constituye una causa eficiente única del resultado, por lo que corresponde imputarla en su totalidad a los progenitores liberando de otra imputación a cualquier tercero. En este orden de ideas ha dicho el STJ de Córdoba que los padres de una menor que asistió a un natatorio de un establecimiento deportivo, se introdujo en la parte más profunda sin saber nadar ni dar aviso a los bañeros y se ahogó, son responsables por las consecuencias derivadas del hecho, pues, más allá de que hubiera existido un permiso o una prohibición no escuchada, la sola circunstancia de que haya asistido sin compañía de un adulto revela una falta en los deberes de cuidado y vigilancia emergentes de la patria potestad (67).

Por su parte, la Sala D de la CNac. Civ. Resolvió que es responsable la progenitora de un menor, y no el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por los daños y perjuicios experimentados por él a raíz de la caída que sufrió cuando se encontraba trepando al tobogán de una plaza pues, siendo que detentaba su custodia, debió evitar colocarlo en una situación de peligro, ya sea no permitiendo su acceso a un juego que no era acorde a su edad o acompañándolo y adoptando todos los recaudos necesarios para evitar el accidente, lo que no hizo (68).

Con esta misma tesitura, el STJ de Jujuy dispuso que son responsables en forma exclusiva los padres de un menor, —en el caso, de dos años de edad—, por los daños que sufrió éste al caer por el hueco de las escaleras del edificio donde vivían, pues, aun cuando la vivienda haya sido adjudicada por el Instituto de la Vivienda demandado, no se probó que técnicamente, las escaleras en cuestión poseyeran algún vicio de diseño o construcción, y al transferirse la guarda de la cosa las obligaciones incumben al guardador, desplazando la responsabilidad del estado hacia aquellos, de modo que eran

Bibliografía.

(A) Abogado. Apoderado General a Cargo de Asuntos Judiciales de la H. Cámara de Diputados de La Nación Especialista en Derecho de Daños (Universidad de Salamanca). Profesor de Derecho de las Obligaciones (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Profesor de Derecho Económico (Universidad Nacional de Moreno).

(1) OSSOLA, Federico A. "Responsabilidad Civil", Directores "Julio César Rivera — Graciela Medina, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, pág. 288.

(2) Difiere en esto la distinguida opinión del profesor Pascual Afierillo, no sin argumentos de valía.

(3) Artículo 699.- Extinción de la titularidad. La titularidad de la responsabilidad parental se extingue por:a) muerte del progenitor o del hijo;b) profesión del progenitor en instituto monástico;c) alcanzar el hijo la mayoría de edad;d) emancipación, excepto lo dispuesto en el artículo 644;e) adopción del hijo por un tercero, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación y nulidad de la adopción; la extinción no se produce cuando se adopta el hijo del cónyuge o del conviviente.

(4) Los ejemplos los proporciona OSSOLA (OSSOLA, Federico A. "Responsabilidad Civil", Directores "Julio César Rivera — Graciela Medina, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, pág. 289).

(5) En estos últimos supuestos la doctrina se ha preguntado la razón por la cual no se responde, ya que si el fundamento es objetivo, y no la culpa en la vigilancia, el desplazamiento de la guarda no debería afectar el deber de indemnizar. En cualquier caso se podría haber consagrado la existencia de una responsabilidad concurrente (conf. UBIRÍA, Fernando Alfredo, "Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, pág. 400.

(6) JALIL, Julián Emil, MAGRI, Eduardo, HERSALIS, Marcelo, Trabajo titulado "Los factores de atribución en la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores". Publicado en Revista La Ley. Buenos Aires. Año 12/ Número 10/ Noviembre de 2005. Págs. 1175 a 1201.

(7) ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, "Derecho Romano", t. II, p. 706, paragr. 288.

(8) Ibídem.

(9) CUQ, Eduard, "Les institutions juridiques des romains", v. II, p.468, París 1908.

(10) JALIL, MAGRI, HERSALIS, op. cit.

(11) Desde una perspectiva sociológica la adoptio y la adrogatio, eran paliativos a estos déficits; naturalmente desaparecido el culto a los mayores, dejó de existir la adopción en la legislación de otras civilizaciones v.gr. en el Código Napoleón que rigió la Francia del siglo XIX.

(12) Instituciones de Justiniano, (edición bilingüe), p. 336, n° 7, Buenos Aires 1947.

(13) IHERING, Rudolf, "Prehistoria de los indoeuropeos", p. 93, citado por LAFAILLE, Héctor, "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", t. I, p. 7 nota 7°, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires 1950.

(14) OVEJERO, "Responsabilidad por el hecho de tercero", JA, 54, secc. Doctrina, p. 22.

(15) POTHIER, Robert Joseph, "Tratado de las obligaciones", n° 454, p. 300, Ed. Heliastra S.R.L., San Pablo, año 1993.

(16) JOSSERAND, Louis, "Derecho Civil" t. II, v. I, "Teoría General de las Obligaciones", n° 503, p. 386-387, Ediciones Jurídicas Europa - América, Bosch y Cía - Editores, Buenos Aires año 1950.

(17) REYNA, Carlos, comentario al artículo 1114 en el "Código Civil Comentado...", t. II c, p. 636, BUERES - HIGTON, Ed. Hammurabi.

(18) SALVAT - ACUÑA ANZORENA, "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones", t. IV, p. 156.

(19) PLOVANICH, María Cristina, "La responsabilidad civil de los padres" (tesis doctoral en www.acaderc.org.ar/ediciones/la-responsabilidad-civil-de-los-padres/at.../file)

(20) AGUIAR, Henoch, "Hechos y actos jurídicos", t. III, p. 64.

(21) JALIL, MAGRI, HERSALIS, ob. cit.

(22) Este era el criterio del profesor Salas, en un parecer que fuera revisado con posterioridad. Ver SALAS, Acdeel "Incompatibilidad entre la responsabilidad del padre y la del empleador", JA, 1967-VI-188 y sigtes.

(23) VISINTINI, Giovanna, "Tratado de la responsabilidad civil", t. II, p. 306, Astrea, (trad. Aída Kemelmajer de Carlucci) Buenos Aires 1999.

(24) PLOVANICH, María Cristina, ob. cit.

(25) J. DE AGUIAR DÍAS, Tratado de la responsabilidad civil (Da responsabilidade civil), 7a ed., Río de Janeiro, 1983, vol. 2, traducción de los doctores Agustín e Ignacio Moyano, Buenos Aires, 1957.

(26) PLOVANICH, María Cristina, ob. cit.

(27) Se ha sostenido que la patria potestad "... obliga al padre frente al propio menor y a los terceros, a impedir que el hijo cause perjuicios, mediante una adecuada educación y una vigilancia de su conducta en forma diligente. Sería la institución misma y no los deberes de ella dimanados... por ello extinguida la patria potestad, cesa también la responsabilidad de los padres..." (REYNA, comentario al artículo 1114 en el "Código Civil Comentado...", t. II C, p. 636, BUERES - HIGTON, Ed. Hammurabi, que atribuiría el criterio a Trigo Represas CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, "Derecho de las obligaciones", t. IV, p. 514).

(28) Acerca de la cual ha señalado Plovanich con interesante cita: "En doctrina francesa, ha dicho Neirinck: "La responsabilidad de los padres ha evolucionado, a través de la jurisprudencia, en un sentido más favorable a la protección de los terceros que a la del menor, pues no aparece como contrapartida a un derecho de guarda mal ejercido, sino que se convierte en una garantía para con los terceros..." 10. Por tanto los padres garantizan a los terceros, la indemnización de los daños causados por sus hijos, con independencia del buen o mal ejercicio de esa guarda" (PLOVANICH, María Cristina, op. cit. que cita a C. NEIRINCK, La protection de la personne de l'enfant contre ses parents, París, 1984, a su vez transcripto por Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 111).

(29) Lo cual, nos hemos atrevido a señalar (en JALIL, MAGRI, HERSALIS, op. cit.) constituye una aplicación del "deep pocket" reseñado por Calabresi en "El Coste de los Accidentes", como forma de disminución del coste secundario de los accidentes. Este ha sido consiente o no, el criterio que se desprende del voto del Dr. Wayar en el fallo "Andrade Lisandro y otra c. Artaza, José", ST Jujuy, 1° de marzo de 1984, ED, 108-673.

(30) En JALIL, MAGRI, HERSALIS, ob. cit., "... No me atrevo a afirmar que son sencillos; no hay en la tierra una sola página, una sola palabra, que lo sea, ya que todas postulan el universo, cuyo más notorio atributo es la complejidad...", BORGES, Jorge Luis, Prólogo al "El Informe de Brodie", Obras Completas, v. II, p. 399, EMECE, Brasil año 1993.

(31) En JALIL, MAGRI, HERSALIS, ob. cit.

(32) Sobre "complejidad": MORIN, Edgard, citado en http: www.pensamientocomplejo.com.ar y en MOTTA, Raúl, "Hacia una política de civilización: la demanda de un nuevo contrato social y el nuevo rol de las organizaciones del tercer sector" Instituto Internacional para el Pensamiento Complejo, Universidad del Salvador 1999.

(33) Así, "La estructura familiar y el modo de vida de sus integrantes han variado para adaptarse a los constantes cambios sociales operados. Entre las innovaciones podemos considerar el acceso a los estudios por un cada vez mayor número de jóvenes (lo que muchas veces implica traslado de la residencia a lugares distantes del

hogar paterno), uso generalizado de cosas riesgosas (automotores, ciclomotores), desempeño de la mujer en actividades laborales fuera del ámbito hogareño. A esto se puede añadir diferencias en las actitudes o comportamientos de los padres, ya sea por ruptura del vínculo matrimonial por divorcio, formación de nuevos vínculos afectivos de parejas, uniones de hecho entre los progenitores, o una tendencia hacia la satisfacción de intereses individuales de orden laboral o económico en los miembros de la unión, que se traduce en menos tiempo de contacto o atención a las tareas que como padres les corresponde asumir" (PLOVANICH, María Cristina, ob. cit.)

(34) ABRAHAM, Tomás, "La Empresa de vivir", p. 311, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, año 2000.

(35) Hoy, y en verdad desde hace largas décadas, es un poco más que una inocente ilusión suponer que es posible la vigilancia del menor con el mismo margen de efectividad que en los tiempos de Vélez al tiempo de sanción del código. Decía Diez Picazo que obviamente "... no es fácil hacer efectiva la obligación de obediencia de un muchacho de 16 años..." citado en de ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, "Comentario del Código Civil" (obra colectiva) t. 9, p. 13, Ed. Bosch, Barcelona año 2000.

(36) Al padre se le reprocha que no se vigiló atentamente el proceso de crecimiento de las bondades del espíritu, para que en aquellos tramos de la existencia del menor en donde fuera imposible la vigilancia concreta de su persona —en el sentido más corporal de la palabra—, su conducta fuera innocua para terceros. Parece entonces, que se reprocha al progenitor una falta de diligencia, por no prever que la vida moderna impone al menor largos tránsitos fuera de su custodia material, razón por la cual, la ausencia de énfasis en la corrección de las malas inclinaciones, cobra importancia capital a la hora de presumir culpas. El puntualizar aquello que debe entenderse por "vigilancia activa" ha dado lugar a más de una polémica, pues como lo destacan Bueres y Mayo, genera inseguridades que exceden lo meramente terminológico BUERES - MAYO, "La responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos (algunos aspectos esenciales)", n° 12, p. 300, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario".

(37) REYNA, Carlos, ob. cit.

(38) En JALIL, MAGRI, HERSALIS, ob. cit.

(39) Ibídem.

(40) ROSENKRANTZ, Carlos, "El riesgo y la responsabilidad extracontractual: algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación", año III, t. II, ps. 45-90, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, año 1999.

(41) En JALIL, MAGRI, HERSALIS, ob. cit.

(42) PANTALEON PRIETO, Fernando, "Como repensar la responsabilidad civil exracontractual...", p. 444, nota 12, en "Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio", Dykinson, Madrid, España, año 2000.

(43) En JALIL, MAGRI, HERSALIS, op. cit.

(44) Justificaba esta idea que, para las sociedades actuales, aún con las dificultades que la temprana exposición del menor a la pauta cultural impuesta por los medios masivos de comunicación entraña, los padres, en el marco de la familia, continúan siendo resorte esencial en la generación de valores. A partir de esta idea se reprocha al progenitor la causación del daño derivado de la imposición de un riesgo a la comunidad: el que genera la ausencia de énfasis en la corrección de las malas inclinaciones, único medio para impedir perjuicios que de otra manera es poco factible evitar, aceptada que fuera la circunstancia de que el menor sale a la calle sin la presencia física de los padres y que ello es un riesgo comúnmente aceptado. Y es que es posible avizorar que en éste área, la correcta educación es el primer dique oponible a la causación del daño.

(45) PAEZ, Rodolfo, "Once y seis", álbum "Giros" año 1985.

(46) PAEZ, Rodolfo, 'El chico de la tapa', Álbum "Tercer Mundo", año 1990.

(47) DIEZ-PICAZO, Luis, GUILLÓN, Antonio, "Sistema de Derecho Civil". Vol. II. 9° edición. Ed. Tecnos. Madrid. 2001. p. 553.

(48) Ver: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 22/02/2008, Etcheverri, Emma Elena c. Alto Palermo S.A. (APSA) Abasto de Buenos Aires y otro, LA LEY 23/04/2008, 23/04/2008, 10 - LA LEY 2008-C, 44, AR/JUR/490/2008. En igual sentido véase: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, "Aristizabal, Julio Alberto c. Fast Food Sudamericana", 2007/10/31, La Ley Online; Cámara Nacional de

Apelaciones en lo Civil, sala K, "Boghossian, Carlos E. c. Alto Palermo S.A.", 2006/10/26, DJ 28/02/2007, 482 - JA 2007-I, 227.

(49) PUIG PEÑA, Federico, "Tratado de Derecho Civil Español", tomo IV., Vol. I., Ed. Revista de derecho Privado, Madrid, p. 328.

(50) SAN AGUSTÍN, "La ciudad de Dios", Traducción de J. C. DÍAZ DE BEYRAL, Vida de Hernando y Civa, Madrid, 1893, p. 74

(51) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, R., L. del V. y otro c. C. S. y D. P. S. M. y otros, 24/07/2008, LLBA 2008 (diciembre), 1262, AR/JUR/6495/2008.

(52) PUIG BRUTAU, José, "Fundamentos de Derecho Civil", t. II., Vol. II, Ed. Bosch, p. 689.

(53) JALIL, Julián Emil, "La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial" LA LEY 11/12/2015, 6, LA LEY 2015-F, 454, AR/DOC/3494/2015. LÓPEZ MESA, Marcelo J. Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada, LA LEY 12/08/2013, 1, LA LEY 2013-D, 1167, AR/DOC/2991/2013. Cám. Apels. Trelew, sala A, 27/06/2013, "M., Marta c. Transportes El 22 SRL s/daños y perjuicios", en La Ley Online, con votos de LOPEZ MESA y de VELÁZQUEZ. ZANNONI, Eduardo A., "Cocausación de daños (Una visión panorámica)", en "Revista de Derecho de daños", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. 2003-2, ps. 8 y 9.

(54) Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 18/11/2014, Serrano, Graciela Edith y ots. por su hijo menor: R., R. G. c. Carrizo Videla, Rubén Ignacio s/ d y p (accidentes de tránsito), LLGran Cuyo 2015 (mayo) , 407, AR/JUR/58643/2014.

(55) Cámara 3a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 17/11/2014," R., M. V. c. Sanz, Eugenio Rafael y otros s/ d. y p.", RCyS 2015-V, 128, AR/JUR/58742/2014.

(56) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala II, 12/12/2013, "Chavez, Ramón y Correa, María Alejandra c. Provincia del Chaco y/o Administración Provincial del Agua y/o Municipalidad de Resistencia s/ daños y perjuicios y daño moral", RCyS 2014-VI, 89, AR/JUR/88842/2013.

(57) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino, 28/02/2013, Tissera, Esteban Omar y otro/a c. Nuñez, Marcelo y otro/a s/ daños y perj. autom. c. les.o muerte (exc. estado), RCyS 2013-VII, 141, AR/JUR/8164/2013.

(58) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 03/09/2012, P., M. J. y otro c. A., R. A. y otros s/daños y perjuicios, RCyS 2012-XII, 149, AR/JUR/49062/2012.

(59) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, 02/12/2010, Marzano, Claudio Abel y otro c. Cardinale, Ovidio Omar y otros, AR/JUR/81506/2010.

(60) Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 04/11/2010, Choi Gab Yeol y otra c. Club Pescadores y Náutica de San Pedro, RCyS 2011-V, 152, AR/JUR/81275/2010.

(61) Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 27/10/2010, Ortubia, Sergio Francisco y ots. c. Pericaz, Miguel Ángel y ots., La Ley Online, AR/JUR/66481/2010.

(62) Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial II, 06/10/2010, Rodríguez, Martin Sebastián y Otra c. Moreyra, Elbio Daniel y otros, La Ley Online, AR/JUR/67583/2010.

(63) Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala III, 23/09/2010, Alles, Jonathan David c. Rearte, Norma y otra, RCyS 2011-IV, 210 con nota de Jorge Mario Galdós, AR/JUR/64268/2010

(64) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 26/08/2010, V., A. M. y otro c. Cárdenas Sociedad Anónima Empresa de Transportes y otros, DJ 23/02/2011, 8 con nota de Robinson Rodríguez, AR/JUR/51637/2010

(65) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, 12/08/2010, Vega Angel Feliciano c. Granados José Luis, La Ley Online, AR/JUR/44177/2010.

(66) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II, 10/02/2009, Rasente, Walter y ots. c. Dirección General de Cultura y Educación de la Pcia. de Bs. As. y ots., LLBA 2010 (septiembre) , 860 con nota de Pablo Daniel Rodríguez Salto, AR/JUR/37380/2010.

(67) Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial, 01/07/2014, Barrera, Juan Pedro y otro c. Belgrano Juniors Club Atlético y Biblioteca Popular - Ordinario s/ daños y perjuicios - recurso de casación, RCyS 2014-XI, 125, AR/JUR/46356/2014.

(68) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 09/06/2011, Nigri, Adriana Verónica y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios, La Ley Online, AR/JUR/99538/2011.

(69) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, 26/04/2011, Palomo, Francisco por sí y el menor E. F. P. c. Instituto de Vivienda y Urbanismo de Jujuy s/ordinario por daños y perjuicios, LLNOA 2011 (septiembre), 824 con nota de Viviana Gasparotti, AR/JUR/24711/2011.

Indemnizaciones derivadas del fallecimiento de la víctima

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2017-XII, 11
Cita Online: AR/DOC/2734/2017
[Consultado el 05/07/2020]

Sumario.

I. Indemnización por fallecimiento.— II. Los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal.— III. Lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida.— IV. La pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda de la persona menor de edad fallecida.— V. La prueba del daño.

"El esfuerzo realizado en esta vida se proyecta en el bienestar de nuestros seres queridos y es justo que perdure en ellos también materialmente, pues en definitiva constituye un como símbolo del afecto que unió los espíritus entrañables durante el paso por la tierra..."

I. Indemnización por fallecimiento.

El art. 1745 establece que en caso de muerte, la indemnización debe consistir en: a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal; b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes; c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido.

El art. 1745 es un ejemplo de presunción legal del daño. El damnificado por muerte tiene derecho a los daños que se mencionan en los tres incisos. El listado es meramente enunciativo y se refiere sólo a los daños patrimoniales, ya que los extramatrimoniales se presumen por el solo hecho de la muerte. Se trata de una guía para los jueces (1).

II. Los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal.

Se prevé el primer daño material resarcible, secuencial o temporal, ante la muerte que es el gasto necesario para la asistencia de la víctima (médica, farmacéutica, internación, transporte, etc.), en el tiempo comprendido entre el hecho dañoso y su fallecimiento. Son legitimados activos quienes hubieran asumido esas erogaciones. En tal supuesto se aplican los parámetros del art. 1746 sobre asistencia o lesiones.

El segundo daño material ante la muerte es el gasto de funeral o sepelio que el responsable debe reintegrar al damnificado directo (cónyuge, conviviente, hijos menores de edad) o al tercero que los efectuó, aun si este tiene la obligación legal de pagarlos (por ejemplo, la aseguradora, el empleador, en su caso, etc.). O sea, son legitimados los sujetos que asumieron o afrontaron la obligación de abonar los gastos de funerarios razonables y acordes a la situación de la víctima (2).

III. Lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida.

III.1. La presunción de daño material ante la muerte y los beneficiarios de esa presunción (legitimados activos)

El inc. b) del art. 1745 establece que en caso de muerte del progenitor, la indemnización debe consistir en lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes. Corresponde agregar que dicho derecho se ejerce iure propio y que el campo de legitimados debe ampliarse a quienes detenten un trato familiar ostensible, pues de la lectura del art. 1746 no surgen dudas que éstos detentan iure propio dicho derecho.

Se trata de un "daño material", que si bien carece de mayores precisiones, resulta claro en cuanto se refiere al perjuicio patrimonial derivado de la muerte del progenitor, hecho que tiene evidente repercusión en la esfera patrimonial del cónyuge, del conviviente, o de los hijos, y más aún cuando éstos últimos son incapaces o con capacidad restringida. A tales efectos, no requiere prueba acabada, pues en estos casos el daño se presume.

Vale aclarar que el precepto crea una presunción iuris tantum de que la muerte, por sí sola ha provocado un perjuicio en el patrimonio de las personas enumeradas en la referida normativa y es en virtud de ello que dichos componentes de la familia, aunque no prueben daño patrimonial alguno, obtienen de todas formas un resarcimiento (3). Como toda presunción *iuris tantum* admite prueba en contrario.

III.2. Métodos de determinación del valor vida.

Inicialmente se sostuvo que la vida tenía un valor *per se*, cuya pérdida debe ser indemnizada con independencia de lo que ella produce. En contraposición a esta línea argumental surgió otra postura, de tinte materialista o economicista, que entiende que la vida carece de valor económico pues representa un derecho personalísimo. La persona es concebida como productora de bienes económicos, por tanto, el valor de la vida humana estará dado por el perjuicio económico que sufren quienes se beneficiaban de esos bienes antes de la muerte. Por último, existe una postura integral o solidaria, que considera que el valor de la vida no resulta apreciable con criterio exclusivamente económico.

III.2.1. El método materialista en la jurisprudencia argentina.

En nuestro país la magistratura nacional ha adoptado mayoritariamente la postura materialista o economicista. A poco que se analicen los repertorios jurisprudenciales dan cuenta de ello.

Así se ha dicho que a los efectos de establecer el monto indemnizatorio que corresponde otorgar en las presentes actuaciones debe tenerse en cuenta los aportes económicos que podía suministrar la fallecida, pues si bien la vida humana no tiene valor económico *per se*, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial sobre aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que la extinta producía, desde el

instante en que esta fuente de ingresos se extingue y siempre y cuando no se trate de afectaciones de carácter afectivas y espirituales que serán ponderadas a la hora de fijar el daño moral (4).

En el mismo sentido se resolvió que si bien la vida humana no tiene un valor económico per se, su pérdida puede ocasionar indudables efectos de orden patrimonial, por ello, lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora o productora de bienes desarrollada por el fallecido (5).

Por su parte, se señaló que cuando se indemnizan las pérdidas que los damnificados indirectos sufren por muerte de la víctima se resarcen los perjuicios económicos, pues otras consideraciones acerca del valor afectivo, moral o extrapatrimonial de la pérdida de la vida humana quedan reservadas a la estimación del daño moral (6).

En el mismo sentido se sostuvo que la cuantificación de este rubro debe determinarse en consideración a lo que el causante producía o podía producir, por lo que la cuantificación del daño resarcible debe ser efectuada con la razonabilidad que exijan las particularidades de cada caso como las circunstancias de persona, tiempo y lugar (7).

III.2.2. Forma de cuantificación del valor vida.

Nosotros entendemos que el valor vida debe ser cuantificado, conforme el prudente arbitrio judicial, teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica, la ponderación de todas las variables de incidencia, los parámetros rectores fijados por los principios derivados de la prudencia y la equidad, acotados por la realidad.

El fundamento de la indemnización puede sintetizarse en la pérdida del derecho alimentario comprendido en una acepción amplia. Como expone Mazeaud, el vocablo alimentos comprende todo lo necesario para la vida de la persona necesitada (8), es decir, lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación. (Conf. art. 541 del Cód. Civ. y Com.).

Debe adoptarse un criterio que pondere —en cada caso—, las características específicas de la víctima, especialmente las referidas a su edad, su preparación y el nivel socio económico en el que se desenvolvía, como también los efectos económicos que su desaparición provoca a los damnificados indirectos, quienes se ven afectados patrimonialmente por la disminución o privación de bienes que percibían en vida del aquella (9).

Emendemos que estos parámetros resultan pautas diáfanas para el judicante a los fines de cuantificar el daño padecido, y deben ser consideradas conjuntamente con la productividad económica de la víctima.

III.2.3. La inclusión de las tareas familiares o domésticas dentro del campo resarcible.

El campo resarcitorio puede ampliarse si se prueban las tareas que realizaba el fallecido o fallecida como adulta en el seno familiar, pues ellas gozan de una clara apreciación pecuniaria y corresponde que sean adunadas al campo resarcible. Así lo ha entendido la jurisprudencia al señalar que procede la indemnización en concepto de valor vida aun cuando la víctima se haya desempeñado como ama de casa y no haya realizado tareas retributivas dinerariamente, ya que también los servicios prestados en el propio interés y en el seno del grupo familiar, tienen una clara significación económica (10).

En ese mismo orden de ideas se ha dicho que las tareas de asistencia que la fallecida podría haber realizado en el hogar resultan objeto de reconocimiento y cuantificación, pues es evidente que la finalización de la vida de ésta provocó a los actores un daño cierto, al verse impedidos de sus aportes a la unidad familiar, que queda frustrada como proyecto de vida (11).

Esta hipótesis resulta aplicable a las personas de ambos sexos. No obstante lo expuesto, estas tareas no se presumen *per se*, y menos cuando la causante o el causante se encontraban afectados a diversos trabajos o distintos quehaceres ajenos al hogar, pues justamente, en estos casos, puede inducirse lo contrario, es decir, que no eran éstos quien realizaban las tareas domésticas (12).

III.2.4. La adopción del método integral o solidario por el Código Civil y Comercial.

Entendemos que con el Código Civil y Comercial se debe adoptar el método integral o solidario o espiritualista para determinar el valor vida, ello de conformidad a los arts. 1º y 2° del Cód. Civ. y Com., pues es la que más considera al ser humano en toda su dimensión. La postura materialista resulta deontológicamente opuesta al derecho a la vida y dignidad del hombre reconocidos en el art. 4º del Pacto de San José de Costa Rica, arts. I, IV, y VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, arts. 2º, 3º, 6º y 16, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y por lo tanto resulta contraria a la Constitución Nacional. (Conf. art. 75 inc. 22) (13).

Consideramos que ésta ha sido incluso la postura asumida por la CS en el caso "Aquino", donde dicho Tribunal sostuvo que el valor de la vida humana no resulta apreciable solo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ya que no se trata de mensurar en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres (14).

Así lo entiende también Alferillo, quien sostiene que se debe tener presente que ante suscripción de los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos por la Argentina, —donde se protege a la persona humana en su integridad psicofísica y social—, el método que se adecua a la normativa no es el materialista que ve únicamente al ser humano como un ente productor de bienes y servicios sino, partiendo de una concepción integral del mismo, se deben sumar los aportes solidarios, de colaboración, etc., que efectuaba el fallecido a sus familiares (damnificados indirectos) de los cuales también se ven privados.

Esta concepción del ser humano es trascendente frente a la pretensión de los autores de aplicar las fórmulas de la matemática financiera para realizar el cálculo de las cuantías indemnizatorias que deberán recibir sus damnificados indirectos por el fallecimiento ilícito del familiar, por cuanto, en primer lugar, no es aplicable, dado que si el Código hubiera querido que así fuera lo hubiera expresamente regulado. Por el contrario, reguló este método únicamente para el cálculo de la indemnización por incapacidad psicofísica.

El dejar al arbitrio judicial la cuantificación del daño padecido por los terceros que reclaman el daño por fallecimiento iure proprio con el contenido normativo de la parte final del inc. b), donde se regula que el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes. No dice allí que el juez deba aplicar las fórmulas de la matemática financiera previstas en la norma siguiente (15).

En este marco, entendemos que sigue vigente éste criterio jurisprudencial según el cual, para fijar la indemnización no han de aplicarse fórmulas matemáticas, más sí es menester considerar y relacionar las diversas variables relevantes de cada caso en particular tanto en relación con la víctima (capacidad productiva, cultura, edad, estado físico e intelectual, profesión, ingresos, laboriosidad, posición económica y social, expectativa de vida, entre otras) como con los damnificados (grado de parentesco, asistencia recibida, cultura, edad, educación, condición económica y social, etc.), datos todos éstos que deben ser prudencialmente valorados por el tribunal (16).

IV. La pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda de la persona menor de edad fallecida.

El fallecimiento de un hijo es un daño que debe resarcirse como pérdida de una chance y no como daño consumado, pues lo que se frustra a los padres es la esperanza de ayuda y sostén en la vejez o en el momento de carencias existenciales (17).

No obstante lo expuesto, resarcir la pérdida de chance por la muerte de un hijo implica hacer un juicio futuro que se sustente de modo suficiente en lo que la experiencia de vida indica que normalmente suele suceder, es decir, lo que la víctima hubiera brindado a sus progenitores no sólo con ayuda patrimonial, sino también con la cooperación en las restantes necesidades que apareja la ancianidad.

La pérdida de "chance" que para los padres importa la muerte de un hijo se traduce exclusivamente en la falta de ayuda en la vejez o en la edad madura, cuando las posibilidades de autoabastecimiento decrecen en los progenitores y los aportes económicos de los hijos devienen necesarios (18) resultando procedente en la medida que configure un daño cierto y actual, consistente en la frustración de la legítima esperanza de ayuda en el futuro.

El inciso consagra, —de esta forma—, una reiterada doctrina y jurisprudencia nacional que considera procedente el resarcimiento de este tipo de daño cuando, —como consecuencia del hecho antijurídico—, fallece el hijo menor de los demandantes (19).

Se trata de situaciones en que el hijo aún no realizaba efectivamente aportes a sus progenitores, pero en los cuales existía la posibilidad cierta de que estos recibieran su ayuda en el futuro. Si, por el contrario, el hijo fallecido ya hubiese estado realizando aportes en favor de sus progenitores, se estaría ante un lucro cesante, y no una pérdida de chance. Finalmente, el artículo en estudio no limita a los padres la legitimación para reclamar la pérdida de chance, sino que la extiende a quienes tengan la guarda del menor fallecido (20).

V. La prueba del daño.

Establece el art. 1744 que el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos, no obstante, esta regla cede ante las presunciones *iuris et de jure* o *juris tantium* de daño, o cuando se trata de daños notorios (21).

En el caso de la presunciones *iuris et de jure* de daño, existen casos específicos en donde el daño se presume sin admitir prueba en contrario, así en lo que respecta a la cláusula penal, para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no sufrió perjuicio alguno (conf. art. 794 del Cód. Civ. y Com.), por su parte, la entrega de señal o arras se interpreta como confirmatoria del acto (Conf. art. 1059 del Cód. Civ. y Com.).

En cuanto a las presunciones *iuris tantum* de daño, se puede indicar como ejemplo, la indemnización por fallecimiento prevista en el art. 1745 del Cód. Civ. y Com., que como dijimos oportunamente admite prueba en contrario.

Los supuestos en que el daño surge notorio de los propios hechos, (22) son casos en que el perjuicio se encuentra acreditado *in re ipsa*, pues basta la perspectiva de cualquier hombre medio para admitirlos como tal ante la mera producción del suceso (v.gr. el daño extrapatrimonial ante la muerte de un hijo).

Bibliografía.

(1) LÓPEZ HERRERA, Edgardo en RIVERA, Julio C., - MEDINA, Graciela (dirs.), "Código Civil y Comercial Comentado", Ed. La Ley, 2014, t. IV, p. 185.

(2) LORENZETTI, Ricardo, "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. VIII, 2015, p. 518. Ver: JALIL, Julián E., "Cuantificación de Daños", Ed. La Ley, 2017, Región Patagonia, ps. 65 y ss.

(3) CNCiv., sala F, 12/05/2011, "Moyano, María Teresa y otros c. Martínez, Diego A. y otros s/ cobro de sumas de dinero", La Ley Online, AR/JUR/25770/2011.

(4) CNCiv., sala I, 07/05/2015, "S., M. M. y otros c. M., L. G. y otros s/ daños y perjuicios", La Ley Online, AR/JUR/19467/2015. Ver: JALIL, Julián E., "Cuantificación de Daños", Ed. La Ley, Buenos Aires, Región Patagonia, 2017, p. 67.

(5) Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sala A, 04/05/2015, "P., M. I. c. C., R. A. y otros s/ daños y perjuicios", La Ley Online, AR/JUR/27817/2015.

(6) CNCiv., sala L, 04/05/2012, "Campo, Savina A. c. Cianni, Javier E. s/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les. o muerte)", La Ley Online, AR/JUR/26726/2012.

(7) Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Jujuy, 16/05/2011, "Castro, Nilda; Chambi, María Soledad; Chamba, Luis A.; Chambi, Miguel Á. c. Martínez, Martha E. - Caja de Seguros SA s/ daños y perjuicios", La Ley Online, AR/JUR/24398/2011.

(8) MAZEAUD, Henry Leon - MAZEAUD, Jean, "Lecciones de Derecho Civil", Ed. Ejea, Buenos Aires, 1959, parte I, vol. IV, p. 147, nro. 1208; LEHMAN, Heinrich, "Derecho de Familia", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, vol. IV, p. 397 y ESCRICHE, "Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia", París, 1869. Principios tan sólidamente vinculados con la dignidad del ser humano, como son el derecho a la vida y la solidaridad social sustentan con igual firmeza lo que en rigor constituye un derecho natural para aquél que requiere el alimento, que el legislador ha convertido en derecho positivo, elevando la exigibilidad moral al rango coactivo de deber jurídico. PÉREZ DUARTE, Alicia E., "La obligación alimentaria: deber jurídico, deber moral", coedición de Ed. Porrúa y la Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1989, p. 10. Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y Minas Nº 8 de Mendoza, 23/06/2016, "P., M. del C. y otros c. Maldonado, Darío A. s/ daños y perjuicios", La Ley Online, AR/JUR/51814/2016. Basado en el carácter alimentario y considerando el interés superior del niño, ese mismo Juzgado entendió que dichos derechos prevalecían sobre cuestiones procesales que determinaban la caducidad de instancia de un proceso donde intervenían personas menores de edad. Se preguntó la judicante ¿resulta constitucional y convencionalmente ajustada a derecho la declaración de caducidad de la instancia en un proceso que tiene por objeto el resarcimiento de los daños sufridos por niños ante el fallecimiento de su padre, cuyo rubros indemnizatorios poseen un eminente carácter alimentario? A lo que respondió que atendiendo al carácter alimentario que poseen los rubros indemnizatorios reconocidos a los hijos menores en caso del fallecimiento de un progenitor, el art. 78 y cc. del Cód. Proc. Civil, resulta en "concreto" inaplicable, porque al someterlo al control de constitucionalidad y convencionalidad, y ponderarlo con el principio de orden público, del "interés superior del niño", su aplicación traería aparejado una violación a los principios y garantías reconocidos en la Constitución Nacional (arts. 14, 28, 31, 75 inc. 22), los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, especialmente la Convención Internacional de los derechos del Niño, y de la ley de la Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes 26.061, además de obstaculizar un verdadero "acceso a la justicia" a las personas más vulnerables, como son los niños, niñas y adolescentes.

(9) CNCiv., sala G, 04/12/2009, "Barros, Juan Carlos y otros c. Trenes de Buenos Aires SA y otros", RCyS 2010-V, 171 con nota de Tomás I. GONZÁLEZ PONDAL, AR/JUR/57748/2009. En ese sentido, también se ha considerado que a los fines de establecer el "valor vida" debe tenerse en cuenta, respecto de la occisa, su sexo, edad y tiempo probable de vida útil, su educación, profesión u oficio, caudal de ingresos a la época del deceso, probabilidades de progreso y ahorro, aptitudes para el trabajo, nivel de vida y condición social; mientras que, desde el punto de vista de quien reclama la indemnización, habrá de meritarse el grado de vinculación o parentesco con aquél, la ayuda que de él recibía, el número de miembros de la familia, etc., factores

todos que quedan librados al prudente arbitrio judicial (CNCiv., sala E, 28/02/2013, "M., M. A. c. G., J. A. y O.", La Ley Online, AR/JUR/6186/2013).

(10) Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 07/10/2010, "Machado, Sergio A. c. García, Jorge O. y otros", La Ley Online, AR/JUR/81293/2010.

(11) Ver Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I, 14/10/2009, "Álvarez, Omar y otros c. Moreno, Edgar y otros", La Ley Online, AR/JUR/44359/2009.

(12) Ver mi voto en Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, autos: "S, A. I. y otro c. G., J. C. y/u otros s/ daños y perjuicios", Expte. 30, año 2017. SD, Reg. 26/17 SDC. Publicada en Eureka.

(13) Ver JALIL, Julián E., ob. cit., p. 70.

(14) CS, 21/09/2004, causa "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA", Sup. Especial La Ley 2004 (septiembre), 39, con nota de Ramón D. PIZARRO; Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA; Rodolfo E. CAPÓN FILAS; Marcelo LÓPEZ MESA; Carlos V. CASTRILLO; Horacio SCHICK DJ 2004-3, 339 DT 2004 (septiembre), 1286 DJ 2004-3, 394 con nota de Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA. RCyS 2004, 542 con nota de Carlos A. GHERSI. ED 25/10/2004, 5 DJ 2004-3, 798 con nota de Ángel E. GATTI. TySS 2004, 778 LA LEY 2005-A, 230 con nota de José P. DESCALZI. DJ 2004-3, 1094 con nota de Carlos A. GHERSI. IMP 2004-B, 2588 JA 2006-IV, 15 RCód. Civ. y Com. 2016 (octubre), 222 con nota de Christian A. CAO y Gonzalo GAMARRA, AR/JUR/2113/2004.

(15) ALFERILLO, Pascual en ALTERINI, Jorge, "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. VIII, p. 276.

(16) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 30/06/2011, "Prome, Magdalena E. y otros c. Trespando, Juan Carlos", 1/1360.

(17) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de 1ª Nominación de Río Cuarto, "Rivarola, Adrián M. C. y Aldana Marina Fogonza c. Ángel Marcelino Aguirre, Juan Andrés Allasia y J. y M. Repuestos Soc. de Hecho s/ demanda ordinaria" (expte. 473436), 26/03/2012, LLC 2012 (mayo), 453, AR/JUR/6001/2012.

(18) Ver Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, "Fredes, Gabriel R. y ot. c. Vela Martínez, Luis M. y ots.", 24/05/2008, LLGran Cuyo 2008 (agosto), 682, AR/JUR/3354/2008. Ver También: Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 19/03/2008, "Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano", LLC 2008 (junio), 535; Juzgado Correccional y de Menores Nº 1 de Posadas, 19/10/2007, "Maidana, Walter", LLLitoral 2008 (febrero), 107; CNCiv., sala M, 21/09/2007, "Parfenchuk, Ricardo N. y otro c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca SA", La Ley Online; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala II, 07/07/2006, "Sena, Pedro H. y Otra c. Marastoni, Edgar A. y/u otros", LLLitoral 2006, 1464.

(19) Ver Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, "D., J. L. y otro c. Rosso, Héctor B. y otro", 17/08/2000, LLLitoral 2001, 718, AR/JUR/3773/2000. Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, "C., P. y otro c. Clínica Mitre SRL y otro", 16/11/2000, LLBA 2001, 340, JA 2001-IV, 611, AR/JUR/3868/2000. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, "D., J. L. y otro c. Rosso, Héctor B. y otro", 17/08/2000, LLLitoral 2001, 718, AR/JUR/3773/2000. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, "C., P. c. Gerace, Francisco y otros", 30/11/1999, LLBA 2000, 461, AR/JUR/284/1999. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, "C., P. c. Gerace, Francisco y otros", 30/11/1999, LLBA 2000, 461, AR/JUR/284/1999, entre otros, sobre todo tratándose de familias de "escasos recursos". (Ver CNCiv., sala I, "Sandez, Emilio M. y otros c. Metrovías SA y otro", 07/03/2007, La Ley Online, AR/JUR/1732/2007). Entendemos que lo que está en juego es la probabilidad de contar con la colaboración más no la certeza, y que aquella probabilidad puede deducirse de las características personales del beneficiario de la indemnización.

(20) HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO Sebastián (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Infojus, t. IV, libro tercero, p. 469.

(21) Ver JALIL, Julián E., ob. cit., p. 73.

(22) Por hechos notorios deben entenderse, en general, aquellos que por el conocimiento humano se consideran ciertos e indiscutibles, ya sea que pertenezcan a la historia, a la ciencia, a la naturaleza, a las vicisitudes de la vida pública actual o a circunstancias comúnmente conocidas en un determinado lugar, de modo que toda

persona de ese medio esté en condiciones de saberlo; y desde el punto de vista jurídico, hecho notorio es cualquier acontecimiento de dominio público conocido por todos o casi todos los miembros de un círculo social en el momento en que va a pronunciarse la decisión judicial, respecto del cual no hay duda ni discusión; de manera que al ser notorio la ley exime de su prueba, por ser del conocimiento público en el medio social donde ocurrió o donde se tramita el procedimiento.

Determinación del grado de restricción de la capacidad. Innecesariedad de recurrir a los tres médicos psiquiatras o legistas en la comisión evaluadora interdisciplinaria

Por Julián Emil. Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: ADLA 2019-1, 95
Cita Online: AR/DOC/2677/2018
[Consultado el: 04/07/2020]

La interpretación sistemática del ordenamiento Civil y Comercial, adunada a principios de protección de la *persona vulnerable*, como asimismo a los de ecuanimidad, celeridad y economía, imponen un análisis estructural, dinámico y comprometido de las situaciones jurídicas que se van planteando con el devenir de la nueva normativa.

Desde esta perspectiva, resulta innecesario recurrir a la suscripción de tres médicos psiquiatras o legistas para el informe de la Comisión Evaluadora Interdisciplinaria.

Arribamos a esta conclusión, primero desde una perspectiva *pragmática* derivada de los inconvenientes que esta decisión acarrea, pues incrementar el número de personas en la conformación de la junta genera mayores dificultades para la coordinación y formación de la misma, teniendo presente que cada profesional interviniente cuenta además con múltiples demandas en sus funciones.

Además la incorporación de un mayor número de profesionales a una entrevista en determinados cuadros psicopatológicos puede configurar un perjuicio para la persona entrevistada ocasionado descompensaciones de su cuadro de base.

Por otro lado, —desde un análisis *jurídico* basado en la *lógica de las normas* que impone el Código Civil y Comercial—, entendemos que la interpretación de la ley debe valerse de un *dialogo de fuentes* en donde la interrelación entre las normas de derecho interno, los tratados internacionales y la interpretación que de ellos realice la CIDH adquieren una relevancia trascendental (arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.).

En ese marco jurídico supra nacional surge la Convención Interamericana para la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, dictada por la OEA en el año 2000, aprobada por la ley nacional 25.280. Así también, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en este caso elaborada por la ONU, aprobada por la ley 26.378.

A partir de estas normas internacionales, los derechos de las personas con *discapacidad*, se encuentran enmarcados en los *derechos humanos*, desde donde deben ser *interpretados* y *entendidos* dando prevalencia al cuidado de la *dignidad* de esos sujetos. Esta perspectiva fue tenida en cuenta cuando en nuestro país se dictó en el año 2010 la ley 26.657 de Salud Mental, que pretendió plasmar a nivel nacional esta normativa internacional sobre los derechos humanos, poniéndose en sintonía con los principios establecidos con las Naciones Unidas.

En concordancia con esa normativa, el actual art. 37 del Cód. Civ. y Com. estipula que la sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso: a) diagnóstico y pronóstico; b) época en que la situación se manifestó; c) recursos personales, familiares y sociales existentes; d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.

Y concluye que para expedirse, es imprescindible el dictamen de un *equipo interdisciplinario*. Por su parte, algunos Códigos procesales establecen que el Juez debe designar de oficio tres médicos psiquiatras o legistas para que informen el estado actual de las facultades mentales del presunto insano.

La práctica del Código Civil y Comercial resulta politeísta en el sentido de que hay varias fuentes del derecho que compiten con reclamos de autoridad legítimos por su primacía en los casos concretos.

Desde esta arista, las leyes forman parte de un complejo grupo de fuentes del derecho que compiten por prevalecer, —caso por caso—, unas sobre otras. El sistema contemporáneo muestra la existencia de varias fuentes normativas que interactúan entre sí en las circunstancias de aplicación, en este caso, el mismo Cód. Civ. y Com. y los Códigos procesales.

La decisión judicial razonada a la que se refiere el art. 3º del Cód. Civ. y Com., debe derivar de la deliberación lógico jurídica que surja de la interpretación de las normas en superposición normativa. En este marco, cobra plena eficacia la *finalidad perseguida por el derecho* entendido como un *complejo jurídico dinámico* entrelazado a través del *dialogo de fuentes*.

Explicaba el ex decano honorario de la Universidad de Lyon, —Josserand—, que las leyes tienen una misión, un destino al que no pueden revelarse. Es tarea del Juez encontrar esa misión en el entramado de normas, aun entre aquellas que superponen o sobre-regulan situaciones concretas.

Entendemos que la *finalidad trascendental* del proceso de restricción de capacidad no reposa en determinar la *existencia de la enfermedad*, sino en la *determinación del grado en que la misma afecta a la persona* para así obtener los *apoyos* que se requieren para que esta pueda lograr el ejercicio de sus derechos.

Es decir, la finalidad que propicia la institución de la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica recae en instituir el marco eficiente en el cual la persona con capacidad restringida pueda ejercitar sus derechos con la menor limitación posible, donde el equipo interdisciplinario detenta un papel crucial.

Como explica Prach no se trata de un simple diagnóstico médico o de una evaluación de coeficiente intelectual, sino más bien de una valoración interdisciplinaria en donde se consideran las circunstancias sociales y el contexto que rodea a la persona (1).

Dicha finalidad puede ser obtenida con absoluta solvencia a través de los requisitos exigidos por el art. 37 del Cód. Civ. y Com., ya que la manda de dicho artículo satisface los recaudos necesarios para el proceso de restricción de la capacidad de la manera más *ecuánime* y menos *invasiva* para la persona vulnerable.

En este marco, la existencia de tantas entrevistas efectuadas por profesionales de la misma rama representa una invasión innecesaria que atenta contra la *persona humana* que el mismo orden jurídico intenta proteger. Al respecto, señala Olazábal que se ha dado el caso, por ejemplo, de Jueces (sobre todo en las Cámaras de Apelaciones) que frente a lo dispuesto por el art. 631 del Cód. Procesal y lo que establecía el art. 152 ter del Cód. Civil (según ley 26.657) y ahora 37 *in fine* del Cód. Civ. y Com., consideraron que para que se pudiera restringir válidamente la capacidad resultaba necesaria la opinión de tres médicos legistas o forenses (art. 631, Cód. Proc. Civ. y Com.), a las que debería sumarse la de dos o tres profesionales de distintas incumbencias, como un licenciado en psicología, un trabajador social y además que todos esos profesionales (tres, cinco o más según los intérpretes) debían ir juntos a ver al interesado y elaborar juntos el dictamen. Una exigencia casi imposible de satisfacer, de enorme potencia invasiva para el que tiene que enfrentarse a ese conjunto y responder preguntas de todos ellos, a menos que sea una persona absolutamente incapaz, en cuyo caso todo ese esfuerzo es innecesario.

De esta manera, una persona en clarísimas condiciones como para merecer inmediatamente la protección legal mediante la restricción del ejercicio de su capacidad pudo haber sido sometida forzadamente a un examen por siete profesionales si es que a los cinco mencionados se les añaden los dos que expidieron los certificados para la iniciación del trámite (2).

En resumidas cuentas, entendemos que ese procedimiento no constituye la resolución más ajustada para la *dignidad* de la *persona vulnerable* que se pretende proteger, por el contrario significa una mortificación innecesaria para esta última, la cual resulta *dilatoria* ya que la finalidad de la norma se encuentra cumplimentada con la constitución del equipo interdisciplinario al que refiere el art. 37 del Cód. Civ. y Com. (3).

Bibliografía.

(1) PRACH, Eliana M., "La función del juez al momento de dictar sentencia en los procesos sobre determinación de la capacidad jurídica", DFyP 2017 (diciembre), 228.

(2) OLAZÁBAL, Alejandro, "Nuevo procedimiento para la determinación de capacidad", publicado en Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 76, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, septiembre de 2016, p. 153.

(3) Ver mi voto en disidencia en CAPM, en autos caratulados: "Legajo de Apelación en autos 'S. R. L. s/ determinación de la capacidad (de A. B.), expte. 813/2018'", sent. de fecha 27/11/2018, Registrada bajo nro. 81/18 SIF.

El daño en el Código Civil y Comercial: requisitos de procedencia. Reparación plena y diferencias entre el daño que tiene como causa fuente un contrato y aquel que deriva del incumplimiento del deber de no dañar

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2018-II, 11
Cita Online: AR/DOC/2731/2017
[Consultado el: 05/07/2020]

Sumario.

I. El daño y su configuración conceptual.— II. Diferencia entre daño-lesión y daño-consecuencia.— III. Los requisitos del daño o perjuicio resarcible.— IV. La reparación plena.— V. La existencia de diferencias en la faz del resarcimiento del daño en la responsabilidad contractual y extracontractual pese a la unificación de ambas órbitas.

"...Según la concepción dominante, un comportamiento que no supera el riesgo permitido no deviene prohibido por el hecho de que el agente conozca la probabilidad de concreción del riesgo. JAKOBS nos enseña que para valorar si el riesgo generado está o no permitido, el derecho tiene en cuenta su magnitud y probabilidad, es decir, sus costos y beneficios, el cálculo se lleva a cabo según criterios normativos y no únicamente según estándares técnicos, señaladamente económicos..." (*)

I. El daño y su configuración conceptual.

La operatividad de la función resarcitoria de la responsabilidad civil impone necesariamente la existencia de un daño como presupuesto medular para su aplicabilidad. Como explica Santos Briz, no basta la ejecución del acto ilícito para exigir responsabilidades en la vía civil sino que se requiere además que, como consecuencia del acto, haya sobrevenido un daño al ofendido o a un tercero (1).

Ahora bien, la existencia de un daño no implica per se que éste deba repararse. Explica Calvo Costa que el daño es un fenómeno físico, pero el daño adquiere relevancia en el mundo del Derecho cuando se encuentre enlazado con un *quid iuris*, es decir que el daño, a su esencia física, le adhiere la jurídica. Sabemos que no todos los daños son reparables y no dudamos en afirmar que el principio de la reparación integral no implica reparar cualquier menoscabo, sino tan sólo los daños jurídicos que cumplen con los requisitos del daño resarcible, y que guardan relación causal con el hecho dañoso (2).

El art. 1737 del Cód. Civ. y Com. dispone que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. Al respecto, corresponde distinguir el daño evento del daño consecuencia. Lo que se indemniza en el ordenamiento argentino es la consecuencia que el daño naturalístico causa en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima.

Lo resarcible para el Código Civil y Comercial reposa en la lesión al interés (3) que el menoscabo produce en el sujeto. Léase interés simple, y no interés legítimo, pues el primero exige solo la afectación de una situación fáctica provechosa en la que se encontraba el sujeto antes de la producción del daño, la cual ha generado un interés que resulta valido en la medida que no sea contrario a las leyes. Por su parte, el interés legítimo requiere

que esa situación jurídica de provecho se encuentre reconocida en las leyes, generando así, un derecho subjetivo que autorice la reparación ante su menoscabo.

Desde esta perspectiva, el daño aparece como un concepto abierto e indeterminado que emana del reconocimiento de un interés aceptado, cierto, serio y respetable, que tendrá cabida resarcitoria en la medida que no sea contrario al ordenamiento jurídico apreciado en su totalidad. La función de ir determinando los caracteres mencionados reposará en la magistratura nacional que, de una manera relativamente similar al *common law,* deberá ir enmarcando —caso por caso—, los rubros resarcitorios que generan la lesión a intereses merecedores de tutela jurídica. Ello, a través de decisiones razonablemente fundadas, tal como lo determina el art. 3º del Cód. Civ. y Com.

II. Diferencia entre daño-lesión y daño-consecuencia.

El distingo entre daño-lesión y sus consecuencias se encuentra presente en supuestos en los que, pese a la existencia de la lesión, la entidad de sus efectos o repercusiones no alcanzan para configurar un daño jurídico. Por ejemplo, los deberes impuestos por los límites al dominio no generan indemnización de daños, a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio (conf. art. 1971 del Cód. Civ. y Com.). Del mismo modo que no son indemnizables las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos que no excedan la normal tolerancia entre vecinos (conf. art. 1973 del Cód. Civ. y Com.). En el ámbito de los derechos reales el poseedor o tenedor no puede reclamar indemnización por las mejoras de mero mantenimiento ni por las suntuarias (conf. art. 1938 del Cód. Civ. y Com.) (4).

III. Los requisitos del daño o perjuicio resarcible.

El art. 1738 establece que, para la procedencia de la indemnización, debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. Analizaremos cada supuesto en particular.

III.1. El carácter personal del daño.

Este requisito exige que la lesión recaiga sobre un interés propio (ya sea patrimonial o moral); es decir, solamente podrá reclamar la reparación la persona que ha sufrido el perjuicio. Ello, sin embargo, no es óbice para destacar que el daño —aun siendo personal—, puede ser —a su vez—, directo o indirecto. Es directo cuando el titular del interés afectado es la víctima del ilícito (v.gr., una persona que resulta lesionada en un accidente de tránsito y reclama los perjuicios sufridos en su integridad física). Y será indirecto cuando el perjuicio propio, invocado por el demandante, deriva de una lesión a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de un tercero; aquí el daño se produce de manera refleja o "de rebote" (*par ricochet*, dirían los franceses), tal como sucede, por ejemplo, en el supuesto de homicidio en el cual la viuda y los hijos del muerto, —damnificados indirectos—, pueden reclamar iure proprio la reparación del perjuicio material y moral derivado de la muerte de un tercero (víctima) (5).

III.2. El carácter actual o futuro del daño.

Si deseamos establecer una línea de separación entre el "daño actual" y el "daño futuro", es indispensable determinar previamente en qué momento nos debemos colocar para apreciar los daños y clasificarlos. Desde un punto de vista fáctico, deseamos destacar que todos los daños son una consecuencia o efecto del hecho generador que los ha causado. La lógica pone de manifiesto que el daño va a ser posterior en el tiempo al hecho generador, de manera que por veloz que sea el efecto, a punto tal que parezca "instantáneo", se produce siempre en un momento futuro, con relación a la causa generadora. Pero no siempre el daño se produce de manera

instantánea, sino que —con mucha frecuencia— las consecuencias dañosas se proyectan a lo largo del tiempo, a veces durante períodos bastante extensos, como sucede en los casos de invalidez permanente.

Cuando en el terreno de lo jurídico hablamos de "daños actuales" nos estamos refiriendo a consecuencias que ya han sucedido, es decir, que se encuentran en el pasado con relación al momento que elegimos como punto de referencia; y cuando hablamos de "daños futuros", son los efectos nocivos que todavía no se han concretado, aunque a veces sea forzoso que deban producirse.

La actualidad o futuridad del daño está referida al "presente" del litigio. Serán daños actuales los anteriores al litigio, los que ya se habían producido en el 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 (6).

III.3. La certeza del daño.

El daño debe ser "cierto" y no puramente eventual o hipotético. Esto significa que debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma, presente o futura, aunque pueda no ser todavía determinable su monto; a la inversa, el daño es incierto —y, por ello, no resarcible— cuando no se tiene ninguna seguridad de que vaya a existir en alguna medida (7). Como explican los maestros franceses Mazeaud y Tunc, es preciso que el Juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha (8).

III.4. La subsistencia del daño.

Enseña Calvo Costa que, para que sea resarcible el perjuicio, debe subsistir al momento de dictarse la sentencia, pues nadie puede reclamar la reparación de un daño que ya ha sido resarcido. Si el propio responsable es quien ha indemnizado el daño, su obligación queda extinguida por pago, o por alguno de los otros modos de extinción previstos en el ordenamiento jurídico. Si lo reparó un tercero (por ejemplo, compañía de seguros), la deuda de responsabilidad subsiste —en principio— respecto de éste. Si, finalmente, el bien menoscabado (daño fáctico, pero no jurídico) es reparado por la víctima, entonces el perjuicio subsiste en su patrimonio, y debe ser resarcido (9).

IV. La reparación plena.

El art. 1740 establece que la reparación del daño debe ser plena. Dicha reparación plena consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

Como principal consideración debemos precisar que la reparación es el género y la indemnización es la especie, pues existen reparaciones que no recaen en una indemnización, como por ejemplo la publicación publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

La Comisión Nº 2 (Obligaciones), de las "XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil" celebradas en 2007 en Lomas de Zamora resolvió —en despacho unánime—, que en nuestro sistema jurídico rige el principio de reparación plena o integral del daño injustamente causado. No corresponde apartarse de éste, salvo previsión normativa en contrario que en todos los casos deberá superar el test de constitucionalidad en su aplicación al caso en concreto.

Ha sostenido la CS que el principio de que la reparación debe ser integral tiene el preciso alcance que surge de su enunciado, en el sentido de que todo el daño causado debe ser resarcido (10).

El cimero Tribunal, en el fallo "Aquino", consideró que es inconstitucional el art. 39, inc. 1º de la Ley de Riesgos del Trabajo que exime al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación del art. 15, inc. 2º, segundo párrafo, de aquella, en cuanto importa un franco retroceso de la reparación integral, resulta contrario al principio constitucional que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana (11).

De forma categórica, el tribunal destacó la estrecha vinculación existente entre el deber de no dañar y el derecho a una reparación integral, con una particularidad: a ambos se les reconoció su jerarquía suprema. Ello significa que la reparación indemnizatoria debe ser integral para ser ajustada a la satisfacción del derecho constitucional.

Esta doctrina extraída de los pronunciamientos judiciales se vio reforzada en el año 1994 con los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, en particular el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que "ninguna persona puede ser privada de sus bienes, y en caso de serlo tiene derecho a una indemnización justa". Así, quien sufra un menoscabo injustamente causado deberá recibir una compensación económica que lo coloque en la misma situación que se encontraba de no haber ocurrido el daño identificado (12).

Por último, cabe preguntarse si los conceptos "reparación integral" y "reparación plena" son idénticos y si tienen el mismo significado. Desde una aproximación no jurídica, podríamos responder afirmativamente, puesto que en el diccionario de la Real Academia Española, "integral" es un adjetivo definido como "que comprende todos los elementos o aspectos de algo", y "pleno" como "completo y lleno". No obstante, estimamos que desde lo jurídico se puede indicar que no puede pretenderse en nuestro sistema la reparación la totalidad del perjuicio sufrido, ya que deben respetarse los principios establecidos en el ordenamiento jurídico (v.gr. extensión del resarcimiento —consecuencias inmediatas y mediatas—, causalidad adecuada, etc.) (13); por lo tanto, el término "reparación plena" resulta más adecuado al principio de realidad.

V. La existencia de diferencias en la faz del resarcimiento del daño en la responsabilidad contractual y extracontractual pese a la unificación de ambas órbitas.

Como ya dijimos, la unificación normativa de los regímenes de responsabilidad civil no implica identidad entre ambos, pues mantienen sus divergencias estructurales derivadas de su causa fuente divergente. En este orden, se puede decir que existe unicidad normativa, más no identidad genética y coyuntural de órbitas.

Tampoco la unicidad normativa es completa, pues existen matices diferenciales normológicamente hablando y es en materia de resarcimiento donde se vislumbran con mayor nitidez.

Del art. 1082 del Cód. Civ. y Com. se desprende que la reparación del daño contractual queda sujeta primeramente a las disposiciones del campo contractual especial, general y de la responsabilidad civil.

La reparación incluye el reembolso total o parcial, según corresponda, de los gastos generados por la celebración del contrato y de los tributos que lo hayan gravado.

Por su parte, el art. 1728, enmarca los límites de la previsibilidad contractual, al disponer que en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.

Así las cosas, se puede señalar —tal como lo indica una destacada doctrina—, que la regla de la causalidad adecuada no resulta extensible a la órbita del contrato, en donde es preciso tener en cuenta las consecuencias que las partes previeron o pudieron prever al tiempo de celebrar el contrato. Así, entre la causalidad adecuada y la regla de la previsibilidad contractual hay diferencias relevantes. En primer lugar, si bien ambas se fundan en lo que era previsible, la primera toma como parámetro al hombre "medio" (apreciación en abstracto); mientras que la segunda se centra en lo que las partes que celebraron el contrato pudieron prever en el caso concreto (apreciación en concreto). En segundo término, la causalidad adecuada pone al intérprete —a fin de determinar si era previsible o no determinada consecuencia— en el momento en que se produjo el hecho ilícito, mientras que, en materia contractual, se toma en cuenta lo que resultaba previsible para las partes al momento de celebrar el negocio, y no el del incumplimiento. La distinción que realiza la norma se vincula con que, en el ámbito contractual, son las partes las que mejor determinan el nivel de riesgos que quieren aceptar y el precio que están dispuestas a pagar por ello. Es por esa razón que la regla de la previsibilidad determinada por los contratantes al momento de celebrar el negocio es primordial, pues, en caso contrario —esto es, si el magistrado fijara los alcances del deber de resarcir— las partes reaccionarán fijando precios más altos en cobertura de sus seguridades (14).

Por su parte, mientras la ley fija en forma indefectible la extensión de la responsabilidad en la esfera extracontractual, la regla de la "previsibilidad de los contratos" que rige en la esfera contractual permite que sean las partes las que determinen la extensión del resarcimiento para el supuesto de inejecución, mediante la estipulación de las consecuencias dañosas que derivarán en caso de incumplimiento; quedando en claro que si nada dice, se regirán por las normas de la responsabilidad civil, ello es, responderán hasta las consecuencias mediatas previsibles (15).

Por último. el incumplimiento de una cláusula penal [conf. art. 1082, inc. c)] se aplica a la pena o multa que suple la indemnización de los daños (conf. art. 793), y el deudor no tiene derecho a otra indemnización aunque pruebe que la pena es insuficiente y el Juez pueda atenuar la pena (16).

Bibliografía.

(A) JAKOBS, Günther, "El lado subjetivo del hecho", trad. Manuel Cancio Meliá, disertación en las Conferencias Internacionales de Derecho Penal, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2003.

(1) SANTOS BRIZ, Jaime, "Derecho de Daños", Revista de Derecho Privado, Madrid, España, s/d, p. 147.

(2) CALVO COSTA, Carlos A., "El derecho constitucional a la reparación plena. Su recepción en el Código Civil y Comercial", RCyS 2016-VI, 5, AR/DOC/1391/2016.

(3) Como ya explicamos, el concepto de "daño" ha evolucionado sistemáticamente en nuestro país, partiendo de la idea de interés legítimo, pasando por el concepto de interés lícito, hasta llegar a la idea de simple interés, el cual presupone no ser contrario al derecho. Ese interés gesta en favor de su titular, una facultad pues su lesión atenta contra un derecho subjetivo. El requisito excluyente reposa en que no se encuentra reprobado por el ordenamiento jurídico, es decir que nos sea contrario a derecho.

(4) LORENZETTI, Ricardo L., "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", t. VII, p. 481. Ver asimismo: JALIL, Julián E., "Cuantificación de Daños", Ed. La Ley, Región Patagonia, 2017, p. 26.

(5) HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Libro tercero, Ed. Infojus, t. IV, p. 469.

(6) MOISSET DE ESPANÉS, Luis - TINTI, Guillermo - CALDERÓN, Maximiliano, "Daño emergente y lucro cesante", Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Explican los autores que resulta de singular importancia determinar con precisión cuál es el momento ideal que tomaremos jurídicamente como "presente", es decir, como punto separativo entre el pasado y el futuro. Por lo general la doctrina suele hablar de daños futuros con relación a aquellos que se van a producir, o pueden producirse, con posterioridad a la sentencia que pone fin al litigio; y se dice que son daños actuales los que ya se habían producido con anterioridad a la demanda.

Nosotros creemos que hay una cierta imprecisión en estas afirmaciones, y que "jurídicamente", el momento presente es un complejo temporal más extenso y no se limita sólo a la sentencia ni a la demanda, sino que comprende al litigio en su totalidad, desde la demanda, hasta la decisión definitiva del juez o tribunal. Advertimos que 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 sentencia, deberá referirse a aquello que se reclamó, alegó y probó, es decir, a actividades desarrolladas en momentos anteriores, como si realmente estuviesen fusionados en un instante único, con el momento de la sentencia.

(7) Ver VICENTE DOMINGO, Elena, "El daño", en REGLERO CAMPOS, L. Fernando (coord.), Tratado de responsabilidad civil, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 4ª ed., t. I, p. 316; ORGAZ, Alfredo, "El daño resarcible (Actos Ilícitos)", Ed. Omeba, Buenos Aires, 1960, 2ª ed. rev. y act., p. 94; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Manual de responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 150; PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 649; ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de daños", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, t. 4, p. 128. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro en relación al daño emergente y al lucro cesante", ED 59:75.

(8) Ver. MAZEAUD, Henri y León - TUNC, André, "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictual", trad. de la 5ª ed. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ed. Jur. Europa-América, Buenos Aires, 1977, t. 1, v. 1, p. 301.

(9) CALVO COSTA, Carlos A., "El daño resarcible en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", SJA 2012/12/26-42, JA 2012-IV. Ver asimismo: JALIL, Julián E., "Cuantificación de Daños", Ed. La Ley Región Patagonia, 2017, p. 29.

(10) CS, "Pérez, Fredy F. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos s/ sumarios", del 24/08/1995.

(11) Voto de los Jueces Petracchi y Zaffaroni, en CS, 21/09/2004, causa: "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA", Sup. Especial La Ley 2004 (septiembre), p. 39, con nota de Ramón D. PIZARRO; Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA; Rodolfo E. CAPÓN FILAS; Marcelo LÓPEZ MESA; Carlos V. CASTRILLO; Horacio SCHICK, DJ 2004-3, 339 DT 2004 (septiembre), 1286 DJ 2004-3, 394 con nota de Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA, RCyS 2004, 542 con nota de Carlos A. GHERSI, ED 25/10/2004, 5, DJ 2004-3, p. 798 con nota de Ángel E. GATTI, TySS 2004, 778 LA LEY 2005-A, 230 con nota de José P. DESCALZI, DJ 2004-3, 1094 con nota de Carlos A. GHERSI, IMP 2004-B, 2588 JA 2006-IV, 15, RCód. Civ. y Com. 2016 (octubre), 222 con nota de Christian A. CAO y Gonzalo GAMARRA, AR/JUR/2113/2004.

(12) CAO, Christian A. - GAMARRA, Gonzalo, "El carácter integral como componente inescindible del derecho constitucional a la reparación en el Código Civil y Comercial", RCód. Civ. y Com. 2016 (octubre), p. 209, AR/DOC/3109/2016.

(13) CALVO COSTA, Carlos A., "El derecho constitucional...", cit.

(14) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis, en PICASSO, Sebastián - CARAMELO DÍAZ, Gustavo - HERRERA Marisa, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2016, t. IV, p. 439; KRIEGER, Walter F., "Efectos de la derogación del art. 1107 del Código Civil. ¿Son idénticas las esferas de responsabilidad?", RCód. Civ. y Com. 2016 (octubre), p. 97, AR/DOC/3073/2016.

(15) KRIEGER, Walter F., ob. cit., p. 99. Asimismo: ALFERILLO, Pascual, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual (dir.) - KRIEGER, Walter F. (coord.), "Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, t. 2, p. 1058.

(16) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 33.

Las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales de la lesión a la integridad de la persona y de los bienes

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2018-VI, 57
Cita Online: AR/DOC/2733/2017
[Consultado el: 06/07/2020]

Sumario.

I. La indemnización.— II. El daño patrimonial.— III. Los daños extrapatrimoniales

"...Los tiempos que corren imponen la necesidad de reparar cualquier menoscabo que sufre el ser humano, entendido como centro del esquema jurídico y considerado como unidad bio-psico-social, tratando de colocar las cosas al estado anterior al que se produzca el hecho cuya consecuencia se pretende reparar..." (Julián Emil Jalil)

I. La indemnización.

El art. 1738 del Cód. Civ. y Com. estipula que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su

La norma instituye una mera enunciación de daños resarcibles que no resulta taxativa, pues en la medida que se lesiones un interés o derecho, serio y respetable, el daño debe ser reparado. En este marco los tipos de daños si bien pueden agruparse conceptualmente dentro del ámbito de integridad de la persona en donde operan, dicha enunciación y agrupamiento es solo didáctico y no absoluto, pues habrá tantos tipos de daños como los que surjan de los precedentes jurisdiccionales.

Con relación a la indemnización debemos decir que constituye el efecto o repercusión del daño en la persona y en sus bienes. A nivel supra-nacional, el art. 63.1d la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que se deben reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de los derechos de la víctima y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha puntualizado algunas premisas en cuanto al alcance y contenido de la indemnización, que sirven de guía o parámetros a tener en cuenta, incluso en nuestro derecho local. Ellas son:

a) La indemnización, como parte de la reparación, debe proveerse en términos suficientemente amplios para compensar, en la medida de lo posible, la pérdida sufrida, sin que la misma implique empobrecimiento o enriquecimiento de la víctima (1).

b) Además debe responder a los criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad (2).

c) La expresión "justa indemnización" que utiliza el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es por naturaleza compensatoria y no sancionatoria.

d) Se encuentran excluidos los llamados *punitive damages* y las indemnizaciones ejemplificantes o disuasivas (3).

e) La indemnización se fija en una moneda "dura" (4).
f) Se debe asegurar la intangibilidad de la indemnización fijada (5).

Tal como surge de lo que venimos explicando, entendemos que las consecuencias resarcibles del daño pueden clasificarse en *patrimoniales* y *extrapatrimoniales.*

II. El daño patrimonial.

La primera parte del art. 1738 del Cód. Civ. y Com. estipula que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances.

II.1. La pérdida o disminución del patrimonio.

Consiste en la atenuación, detrimento o merma que experimenta una persona en sus bienes y que es consecuencia del daño sufrido. Esa pérdida o disminución debe ser actual pues en caso de ser futura su resarcimiento entraría dentro del campo del lucro cesante y no del daño emergente.

II.2. El lucro cesant.e

Representa las ganancias que se han dejado de percibir como consecuencia del daño. Reposa en una situación de incertidumbre pues se trata de un evento futuro, pero para determinar su procedencia hay que adecuarse a las reglas de la causalidad y determinar en abstracto si conforme el curso normal y ordinario de los acontecimientos suele producirse esa consecuencia. (Conf. art. 1726 del Cód. Civ. y Com.) (6).

II.3. La pedida de la chance.

El art. 1738 establece que la pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

Preliminarmente, es menester recordar que los requisitos del daño resarcible son:

a) Que el daño sea cierto;
b) Que se trate de un daño subsistente, es decir que no se haya ya reparado o haya desaparecido;
c) Que se trate de un daño personal del damnificado;
d) Que afecte un interés del damnificado;
e) Que exista una relación causal adecuada entre el hecho dañoso y el daño causado.

De los requisitos expuestos, el que atañe al análisis de la pérdida de chance, es el mencionado primeramente, es decir que el daño sea cierto, entendiéndose por tal, que no sea hipotético ni conjetural, sino real.

Ello es así pues, la pérdida de chance es un daño actual y supone posibilidad concreta y real de obtener las ventajas esperadas o previstas o de evitar las pérdidas, mientras que los daños eventuales e hipotéticos sólo tienen lugar en la imaginación o creación de la persona que se dice afectada.

Este criterio ha sido esbozado de manera conteste por la jurisprudencia nacional. Así se ha señalado que a los fines de la reparación de la pérdida de chance, la posibilidad no debe ser simplemente una expectativa general o vaga, de acaecimiento eventual o hipotético de alguna ventaja, sino que la pérdida ha de tener suficiente fundamentación y entidad (7).

Se advierte que en la pérdida de la chance lo que se frustra es una oportunidad más o menos probable de obtener un beneficio o de evitarse un perjuicio conjurable. Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener una cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.

El sujeto afectado ha carecido de la posibilidad de obtener un provecho, una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, sufrimiento o padecimiento, lo que fue impedido por el incumplimiento del co-contratante, generando, de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido (8).

Entonces, el daño cierto derivado de la pérdida de la chance recae en esa probabilidad, la cual debe ser cuantificada y medida en relación a la probabilidad de obtener un resultado que hubiera incidido en el proyecto de vida, incapacidad, padecimiento sentimental, etc.

En este orden, siendo que lo que se resarce es la repercusión o consecuencia del daño en la integridad de la persona, corresponde cuantificar ese menoscabo proporcionalmente a la potencialidad de una menor repercusión que el mismo hubiera producido ante el complimiento regular de la conducta exigida por la norma, ponderando las variables posibles en base a la sana critica.

III. Los daños extrapatrimoniales.

III.1. Contenido del menoscabo extrapatrimonial.

El art. 51 del Cód. Civ. y Com. que establece que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad. Desde esta arista, la persona lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos. (Conf. art. 52 del Cód. Civ. y Com.).

Dichos preceptos deben ser interpretados en concordancia con el art. 1738, 2ª parte, al estipular que la indemnización incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Se puede señalar entonces que el concepto de daño extrapatrimonial no se equipara al daño moral, pues éste último es el que sufre una persona en su bienestar psíquico sin que ese estado negativo o disvalioso sobreviniente (tristeza, dolor, amargura, inseguridad, angustia, etc.) llegue a configurar una situación patológica como consecuencia de la vulneración de un derecho o interés generado por una acción jurídicamente reprochable.

Ello implica que puedan existir otros daños extrapatrimoniales sobre las personas que no sean el moral, como ocurre cuando se agravia el prestigio de una persona jurídica, ésta no sufre estrictamente hablando un daño moral porque no tiene psique, pero si se debe resarcir su honorabilidad *per se*, y en forma conjunta los menoscabos económicos que pudiera sufrir.

De esta manera, puede ocurrir que se produzca un daño a la integridad patrimonial de una persona porque se destruye intencionalmente un automóvil de colección. En este caso además del interés económico que tiene su titular, puede existir un interés afectivo que dé lugar al resarcimiento del daño moral porque le produjo una minoración de su estado anímico que no llegó a ser patológico (9).

III.2. El daño moral en el Código Civil y Comercial.

Si bien el Cód. Civ. y Com. se refiere en muy escasas oportunidades al daño moral, el mismo existe como tal en toda su magnitud. Su campo nomológico se encuentra alcanzado por el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. dentro del concepto genérico de "indemnización de las consecuencias no patrimoniales", pues éste representa al daño moral en el sentido más amplio del término. Así lo explica Calvo Costa al decir que debe entenderse al adjetivo "extrapatrimonial" como todo aquello que afecta el interés que está conectado con el espíritu de la persona, de modo tal que su violación le provoca un modo de estar diferente al que se encontraba con anterioridad al hecho lesivo, afectándole sus capacidades de entender, de querer y de sentir; tal denominación, en definitiva, posee la finalidad de hacer referencia al daño moral en un sentido amplio y no reducido únicamente al *pretium doloris* (10).

III.2.1. Hacia una conceptualización del daño moral.

Como explica Josserand el daño moral puede revestir también dos aspectos diferentes: una persona puede ser afectada, bien en su honor, en su reputación, en su consideración, en una palabra en su patrimonio moral, bien en sus afectos, como si su cónyuge o pariente próximo llegara a perecer en accidente de locomoción. Hay conformidad en reconocer un interés que puede denominarse el interés moral (11).

Conceptualmente, el daño moral aparece como una afección a los sentimientos de una persona, que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos susceptibles de apreciación pecuniaria (12). Este tipo de daño repercute directamente sobre las cualidades de las personas (13).

Consiste en el desmedro, desconsideración, o cualquier otra dificultad o molestia que pueda ser consecuencia del hecho perjudicial, y se configura cuando media lesión a aquellos bienes no patrimoniales que tienen valor primordial en la vida del ser humano (14). Como dijimos oportunamente no queda reducido al clásico *pretium doloris* (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.), sino que apunta a toda lesión a intereses jurídicos del espíritu cuyo trasunto sean unas alteraciones desfavorables en las capacidades del individuo de sentir, de querer y de entender (15).

No es necesario 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, y que atentaría contra la integridad de la indemnización (16).

Tal como hemos explicado con Yarroch (17) la realidad jurisprudencial de nuestros días plantea un amplio escenario en materia de derecho de daños, en donde la indemnización del daño moral ocupa uno de los escenarios principales dentro de las aristas de la responsabilidad civil, en virtud de la violación del principio ulpianista *alterum non laedere.*

Abordaremos de corrido un somero análisis de dicho instituto, no sin antes afirmar que muchas veces es utilizado en decisiones pretorianas absolutamente disímiles en cuanto al *thema decidendum,* razón por la cual la figura del daño moral se observará impertérrita en una pluralidad de fallos judiciales.

Como bien apunta la diáfana tinta del profesor Díez Picazo, los conceptos jurídicos no pueden construirse sin una cierta dosis de rigor, y sólo así se permitirá un debate fructuoso dentro de la comunidad de los juristas (18). Dicha circunstancia ha llevado a sectores de la doctrina extranjera más especializada en la materia, a mencionar con alto encono a la noción de daño moral como un concepto "comodín" (19) o "figura borrosa" (20). Parte de la doctrina europea nos plantea una definición negativa del daño moral: aquel perjuicio que no implica una pérdida de dinero, que no entraña para la víctima ninguna consecuencia pecuniaria ni disminución de su patrimonio (21).

A partir de la distinción clásica en responsabilidad civil entre "daños patrimoniales" y "daños no patrimoniales", propia de la escuela francesa a través de la figura del *dammage* moral, los "daños morales" suelen identificarse con esta segunda categoría y, por tanto, son definidos por exclusión: cualquier daño que no tenga cabida dentro de la primera categoría, la tendrá dentro de la segunda. Martín-Casals y Solé Feliú señalan la necesidad de dar una definición negativa por la variedad extrema de supuestos que pueden tener cabida dentro de esta categoría (22). Asimismo, Josserand precisa que el daño puede ser material o moral. El primero afecta a la persona en su patrimonio, sea en sus bienes o en su salud. Y el daño moral puede revestir dos caracteres; así una persona puede ser atacada en su honor o en su reputación, o en su patrimonio moral o sus afectos (23). Le Tourneau adhirió a esta tesis (24), distinguiendo también el perjuicio patrimonial y el extrapatrimonial, y dentro de este, distinguía el que resulta de la agresión física a una persona y el que deriva de un ataque a los derechos personalísimos de esta.

Desde otro prisma, afirman Zavala de González y Pizarro que el daño moral es una modificación disvaliosa, anímicamente perjudicial del espíritu, que se traduce en un modo de estar la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste (25).

Para Trigo Represas y López Mesa, el daño moral es, en términos generales aquella especie de agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos (26). Adherimos a esta tesis, ya que consideramos que la noción de daño moral se encuentra íntimamente ligada con el concepto de desmedro extrapatrimonial, o lesión a los sentimientos personales, las afecciones legítimas, que van más allá de las simples molestias, dificultades o perturbaciones, vinculadas con las facultades basales de todo ser humano, con los presupuestos de nuestra personalidad, esto es: los derechos personalísimos.

Hay sentimientos positivos como la alegría, la simpatía, el agrado, el júbilo, etc.; y otros sentimientos negativos como el dolor, la pena, la aflicción, el desconsuelo, el pesar. En el daño moral, están conmovidos algunos de los sentimientos positivos de nuestro ser por otros sentimientos negativos.

III.2.2. La naturaleza jurídica.

En cuanto a la naturaleza jurídica existe desde antaño, una larga discusión científica en torno al carácter que debemos otorgarle a la indemnización del daño moral. Ello así, observamos las siguientes posturas dogmáticas:

a) Tesis punitiva. Según Ripert en la condena por daño moral no existe procuración de satisfacción de la víctima, sino punición del ilícito comportamiento del autor del daño. Esto así, la indemnización posee un carácter ejemplar, de disuasión e inclusive, prevención (27). Cierta jurisprudencia y doctrina de nuestro país ha admitido este carácter punitivo (28).

En este sentido, algunos autores han entendido al daño moral como una pena o sanción, los argumentos en los cuales reposa esta postura consisten en que:

1. Así se explica que se condene al ofensor a la reparación, aunque el daño moral no sea susceptible de apreciación pecuniaria;
2. además siendo una pena, la víctima puede recibir sin repugnancia, el dinero, que cumple una función punitiva; y
3. explica también el carácter personal de la acción indemnizatoria del daño moral, que se extingue con la muerte de la víctima si ésta no inició en vida la acción indemnizatoria (29).

Por su parte, diferentes precedentes de nuestro país han seguido sigilosamente estas ideas otorgándole al daño moral un carácter sancionatorio, así se ha dicho que la reparación del agravio moral responde a una

finalidad de sanción ejemplar (30). Asimismo se afirmó que en razón de no revestir la indemnización por daño moral carácter resarcitorio, sino ejemplar, para determinar su monto debe tenerse en cuenta la naturaleza y gravedad de la falta cometida por el autor del hecho. Por ello mismo, ninguna influencia debe ejercer en la determinación de la cuantía de la sanción, la circunstancias de haber o no sufrido el damnificado daños materiales, paralelamente, a causa del mismo hecho; toda vez que son lesiones de índole diferente, cuyo remedido se procura mediante regímenes jurídicos distintos (31).

b) Tesis compensatoria o reparatoria. Esta posición considera que el daño moral en su indemnización ofrece al perjudicado unos bienes de diferentes características que el perdido o violado, a fines que pueda proporcionarle la satisfacción de deseos o aspiraciones distintos. Así, Casal ha dado lugar al *solatium* y a la teoría de la superación: conceder a la víctima una suma de dinero permite compensar el daño moral, ya que en lugar de una personalidad plena que ha sido dañada, y que en sí misma es irreparable, se hace posible una personalidad provista de posibilidades económicas incrementadas; ya que es imposible compensar *strictu sensu* el daño, se permite al damnificado la obtención de sensaciones agradables que vengan a equilibrar las desagradables (32). Aunque como bien sostienen Ripert y Boulanger el daño es irremediable y el reemplazo en la reparación es imposible (33).

Su existencia presupone un carácter netamente resarcitorio, por lo que su quantum no debe relacionarse con la magnitud del menoscabo patrimonial.

El carácter únicamente resarcitorio del daño moral prescinde del concepto de sanción. Así se ha dicho que el daño moral tiene carácter preferentemente resarcitorio y no constituye sanción ejemplar (34), porque no es un castigo, ni un resarcimiento con una cierta tonalidad represiva ni tampoco una sanción de prevención abstracta dirigida a la sociedad; se trata de una sanción resarcitoria en las dos esferas de responsabilidad (35).

c) Tesis mixta. Esta posición intermedia considera que la indemnización por daño moral adquiere un doble carácter, de reparación o resarcimiento para el damnificado y de sanción ejemplar para el responsable, teniendo presente el interés de la colectividad en incitar a la prudencia y desalentar actitudes antisociales (36).

Bajo este orden argumental, explica Morello que la reparación del daño moral cumple una función de justicia correctiva o sinalagmática, conjugando la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral, y la naturaleza sancionatoria de la reparación para el agente del daño (37).

Como se aprecia se encuentra en juego el enfoque subjetivo que se hace del hecho, así la tesis de la sanción ejemplar dirige su atención a la conducta del victimario mientras que la postura resarcitoria tiene en miras el daño causado a la víctima. Desde ésta perspectiva, parece más acertada ésta última idea porque de ella se deriva una protección jurídica integral de la persona física. Además como sostienen los Mazeaud y Chabas la idea de sanción no es, sino en derecho, absolutamente extraña a la reparación del perjuicio moral, adherir a éste sistema sería confundir responsabilidad penal con responsabilidad civil (38).

Si bien el carácter sancionatorio del daño moral en la actualidad gozaba de algún adepto, su auge se atenuó notablemente con el partir del maestro Llambías quién en vida fuera uno de los máximos sostenedores de ésta postura y ha fenecido definitivamente con la redacción de la última parte del art. 1741 del Cód. Civ. y Com. que estipula que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

En la actualidad, —como enseñan Trigo Represas y López Mesa—, el daño moral tiene por objeto compensar por medio del dinero el dolor experimentado por la victima; la asignación asignada en concepto de daño moral a la víctima directa o indirecta no tiene carácter de "sanción", —en el sentido de pena privada—, sino un carácter "satisfactorio" o resarcitorio (39).

III.2.3. La legitimación activa. Análisis histórico y actualidad.

El Código Civil argentino en su redacción originaria, contempló la reparación del daño moral sufrido por una persona víctima de un hecho ilícito de manera muy restringida. Sólo lo previó en los casos de delito criminal, cuando el sujeto hubiera sido molestado en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o se hayan herido sus afecciones legítimas.

La ley 17.711 modificó el articulado, el cual quedó redactado de la siguiente manera: "...la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competerá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos...".

Entonces, si la consecuencia del hecho no fuera la muerte del damnificado, éste posee una acción para reclamar el daño moral como damnificado directo. Sólo en el caso de muerte de la víctima, la reforma habilitó la legitimación de damnificados indirectos, circunscribiéndolo a los herederos forzosos.

La doctrina y jurisprudencia se debatían en torno a la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de éste precepto que limita la legitimación activa (40).

El principal sustento de quienes apoyaban la interpretación literal de la norma consistía en lo abarcativo que podía llegar a ser un precepto sin limitaciones y la catarata de procesos que pueden llegar a ser considerados en los tribunales (41).

Pues bien, la pesadilla para estos autores se ha hecho realidad con la redacción del art. 1741 del Cód. Civ. y Com., pues éste precepto estipula que se encuentra legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

El damnificado directo es la persona que sufre el daño de manera inmediata al suceso, mientras que los damnificados indirectos son las personas diferentes a la víctima que sufren por vía refleja el daño. Entonces como principio la legitimación del reclamo de las consecuencias extrapatrimoniales corresponde a la víctima, salvo en determinados dos casos excepcionales, que son si del hecho resulta su muerte de la víctima o ésta sufre gran discapacidad.

Debe entenderse por gran discapacidad que la persona requiere ayuda de terceros o de medios artificiales o mecánicos para su subsistencia o traslado (en general los casos en los cuales la incapacidad declarada supera el 75%).

Como se aprecia el concepto de conviviente con trato familiar ostensible resulta amplio, pues no sólo abarca al conviviente de divergente o idéntico sexo, sino los hijos afines, hermanos e incluso relaciones profundas de amistad.

III.2.4. El daño moral y el riesgo tolerable, ¿la vida duele?

Nos encontramos aquí ante una cuestión filosófica, vital: sabemos bien los mortales que la vida nos ofrece pasajes tristes, conmovedores de nuestros sentimientos y sensaciones más viscerales y humanas, situaciones complejas desde un marco espiritual, íntimo, sanguíneo.

Tal como nos preguntábamos con Yarroch (42) ante dichas circunstancias, ¿podremos exigir en forma obligatoria, indiscutible a la justicia o al derecho que nos ofrezca sus respuestas científicas? Sin lugar a hesitaciones, debemos afirmar que la respuesta a esta cuestión, debe ser negativa.

Desde el momento mismo de nuestra concepción, nos encontramos en forma permanente y *sine die certus* expuestos ante la vida, que muchas veces, y en forma inevitable, nos coloca en situaciones harto dolorosas. Nos debemos instalar ergo ante ciertos parámetros imprescindibles en esta tarea de dilucidar fehacientemente el límite entre aquellas situaciones fácticas que dan lugar al derecho a reclamar la indemnización, con aquellas en las cuales la misma es improcedente; y ello está comprendido dentro los criterios del riesgo general de la vida, como así también de la asunción de riesgos por parte de la víctima.

Vivimos en sociedades donde existen, cada vez más, situaciones límite, potencialmente dañinas. Muchas conductas arriesgadas están efectivamente permitidas y por lo tanto, el agente causador del daño no habrá de responder cuando el riesgo creado se concrete en un accidente que cause daños a terceras personas, al menos desde una óptica subjetivista.

Según la concepción dominante, un comportamiento que no supera el riesgo permitido no deviene prohibido por el hecho de que el agente conozca la probabilidad de concreción del riesgo. Jakobs nos enseña que para valorar si el riesgo generado está o no permitido, el derecho tiene en cuenta su magnitud y probabilidad, es decir, sus costos y beneficios, el cálculo se lleva a cabo según criterios normativos y no únicamente según estándares técnicos, señaladamente económicos (43).

El estándar técnico, determina lo que es habitual o lo que es mejor dentro de lo posible, pero no resuelve los problemas de valoración. En su opinión, en la mayor parte de los riesgos que actualmente se reconocen como permitidos no se puede llevar a cabo un análisis empírico en términos de costo-beneficio y ello es así por más que en muchos casos existan prognosis exactas acerca de la magnitud del riesgo: el saldo sería imposible de realizar porque no existiría un modelo social vinculante y suficientemente preciso que fungiera de término de comparación. Así, por ejemplo, añade, los beneficios derivados de la conducción de automóviles por razones de ocio, —y no de trabajo o cualesquiera otras de índole económica—, no se pueden comparar con los de una inexistente sociedad en la que no hubiera tráfico rodado por motivos de puro placer o diversión porque dicha sociedad alternativa no existe. Mas el tráfico automovilístico de placer tiene siempre un costo de oportunidad, como bien saben los conductores que planifican su descanso semanal o la ubicación de sus primeras o segundas residencias: este costo de oportunidad no resulta muy difícil de valorar ni hace falta pensar en una sociedad imaginaria. Nadie lleva a cabo actividades cuyo costo de oportunidad es más elevado que el beneficio que derivamos de ellas. Una mala economía no puede dar buen derecho.

Sin embargo, ciertas modalidades de conductas arriesgadas encuentran su legitimación en la tradición y se aceptan consecuentemente como adecuadas socialmente, pero no por su antigüedad sino por el consenso en su recepción. El riesgo permitido únicamente es tolerable cuando la víctima potencial se identifica vagamente, de forma puramente estadística: así, las autoridades responsables del tráfico por carretera conocen *ex ante* el número aproximado de víctimas mortales en accidentes de tráfico durante un fin de semana, pero esta exclusiva circunstancia no les hace igualmente responsables de los mismos.

En cambio, si conocieran concretamente el riesgo que supone para tal o cual persona tal o cual incidencia del tráfico, su responsabilidad sería clara.

En fin, los alcances del art. 1741 deberán ser pensados y definidos casuísticamente a través de sentencias razonadamente fundadas, en los términos del art. 3º del Cód. Civ. y Com., que recepten los daños extrapatrimoniales reales y ciertos y no aquellos que deriven de los riesgos ordinarios de la vida.

III.3. La cuantificación del daño extrapatrimonial a través de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias

La indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas, tal como reza el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. Este precepto, constituye un nuevo parámetro de medición y cuantificación del daño extrapatrimonial, pues existe ahora una pauta normativa explícita mucho más específica que la de la reposición al statu quo la cual, de suyo, resulta impracticable en el daño moral.

Tal como explicamos oportunamente, el Código Civil y Comercial ha recogido la opinión mayoritaria en el sentido de que esta indemnización tiene una función "satisfactiva y compensatoria". Partiendo de la base de que en daño moral la suma dineraria actúa como un paliativo, debemos preguntarnos qué paliativo se adecua al resarcimiento de una persona lesionada en su faz extrapatrimonial,

Entendemos, —según las referencias que hiciéramos ut supra de nuestro Código—, que lo que hay que medir en números no es el daño sino las satisfacciones que puede lograr cada indemnización.

Resulta necesario, —entonces—, encontrar esa comparación que sirva al magistrado de guía en la difícil tarea de darle contenido aritmético a la lesión extrapatrimonial.

En ese orden de ideas, como bien advierte González Zavala, el art. 1741 presupone "individualizar los medios de goce a conceder" e "identificar los bienes con los cuales se va a suministrar el consuelo". Se trata de explicitar el valor de ciertos bienes y de ciertos servicios en contextos cambiantes (44). Es decir, de brindar un parámetro objetivo que el judicante pueda ponderar al momento de cuantificar el daño extrapatrimonial sufrido.

Bibliografía.

(1) Corte IDH, "Velásquez Rodríguez c. Honduras. Interpretación de la sentencia de reparaciones y costas", sent. de 17/08/1990, serie C, nro. 9, párr. 27 y "Godínez Cruz c. Honduras. Interpretación de la sentencia de reparaciones y costas, sent. de 17/08/1990, serie C, nro. 10, párr. 38. Corte IDH, "Caso de la `Panel Blanca´ (Paniagua Morales y otros) c. Guatemala. Reparaciones y costas", sent. 25/05/2001, serie C, nro. 76, párr. 79; "Caso del Penal Miguel Castro Castro c. Perú. Fondo, reparaciones y costas", sent. de 25/11/2006, serie C, nro. 160, párr. 416; "La Cantuta c. Perú. Fondo, reparaciones y costas", sent. de 29/11/2006, serie C, nro. 162, párr. 202; "González y otras (`Campo Algodonero´) c. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", sent. de 16/11/2009, serie C, nro. 205, párr. 405.

(2) Corte IDH, "García Lucero y otras c. Chile. Excepción preliminar, fondo y reparaciones", sent. de 28/08/2013, serie C, nro. 267, párr. 189. ROUSSET SIRI, Andrés, "La indemnización compensatoria en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", LA LEY 07/04/2017, 1 AR/DOC/416/2017.

(3) Corte IDH, "Garrido y Baigorria c. Argentina. Reparaciones y costas", sent. de 27/08/1998, serie C, nro. 39, párr. 43. Estas pretensiones han sido rechazadas en casos posteriores. ROUSSET SIRI, Andrés, "La indemnización...", ob. cit., véase a modo de ejemplo: Corte IDH, "Bayarri c. Argentina. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas", sent. de 30/10/2008, serie C, nro. 187, párr. 161.

(4) Salvo algunos escasos ejemplos, la Corte IDH ha entendido que uno de los efectos de las medidas de reparación debe ser conservar el valor real de la suma percibida, para que ésta pueda cumplir su finalidad compensatoria, por lo que una de las vías más accesibles y comunes para lograr ese propósito es la conversión de la suma percibida a una de las llamadas divisas duras. Por ello se observa en la jurisprudencia de la Corte la fijación de las indemnizaciones pecuniarias en dólares norteamericanos o su equivalente en moneda nacional, pagaderos al tipo de cambio del día anterior al pago. ROUSSET SIRI, Andrés, "La indemnización...", ob. cit.

(5) Así, en los primeros pronunciamientos, el tribunal interamericano entendió que los pagos ordenados estarán exentos de todo impuesto actualmente existente o que pueda decretarse en el futuro. Corte IDH, "Suárez

Rosero c. Ecuador. Reparaciones y costas", sent. de 20/01/1999, serie C, nro. 44, párr. 110.Para ello la Corte IDH busca asegurar la integridad del monto sin utilizar mandamientos específicos a los sistemas fiscales recurriendo a la formulación de que les incumbe a los Estados disponer lo que mejor convenga a tales fines. Corte IDH, "Carpio, Nicolle y otros c. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas", sent. de 22/11/2004, serie C, nro. 117, párr. 152. ROUSSET SIRI, Andrés, "La indemnización...", ob. cit.

(6) Ver: JALIL, Julián E., "Cuantificación de Daños," Ed. La Ley, Región Patagonia, Buenos Aires, 2017, p. 49.

(7) C. 2ª Civ. y Com. Paraná, sala I, 28/07/2010, "Giacomini, Gladis M. E. c. Pereyra, Néstor J. y otra", LLLitoral 2010, 1257, AR/JUR/54188/2010. CNCom., sala A, 23/02/2010, "Staffa, Pablo c. HSBC Bank Argentina SA", La Ley Online; AR/JUR/6373/2010.C. Civ. y Com. Rosario, sala I, 22/10/2010, "Mongelli, Mariel B. c. Banco Macro SA", La Ley Online; AR/JUR/70834/2010. CNCom., sala A, 28/12/2007, "Cusato, Gabriel Alejandro c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca SA y otro", LA LEYOnline; AR/JUR/11656/2007.

(8) Ver mi voto en Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, autos: "G., E. L. c. C. L., G. s/ sumario (daños y perjuicios)", Expte. 650/2015, sentencia de Septiembre de 2016, publicada en la base de datos Eureka. Asimismo: JALIL, Julián E., "Cuantificación de Daños", Ed. La Ley, Región Patagonia, Buenos Aires, 2017, p. 50.

(9) ALFERILLO, Pascual E. en ALTERINI, Jorge I., "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. VIII, p. 186. Ver JALIL, Julián E., "Cuantificación de Daños", Ed. La Ley, Región Patagonia, Buenos Aires, 2017, p. 51.

(10) CALVO COSTA, Carlos A., "El daño resarcible en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", SJA 2012/12/26-42, JA 2012-IV.

(11) JOSSERAND, Louis, "Derecho Civil", Ed. Bosch y Cía., Buenos Aires, t. II, vol. I, p. 330.

(12) CNCiv., sala H, 07/12/2009, "Bassan, Aída A. c. Jurena, Carlos Aníbal y otros" AR/JUR/63545/2009. Con esos mismos alcances la Sala II de la C. Civ. y Com. San Isidro definió al daño moral como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria. Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio de enjugar, de un modo imperfecto pero entendido subjetivamente como eficaz por el reclamante, un detrimento que de otro modo quedaría sin resarcir. Siendo eso así, de lo que se trata es reconocer una compensación pecuniaria que haga asequibles algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral sufrido. En su justiprecio, ha de recurrirse a las circunstancias sociales, económicas y familiares de la víctima y los reclamantes, porque la indemnización no puede llegar a enriquecer al reclamante, contraría al principio de la razón natural C. Civ. y Com. San Isidro, Sala II, 29/12/1998, "Nadal c. Argentino s/ ds. ps.", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, 380.

(13) En este sentido la Sala B de la CNCiv. dijo que corresponde indemnizar el daño moral sufrido por quien resultó lesionado en un accidente de tránsito, pues este detrimento comporta una lesión a los sentimientos o afecciones legítimas, perturbador de su tranquilidad y del ritmo normal de vida, constituyéndose en una alteración desfavorable en la capacidad del individuo para sentir, querer y entender. CNCiv., sala B, 23/05/2007, "Semento, Ricardo O. c. Ferraris, Marcelo A. y otros", La Ley Online; AR/JUR/11334/2007. En igual sentido ver: CNCiv., sala B, "D., M. G. y otro c. Muñoz, Mariano R. y otros", 31/10/2007, LLO.

(14) Juzgado en lo Civil, Comercial y Minería Nº 4 de San Juan, 07/10/2008, "Pereira Demarchi, José L. c. Super Vea - Disco SA", La Ley Online; AR/JUR/27217/2008.

(15) CNCiv., sala D, 11/09/2007, "Recabarren, Julio C. c. Transportes Larrazábal y otro CISA y acumulados", La Ley Online; AR/JUR/8867/2007. es decir, la modificación disvaliosa del espíritu no debe ser identificada exclusivamente con el dolor, porque como consecuencia de la interferencia antijurídica pueden suceder otras conmociones espirituales como preocupación intensa, depresión, inseguridad y otras alteraciones anímicas que hieren el equilibrio espiritual protegido por el orden jurídico, resultando perjudiciales y originando derecho al resarcimiento. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala I, 05/03/2008, "Godoy, Aída del Valle y otras c. Mattiuzzi, Gustavo y otro", LLNOA 2008 (junio), 510, AR/JUR/755/2008. En igual sentido: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, sala II, 13/03/2007, "Buttarelli, María del Valle c. Veloso, Marcos A. y otro", LLBA 2007 (julio), 697 ; Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala II, 15/08/2006, "Fitipaldi, Ariel C. J. c. Huber, Carlos A. y

otros", LLLitoral 2007 (febrero), 132 ; CNCiv., sala E, 26/05/2006, "Montalbetti, Carlos F. y otros c. Microómnibus Sur SAC y otros", DJ 30/08/2006, 1265 ; CNCiv., sala E, 10/02/2006, "C., M. A. c. R., H. O. y otros", La Ley Online.

(16) CNCiv., sala E, 26/05/2006, "Montalbetti, Carlos F. y otros c. Microómnibus Sur SAC y otros", DJ 30/08/2006, 1265, AR/JUR/3098/2006. JALIL, Julián E., "La legitimación activa del concubino para el resarcimiento del daño moral a la luz del art. 1078 del Código Civil", LLPatagonia 2011 (febrero), 109, AR/DOC/224/2011.

(17) JALIL, Julián E. - YARROCH, Fernando, "Consideraciones en torno al daño moral", RCyS 2013-X, 52, AR/DOC/2310/2013.

(18) DÍEZ PICAZO, Luis, "El escándalo del daño moral", Ed. Aranzadi SA, Navarra, 2008, p. 15.

(19) DÍEZ PICAZO, Luis, ob. cit., p. 14, en estas palabras: "se han ido produciendo decisiones de los tribunales en que la figura del daño moral se aplica con escasa coherencia... la idea de daño moral es hoy menos clara que nunca...".

(20) DÍEZ PICAZO, Luis, "Derecho de daños", Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 324.

(21) ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, "La responsabilidad por daño moral", Ed. ADC, 1966, p. 81.

(22) CASALS, Martín, "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", Asociación de profesionales de Derecho Civil, Madrid, 1990, p. 858.

(23) JOSSERAN, Louis, "Cours de droit civil positif francais", París, 1930, t. II, p. 215.

(24) LE TORUNEAU, Philippe, "Droit de la responsabilice", París, 1966, p. 732.

(25) PIZARRO, Ramón, "Reflexiones en torno al daño moral y a su reparación", en JA 1986-II-900.

(26) TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo, "Tratado de la responsabilidad civil", Ed. La Ley, 2004, t. 1, p. 478.

(27) RIPERT, George, "La regla moral de las obligaciones civiles", Ed. Parias, 1949, p. 348.

(28) CNCiv., sala D, 10/03/1994, "López Alem c. Ferneba y otros", JA 1994-IV-462.

(29) TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado...", ob. cit., p. 496.

(30) CNCiv., sala C, 07/03/1983, "Herzovich c. Edificadora Canning 2940", AR/JUR/1540/1983.

(31) CNCiv., sala D, 01/03/1979, "Tomasetti, Luis A. y otra c. Empresa Ferrocarriles Argentinos y otros", AR/JUR/286/1979.

(32) CASALS, Martín, ob. cit., p. 1231.

(33) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, "Tratado de Derecho Civil", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2ª parte, t. V Obligaciones, p. 95.

(34) CNCiv., sala D, 19/10/1990, "Escudero, José G. c. Da Costa, Lauro A.", LA LEY 1992-C, 243, AR/JUR/236/1990.

(35) CNCiv., sala D, 29/08/1983, "Israel, Carlos R. y otra c. Denaro, Graciela B. y otra", LA LEY 1984-B, 75, con nota de Jorge BUSTAMANTE ALSINA; AR/JUR/603/1983. En el mismo sentido precisó la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón que el daño moral es de carácter resarcitorio y no de naturaleza punitiva, es decir, no se trata de reprochar la conducta del ofensor, sino de resarcir económicamente a la víctima, que no debe guardar necesaria relación con el daño de carácter patrimonial. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala III, 18/08/2015, "Casagrande, Milva M. y otro c. Palacio, Antonio y otra s/ daños y perjuicios", La Ley Online, AR/JUR/36025/2015). Ver JALIL, Julián E., "Cuantificación de Daños", Ed. La Ley, Buenos Aires, Región Patagonia, 2017, p. 57.

(36) CNCiv., sala G, 30/05/2008, "Pepe, Raúl J. c. Erlich, Juan Pablo y otros", DJ 19/11/2008, 2091 - DJ 2008-II, 2091, AR/JUR/4401/2008. En igual sentido: CNCiv., sala C, "Benítez, Inés c. Compañía Financiera Argentina", 21/11/2006, DJ 2007-II, 424; "López, Carlos c. Banco Roca Coop. Ltdo.", 12/10/1994, LLO; "García, Jorge I. y otros c. Palarea, Julio M. L.", 22/02/1994; sala G, "Suraniti, Juan S. c. Ranz, Mónica A. y otro", 18/10/2002, DJ 2003-1, 247; sala E, "Sola, Carlos N. c. Modo, S. A. de Transporte Automotor y otros", 15/02/1990, LA LEY 1992-D, 107. En sentido contrario: CNCiv., sala J, "Palavecino, Alexis c. Microómnibus SAC y otro", 19/07/2007, LLO; sala M, "Torres de Peralta, Elsa B. c. Fernández, Anastacio V. y otros", 05/02/2001, ED 194, 198; sala D, "Escudero, José G. c. Da Costa, Lauro A.", 19/10/1990, LA LEY 1992-C, 243, con nota de Juan José CASIELLO - ED 140, 390.

(37) MORELLO, Augusto, "Carácter resarcitorio y punitorio del daño moral", JA 27-1975-342. JALIL, Julián E. - YARROCH, Fernando, "Consideraciones en torno al daño moral", RCyS 2013-X, 52, AR/DOC/2310/2013.

(38) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, Jean - MAZEAUD, León - CHABAS, Fancois, "Derecho Civil. Obligaciones", Ed. Zavalía, t. I, p. 551.

(39) TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado...", ob. cit., p. 499.

(40) Nosotros participábamos de esa consideración pues el precepto resultaba inconstitucional o inaplicable porque lesionaba: el derecho a la protección integridad de la familia (Ver: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala I 10/10/2009 "A., S. c. Plaza, Juan Domingo", La Ley Online; AR/JUR/45288/2009. CNCiv., sala L, "E., A. M. c. Transportes Metropolitanos Gral. San Martín y otro", 27/03/2007, RCyS 2007, 1020 - RCyS 2007, 591, con nota de Juan Carlos BORAGINA y Jorge A. MEZA; CNTrab., sala II, "Poy, Cristian M. c. Automóviles San Jorge SA y otro", 21/05/2007, DT 2007 (julio), 801 - LA LEY 03/09/2007, 4, con nota de David DUARTE - LA LEY 03/09/2007, con nota de David DUARTE. CNCiv., sala L, "E., A. M. c. Transportes Metropolitanos Gral. San Martín y otro", 27/03/2007, RCyS 2007, 1020 - RCyS 2007, 591, con nota de Juan Carlos BORAGINA y Jorge A. MEZA; CNTrab., sala II, "Poy, Cristian M. c. Automóviles San Jorge SA y otro", 21/05/2007: DT 2007 (julio), 801 - LA LEY 03/09/2007, 4, con nota de David DUARTE - LA LEY 03/09/2007, con nota de David DUARTE. "Camargo, Mónica V. y otro c. Lima, Roberto y otra", La Ley Online; AR/JUR/12685/2007. CNCiv., sala K, 23/10/2009, "Botti, Adela E. y otros c. Aguilar, Marcos J. y otro", RCyS 2010-V, 135, con nota de Juan M. PAPILLÚ; AR/JUR/47232/2009. CNCiv., sala K "A., C. B. c. Fernández, Ángel E.", 01/07/2009, RCyS 2009-X, 92, con nota de F. A. S.; LA LEY 10/11/2009, 7, con nota de Néstor E. SOLARI; LA LEY 19/11/2009, 4, con nota de Graciela B. RITTO; CNCiv., sala K, "B., O. B. y otros c. Línea 60 Microómnibus Norte SA y otros", 10/06/2008, RCyS 2009-X, 81, con nota de F. A. S. En sentido contrario: CNCiv., sala G "S., M. c. Cabrera, Carlos y otro", 04/12/2007, LA LEY, Online. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en "M., E. G. c. Edersa SA", 28/11/2007, LLPatagonia 2009 (abril), 745, con nota de María Belén DELUCCHI; Richar F. GALLEGO. CNCiv., sala K, 10/06/2008, "B., O. B. y otros c. Línea 60 Microómnibus Norte SA y otros", RCyS 2009-X, 81, con nota de F. A. S.; AR/JUR/7024/2008). Por Interpretación exegética de las normas que rigen la materia, en virtud de los principios generales del derecho, principalmente que nadie puede dañar a otro —y si lo hace debe reparar— y el de reparación integral, además de las normas constitucionales y de los tratados internacionales, que permiten reconocer el resarcimiento cuando se acredita un daño reparable. (Ver CNCiv., sala K, 23/10/2009, "Botti, Adela E. y otros c. Aguilar, Marcos J. y otro", RCyS 2010-V, 135, con nota de Juan M. PAPILLÚ; AR/JUR/47232/2009. CNCiv., sala K "A., C. B. c. Fernández, Ángel E.", 01/07/2009, RCyS 2009-X, 92, con nota de F. A. S.; LA LEY 10/11/2009, 7, con nota de Néstor E. SOLARI; LA LEY 19/11/2009, 4, con nota de Graciela B. RITTO; CNCiv., sala K, "B., O. B. y otros c. Línea 60 Microómnibus Norte SA y otros", 10/06/2008, RCyS 2009-X, 81, con nota de F. A. S. En sentido contrario: CNCiv., sala G "S., M. c. Cabrera, Carlos y otro", 04/12/2007, LA LEY, Online. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en "M., E. G. c. Edersa SA", 28/11/2007, LLPatagonia 2009 (abril), 745, con nota de María Belén DELUCCHI; CNCiv., sala K, 10/06/2008, "B., O. B. y otros c. Línea 60 Microómnibus Norte SA y otros", RCyS 2009-X, 81, con nota de F. A. S.; AR/JUR/7024/2008). Por violación principio de la reparación integral (ver: Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, 26/12/2007, "Camargo, Mónica y otro c. Lima, Roberto y otra", RCyS 2008, 449, con nota de Edgardo I. SAUX; LA LEY 30/05/2008, 5, con nota de Graciela B. RITTO; LA LEY 2008-C, 553, con nota de Graciela B. RITTO; AR/JUR/10011/2007. En igual sentido: CNCiv., sala L, "E., A. M. c. Transportes Metropolitanos Gral. San Martín y otro", 27/03/2007: RCyS, 2007, 1020 - RCyS, 2007, 591, con nota de Juan Carlos BORAGINA y Jorge A. MEZA; CNTrab., sala II, "Poy, Cristian M. c. Automóviles San Jorge SA y otro", 21/05/2007: DT 2007 (julio), 801 - LA LEY, 03/09/2007, 4, con nota de David DUARTE, LA LEY, 03/09/2007, con nota de David DUARTE). Por contrariar elart. 28 de la CN (ver MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., "La legitimación activa en el daño moral. Crisis del art. 1078 CC", LLC 2010 (diciembre), 1204. O por la violación al principio de igualdad (Ver: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 26/12/2007, "Camargo, Mónica V. y otro c. Lima, Roberto y otra", La Ley Online; AR/JUR/12685/2007).

(41) Ver PREVOT, Juan Manuel, "Legitimación activa de los concubinos y otros damnificados indirectos para reclamar daño moral por muerte", LLLitoral 2010 (octubre), 1045. Ahora bien ¿resulta satisfactorio este sistema? Se sostenía que la solución adoptada es correcta y debiera mantenerse, pues se ha buscaba una pauta precisa, que en la mayor parte de los casos resulta razonable. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en BELLUSCIO, A. C. (dir.), ZANNONI, Eduardo A. (Coord.), "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, t. 5, p. 118. Cámara de Apelaciones de Concordia, sala Civil y Comercial, 19/09/2008, "Romero, Rita M. S.c. Superior Gobierno de la Pcia. de Entre Ríos", LLLitoral 2009 (marzo), 199 LLLitoral 2009 (setiembre), 853, con nota de Luis A. CARELLO; AR/JUR/18202/2008. Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 62, 14/02/2008, "T., N. E. c. Mancini, Pablo A.", La Ley Online; AR/JUR/178/2008. En igual sentido: CNCiv., sala D, "Palma, Francisco y otros c. Fonseca, Miguel Ángel y otros", 20/09/2007, LLOnline; sala J, "Coria, Alberto y otros c. Salvatierra, Gastón y otro", 18/07/2006, LLOnline.

(42) JALIL, Julián E. - YARROCH, Fernando, "Consideraciones en torno al daño moral", RCyS 2013-X, 52, AR/DOC/2310/2013.

(43) JAKOBS, Gunther, "El lado subjetivo del hecho", Trad. Manuel CANCIO MELIÁ, disertación en las Conferencias Internacionales de Derecho Penal, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2003.

(44) Ver: GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M. "Satisfacciones sustitutivas, y, compensatorias", RCód. Civ. y Com. 2016 (noviembre), 38, AR/DOC/3436/2016. Ver asimismo: SAPPIA, María Candelaria, MÁRQUEZ, José F., "La reparación integral del daño. Su consolidación en la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012", RCyS, 2013-9 121. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños. Cuánto por daño moral", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, t. 5-A, p. 61.

La aceptación tácita de riesgos (consentimiento tácito). La asunción de riesgos

Por Julian Emil Jalil

Disponible en: https://www.rubinzalonline.com.ar/
Cita Online: RC D 130/2018
[Consultado el: 06/07/2020]

Sumario.

1. La asunción de riesgos en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Córdoba en septiembre de 2009. 2. La asunción de riesgos en el Código Civil y Comercial. 3. Ámbito de aplicabilidad del instituto en la jurisprudencia argentina. 3.1. La asunción de riesgos como atenuante o eximente de los daños producidos en deportes riesgosos. 3.2. El transporte benévolo y la asunción de riesgos. 3.3. La asunción de riesgos en la esfera intrínseca contractual. 4. La asunción de riesgos y el hecho de la víctima. 5. A modo conclusivo.

1. La asunción de riesgos en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Córdoba en Septiembre de 2009 [1]

La Comisión de Daños Nº 3 que consideró el tema de la "asunción de riesgos", sobre la base de las ponencias presentadas por unanimidad [2] aprobó el siguiente Despacho de lege lata:

1. La asunción de riesgos genéricos de la vida moderna no implica relevar de responsabilidad al eventual dañador. La "sociedad de riesgos" no autoriza su invocación como eximente frente al daño producido.
2. En materia de riesgos, como principio general, asumir el riesgo no significa asumir el daño.
3. La teoría de la asunción de los riesgos sólo puede ser analizada en el ámbito de la responsabilidad objetiva, aunque sea para negarle sus pretendidos efectos liberatorios.
4. La asunción de riesgos está especialmente prohibida por el derecho en materia de derechos fundamentales de la persona.

Asimismo quedaron aprobados por los miembros presentes los siguientes conceptos para la responsabilidad extracontractual:

1. La asunción de riesgos no se erige en una causal autónoma de eximición de responsabilidad.
2. La sola asunción del riesgo no permite la liberación del responsable. Debe analizarse si la conducta de la víctima configura desde el punto de vista causal el hecho de la víctima.
3. La sola circunstancia de compartir el beneficio de la utilización de una cosa o participación en una actividad riesgosa no importa la asunción de los daños que de ella se deriven ni convierten en guardián de ellas al participante si no comparte el control, dirección o gobierno de la actividad o cosa riesgosa.
4. No cabe la aplicación de la asunción de los riesgos en los actos de abnegación o altruistas.

Con relación a los conceptos relativos a la responsabilidad contractual el despacho por unanimidad resolvió que:

1. En principio en los contratos negociados la asunción voluntaria del riesgo opera como una causa de justificación de los daños derivados de los riesgos propios de la actividad siempre que haya existido un consentimiento informado y se trate de derechos disponibles. La asunción de los riesgos no puede ser un argumento utilizado para liberar de las consecuencias del incumplimiento del deudor.
2. El alcance de los riesgos asumidos contractualmente debe interpretarse restrictivamente y conforme el principio de buena fe.
3. En el Derecho de Consumo, en virtud de la obligación de seguridad y el deber de información que consagran los arts. 4, 5, 6, y arg. art. 37 de la LDC no puede recibir aplicación la figura de la asunción de riesgos.

Asimismo se hizo mención a los siguientes supuestos particulares:

1. En el ámbito de los espectáculos deportivos la posibilidad de invocar la asunción de los riesgos se limita a los sujetos que participan en él y no por los terceros. Sólo incluye los riesgos propios del deporte en cuestión y no los excesivos o extraordinarios.
2. La asunción de los riesgos no releva de los daños derivados de las deficiencias organizativas o culpas de quien controla la actividad.

Por su parte de *lege ferenda* se decidió que: No parece necesario incluir la figura de la asunción de los riesgos en una futura reforma legislativa [3].

2. La asunción de riesgos en el Código Civil y Comercial.

Sin perjuicio de esta recomendación, el Código se refiere a la asunción de riesgos en el art. 1719. No obstante, dicho precepto tiene un alcance aclaratorio, pues expresamente excluye la institución como causa de justificación salvo que se trate del hecho del damnificado. (art. 1731 del CCyC).

En este sentido el art. 1719 del CCyC establece que la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como **un hecho del damnificado** que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.

3. Ámbito de aplicabilidad del instituto en la jurisprudencia argentina.

La voz asunción de riesgos cobró plena virtualidad en el plexo jurisprudencial, configurándose como una causal de atenuación de la responsabilidad civil emergente del hecho y en ciertos casos como un verdadero supuesto de exclusión de ésta. Resulta curioso la multiplicidad de situaciones jurídicas en donde la institución tuvo acogida jurisprudencial. Alcanza con visualizar los precedentes seleccionados para denotar su procedencia jurisdiccional en situaciones disímiles y con fundamentos axiológicos divergentes.

Ante la ausencia legislativa concreta, -hasta el momento-, la doctrina intentó encausar el concepto analizando su viabilidad como elemento autónomo de exclusión de la responsabilidad civil, o como justificativo del daño, y en este sentido cobró trascendencia activa la idea de la concausa en la relación causal y el hecho del damnificado para fundamentar su aplicación fáctica[4]. (Actualmente ambas situaciones se incrustan conjuntivamente en el art. 1719 del CCyC). Intentaremos analizar sistemáticamente los campos jurídicos más trascendentes donde el instituto tuvo una recepción admitida por nuestros tribunales, para apreciar el campo de acción del art. 1719 del CCyC.

3.1. La asunción de riesgos como atenuante o eximente de los daños producidos en deportes riesgosos.

Es habitual encontrar la idea de la asunción de riesgos en los daños deportivos, la jurisprudencia ha hecho una vasta aplicación de este criterio[5], en este sentido se dijo que el aprendizaje de un deporte riesgoso hace presumir, por sí mismo, la asunción implícita del riesgo normal y habitual por quien se somete voluntariamente a la práctica, pues también la prudencia, diligencia y aun la destreza propia del alumno juegan un rol importante para evitar la producción de daños[6]. En otro caso donde se encontraba involucrada una alumna de paracaidismo que sufrió lesiones al ejercitar dicha actividad se interpretó que al tratarse de un deporte voluntariamente ejercido por la damnificada, le corresponde asumir las consecuencias derivadas del peligro natural de la actividad y del período de aprendizaje que lo agrava, y por haber sido ella misma quien decidió, con conciencia de sus limitaciones y del riesgo que afrontaba exponerse a éste, deben serle cargadas a su cuenta, por lo menos en sustancial proporción, los efectos dañosos. La asunción del riesgo, a sabiendas del grado elemental de pericia que lo agravaba, es pues, determinante[7], en este sentido se dijo que para la estimación del perjuicio sufrido en la práctica de deportes peligrosos, debe tenerse en cuenta la circunstancia de la asunción del riesgo, por la víctima en conocimiento de sus propias limitaciones[8].

En otros precedentes si bien no se eximió totalmente de responsabilidad la asunción de riesgos ha operado como atenuante de ella, así la Cámara Nacional de Apelaciones indicó que si no se acredita culpa exclusiva de la víctima en el caso del daño sufrido por un conductor deportivo profesional, no procede eximir de responsabilidad al equipo para el cual conduce, pero la misma puede graduarse en función de la asunción de riesgos[9].

Y en otro caso donde se producen daños a un jinete de un caballo que participaba en una "jineteada" falleciendo a causa del accidente, directamente no se aceptó la aplicación de esta figura porque se entendió que no puede considerarse que ha operado la "asunción voluntaria de riesgos" o "consentimiento del ofendido", como causa de exoneración de la responsabilidad, no solamente porque en principio la asunción voluntaria de riesgos no puede invocarse para legitimar la lesión de bienes indisponibles como la vida o la integridad física, y menos aun echando mano de un tácita aquiescencia que no cabe presumir, sino también porque por ese camino se estaría desvirtuando la responsabilidad por el hecho de las cosas[10]. Tampoco ha sido aceptada esta causal en un fallo de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en donde se señaló que resultaba improcedente aplicar la figura de la asunción de riesgo respecto de quien sufrió lesiones al participar de los juegos organizados por un programa de televisión desde que, para que la aludida figura tenga entidad aminorante de la responsabilidad del demandado es necesario hallarse ante un peligro extraordinario, lo cual no acontece en el caso por cuanto, el organizador de ese tipo de juegos generalmente presenta una imagen inofensiva de ellos[11].

3.2. El transporte benévolo y la asunción de riesgos.

Como hemos visto, aparece también desarrollada la idea en el llamado *transporte benévolo* donde la gentileza y cordialidad de quien lleva adelante ese tipo de actividad ha sido fundamento sutil y preciso para la disminución de la responsabilidad de quién a través de un acto de buena fe y servicio social decide alcanzar a otro sujeto a su lugar de destino y en dicho accionar se provoca algún tipo de daño al transportado.

Pero no sólo pesa dicho argumento en el papel del damnificante sino que también la asunción de riesgo de la víctima opera como fundamento suficiente para la atenuación o eximición de responsabilidad, en este sentido una parte de la doctrina ha sostenido que cuando la víctima asume deliberadamente el riesgo que se sigue de la utilización de una cosa particularmente peligrosa, es injusto que invoque tal peligro para comprometer la responsabilidad del dueño o del guardián[12], aunque estas ideas no son compartidas por la totalidad de los autores del derecho[13].

Las aplicaciones jurisprudenciales son vastas, así con fundamentos similares se apuntó que corresponde disminuir a la mitad el monto indemnizatorio al que hizo lugar la demanda que perseguía la indemnización de los daños sufridos por la actora al tener un accidente el vehículo en el que viajaba en forma benévola, toda vez que el transporte amigable significa para el transportado una opción circunstancial de vida al prescindir de la alternativa del transporte oneroso e implica una plena asunción de los riesgos a que se encuentra expuesto, lo contrario implicaría desalentar este tipo de transporte con consecuencias negativas sobre la solidaridad comunitaria[14].

En este mismo sentido también se dijo que el dueño del rodado en el que viajaba una persona transportada en forma benévola, es responsable por el daño sufrido por éste con motivo de un accidente de tránsito, pues corresponde aplicar la presunción que deriva del art. 1113 del Cód. Civil en tanto no puede suponerse que el transportado en tal situación aceptara el riesgo, renunciando por anticipado a su derecho a mantener su propia indemnidad[15].

Ahora bien, el criterio jurisprudencial no es unánime, ya que existen conocidos precedentes que erogan una interpretación disímil, entre ellos la Cámara Nacional de Apelaciones sostuvo que la asunción de los riesgos normales del viaje no es causal de supresión ni de disminución de la responsabilidad por los principios que emanan de los arts. 1109 y 1111 del Cód. Civil[16]. Este es la postura que desarrolló nuestro Máximo Tribunal el cual dijo que la tesis de la asunción de los riesgos por parte del transportado por complacencia es ficticia y peca por excesiva, porque no puede afirmarse que el pasajero acepte realmente los riesgos "a priori" sino que sólo desea ser transportado de un lugar a otro, y no ser dañado: si supiera que eso acontecería seguramente no aceptaría subir, ya que nadie que tenga mediano sentido está renunciando a la vida o la integridad física cuando se sube a un automóvil[17].

3.3. La asunción de riesgos en la esfera intrínseca contractual.

Explica LÓPEZ HERRERA que en la responsabilidad contractual es innegable que hay contratos en los que las partes pueden pactar quien toma a su cargo los riesgos. Si lo que se asume es el riesgo de culpa de la otra parte, es una cláusula exoneratoria. Si en cambio lo que se asume es un riesgo conocido o probable de ocurrencia incluso en presencia de diligencia del deudor, parece más propia hablar de asunción o toma del riesgo[18].

De acuerdo al enfoque normativo actual, la idea de asunción de riesgos tiene cabida tanto en el plano extracontractual como en el ámbito del negocio jurídico. Aunque los fundamentos y las razones jurídicas difieran, en ambos campos detentan aspectos similares especialmente en relación a los efectos relacionados con la atenuación o exclusión de la responsabilidad ante el incumplimiento obligacional. En este orden de ideas, la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones al declarar la inconstitucionalidad de los arts. 11 de la Ley 25561 y del 8 del Dec. 214/2002 que disponían la pesificación a la paridad "1 a 1" de las obligaciones exigibles en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, entendió que al equiparar la norma la situación del deudor moroso a quien no lo es, en el caso, de un crédito hipotecario, y desconocer la asunción convencional de los riesgos por una de las partes al renunciar a la invocación de la teoría de la imprevisión, concede un trato igualitario entre quienes no están en las mismas condiciones generando así una írrita desigualdad, ya que el premio para el recalcitrante será mayor cuanto más dilatado en el tiempo resulte su incumplimiento y proporcionalmente, mayor será el perjuicio del acreedor en cada caso[19].

En este mismo sentido la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal, dijo que la responsabilidad, por la asunción de un riesgo previsible, por quien realiza un depósito a plazo fijo por un lapso de 15 años o por el eventual aprovechamiento de sus hipotéticas necesidades por parte de la entidad en la cual se realizó tal depósito y que se encuentra liquidada, no es susceptible de ser trasladada al Banco Central de la República Argentina, quien sólo debe responder dentro de los límites establecidos por la ley[20].

Por otro lado en un caso de transporte marítimo la Cámara Federal acudió a la idea de asunción de riesgos para atenuar la responsabilidad del contratante, en este sentido se dijo que el transporte marítimo por contenedores bajo la modalidad "house to house" está sujeto a un régimen peculiar. La asunción de los riesgos por parte del cargador y el consignatario, sin comprometer como principio la responsabilidad que de manera genérica incumbe al transportador marítimo, encontrándose subordinada a la entrega en el puerto de destino en las mismas condiciones en que el contenedor fue recibido, sin signos exteriores[21].

En ciertos casos esta noción de asunción de riesgos se asocia con la idea de aleatoriedad. En algunos precedentes ha quedado clara dicha vinculación terminológica por ejemplo se sostuvo que la obligación principal del asegurador consiste en la asunción del riesgo, de la que resulta la secundaria de indemnizar[22], y en otros supuestos, como hemos visto, esta idea se asimila a la de culpa contractual, esto queda claro también en los fundamentos del siguiente decisorio de la Cámara Nacional, en el que se dijo que la empresa de medicina prepaga debe responder en todos los casos por los servicios que pone a disposición de los afiliados y la falta de realización del examen médico previo a la afiliación a los fines de determinar enfermedades preexistentes trae como consecuencia la asunción de los riesgos inherentes de esa omisión, entre ellos la imposibilidad de evitar las consecuencias desfavorables en torno a la pretendida exención de responsabilidad[23].

4. La asunción de riesgos y el hecho de la víctima.

El art. 1719 establece que la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.

En numerosos casos la jurisprudencia ha admitido el concepto de asunción de riesgos como atenuante de la responsabilidad ante el daño asimilando el concepto al de hecho de la víctima, así la Sala II de la Cámara 1ra. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, consideró que correspondía eximir parcialmente de responsabilidad al demandado dueño de la pirotecnia con la cual resultó lesionado el actor, en tanto la culpa de la víctima quedó configurada por la asunción de una actitud imprudente e indiferente frente al riesgo al que se sometía, omitiendo guardar una adecuada distancia, manipulando, transportando y practicando lanzamientos de fuegos artificiales[24], en otro caso se admitió esta disminución de responsabilidad equiparando el concepto de asunción de riesgos con el de culpa concurrente, este es el criterio expuesto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil quien expuso que los agravios expuestos por la titular registral de un inmueble en remodelación no bastan para eximir por completo la responsabilidad que le cabe frente al hecho acaecido por el vicio de la cosa sita en su predio y cuyo acceso fue permitido a la víctima, aunque la voluntaria asunción de un riesgo por parte de esta última, al introducirse en aquel peligroso ámbito, justifica que se decrete la concurrencia de culpas en partes iguales[25].

En otro precedente se indicó que correspondía responsabilizar en un 80 % al actor y un 20 % al demandado por los daños sufridos por aquél, en ocasión de haber ingresado a un campo ajeno a sabiendas de la existencia de personal de vigilancia armado y resultó herido por uno de ellos, en tanto su conducta se encuentra teñida de grave imprudencia a la par de la asunción voluntaria de un riesgo previsible[26], en similar sentido y paradójicamente con los mismos porcentajes de responsabilidad, la Cámara 1ª. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás consideró que corresponde distribuir mayor responsabilidad en el accidente de tránsito al ciclista víctima fatal -en el caso, se le otorga un 80 %, mientras que al demandado se impone un 20 %- que circulaba en una bicicleta sobre una ruta asfaltada, de noche y sin elementos que permitan advertir su desplazamiento, pues ello implica la irresponsable asunción de riesgo a la integridad física, constituyéndose en un obstáculo a la normal circulación al resultar difícil advertir su presencia con tiempo y margen de maniobra para evitar su colisión[27].

En otras ocasiones se ha admitido a la asunción de riesgos como eximente de responsabilidad liso y llano. En otros supuestos, si bien no ha prosperado dicha causal de eximición, se ha dejado entrever que acreditada que fuera constituye un eximente de responsabilidad civil, a título ejemplificativo, la Cámara Federal de Mendoza dijo que la circunstancia de que los menores jugasen en derredor de una columna de cemento (electroducto) no constituye una 'asunción de riesgo' válida para eximir al demandado, riesgo que por otra parte ha de ser anormal o extraordinario, toda vez que, encontrándose aquélla al alcance de los mismos, se ha generado una confianza consistente en que la cosa no va a causar daño por sí sola[28]. Es decir, a contrario criterio queda claro que la Cámara Federal admite la asunción de riesgos como eximente de responsabilidad.

Creemos que el fundamento de esta causal de eximición o disminución de responsabilidad reposa en la idea de concausa[29] pues el hecho del damnificado es lisa y llanamente una situación jurídica que incide en el desenlace causal. (Conf. art. 1726, 1727, 1728 y 1731 del CCyC).

5. A modo conclusivo.

En definitiva, la asunción de riesgos tendrá gravitación jurídica en la medida que pueda ser catalogada como el hecho del damnificado. Esta opinión se ve robustecida por la doctrina del Superior Tribunal de España que considera que, salvo contados casos excepcionales, como regla la aceptación de riesgos de la víctima lleva a la declaración de su culpa exclusiva.

Como hemos visto a través del análisis jurisprudencial, en el marco estricto del negocio jurídico la asunción de riesgos se equipara a la culpa contractual, la cual se encuentra específicamente regulada en el artículo 1722 y 1724 del CCyC, y en otros casos al concepto mismo de contratos aleatorios, supuesto que aparece concretamente previsto en el artículo 968 del Código, por lo tanto la idea de asunción de riesgos en esos casos queda subsumida por las precitadas figuras.

En cuanto al transporte benévolo consideramos que el fundamento de la disminución de responsabilidad no recae en la conducta de la víctima que asume la potencialidad del daño, habida cuenta que esta última nunca se sometería al traslado si se representara potencialmente la producción del resultado dañoso, sino que la realidad argumental de dicha atenuación o exclusión de responsabilidad reposa en el accionar del victimario quien en un acto de bondad y solidaridad cumple con una función noble que el derecho no debe castigar.

Pese a la inclusión normativa redundante del art. 1719 del CCyC, creemos que la idea de asunción del riesgo equiparable al hecho de la víctima se superpone con ella misma (art. 1729), y no hay fundamento alguno para emplear la primera cuando legislativamente existe la segunda. De todas maneras creemos que la regulación del dispositivo tiene una finalidad esclarecedora pues circunscribe el ámbito de aplicabilidad de la asunción de riesgos al hecho de la víctima, lo que posee un triple impacto:

- Le quita un carácter autónomo a la institución;
- La circunscribe al campo causal;
- Limita su configuración como un eximente más amplio que nos llevaría a resultados injustos[30].

Por lo expuesto, nos profesamos afines a esta tesitura plasmada en la norma, ya que -como hemos visto- la institución en cuestión no requiere una viabilidad autónoma como causal de justificación[31]. Por último, no podemos soslayar que hablar de asunción de riesgos es de por sí una tautología etimológica en los tiempos actuales ya que difícilmente se conciban conductas en la sociedad del siglo XXI a través de las cuales el ser humano no se subsuma en riesgos[32].

Bibliografía.

XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. V Congreso Nacional de Derecho Civil. Comisión de
[1] Daños. Asunción de riesgos, Ed. L. L., RCyS 2009-XI, 2223.

Estos postulados recibieron la adhesión de las Dras. Rosa N. Rey de Rinessi y Ana Doris Pérez
2] Zamparo; Dr. Gonzalo Sozzo; Dr. Juan José Ca siello; Dr. Julian Emil Jalil; Dr. Edgardo López Herrera; Dr. Agustín Rugna; Dres. Ramón Daniel Pizarro, María del Carmen Cerutti, María Angélica Jure, Cristina Plovaich, Francisco F. Ferreyra, Beatriz Junyent Bas, Eduardo Bruera, María Inés Ferreira, Emilse Nazar, Cristian Riveros, Augusto Camissa, Tomás Rueda, Constancia Lousteau Bideaut, Leonardo Marcellino y Florencia Ramos -Cátedras de la Univ. Nac. de Córdoba-. Dr. Atilio V. Della Maggiora; Dr. Cristian Aedo Barrena; Dres. Débora Burgos, Mercedes marchand y Carlos A. Parellada; Dra. María Cecilia Amiel; Dr. Martín Javier Abasolo; Dra. Viviana Rodríguez; Dres. Maximiliano Cossari y Jorge Baldarenas; Dres. Federico Antonio Botta y Martín Andrés Frúgoli; Dra. Gabriela Alejandra Nucciarone; Dr. Sebastián Ignacio Navas; Dres. Carlos A. Parellada, Silvina Furlotti, Luis Horacio Cuervo, Horacio Gianella, Raúl Martínez Appiolaza, Pablo Quirós, Roberto Reta, Ariel Parellada, Paula Culotta - Univ. Nac. de Cuyo, Univ. de Mendoza e Instituto de Derecho Civil "Guillermo Borda"; Dres. Enrique Carlos MÜLLER (Universidad Nacional del Litoral - Universidad Católica de Santa Fe); Cristian Omar Werlen (Universidad Católica de Santa Fe); Esteban Gabriel Masino (Universidad Católica de Santa Fe); Roberto Héctor Dellamónica (Universidad Nacional del Litoral) y Sandra del Valle Ferrari (Universidad Nacional del Litoral); Dra. Patricia Liliana Cabral; Dres. Jorge Meza y Juan Carlos Boragina: Dra. Graciela Wüst; Dras. Mara Vignola, Loana Policano Solís y Mariela Valorio; Dr. Enrique M. Pita; Dr. Marcelo Hersalis; Dr. Julio Corenfeld

Vale la pena señalar que existieron agradados propuestos por diversos miembros de la comisión
3] redactora y sus adherentes. Así Roberto Vázquez Ferreyra sostuvo que en la responsabilidad médica los riesgos propios de determinado acto médico deben ser asumidos por el paciente. Al que se adhirieron las Dras. María Angélica Jure, Graciela Wüst, Federico Botta y Martín Frúgoli con la aclaración de que el paciente debe ser debidamente informado. Por su parte en el agregado de Della Maggiora se consideró que la asunción de riesgos o autorresponsabilidad es un principio general del derecho de daños que opera a nivel de los presupuestos de antijuridicidad -como causal de justificación, consentimiento- o de la causalidad -como eximente hecho de la víctima-. En el agregado de los Dres. Juan Carlos Boragina y Jorge Meza se postuló que la asunción de riesgos resulta operativa en el ámbito de la responsabilidad contractual, como instrumento neutralizador del factor objetivo garantía, propio de la obligación de seguridad. Dicho efecto resulta limitado al denominado daño normal o habitual, es decir aquél que resulte estadísticamente previsible aún mediando una prestación efectiva del deudor acorde con el plan preconcebido. Ello siempre y cuando haya existido un adecuado cumplimiento del deber de información por parte del deudor negocial y el consentimiento haya sido prestado posteriormente en forma debidamente documentada. El instituto de la asunción de riesgos con las características precedentemente indicadas resulta ontológicamente autónomo diferenciándose de otras causales exonerativas que operan en materia de antijuridicidad o relación de causalidad y, asimismo, de las denominadas cláusulas de exoneración de responsabilidad.

Jalil, Julián Emil. "La asunción de riesgos y sus diferentes ámbitos de aplicación", RCyS 2010-II,
4] 245. Vale mencionar que cierto sector doctrinal era reacio a la aplicación judicial de la "asunción de riesgos" habida cuenta que la misma se encontraría en eclipse conceptual con otros institutos que ya se encontraban contemplados en la legislación civil nacional.

Ver Jalil, Julián Emil "Contrastantes aplicaciones jurisdiccionales de la asunción de riesgos. En
5] búsqueda de la simplificación del derecho", presentada en la Jornadas Nacionales de Derecho civil de Celebradas en Córdoba. (Septiembre de 2009).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 04/05/2000, Failace, Diego c. Fundación
6] Equus Fidei, RCyS 2000, 371, con nota de Jorge A. Mayo; L.L. 1999-D, 764 - LLC 1999, 78 -

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 13/10/1986, La Construcción Cía. de
7] Seguros c. Christiani & Nielsen, S.A., L. L. 1987-C, 51, con nota de José Luis García Caffaro.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 14/07/1979, Gallipoli de

8] Illanes, Stella M. c. Gobierno Nacional.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 04/05/2000, Failace, Diego c. Fundación 9] Equus Fidei, RCyS 2000, 371. En este sentido se consideró que la entidad que da clases de equitación es responsable por los daños sufridos por un alumno al ser despedido por el caballo que montaba -en el caso, durante una prueba de salto incluida en el plan de estudios- pues el hecho de haber el accionante contratado los servicios de una institución que cuenta con instructores entrenados supone la intención de asegurarse tácitamente de que no se producirán daños que excedan aquellos que de ordinario se producen en la práctica de un deporte de riesgo, sin perjuicio de que también exista una asunción de riesgo normal y habitual por parte del accionante.

Cámara 1ª. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala I, 16/03/1998, Gorordo, 10] Eliseo A. c. Fogón Criollo Arroyocortense y otros, LLBA 1999, 691.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 09/05/2007, Giandoménico, Juan C. y otros 11] c. Telearte S.A. Canal 9 y otro. Sabido es que el concepto de asunción de riesgos está ligado con el de consentimiento de la víctima, y entre los supuestos configurativos se encuentran los actos de abnegación o altruismo, tomando estos conceptos la Cámara Nacional señaló que si por un exceso de confianza se adopta una actitud temeraria, sin que exista impedimento para obrar según el buen arte marinero, tal situación no encuadra en la figura del "salvador". Así, el daño sufrido por imprudencia no es resarcible, pues el ordenamiento jurídico debe proteger y fomentar los actos de abnegación y solidaridad pero no aquellos que, aunque bien intencionados, constituyen la voluntaria asunción de un riesgo innecesario sustentado en una conducta desprovista de prudencia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II 06/03/1997, Galer, Susana E. y otros c. Raffo, Lorenzo J. LL 1997-E, 22.

Bustamante Alsina, Jorge, "En el transporte benévolo no se puede invocar como factor de 12] responsabilidad el vicio o riesgo de la cosa", L. L., 1991-D, 108. Mazzinghi (h.), Jorge Adolfo Responsabilidad objetiva: uso de la cosa contra la voluntad del dueño y la asunción del riesgo, L. L. 1995-E, 205-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 1125.

En este sentido dice Mosset Iturraspe que si bien son loables los propósitos atendibles que llevan a 13] atemperar o moderar, cuando no liberar, la responsabilidad de quien ha realizado un acto generoso, no comparte los criterios que se exponen al respecto para su fundamento. Dice el destacado autor que el más odioso de todos ellos, el menos realista, y, por ende hijo de una visión ficcionista del Derecho, es aquel que libera al dañador, en el caso al que transporta a otro benévolamente, gratuitamente, con base en la argumentación de la aceptación de los riesgos. Mosset Iturraspe, Jorge ¿El transportado gratuitamente viaja a riesgo y ventura? (La asunción o aceptación del riesgo como falacia jurídica) L. L. 1991-E, 440-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 399

Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, sala B, 24/02/2005, en autos: Sandoval, Néstor 14] Fabián c. Muñoz Cheuque, Rafael y otros, L.L. Patagonia 2006, 131 - RCyS 2007, 315, con nota de Ricardo J. Lens; En este caso el juez de primera instancia hizo lugar al reclamo que perseguía la indemnización por los daños sufridos por la actora al tener un accidente en el vehículo en el que viajaba en forma benévola. La sentencia fue apelada por la aseguradora de un codemandado. La Cámara por mayoría confirma el fallo apelado.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, con fecha 04/07/2002, en autos Melnik de 15] Quintana, Mirna E. y otros c. Carafi, Juan M., L. L. 2002-E, 832 - DJ 2002-3, 607.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 23/10/2001, en la causa Melnik de Quintana, 16] Mirna E. y otro c. Carafi, Juan M. y otros/ Rerc. de hecho deducido por: Prats, Gustavo A., RCyS 2002, 763

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, con fecha 07/05/1998, en autos: Surace, 17] Pablo E. c. Bengoechea, Roberto F. y otros, L. L. 1999-D, 808 - LLBA 1999, 24, con nota de María del Carmen, Romero Acuña.

Lopez Herrera, Edgardo. Ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de la 18] U. Nacional de Córdoba en septiembre de 2009.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, con fecha 19/09/2002, en autos: Cinto, 19] Nelda I. c. Chaparro Martínez, Benigno, L. L. 2002-F, 149 - DJ 2002-3, 379 - RCyS 2002, 954 .

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, Sala I, 17/06/1999,
20] Romero, Jorge S. y otros c. Banco Central, DJ 2000-2, 827

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 29/06/1994, La
21] Territorial Cía. de seguros c. Capitán y/u otros Buque Vladimir. L. L., 1999 - D. Pág. 128.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, fallo del 11/10/2006, publicado en Revista L.
22] L. 1999-D. Pág. 764-

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 31/08/2001, Galmarini Toia, Guillermo J. c.
23] Centro Médico Santa Fe, RCyS 2001, 906.

Cámara 1ª. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II, fallo del 28/08/2008, en
24] autos: Spano, Adrián Alejandro c. Monjardin, Sergio Alberto y otro, Revista LLBA, 2008 (noviembre), pág. 1158. Dicho caso consistió en una acción entablada por quien resulto lesionado al manipular pirotecnia, e interpuso una demanda de daños y perjuicios contra el dueño de los artículos, el juez de grado hizo lugar parcialmente a la demanda considerando aplicable la responsabilidad colectiva que dimana del art. 1119 del Código Civil, y eximiendo parcialmente de responsabilidad al accionado. El actor apeló el pronunciamiento y así se llegó al pronunciamiento de la Cámara.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, Fallo del 16/03/2007, en autos: Flores,
25] Teodosia c. Dique Uno S.A. y otro, publicado en L. L. Online. En este caso la actora se cayó cuando se rompió la tabla de madera por la que caminaba mientras vendía sándwiches a los operarios encargados de la remodelación del inmueble de propiedad de la demandada. La Cámara modificó la resolución de primera instancia y consideró que el siniestro se había producido por la culpa concurrente del accionado y de la víctima, atribuyéndoles responsabilidad en partes iguales.

Cámara 1ª. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, de fecha 08/07/2003, en autos:
26] Reynoso, Walter R. c. Salas, Rubén A. y otros, L.L.BA 2004, pág. 452. En este precedente una persona que sufrió lesiones al recibir un disparo de arma de fuego proveniente del vigilador de un campo al que había ingresado, interpuso una demanda por daños y perjuicios contra quien efectuó el disparo y sus empleadores. En primera instancia hizo lugar a la demanda. La Cámara atribuyó un 80 % de responsabilidad al actor y modificó los montos indemnizatorios.

Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, 26/08/2002, Barra,
27] Lorena S. c. Díaz, Rubén A. y otro, L.L. Litoral 2003 (setiembre), 964. Este fallo llega como consecuencia de que el juez de primera instancia impuso al conductor demandado el 70 % de la responsabilidad por el accidente que ocasionó la muerte de un ciclista que circulaba sin los elementos reflectivos necesarios y el demandado apela la sentencia, afirmando la exclusiva responsabilidad de la víctima. La Cámara modifica parcialmente lo resuelto e impone el 80 % de la responsabilidad al ciclista.

Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Sala A, 18/12/2001, González, José V. c. Agua y
28] Energía Eléctrica de la Nación, L.L.Gran Cuyo 2002, 932.

Así lo ha dicho expresamente la Cámara Nacional de Apelaciones, quien ha manifestado que el
29] desarrollo de los efectos de una causa puede ser desviado o directamente suprimido por otra causa distinta y coexistente -concausa-. Con ello se relaciona la cuestión conocida doctrinariamente como "asunción de riesgos por el damnificado". La obligación resarcitoria a cargo del agente del daño puede ser modificada o desplazada cuando ha obrado como concausa de aquél una culpa de la víctima que lo ha llevado a exponerse a un riesgo anormal o extraordinario. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 23/02/1981, Facya, S.A. c. Moray, Alfonso y otros, L. L. 1981-C, 313.

Supongamos, en el ámbito de la salud un nosocomio público podría alegar la causal para eximirse
30] de responsabilidad sosteniendo que la víctima, al momento de su internación en el ente de la salud, asume el riesgo de que la prestación no sea la equivalente a la del ámbito privado, por lo cual su pretensión hacia el reclamo por los daños se vería frustrada o disminuida. Ello que parece algo lejano puede comenzar a verse en nuestros tribunales, generando una situación disvaliosa que atenta contra la igualdad ante la ley.

Es decir, se superpone con figuras existentes en nuestro ordenamiento, siendo innecesario incluso
31] recurrir a ella para dirimir cualquier conflicto jurídico.

Jalil, Julián Emil. "La asunción de riesgos y sus diferentes ámbitos de aplicación", RCyS 2010-II,
32] 245.

El daño en la integridad psicofísica de la persona

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: JA 2018-I, 1569 • SJA 28/03/2018, 1
Cita Online: AR/DOC/4168/2017
[Consultado el: 06/07/2020]

Preliminarmente he de señalar que a los fines de circunscribir el concepto de daño hay que distinguir entre la valoración (*estimatio*) del mismo con la cuantificación (*taxatio*), se trata de dos quehaceres judiciales disimiles pero fuertemente relacionados. La valoración del daño consiste en determinar la entidad cualitativa del mismo, su contenido intrínseco o composición material.

La valoración del daño representa una tarea compleja dado que tiene una actividad previa que se relaciona con el conocimiento que debe tener o tiene el juez antes del caso puesto a resolver, respecto del contenido in abstracto de cada rubro factible de ser resarcido. Ese conocimiento, puede ser calificado como doctrinario que cada juez obtiene con los estudios de la opinión de los jurisconsultos y doctrina judicial que realiza del derecho de daño. A partir de esa tarea de ilustración, llega a una conclusión propia que le permite conceptualizar cual es el contenido en particular de cada daño resarcible (1).

Ahora bien, una vez que el daño ha sido valorado, se debe proceder a determinar cuánto debe pagarse en concepto de indemnización, a tales efectos se procede a la cuantificación. El origen etimológico de la palabra proviene del latín. Se trata de un término que es fruto de la suma de dos componentes: el quantum, que puede traducirse como "cuanto" y el verbo *facere*, que es sinónimo de "hacer".

Cuantificar es un verbo que se refiere a la acción de enunciar una cantidad. Lo cuantitativo, por lo tanto, consiste en la expresión de una magnitud a través de números. Desde esta perspectiva, la función del Juez se circunscribe al análisis en concreto de dos aspectos liminales:

1. cualitativo: identificar conceptualmente el tipo de daño de que se trata y subsumirlo en alguna de las categorías reconocidas por el Código Civil y Comercial.
2. cuantitativo: Cuantificar el daño, es decir darle contenido patrimonial nominal en base a su embargadora.

Desde esta perspectiva, la actividad primigenia que debe realizarse es la identificación o valoración de los daños en base al ámbito en donde repercute la lesión.

El Cód. Civ. y Com. pone su acento en la persona, en el ser humano como centro del sistema, así lo había dicho la CS al señalar 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 (2).

El daño "resarcible" es la consecuencia patrimonial o extrapatrimonial que produce el daño naturalístico. Como explican Alferillo, Pizzarro y Vallespinos entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa a efecto. El daño resarcible es esto último (3). Es decir, lo que se indemniza no es el interés o el bien lesionado, sino la consecuencia que la lesión al interés o al bien produce en el patrimonio del individuo o en su esfera extrapatrimonial.

Desde esta perspectiva, el daño puede afectar la integridad psicofísica y social del sujeto o la integridad de su patrimonio, pudiendo existir en ambos casos consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales.

Se puede decir entonces que la persona tiene un derecho a su integridad (personales o patrimonial) y la lesión a ese derecho derivará en un interés que habilitará el resarcimiento de las consecuencias que la acción dañina ha producido deterioro físico, psíquico, social o de los bienes y cosas de las cuales es titular o poseedor.

Desde una perspectiva jurídica debemos precisar que históricamente se concibió al ser humano desde una perspectiva bipartita y no desde la arista tripartita que pregona la ciencia moderna. Es decir, se contempla a la persona solo desde su espectro psicofísico y, a través del análisis del mismo, es que se llega a determinar la cuantificación del padecimiento, pero se ha olvidado del aspecto social que forma parte de ese campo resarcible.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido a la salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no tan solo la ausencia de enfermedad o afección. El hombre debe ser considerado como una unidad bio-psico-social (concepción tripartita).

Desentrañando los alcances de cada término que compone la estructura del ser humano, podemos señalar que *bio* se refiere a que constituye un organismo vivo que pertenece a la naturaleza, la dicción *psico* tiene que ver con su aspecto abstracto mental, y la palabra social alude a las influencias favorables y desfavorables del entorno humano como resultado de la interacción con la sociedad que rodea al ser humano y con el medio ambiente físico en el cual lleva a cabo su vida.

La integridad psicofísica y social de una persona puede ser vulnerada de distintas maneras que son previstas en la segunda parte del art. 1738 donde se expresa que "la indemnización [...] incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida".

Según este razonamiento resulta resarcible la lesión a la integridad física, la lesión a la integridad psíquica y la lesión a la integridad social.

La afectación de la *integridad física* se demuestra a través de traumatismos, golpes o lesiones corpóreas. La posición rígida entiende que el daño evento o naturalístico no es indemnizable en la medida que no medie una consecuencia en las facultades productivas del sujeto. Por nuestra parte consideramos que si bien ese parámetro debe ser considerado, también debe serlo en similar medida su impacto en el plano social pues éste también constituye una consecuencia resarcible, toda vez que resulta ser el efecto de la lesión a la integridad social del individuo.

Tanto el daño moral como el *daño psíquico* se configuran en la psique, que constituye el lugar o reservatorio donde se asienta el procesador. Sobre la pisque se establece la organización o modelo de la lógica, genéricamente primero y mediante la escolarización después. El daño psicológico es el desajuste del flujo de esos diferentes elementos que intervienen en el montaje de la inteligencia y el pensamiento sistemático —razonabilidad— es el resultado. Se produce de esta forma la ruptura interna de la línea circundante de información-conocimiento, impidiendo el progreso, y cuyos efectos se acumulan y producen una mutación en la racionalidad (4). El concepto de lesión a la psiquis no resulta técnico-científico, y por ello es abarcativo de la afectación neurológica, psiquiátrica y psicológica. En el Cód. Civ. y Com. no quedan dudas que ha adquirido autonomía conceptual toda vez que el art. 1746 se refiere a éste de manera específica como rubro resarcitorio, escindiéndolo de los daños extrapatrimoniales previstos en el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. El daño psíquico puede diferenciarse del daño moral pues el primero afecta el razonamiento, mientras que el segundo repercute en el sentimiento.

La lesión a la *integridad social* repercute en el campo sociológico del sujeto, su interacción con el medio resulta menoscabada, y puede tener como consecuencia un daño al honor, al proyecto de vida, a la libertad personal, a la intimidad. A esta altura de la evolución humana y más en nuestro sistema jurídico que está guiado por el contenido de los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos, no se puede negar en el ámbito civil que las actividades sociales que no podrá realizar la víctima por la incapacidad, deben ser resarcidas con independencia de su capacidad laboral para producir rentas (5).

El art. 1746 del Cód. Civ. y Com. establece que en caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades.

Preliminarmente debemos señalar que aún cuando participamos del criterio sobre la inaplicabilidad del Código Civil y Comercial de la Nación a los casos de daños acaecidos antes de su entrada en vigencia, dicho ordenamiento jurídico resulta sin duda una pauta ponderativa útil a los fines del establecimiento de la indemnización por incapacidad pese a que no sea aplicable temporalmente. Así lo ha entendido la Sala A de la CNCiv. sosteniendo que el empleo de criterios matemáticos para valorar la incapacidad sobreviniente no tiene por qué atar al juzgador, por lo que no corresponde otorgar a la víctima, sin más, la suma que en cada caso resulte de la aplicación de la fórmula, sino que esta servirá simplemente como pauta orientadora para, a partir de allí, arribar a un justo resarcimiento según las circunstancias de la causa (6).

Desde esta arista, el judicante puede valerse del criterio utilizado por el art. 1746 del Cód. Civ. y Com. a los fines de establecer el resarcimiento, es decir la determinación del capital, de modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables y que se agote al término del plazo en que pueda continuar realizando sus actividades.

Se advierte que la norma establece pautas para la fijación del resarcimiento mediante la utilización de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (y/o de la valuación de las tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables, que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado (7).

Al respecto se precisó que a fin de cuantificar la incapacidad, cabe entender que la misma consiste en un lucro cesante por la disminución de las posibilidades de obtener recursos económicos como consecuencia de las lesiones, el que debe ser resarcido mediante un capital que puesto a producir rentas que se consuma mediante los retiros equivalentes a la proporción que se ven menguados por la incapacidad generada por esos daños, por aplicación del art. 1746 del Cód. Civ. y Com. (8).

Entendemos, siguiendo a Alferillo que resulta innegable la imperiosa necesidad que tiene el sistema jurídico argentino de buscar mecanismos para que la cuantificación de los daños a la personas en casos similares, sean más o menos homogéneas dado que el arbitrio judicial generó, a lo largo de la historia de su implementación, cuantías resarcitorias de muy diverso monto. En la búsqueda de uniformar los resarcimientos se elaboraron distintos criterios, como es la ponderación judicial indicativa, la técnica del punto calculada con base en la ponderación de los fallos dictados (9).

La norma sugiere la aplicación de una fórmula de matemática financiera, decimos "sugiere" pues entendemos que aun en los casos donde se imponga la aplicación temporal del Código Civil y Comercial la

cuantificación a través de fórmulas no resulta obligatoria para el judicante, pues su único imperativo es la necesidad de que la sentencia se encuentre razonablemente fundada con una justa apreciación judicial.

La utilización de fórmulas tiene diferentes aplicaciones jurisprudenciales en nuestro país y la magistratura nacional se ha referido a ellas directa o indirectamente. Así, en numerosos precedentes se han recurrido a la formula "Marshal" (10), "Requena" (11), "Vuoto" (12), o "Méndez" (13), en apoyatura inmediata o medita del fallo.

No obstante lo expuesto, entendemos que los precedentes más importantes en la materia y que sirven de norte para la cuantificación del daño a la persona por incapacidad conforme las pautas del Código Civil y Comercial son "Vuoto", "Méndez" y "Arostegui".

Entendemos que la fórmula que más se adapta a nuestro sistema jurídico actual es la que deriva del fallo "Méndez", y ésta representa el parámetro que el Juez debe considerar al momento de indemnizar el daño a la persona, considerando especialmente las variable de la edad (14), el grado de incapacidad física y psíquica (15), la tasa de interés aplicable (16) y la renta única (17).

Entre nuestros autores habitualmente se dice que el daño patrimonial afecta lo que el sujeto tiene, provocando un menoscabo de apreciación pecuniaria; por ello Bustamante Alsina nos advertía acerca de la importancia de determinar el concepto de patrimonialidad para poder aclarar qué es un interés patrimonial y, por lo tanto, qué es daño patrimonial. Dicho autor consideraba que tanto el interés patrimonial como el daño patrimonial eran aquellos susceptibles de apreciación pecuniaria dada la índole patrimonial del interés afectado que repercute en el patrimonio afectando un interés legítimo (18).

Bibliografía.

(1) En otras palabras, previo a resolver cualquier litis de daño, el juez debería tener en claro qué es lo resarcible, el contenido indemnizable de cada rubro, para iniciar la valoración en concreto conforme a los antecedentes de cada causa litigiosa venida a la jurisdicción.

(2) CS, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA", 21/09/2004 (septiembre), Sup. Especial La Ley 2004, 39 con nota de Ramón D. PIZARRO; Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA; Rodolfo E. CAPÓN FILAS; Marcelo LÓPEZ MESA; Carlos V. CASTRILLO; Horacio SCHICK, DJ 2004-3, 339 DT 2004 (septiembre), 1286 DJ 2004-3, 394 con nota de Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA, RCyS 2004, 542 con nota de Carlos A. GHERSI, ED 25/10/2004, 5 DJ 2004-3, 798 con nota de Ángel E. GATTI, TySS 2004, 778 LA LEY 2005-A, 230 con nota de José P. DESCALZI, DJ 2004-3, 1094 con nota de Carlos A. GHERSI, IMP 2004-B, 2588 JA 2006-IV, 15 RCCyC 2016 (octubre), 222 con nota de Christian A. CAO y Gonzalo GAMARRA, AR/JUR/2113/2004. CS, en autos: "Campodónico de Beviacqua c. Ministerio de Salud y Acción Social" Fallos 323:3229, 3239, consid. 15 y su cita, LA LEY, 2001-C, 32.

(3) PIZZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", Buenos Aires, 1999, ps. 639/640; ALFERILLO, Pascual en ALTERINI, Jorge, Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Ed. La Ley, 2015, t. VIII, p. 208. Ver asimismo: JALIL, Julián E., "Cuantificación de Daños. Región Patagonia", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 31.

(4) CIPRIANO, Néstor A., "El daño psíquico (sus diferencias con el daño moral)" LA LEY, 1997-D 678, Responsabilidad Civil- Doctrinas Esenciales, t. II, p. 1329; ALFERILLO, Pascual en ALTERINI, Jorge, Código..., ob. cit., p. 208.

(5) ALFERILLO, Pascual E., en ALTERINI, Jorge I., "Código Civil...", ob. cit., p. 199. Explica el autor que, si no se contempla en la suma final el resarcimiento de todas las actividades que la víctima se ve impedida de llevar a cabo por la incapacidad psicofísica que le ha quedado como secuela, la reparación no será plena contradiciendo los preceptos constitucionales. En otras palabras, el juez civil debe considerar al ser humano, no solo como un ente productor de bienes y servicios, sino como ser un partícipe de la vida en sociedad. Este

criterio implica que nunca las indemnizaciones civiles deben ser inferiores a las otorgadas a los trabajadores por su incapacidad laboral pura, pues de otro modo, el sistema jurídico tiene un defecto en su estructura ideológica jurídica. En otras palabras, para que la reparación sea plena, se debe sumar a la cantidad estimada para compensar la disminución en su capacidad laborativa, otra que compense el nivel de incapacidad para la vida social que la disminución de su integridad psicosomática le ha dejado, sea que se haga cuando se fija la suma a ponderar en la fórmula (remuneración mas una suma por la incapacidad para la vida civil) o sumando en forma independiente al resultado de la fórmula una suma por la incapacidad para la vida civil. En todo caso se debe explicar el método para no vulnerar el derecho de defensa.

(6) CNCiv., sala A, 31/08/2015, "R., G. c. A., J. C. y otros s/ daños y perjuicios", LL, AR/JUR/35796/2015. Ver asimismo: JALIL, Julián E., "Cuantificación de Daños. Región Patagonia", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 34.

(7) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, trajeron a deliberar para resolver en definitiva los autos 88.888/33.670 caratulados "Carranzani, Matías M. c. Salas, Eduardo y ots. p/ d. y p.", originarios del Octavo Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas, de la Primera Circunscripción Judicial. Expte. 50.982. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Tratado de Daños a las Personas", t. 2a, p. 521.

(8) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualeguaychú, sala I, 26/08/2015, "Bos, Silvia E. c. Fariña Regazzi, Diego R. y otros s/ ordinario - daños y perjuicios", RCyS 2015-XII, 183 RCCyC 2015 (diciembre), 154 RCCyC 2016 (mayo), 191 con nota de Rodolfo M. GONZÁLEZ ZAVALA, AR/JUR/30637/2015.

(9) ALFERILLO, Pascual, "La cuantificación...", ob. cit. Explica el autor que en nuestro país, las diferencias en las cuantías resarcitorias no es responsabilidad exclusiva de los criterios judiciales sino que se debe tener presente que se vive en una sociedad con una economía inestable que desde hace muchos años, especialmente desde 1975 en adelante, se conjugaron ciclos monetarios de estabilidad, inflación e hiperinflación que modifican el poder adquisitivo de la moneda con la cual se cuantifica la compensación del daño. Es decir, no podemos programar soluciones que funcionan en economías con moneda que gozan de estabilidad. Este criterio también es seguido por la Sala A de la CNCiv. que sostiene; la indemnización por esta partida está dirigida a establecer la pérdida de potencialidades futuras, causadas por las secuelas permanentes y el resarcimiento necesario para la debida recuperación, teniendo fundamentalmente en cuenta las condiciones personales del damnificado, sin que resulte decisivo a ese fin el porcentaje que se atribuye a la incapacidad, sino que también debe evaluarse la disminución de beneficios, a través de la comparación de las posibilidades anteriores y ulteriores. A tal efecto, no pueden computarse las meras molestias, estorbos, temores, recelos, fobias, que casi siempre son secuelas propias de este tipo de accidentes. En cambio, debe repararse en el aspecto laboral, la edad, su rol familiar y social; es decir, la totalidad de los aspectos que afectan la personalidad. Ver: CNCiv., sala A, 19/09/2013, "A., J. C. V. y otros c. Dota SA y otros s/ daños y perjuicios", AR/JUR/108395/2013. En apoyatura: LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", t. IV-A, p. 129, nro. 2373; TRIGO REPRESAS en CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, "Derecho de las Obligaciones", t. III, p. 122; BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", t. I, p. 150, nro. 149; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", t. II-B, p. 191, nro. 232; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída en BELLUSCIO-ZANNONI, "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", t. V, p. 219, nro. 13; ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, "Curso de Obligaciones", t. I, p. 292, nro. 652.

(10) Cámara del Trabajo de Córdoba, sala 1ª, 02/06/2011, "Belén, Juan Marcelo c. Inco SRL y otro s/ ordinario - accidente con fundamento en el derecho común y sus acumulados - expte. 68842/37", LLC 2011 (agosto), 775, AR/JUR/25660/2011. Cámara del Trabajo de San Francisco, 03/06/2010, "Visconti, Andrea K. c. Urquía, Raúl M. y otra", 7006434. Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 10/02/2009, "C., A. H. c. Saba, Luis N. y otros", 70053976. Cámara 5ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 05/11/2007, "Biasotto, Hernán A. c. Cáceres, Ema L. y otro", LLC 2008 (marzo), 191, AR/JUR/9601/2007. Cámara 5ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 05/11/2007, "Biasotto, Hernán A. c. Cáceres, Ema L. y otro", 70044680. Cámara 6ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 25/07/2007, "Huespe, Eduardo A. c. Romero, Héctor R. y otro", LLC 2007 (noviembre), 1078, AR/JUR/5662/2007. Cámara del

Trabajo de Córdoba, sala 6ª, 31/05/2006, "Arias Labour, Edgardo D. c. Pez, Celestino L. y otros", DT 2006 (agosto), 1230, AR/JUR/1752/2006. Cámara del Trabajo de Córdoba, sala 6ª unipersonal, 31/08/2005, "Juárez, Héctor H. c. Lucero, Catalina E. y otros", LLC 2005 (diciembre), 1303, AR/JUR/4832/2005. Cámara en lo Civil, Comercial, de Familia y del Trabajo de Río Tercero, 11/10/2001, "Baeza, Lisandro y otros c. Establecimientos Saavedra Lamas SRL", LLC 2002, 704 con nota de Fernando SAGARNA, AR/JUR/1442/2001. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 7ª Nominación de Córdoba, 09/06/2000, "Torrez Pérez de Pazos, Teresa M. c. Sindicato de Prensa de Córdoba y otro", LLC 2001, 586, AR/JUR/795/2000.

(11) Cámara 5ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 25/11/2014, "García, Pamela c. Municipalidad de Córdoba s/ ordinario - daños y perj. - accidentes de tránsito - recurso de apelación", La Ley Online, AR/JUR/68851/2014. Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, sala Civil y Comercial, 18/09/2013, "Rivas, José N. c. Demchuk, Oscar A.y otros s/ indemnización por daños y perjuicios - casación civil", La Ley Online, AR/JUR/66867/2013. SC Mendoza, sala I, 25/11/2010, "Lucero, Diego E. c. Municipalidad de la Ciudad de Mendoza", La Ley Online, AR/JUR/78173/2010. SC Mendoza, sala I, 04/05/2007, "Transportes General B. Mitre SRL en: Huaysi, Cintia A. E. c. González, Adrián D. y ots.", La Ley Online, AR/JUR/2113/2007

(12) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala III, 13/08/2015, "B., F. y G., J. G. c. Barrios, Juan Domingo s/ daños y perjuicios", RCyS 2016-VIII, 136, AR/JUR/36024/2015. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen, 07/08/2015, "P., M. y otro c. U., A. M. y otro s/ daños y perj. por uso automotor (c. les. o muerte) (sin resp. est.)", LA LEY 28/08/2015, 3 con nota de Ariel A. G. MACAGNO, LA LEY 2015-D, 579 con nota de Ariel A. G. MACAGNO, RCCyC 2015 (octubre), 151 con nota de Julián E. JALIL, ED 265, 136 DJ 25/11/2015, 67 DJ 27/01/2016, 69, AR/JUR/26094/2015. 12, CNTrab., sala IX, 30/03/2015, "Galeano, Oscar c. Swiss Medical ART SA y otro s/ accidente - acción civil", AR/JUR/13268/2015. CNTrab., sala IX, 14/11/2014, "Capuccio, Sergio G. c. M. V. Shoes SRL y otro s/ despido", DJ 27/05/2015, 11 con nota de Alejandro GABET, AR/JUR/66958/2014. CNTrab., sala VI, 17/07/2014, "Olmedo, Walter A. c. COTO CICSA y otro s/ accidente - acción civil", La Ley Online, AR/JUR/49382/2014. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 11/06/2014, "S., A. M. c. L., M. O. y otro s/ daños y perjuicios", LLBA 2014 (agosto), 795 RCyS 2014-X, 285, AR/JUR/26964/2014. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, 13/03/2014, "C., A. J. c. E., H. G. y otros s/ daños y perj. por uso automot. (c.les. o muerte)(sin resp.est.)", RCyS 2014-X, 134, AR/JUR/33097/2014. Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Santa Fe, sala II, 26/11/2013, "Morales, Leonardo c. Grimaldi, Carlos D. y otro s/ accidente de trabajo" (expte. 78 - Fo. 134 - año 2013), La Ley Online, AR/JUR/86556/2013. CNTrab., sala III, 31/10/2013, "Canteros, Damián R. c. Russelot SA y otros s/ accidente - ley 9688", DT 2014 (abril), 1040 RCyS 2014-V, 126 con nota de María Inés FERREYRA, AR/JUR/78453/2013. CNTrab., sala IV, 31/10/2013, "Fernández, Martín A. c. Riva SA s/ ley 22.250", La Ley Online, AR/JUR/77863/2013. CNTrab., sala III, 31/10/2013, "Vargas, Eladior R. c. Dorrego Cheloni, Wilson N. y otro s/ accidente - acción civil", La Ley Online, AR/JUR/78451/2013.

(13) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 17/11/2016, "E., M. I. y otro/a c. Apilar SA y otro/a s/ daños y perj. estado (uso autom. s/ lesiones)", La Ley Online, AR/JUR/73331/2016. CNTrab., sala IX, 31/08/2016, "Pérez, Anselmo U. c. Operadora de Estaciones de Servicio SA y otros s/ accidente - acción civil", AR/JUR/68019/2016. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala III del trabajo, 09/08/2016, "Gervazoni, Orlando M. c. Vale, Carlos A. y otros s/ laboral", LLLitoral 2017 (febrero), 6, AR/JUR/60236/2016. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualeguaychú, sala I, 27/07/2016, "Batta, Héctor D. c. Sausa, María Silvina y/o quien resulte propietario s/ ordinario daños y perjuicios", La Ley Online, AR/JUR/63524/2016. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala III del trabajo, 06/07/2016, "Villarreal, Sergio F. c. Estado Provincial Provincia de Entre Ríos s/ accidente de trabajo", LLLitoral 2016 (noviembre), 7, AR/JUR/60260/2016. CNTrab., sala VII, 26/02/2016, "Mansilla, Juan Pablo c. Phonex Isocor SA y otros s/ despido", La Ley Online, AR/JUR/6716/2016. Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 10/12/2015, "Serrano, Gustavo C. c. Marquez Solís, Franco Adriano s/ d. y. p. (acc. de tránsito)", La Ley Online, AR/JUR/58788/2015. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen, 07/08/2015, "P., M. y otro c. U., A. M. y otro s/ daños y perj. por uso automotor (c. les. o muerte) (sin resp. est.)", LA LEY 28/08/2015, 3 con nota de Ariel A.

G. MACAGNO, LA LEY 2015-D, 579 con nota de Ariel A. G. MACAGNO RCCyC 2015 (octubre), 151 con nota de Julián E. JALIL, ED 265, 136 DJ 25/11/2015, 67 DJ 27/01/2016, 69, AR/JUR/26094/2015. CNTrab., sala VI, 24/02/2015, "Paz, Raúl A. c. Limpia 2001 SA y otros s/ accidente - acción civil", DJ 29/07/2015, 32 DT 2015 (agosto), 1689 con nota de Amanda L. PAWLOWSKI DE POSE, AR/JUR/2904/2015. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico, 10/10/2014, "Ferretti, Mario J. c. Mecall SRL s/ accidente acción civil", LLPatagonia 2015 (junio), 1007, AR/JUR/78866/2014. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 11/06/2014, "S., A. M. c. L., M. O. y otro s/ daños y perjuicios", LLBA 2014 (agosto), 795 RCyS 2014-X, 285, AR/JUR/26964/2014. Tribunal del Trabajo Nº 5 de Quilmes, 12/03/2014, "C. M. R. c. Provincia de Buenos Aires y otro/a s/ accidente de trabajo - acción especial", La Ley Online, AR/JUR/8340/2014. CNTrab., sala IV, 20/12/2013, "Machado, Mario R. c. Mapfre Argentina ART SA y otro s/ accidente - acción civil", DT 2014 (julio), 1968, AR/JUR/100857/2013. Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Santa Fe, sala II, 26/11/2013, "Morales, Leonardo c. Grimaldi, Carlos D. y otro s/ accidente de trabajo" (Expte. 78 - Fo. 134 - Año 2013), La Ley Online, AR/JUR/86556/2013.

(14) En el campo civil, no sólo se repara la improductividad del ser humano, sino el impacto social que el daño produce en su vida, y el mismo también repercute en la etapa pasiva de la persona. Desde esta perspectiva, la edad a tener en cuenta debe ser la del promedio de vida del ser humano actual, que podemos determinar en 75 años. (Parámetro intermedio entre la vida del hombre y de la mujer).

(15) Si la persona padece de ambos tipos de incapacidad hay que analizar cuál de las mismas es la mayor, y aplicar el otro porcentual sobre ése. V.gr. Si la persona padece 50% de incapacidad física y del 20% de incapacidad psíquica, esta última consistirá en el 10% (20% del 50%).

(16) En el mismo contexto de las variables a emplear, cabe señalar que la estimación de una tasa de interés de 6% fue empleada en el momento original porque —a esa tasa—, era aproximadamente posible hacer un depósito bancario tal que mantuviese el poder adquisitivo original. Esta situación ha cambiado a lo largo de los años, por lo que parece prudente reducir dicha tasa a la de 4%, que es la estimada por la propia Corte Suprema, para depósitos en divisas, en el fallo "Massa, Juan Agustín c. PEN" del 27/12/2006. CNTrab., sala III, 28/04/2008, "Méndez, Alejandro D. c. Mylba SA y otro", IMP 2008-11 (Junio), 982 DT 2008 (junio), 668 LA LEY 29/07/2008, 7, AR/JUR/1200/2008, y RDLSS 2008-11-953, 70044346.

(17) El art. 1746 hace referencia a la renta única. Sigue de esta manera el criterio sostenido por la CS, pues el otorgamiento de rentas periódicas puede consagrar una solución "incompatible con el principio protectorio y los requerimientos de condiciones equitativas de labor, así como mortificar el ámbito de libertad resultante de la autonomía del sujeto para elaborar su proyecto de vida", e introducir "un trato discriminatorio". Tal como lo ha juzgado la Corte Interamericana de Derechos Humanos el "proyecto de vida" se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial y su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de la esa Corte. Corte Interamericana de Derecho Humanos. "Loayza Tamayo c. Perú (reparaciones y costas)", sent. del 27/11/1998, Serie C Nº 42, párr. 148. Ver asimismo: JALIL, Julián E., "Cuantificación de Daños. Región Patagonia", Ed. La Ley. Buenos Aires, 2017, p. 45.

(18) BERGER, Sabrina M., "El contenido de la indemnización: el art. 1738 del Cód. Civ. y Com.", RCCyC 2016 (noviembre), 24, AR/DOC/3188/2016. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 238. ZANNONI, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 88. ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), "Código Civil", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, t. 3-A, p. 100.

Determinación del grado de restricción de la capacidad. Innecesariedad de recurrir a los tres médicos psiquiatras o legistas en la comisión evaluadora interdisciplinaria

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: ADLA 2019-1, 95 • LLO
Cita Online: AR/DOC/2677/2018
[Disponible en: 07/07/2020]

La interpretación sistemática del ordenamiento Civil y Comercial, adunada a principios de protección de la *persona vulnerable*, como asimismo a los de ecuanimidad, celeridad y economía, imponen un análisis estructural, dinámico y comprometido de las situaciones jurídicas que se van planteando con el devenir de la nueva normativa.

Desde esta perspectiva, resulta innecesario recurrir a la suscripción de tres médicos psiquiatras o legistas para el informe de la Comisión Evaluadora Interdisciplinaria.

Arribamos a esta conclusión, primero desde una perspectiva *pragmática* derivada de los inconvenientes que esta decisión acarrea, pues incrementar el número de personas en la conformación de la junta genera mayores dificultades para la coordinación y formación de la misma, teniendo presente que cada profesional interviniente cuenta además con múltiples demandas en sus funciones.

Además la incorporación de un mayor número de profesionales a una entrevista en determinados cuadros psicopatológicos puede configurar un perjuicio para la persona entrevistada ocasionado descompensaciones de su cuadro de base.

Por otro lado, —desde un análisis *jurídico* basado en la *lógica de las normas* que impone el Código Civil y Comercial—, entendemos que la interpretación de la ley debe valerse de un *dialogo de fuentes* en donde la interrelación entre las normas de derecho interno, los tratados internacionales y la interpretación que de ellos realice la CIDH adquieren una relevancia trascendental (arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.).

En ese marco jurídico supra nacional surge la Convención Interamericana para la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, dictada por la OEA en el año 2000, aprobada por la ley nacional 25.280. Así también, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en este caso elaborada por la ONU, aprobada por la ley 26.378.

A partir de estas normas internacionales, los derechos de las personas con *discapacidad*, se encuentran enmarcados en los *derechos humanos*, desde donde deben ser *interpretados* y *entendidos* dando prevalencia al cuidado de la *dignidad* de esos sujetos. Esta perspectiva fue tenida en cuenta cuando en nuestro país se dictó en el año 2010 la ley 26.657 de Salud Mental, que pretendió plasmar a nivel nacional esta normativa internacional sobre los derechos humanos, poniéndose en sintonía con los principios establecidos con las Naciones Unidas.

En concordancia con esa normativa, el actual art. 37 del Cód. Civ. y Com. estipula que la sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso: a) diagnóstico y pronóstico; b) época en que la situación se manifestó; c) recursos personales, familiares y sociales existentes; d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.

Y concluye que para expedirse, es imprescindible el dictamen de un *equipo interdisciplinario*. Por su parte, algunos Códigos procesales establecen que el Juez debe designar de oficio tres médicos psiquiatras o legistas para que informen el estado actual de las facultades mentales del presunto insano.

La práctica del Código Civil y Comercial resulta politeísta en el sentido de que hay varias fuentes del derecho que compiten con reclamos de autoridad legítimos por su primacía en los casos concretos.

Desde esta arista, las leyes forman parte de un complejo grupo de fuentes del derecho que compiten por prevalecer, —caso por caso—, unas sobre otras. El sistema contemporáneo muestra la existencia de varias fuentes normativas que interactúan entre sí en las circunstancias de aplicación, en este caso, el mismo Cód. Civ. y Com. y los Códigos procesales.

La decisión judicial razonada a la que se refiere el art. 3º del Cód. Civ. y Com., debe derivar de la deliberación lógico jurídica que surja de la interpretación de las normas en superposición normativa. En este marco, cobra plena eficacia la *finalidad perseguida por el derecho* entendido como un *complejo jurídico dinámico* entrelazado a través del *dialogo de fuentes*.

Explicaba el ex decano honorario de la Universidad de Lyon, —Josserand—, que las leyes tienen una misión, un destino al que no pueden revelarse. Es tarea del Juez encontrar esa misión en el entramado de normas, aun entre aquellas que superponen o sobre-regulan situaciones concretas.

Entendemos que la *finalidad trascendental* del proceso de restricción de capacidad no reposa en determinar la *existencia de la enfermedad*, sino en la *determinación del grado en que la misma afecta a la persona* para así obtener los *apoyos* que se requieren para que esta pueda lograr el ejercicio de sus derechos.

Es decir, la finalidad que propicia la institución de la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica recae en instituir el marco eficiente en el cual la persona con capacidad restringida pueda ejercitar sus derechos con la menor limitación posible, donde el equipo interdisciplinario detenta un papel crucial.

Como explica Prach no se trata de un simple diagnóstico médico o de una evaluación de coeficiente intelectual, sino más bien de una valoración interdisciplinaria en donde se consideran las circunstancias sociales y el contexto que rodea a la persona (1).

Dicha finalidad puede ser obtenida con absoluta solvencia a través de los requisitos exigidos por el art. 37 del Cód. Civ. y Com., ya que la manda de dicho artículo satisface los recaudos necesarios para el proceso de restricción de la capacidad de la manera más *ecuánime* y menos *invasiva* para la persona vulnerable.

En este marco, la existencia de tantas entrevistas efectuadas por profesionales de la misma rama representa una invasión innecesaria que atenta contra la *persona humana* que el mismo orden jurídico intenta proteger. Al respecto, señala Olazábal que se ha dado el caso, por ejemplo, de Jueces (sobre todo en las Cámaras de Apelaciones) que frente a lo dispuesto por el art. 631 del Cód. Procesal y lo que establecía el art. 152 ter del Cód. Civil (según ley 26.657) y ahora 37 *in fine* del Cód. Civ. y Com., consideraron que para que se pudiera restringir válidamente la capacidad resultaba necesaria la opinión de tres médicos legistas o forenses (art. 631, Cód. Proc. Civ. y Com.), a las que debería sumarse la de dos o tres profesionales de distintas incumbencias, como un licenciado en psicología, un trabajador social y además que todos esos profesionales (tres, cinco o más según los intérpretes) debían ir juntos a ver al interesado y elaborar juntos el dictamen. Una exigencia casi imposible de satisfacer, de enorme potencia invasiva para el que tiene que enfrentarse a ese conjunto y responder preguntas de todos ellos, a menos que sea una persona absolutamente incapaz, en cuyo caso todo ese esfuerzo es innecesario.

De esta manera, una persona en clarísimas condiciones como para merecer inmediatamente la protección legal mediante la restricción del ejercicio de su capacidad pudo haber sido sometida forzadamente a un examen por siete profesionales si es que a los cinco mencionados se les añaden los dos que expidieron los certificados para la iniciación del trámite (2).

En resumidas cuentas, entendemos que ese procedimiento no constituye la resolución más ajustada para la *dignidad* de la *persona vulnerable* que se pretende proteger, por el contrario significa una mortificación innecesaria para esta última, la cual resulta *dilatoria* ya que la finalidad de la norma se encuentra cumplimentada con la constitución del equipo interdisciplinario al que refiere el art. 37 del Cód. Civ. y Com. (3).

Bibliografía.

(A) Juez de Cámara. Ex Juez Civil y Comercial de 1ª Instancia. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho de Daños (UBA). Especialista en Derecho Civil (Univ. de Salamanca - España). Posgraduado en Derecho Continental (Universidad de París II - Francia). Profesor de grado y Posgrado. Investigador. Conferencista. Autor de 7 obras jurídicas y de más de 100 artículos de Doctrina.

(1) PRACH, Eliana M., "La función del juez al momento de dictar sentencia en los procesos sobre determinación de la capacidad jurídica", DFyP 2017 (diciembre), 228.

(2) OLAZÁBAL, Alejandro, "Nuevo procedimiento para la determinación de capacidad", publicado en Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 76, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, septiembre de 2016, p. 153.

(3) Ver mi voto en disidencia en CAPM, en autos caratulados: "Legajo de Apelación en autos 'S. R. L. s/ determinación de la capacidad (de A. B.), expte. 813/2018'", sent. de fecha 27/11/2018, Registrada bajo nro. 81/18 SIF.

La función punitiva de la responsabilidad civil

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2019-III, 3
Cita Online: AR/DOC/215/2019
[Consultado el: 06/07/2020]

Sumario.

I. El marco jurídico en donde se desenvuelven los daños punitivos.— II. Los daños punitivos emergen del microsistema del consumo.— III. El obrar grave y malicioso requerido.— IV. La independencia entre los daños punitivos y los daños compensatorios.— V. Los daños punitivos y la conexidad contractual.— VI. La cuantificación de los daños punitivos.

I. El marco jurídico en donde se desenvuelven los daños punitivos.

La función punitiva de la responsabilidad civil, fuera del marco del consumo, estaba prevista en el art. 1714 del proyecto de Cód. Civ. y Com., el cual estipulaba que el juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos individuales o de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos.

Dicho precepto fue suprimido y se encuentra excluido de la redacción actual del Cód. Civ. y Com. Desde esta perspectiva, la función punitiva de la responsabilidad civil resulta ajena al marco del Código, pero se encuentra vigente en el plano del consumo, en el art. 52 bis de la LDC, al cual la jurisprudencia ha recurrido en un sinfín de situaciones (1).

II. Los daños punitivos emergen del microsistema del consumo.

El estatuto del consumidor aparece, entonces, como *un subsistema que reglamenta determinados acuerdos contractuales* que se subsumen en él por su objeto o por los sujetos, sin por ello atentar contra la igualdad porque, como explica Chaim, la buena aplicación de la ley exige en todo caso, un tratamiento igual para los miembros de la misma categoría esencial, es en la medida en que no importa cuál miembro de la categoría cae bajo la regla que al aplicarla se está obligando a tratarlos a todos de igual manera (2).

Desde esta arista, el marco del consumo resulta un campo propicio para determinar la imputación sancionatoria de los daños punitivos que emergen de una relación de consumo (conf. art. 3º de la LDC) a la cual el legislador nacional le ha asignado un campo protectorio especial, que se puede denominar *microsistema*.

Al respecto, expone Picasso que es perceptible una tendencia a la creación de microsistemas, constituidos por estatutos particulares que regulan sectores puntuales de las relaciones humanas, el trabajador, *el consumidor*, el titular de datos personales, etc., de manera completa y sistemática (3).

Explica Bobbio que no es cierto que los seres humanos nazcan libre e iguales. Los seres humanos no nacen libres a pesar de lo que pensara Rousseau, sino que están encadenados, más que nunca encadenados desde

que nacen; tampoco son iguales, aunque solo nos fijemos en los dotes naturales sin tener en cuenta las condiciones sociales o históricas. Pero esta expresión no debe ser entendida literalmente, debe ser interpretada. Se podría decir que la libertad y la igualdad no representan un hecho sino un derecho, más precisamente al derecho que le corresponde al ser humano antes de la constitución positiva, de la constitución misma de su personalidad, todavía más de su naturaleza ideal (4).

Siendo la Ley de Defensa del Consumidor un estatuto particular, es aplicable a los casos que taxativamente ella establece. Estos están vinculados con las características de la operación jurídica, o con los sujetos que intervienen en el proceso de comercialización. Así el art. 2º de la ley 24.240 y sus modif. estipula que se entiende por consumidor a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (5).

En concordancia con este precepto, el art. 1092 del Cód. Civ. y Com. establece que la relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Determina, asimismo, que queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Ese microsistema protectorio de la parte débil contractual, es decir el consumidor, resulta el campo propicio en donde la sanción ante la desidia empresarial por los perjuicios provocados a los usuarios y consumidores adquiere trascendencia como elemento de castigo y disuasión.

III. El obrar grave y malicioso requerido.

El art. 52 bis de la LDC establece que "...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 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 art. 47, inc. b) de esta ley...".

Este último precepto autoriza a aplicar una multa de entre $100 a $5.000.000.

Para que el daño punitivo reclamado resulte procedente resulta necesario que el comportamiento de las empresas o comerciantes demandados importe un obrar *grave* y *malicioso* (6). Ese obrar debe implicar un descuido, una desidia y un desinterés en remediar la situación de la parte débil de la relación contractual por lo que en esos casos la sanción posee una finalidad *sancionatoria* (sobre la base de la conducta omisiva grave, maliciosa y sostenida en el tiempo) y *disuasiva* (a los fines de evitar reiteración del mismo acto en el tiempo).

Así, la falta de respuesta oportuna a los reclamos del usuario o consumidor importa una notoria y grave inconducta negocial, vulneratoria del deber de rato digno y equitativo que merecen los usuarios y consumidores. Dicho accionar se contrapone con la conducta propia de un proveedor *serio* y *responsable* (arts. 42, CN; 1º, 2º, 3º, 8º, 10, 10 bis, 37, 52 bis, 53 LDC; arts. 984 a 989; 1061 a 1067, 1092 a 1095, 1096 a 1099 y concs. Cód. Civ. y Com.) (7).

Asimismo, la indiferencia por los intereses ajenos por parte de la proveedora permite advertir la viabilidad de la sanción disuasiva.

En igual sentido, el peregrinar del consumidor o usuario extendido innecesariamente por considerable espacio de tiempo sin la obtención de la respuesta debida y su posterior procura en obtener una resolución o sentencia que reconozca su derecho también constituyen elementos determinantes de la sanción legal prevista por el art. 52 bis de la LDC.

La indemnización prevista merced la aplicación del presente instituto, debe resultar *disuasiva* a fin de prevenir la repitencia de acciones del orden de las que pusieron en marcha el aparato jurisdiccional y *sancionatoria* de ese obrar desconsiderado y desaprensivo.

Es decir, la procedencia del rubro es ajustado a derecho en la medida que el consumidor o usuario haya cargado con molestias y pesares para obtener el reconocimiento de su derecho, pues el incumplimiento debe cuadrar dentro de la gravedad que la norma prescribe.

Así, la normativa actualmente en vigencia viene a refrendar la función disuasiva de algunas herramientas de la responsabilidad civil, sistema del cual el art. 52 bis fue una temprana avanzada (8).

En este sentido el consumidor o usuario debe generar la convicción en orden a que el obrar de la empresa importó un grave desinterés frente al reclamo, mostrando una indolencia cuya persistencia en el tiempo da de bruces al trato digno que el proveedor del servicio debe brindar al consumidor (art. 1097 del Cód. Civ. y Com.).

IV. La independencia entre los daños punitivos y los daños compensatorios.

Corresponde precisar que resulta conteste la jurisprudencia en sostener que a los fines de la procedencia de la indemnización por daño punitivo contemplada en el art. 52 bis de la ley 24.240 de defensa del consumidor —texto agregado por la ley 26.361—, no tiene relevancia jurídica alguna que haya habido condena por daños compensatorios, pues la condena es independiente de otras indemnizaciones (9).

V. Los daños punitivos y la conexidad contractual.

El contrato, como acuerdo de voluntades destinado a regular los derechos y obligaciones de las partes, ha sido una brillante herramienta jurídica para la realización de negocios, gozando además de una enorme flexibilidad. Tradicionalmente, podíamos distinguir detrás de cada negocio un contrato celebrado y hasta un tipo específico de contrato previamente regulado por ley.

El paradigma del contrato como negocio jurídico aislado, dominante en la codificación decimonónica del sistema jurídico romanístico, ha encontrado diversas limitaciones, entre las cuales se encuentra la conexidad contractual, como fenómeno jurídico en el que dos o más contratos están vinculados en modo tal que los efectos de uno puedan propagarse a los otros.

Las grandes operaciones económicas y negocios actuales en general son globales y responden a programas que integran no solo diferentes áreas del conocimiento (*marketing,* sociología, psicología, publicidad, finanzas, derecho, contabilidad, economía, logística, entre otros), sino también diferentes empresas que actúan de manera independiente, pero coordinada. Podemos decir que hoy el acento aparece puesto en el negocio y no en el contrato.

La empresa, como sujeto de imputación, se disuelve en una multiplicidad de acuerdos contractuales.

Estas uniones contractuales tienden a satisfacer un interés que, generalmente, no podría ser satisfecho mediante las figuras contractuales típicas (10).

Este fenómeno de la conexión entre contratos que se observa en la realidad negocial se ha traducido jurídicamente en una distinción que resulta relevante para explicar la cuestión. Por un lado, se habla de redes de contratos o de contratos coligados para indicar a un grupo de negocios que configuran una relación horizontal, celebrados con una cierta simultaneidad y animados por una comunidad causal dada por la colaboración para un fin determinado. Dentro de esta categoría interesa destacar aquellas redes llamadas convergentes, en las cuales los vínculos contractuales aparecen ligados por un mismo sujeto, quien se vale de una pluralidad de contratos de idéntico contenido para lograr un fin determinado —generalmente la colaboración para la colocación de un producto en el mercado—, y que, en consecuencia, organiza y controla el funcionamiento del sistema.

Por otro lado, se habla de cadenas de contratos o de contratos conexos, cuando los negocios se vinculan en forma vertical y sucesiva con la finalidad objetiva común de lograr la circulación de bienes o servicios en el mercado, constituyendo estos últimos el objeto mediato común de todos los contratos vinculados (11).

Entonces, en los casos donde existe una coligación de negocios en el contrato de concesión concluido entre dos empresas, con la conexidad existente entre los contratos que se suceden hasta que el producto es colocado en el mercado existe conexidad contractual. Así, si una empresa establece vínculos contractuales de colaboración con los concesionarios a fin de colocar sus productos en el mercado, conformando de este modo una red de contratos y la a otra empresa —a su vez—, se vincula en forma directa con sus clientes, plasmando una cadena vertical de contratos (concedente-concesionario-cliente), ninguna duda queda en que existe dicha conexidad.

El art. 1073 del Cód. Civ. y Com. dispone que hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el art. 1074.

Con igual perspectiva que aquella que emerge de arts. 1073 a 1075 del Cód. Civ. y Com., en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se precisó que hay contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebra, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente, en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto, o en las bases del negocio (12).

Ahora bien, la existencia de la conexidad contractual tiene un efecto pragmático trascendental que consiste en que los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido (art. 1074 del Cód. Civ. y Com.). Bajo esa interpretación global es que debe ser analizada su conducta ante la aplicación de los daños punitivos, pues el hecho de una empresa o comerciante se encuentra concatenado negocialmente con los hechos de las otra.

Ahora bien, esto no significa que ambas conductas se unifiquen, la sanción resulta individual y estará basada en la actitud de cada empresa con relación al usuario o consumidor, pero el comportamiento de ambas no puede ser analizado de manera aislada sino con base en el enclave económico que une a esos establecimientos comerciales.

VI. La cuantificación de los daños punitivos.

La ley 24.240 pone como pauta central a la *gravedad del hecho*, amén del consabido cotejo de las *circunstancias del caso*. Esta última fórmula general habilita también —a los efectos de determinar el quantum del daño punitivo— a la referida consideración de los *beneficios económicos* que el ofensor pudiese haber obtenido mediante su conducta, poniendo especial atención en dotar al ordenamiento, de una herramienta que propenda a la *desarticulación de la mecánica lucrativa* del accionar contrario a derecho (13).

Desde esta perspectiva, la sanción punitiva debe ser fijada conforme esos parámetros que la ley impone como términos para la determinación del *quantum*. El importe, entonces, debe resultar *disuasivo* pues la finalidad reposa en que las empresas comercializadoras de bienes y servicios no incurran en operatorias comerciales, que aprovechen y de las cuales obtengan beneficios a costa de la sumatoria de perjuicios que le causan a los consumidores derivados de la indiferencia y displicencia.

Bajo esta arista, los jueces pueden determinar el *quantum* con base en la conducta asumida por la empresa, la gravedad del perjuicio, y el marco económico en donde desempeña su actividad comercial.

Teniendo en consideración que el tope de la indemnización en materia de daños punitivos se sitúa en la suma de $5.000.000, se debe considerar esa suma como tope, representando esta el 100% de la sanción. El 1% de dicha sanción surgirá del importe de 5 pesos. Así las cosas, el juez debe graduar la multa en proporción a esos porcentajes. Así las cosas, una conducta leve importará una multa superior al 3%, es decir $150.000 e inferior al 20% es decir, $999.999, mientras que una media será entre el 20% y el 50% (es decir, no menor a $1.000.000 y no mayor a $2.500.000), mientras que una grave será superior al 50% ($2.500.000), pudiendo alcanzar incluso el tope establecido por la ley (arts. 52 bis y 47, inc. d] de la LDC).

Bibliografía.

(1) A modo de ejemplo se pueden mencionar: C1aCiv. y Com. San Nicolás, 12/06/2018, "Asociación Nicoleña Antipoliomielítica y de Rehabilitación del Lisiado c. Telecom Argentina SA s/ daños y perjuicios", LA LEY Online, AR/JUR/22564/2018; CFed. Córdoba, sala A, 23/05/2018, "Alfonso, Francisco D. c. Ticketeck y otro s/ daños y perjuicios", LA LEY 10/07/2018, p. 8; LA LEY 2018-C, 589; RCyS 2018-IX, 176; AR/JUR/19488/2018; CFed. Mar del Plata, 10/04/2006, "Marceillac, Juan I. c. Telefónica Comunicaciones Personales SA", LLBA 2006-1218; AR/JUR/3884/2006. Igual Sentido: CNCom., sala D, 05/09/2005, "González de Bruno, Mónica c. Banco de Galicia y Buenos Aires", LA LEY 2006-B, 542, CNCom., sala D, 05/09/2005, "González de Bruno, Mónica c. Banco de Galicia y Buenos Aires", LA LEY 2006-B, 542, con nota de Norma O. Silvestre; Raquel A. LUBINIECKI - RCyS 2005-XII-132; LA LEY 2005-F, p. 684. Juzgado de Faltas n. 2 Defensa del Consumidor de la Municipalidad de La Plata, 07/07/2005, "Telefónica Unifón (TCP SA)", DJ 2005-3-567 con nota de Fulvio G. SANTARELLI; LLBA 2005 (setiembre), 929 con nota de Fulvio G. SANTARELLI; AR/JUR/1614/2005, entre otros.

(2) PERELMAN, Chaim, "De la Justicia", trad. de Ricardo Guerra, Ed. Centro de Estudios Filosóficos Univ. Nac. Autónoma de Méjico, p. 271.

(3) PICASSO, Sebastián, "Perfiles actuales de la responsabilidad contractual", en Revista Foro de Derecho Mercantil, Ed. Legis, 2007, p. 47. En igual sentido véase JALIL, Julián E., "La integración contractual frente a la desintegración sistemática de la codificación civil. Paradigma de una contradicción semántica", publicada en el libro de ponencias de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Córdoba en el año 2010, Comisión III Contratos.

(4) BOBBIO, Norberto, "El tiempo de los derechos", Ed. Sistema, Madrid, 1991, p. 40.

(5) Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como

destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo. Ver JALIL, Julián E., "Compraventa de automotores y Ley de Defensa del Consumidor", en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 507.

(6) Ver: CCiv. y Com. Rosario, sala IV, 07/08/2012, "Vázquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/ daños y perjuicios", LA LEY 17/10/2012, p. 10; LLLitoral 2012 (octubre), p. 950 con nota de Marcelo G. GELCICH; RCyS 2012-XI-66 con nota de Guillermo C. Ríos; AR/JUR/40764/2012. CNCom., sala F, 10/05/2012, "R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina SA", LA LEY del 10/08/2012, p. 3; AR/JUR/15752/2012.

(7) CCiv. y Com. Azul, sala II, 28/08/2018, en autos "O., María del Rosario c. AMX Argentina (Claro) SA s/ daños y perjuicios", LA LEY Online: AR/JUR/46959/2018.

(8) Ver mi voto en la CaPM, en autos: "Ebene Kent, Guillermo Rubén c. Royal & SunAlliance Seguros (Argentina) SA s/ daños y perjuicios", sent. de febrero de 2019.

(9) CCiv. y Com. Común de Tucumán, sala III, 14/11/2011, "Macian, Elsa Susana c. AMX Argentina SA (Claro) s/ especiales (residual) (cumplimiento de acuerdo y daños y perjuicios)", LLNOA 2012 (marzo), p. 222; DJ del 06/06/2012, p. 83; AR/JUR/85142/2011. CCiv. y Com. Salta, sala I, 13/04/2011, "P., D. H. c. Telecom Personal SA", LA LEY del 06/05/2011 con nota de José Ignacio ONDARCUHU; LA LEY del 06/05/2011, p. 5; LA LEY 2011-C con nota de José Ignacio ONDARCUHU; LA LEY 2011-C, 123; RCyS 2011-VI-272; LLNOA 2011 (junio), p. 555; DCCyE 2011 (junio) con nota de Federico M. ÁLVAREZ LARRONDO; DCCyE 2011 (junio), p. 115; AR/JUR/12708/2011. NALLAR, Florencia, "La prueba de los daños punitivos", LLNOA 2011 (abril), p. 252; DÍAZ CRITELLI, Adrián, "Un primer paso auspicioso (comentario a la ley prov. 8365 de implementación de un procedimiento para la defensa de los derechos y garantías de los consumidores y usuarios)", LLNOA 2010 (diciembre), 1032; ADLA LXXI-A, 1. Ver mi voto en CAPM, en autos: "Gutiérrez Guarachi, Erlinda Paula c. Zurich Argentina Compañía de Seguros SA s/ cumplimiento de contrato - Ley 24.240", expte. nro. 295/17, sent. del 04/12/2018, reg. nro. 44/18 SDC, publicada en Eureka.

(10) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos conexos - Grupos y redes de contratos", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 9. VENINI, Juan Carlos, "Los contratos conexos y la lesión subjetiva", Revista de Derecho Privado y Comunitario, nro. 2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 49; MÁRQUEZ, José F., "Conexidad contractual. Nulidad de los contratos y del programa", Revista de Derecho Privado y Comunitario, nro. 2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 151. LORENZETTI, Ricardo L., "¿Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores, o de paquetes de negocios? (Aproximación a la conexidad contractual como fundamento imputativo)", LA LEY 1995-E, 1013; "Derecho comercial. Doctrinas esenciales", t. V, 01/01/2009, p. 651; GHERSI, Carlos A. - WEINGARTEN, Celia, "Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., p. 210; TOBÍAS, José W. - DE LORENZO, Miguel F., "Complejo de negocios unidos por un nexo. El ligamen negocial", LA LEY 1996-D-1387. CNCiv., sala H, 22/09/1994, "Carrefour Argentina SA c. Kids and Co. SRL", AP 70006440.

(11) Ver: TRIVISONNO, Julieta, "La responsabilidad del concedente por el incumplimiento del concesionario. La acción directa contra el concedente como efecto jurídico de la conexidad contractual", DCCyE 2011 (diciembre), 103, AR/DOC/5866/2011; ESBORRAZ, David F. - HERNÁNDEZ, Carlos A., "Alcances y proyecciones del fenómeno de la vinculación negocial en el ámbito de los contratos", en Trabajos del Centro, Revista del Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1997, ps. 30 y 31. En el mismo sentido: HERNÁNDEZ, Carlos A., "Acerca del principio de relatividad de los efectos del contrato y sus tensiones actuales" , en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2007, p. 26; NICOLAU, Noemí L., "Fundamentos de derecho contractual", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 220 y ss.

(12) XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata en 1995, Comisión nro. 3: "La protección del consumidor en el ámbito contractual".

(13) Ver: JALIL, Julián E., "Derecho de daños aplicado", Ed. Grupo Ibáñez, Bogotá, 2013, p. 593.

Restricciones a la libertad del consumidor que configuran prácticas abusivas

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 283
Cita Online: AR/DOC/613/2019
[Consultado el: 05/07/2020]

I. A modo de introducción.

Hablar de libertad y voluntad del consumidor implica inmiscuirse en un derecho humano esencial (arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.) que detenta una importante base deontológica. En este sentido, los griegos y los escolásticos decían que la libertad es una facultad del alma (1), y San Agustín entendía que toda la vida consciente está gobernada por la idea de voluntad (2).

El apotegma de la *autonomía de la voluntad*, prevista de manera genérica en los arts. 958 y 959 del Cód. Civ. y Com., adquiere matices diferenciales a aquellos tradicionales sobre los que fue edificado.

Es que el comercio actual no admite —salvo en escasos supuestos—, la negociación paritaria, por lo que la libertad del consumidor se encuentra desde el inicio coartada o restringida.

En cuanto forma social de vida el derecho es *libertad jurídica* (3). Es decir, en la perspectiva actual no se concibe el desempeño de vida sin cotejarlo con la idea de libertad, son órdenes que se desenvuelven dentro del mismo plano. Esa libertad permite que en el ámbito contractual las partes puedan autodeterminarse en cuanto a sus obligaciones, las cuales se complementan y condicionan con determinadas normas legales. Ambas normas (consensuales y legales) gozan de finalidades divergentes. En este sentido, indica Lorenzetti, que la regulación privada expresa lo que las partes quieren hacer, la regulación legal lo que la colectividad pretende que hagan (4).

Entonces, siguiendo a Messineo libertad contractual significa que ninguna de las partes no puede imponer unilateralmente y sin restricciones a la otra el contenido del contrato (5).

Esta concepción puede tener una doble arista de influencia en el plano jurídico, una que se desenvuelve en el plano de la *acción* y otra que se encuentra dentro del marco de la *abstención*. Esto es advertido por Galgano, quien enseña que, la libertad o autonomía significa, en sentido negativo, que nadie puede ser privado de sus propios bienes o ser constreñido a ejecutar prestaciones a favor de otros, contra o, en general, independientemente de su propia voluntad. Y significa, en un sentido positivo, que las partes pueden, con un acto de su voluntad, constituir o regular o extinguir relaciones patrimoniales (6).

II. La libertad contractual y la autonomía de la voluntad en materia de consumo.

Autonomía y libertad volitiva son dos piezas de un mismo bloque, su separación afecta la totalidad y funcionalidad del mismo, como también lo afectaría la sobrecarga de una en detrimento de la otra. En todo caso, el dogma de la *autonomía de la voluntad* va unido directamente a la *libertad* de la persona, es una manifestación necesaria del respeto de los que es debido y constituye el centro mismo del derecho privado. Aunque resulte peligroso para la misma libertad la defensa de la autonomía en forma absoluta e ilimitada (7).

En definitiva, como expresa Alterini la noción de autonomía de la voluntad descansa sobre la de libertad; supone la igualdad jurídica de todos y la libertad jurídica de todos; termina por entender que todo lo libremente querido es obligatorio (8).

Entonces, la autonomía privada es —en un sentido amplio— el poder de autodeterminación de la persona, y se refiere a la esfera de libertad de la persona, tanto para ejercitar facultades y derechos como para conformar las distintas relaciones jurídicas que le afectan. Tan importante concepto es definido como aquél poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derecho, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social (9).

Con precisión explicaba Goldschmidt que la autonomía consiste en sustituir las disposiciones dispositivas del derecho aplicable a los contratos, por estipulaciones propias que, por supuesto, deben respetar al orden público interno. Esta limitación es inherente a la definición de la autonomía restringida, toda vez que el orden público interno es idéntico al conjunto de las disposiciones coactivas jugando *per definitionem* la autonomía restringida solo con miras a las disposiciones dispositivas. Entendía, el autor, que la autonomía puede ejercerse por inserción (10) o por referencia (11).

No obstante lo expuesto, resulta necesario hacer una distinción entre los conceptos de autonomía y voluntad. Si bien, ambos términos se encuentran en plena cohesión, creemos que no son sinónimos.

Desde este razonamiento, una conducta es *autónoma* cuando quién la ejecuta tiene la facultad de *reunir*, de contemplar un abanico de situaciones posibles. Si además de esa facultad específica también se encuentra capacitado para *optar*, el acto además de autónomo será *voluntario*.

Desde una arista jurídica debemos señalar que el Cód. Civ. y Com. en los arts. 260 a 264 regula una serie de normas en relación con el carácter *volitivo* del acto. El acto es jurídicamente voluntario si puede ser ejecutado con *discernimiento, intención* y *libertad* que se manifiesta por un hecho exterior (conf. art. 260 del Cód. Civ. y Com.) (12).

Es decir, el hombre es obligado por su voluntad siempre y cuando ella no esté viciada, como dicen López Mesa y Valente, liberados del fatalismo mágico de las civilizaciones incipientes, debemos aceptar, sin cortapisas, que el hombre debe responder por sus actos, al menos que los mismos alojen en sí algún vicio, jurídicamente reconocido, como obstativo para la plena eficacia de la manifestación o la conducta jurídicamente vinculante (13).

Entendemos que el carácter volitivo del acto va a influir directamente en un aspecto intrínseco del sujeto, en este caso, en la posibilidad de *elegir*. Entonces, si unimos ambos conceptos, *la autonomía* importa la posibilidad de *reunir,* y la voluntad prevé la posibilidad de *elegir* entre aquello que se ha reunido.

La carencia de estos elementos torna el acto heteronómico. Explica Kant que la autonomía de la voluntad es un principio supremo de la moralidad, y la heteronomía de la voluntad es fuente de falsos principios de moralidad (14). Siguiendo a Rosenfeld se entiende que la heteronomía es tal o ha de definirse como la no autonomía. El principio de ordenación de las relaciones, ligado a la autoridad, impone su modalidad y estatuye los efectos según criterios que tiene en cuenta el interés general y que razonan, por tanto, la obligatoriedad del precepto para todos cuantos, personas, grupos instituciones (15).

Entonces, en la contratación la conducta es autónoma cuando una de las partes genera normas por sí sin que la otra participe, pero al suscribir el acuerdo, y conforme a la legislación vigente, está última queda sujeta a todos los efectos legales que emanan del mismo, los cuales, en definitiva, devienen en su mayoría en su contra.

En la actualidad, la energía está puesta en la protección del débil frente al derecho que, como dice Alterini, no significa la destrucción de la libertad de contratar, sino la afirmación del verdadero concepto de libertad: poder obrar como se quiere, queriendo obrar como se debe, y ser libre de contratar, en auténtica noción de igualdad, sin distorsiones o presiones derivadas, generalmente de la desigualdad económica (16).

El Estatuto del Consumo goza de un conjunto de normas destinadas a la protección de esa libertad, que se encuentra sosegada ante la imposición determinante de la parte empresarial. Como puede apreciarse dicho Proyecto propende a evitar las conductas heterónomas de los proveedores que repercuten en perjuicio del usuario o consumidor de bienes o servicios.

En razón de ello es que el art. 22 del Proyecto de Ley determina la prohibición de determinadas prácticas abusivas que condicionan o restringen indebidamente la *libertad* del consumidor.

III. Las prácticas abusivas.

El art. 22 del Proyecto de Ley prohíbe determinadas prácticas que restringen indebidamente la libertad del consumidor o usuario.

Los proveedores de bienes y servicios suelen facilitar el acceso al consumo pero no observan idéntica actitud cuando de recibir reclamaciones por defectos en los productos o servicios, y mucho más aún si el consumidor desea extinguir el vínculo, por insatisfacción con las prestaciones recibidas o incumplimiento del proveedor. Esta distorsión en el cumplimiento de los deberes a cargo de la parte que ejerce predominio respecto de la otra, que proviene del cierto desequilibrio que caracteriza las relaciones de consumo, tiene aptitud suficiente para generar daños que consisten generalmente en la producción de padecimientos o aflicciones en el consumidor ante la imposibilidad de encontrar una solución no sólo rápida y eficaz, sino primordialmente satisfactoria, a su reclamación (17).

Las empresas poseen por esencia posición dominante en el mercado de bienes y servicios y ello es legítimo conforme a cualquier sistema económico que se adopte, pues se trata de una cuestión de poder y de realidad imposible de ocultar. El problema se da cuando las empresas ejercen dicho poder dominante en forma abusiva (art. 11 Cód. Civil y Comercial) pues con esa actitud básicamente se lesionan:

a. En primer lugar, las personas humanas como consumidores o usuarios.
b. El mercado, pues producen desequilibrios y disminución de costes.
c. Por último, los derechos de las empresas competidoras que cumplen las normas, generando competencia desleal, así por ejemplo, mediante prácticas o cláusulas abusivas generan beneficios extras.

Son múltiples las propuestas para tratar de evitar aquellas situaciones y generar no solo cumplimiento frente al consumidor o usuario, sino también de resguardar la competencia en el mercado (18).

IV. De las prácticas comerciales sanas a las prácticas comerciales abusivas.

Las prácticas comerciales han sido definidas como procedimientos, mecanismos, métodos o técnicas utilizados por los proveedores para fomentar, mantener, desenvolver o garantizar la producción de bienes y servicios al destinatario final. Más sintéticamente, se dice que son todos los mecanismos, técnicas y métodos que sirven, directa o indirectamente para facilitar la salida de la producción.

El art. 19.2, 2º párrafo, del decreto legislativo 1/2007 del 16/11/2007 de España, en seguimiento de la directiva europea 2005/29/CE dice que son "todo acto, omisión, conducta o manifestación o comunicación

comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial".

Tales prácticas, normalmente lícitas, no siempre son "sanas". Las que enferman el mercado, las abusivas, el derecho norteamericano las reputa "unfair". Más aún, algunos autores argentinos las califican de "la forma más perversa de actuación de las empresas (19).

Como explica Krieger, hay acuerdo en la doctrina en sostener la licitud de las prácticas comerciales como norma general; tornándose en ilícitas cuando lesionen derechos o libertades del consumidor o se vulneren las buenas prácticas mercantiles. Estas situaciones de abusividad en el ejercicio de las prácticas comerciales denotan una alteración de la libertad y dignidad del consumidor, en tanto o bien lo exponen a situaciones humillantes y vejatorias; o bien lo incitan a la adquisición de bienes y servicios mediante el engaño o la coacción (20).

Desde esta arista, se advierte que el art. 22 del Proyecto de Ley, en concordancia con los arts. 1096 y ss. del Cód. Civ. y Com. detentan un carácter *tuitivo*, es decir de protección del consumidor.

V. Las prácticas abusivas en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

En las *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* se señaló que el art. 8 bis de la ley 24.240 reconoce un criterio general para la calificación de prácticas abusivas centrado en impedir al proveedor comportamientos que sitúen al consumidor en una posición incompatible con el respeto a su dignidad personal o a la equidad en el trato. Ello comprende prácticas vejatorias, vergonzantes, intimidatorias o discriminatorias (21).

De esta manera se determina un estándar general y abierto (una práctica abusiva general, con la necesaria flexibilidad para encuadrar en éste las diversas conductas que generen los proveedores, las que se caracterizan por su constante evolución y variabilidad. Conforme este análisis, una práctica que sin ser vejatoria, vergonzante o intimidatoria atente contra la dignidad personal o la equidad de trato del consumidor, deberá considerarse abusiva y por ende ilícita: "las prácticas de comercialización que transgreden el derecho del consumidor a un trato equitativo y digno o afecten la libertad de elección (art. 42 CN), o vulneren los principios de buena fe o del abuso del derecho constituyen prácticas abusivas prohibidas por la ley"(22).

Por su parte, en las *XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil* se afirmó que, frente a la ejecución de pagarés de consumo, el consumidor podrá ejercer todas las defensas causales e invocar las normas protectorias del Derecho del Consumidor, en razón que la emisión de pagarés de consumo constituye una práctica vejatoria.

Lo mismo podrá efectuarse en cualquier proceso ejecutivo, en el marco de una relación de consumo. Cuando resulte notoria la existencia de una relación de consumo el juez podrá de oficio aplicar las normas de Defensa del Consumidor, entre ellas la nulidad de la cláusula de prórroga de jurisdicción territorial.

VI. Las prácticas abusivas en el Código Civil y Comercial. El diálogo de fuentes.

El art. 22 del Proyecto de Ley debe ser correlacionado con el Código Civil y Comercial que destina preceptos específicos en la materia. Desde est arista, en la Sección 1ª, Capítulo 2 del Cód. Civ. y Com., bajo el título "Formación del consentimiento" se encuentran reguladas las *prácticas abusivas*. La fuente de la frase "prácticas abusivas" la hallamos en el art. 29 del Código Brasileño de Derecho del Consumidor. El campo normativo del Cód. Civ. y Com. resulta aplicable a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en los arts. 1092 a 1096 del Cód. Civ. y Com.

La expresión "consumidor expuesto" significa que el consumidor no sólo es quien adquiere o utiliza bienes o servicios. También lo son los consumidores, determinados o no, quienes se hallan expuestos a prácticas comerciales. Basta una simple exposición a dichas prácticas ya que concretamente la disposición está pensada para el consumidor que se halla en vías de adquirir o utilizar bienes o servicios (23).

El Código reconoce como prácticas abusivas la lesión al trato digno, el trato discriminatorio, la lesión a la libertad de contratación, y la publicidad abusiva, mientras que el art. 22 de Proyecto de Ley resulta ambicioso pues deviene más casuístico.

VII. Supuestos comprendidos como prácticas abusivas.

Como venimos señalando el Proyecto contempla de manera *enunciativa* una serie de prácticas que importan una restricción a la libertad del consumidor. Ellas son: el envío o entrega de productos sin solicitud previa; la subordinación de la provisión de un bien o la prestación de servicios a la adquisición o contratación simultanea de otros bienes o servicios; La falta de elaboración de presupuestos previos; la negación o condicionamiento injustificado en la adquisición de bienes o servicios; aumentar sin justa causa el precio de los bienes o servicios con posterioridad a la oferta hecha pública; acudir a la sorpresa, el acoso, la coacción, la fuerza o la influencia indebida, a fin de que el consumidor decida una contratación; la conducta engañosa que incide en la decisión del consumidor en contratar.

Analizaremos cada caso de manera particular.

VII.1. El envío o entrega de productos sin solicitud previa.

La solicitud previa para el envío o entrega de producto es un recaudo insoslayable para que exista exteriorización volitiva por parte del consumidor (arts. 260/262 del Cód. Civ. y Com.), pues el silencio, en principio, no puede ser considerado una manifestación de la voluntad (art. 263 del Cód. Civ. y Com.).

Tampoco puede presumirse manifestación tácita alguna, pues ella debe resultar de actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre (art. 264 del Cód. Civ. y Com.).

Bajo esta arista, cualquier cargo generado en este sentido debe ser imputado al proveedor. Por su parte, resulta lógico, tal como lo prevé la norma que si se envía una cosa que no ha sido requerida el consumidor no tenga la obligación de conservarla.

Ahora bien, la norma agrega una consideración novedosa, pues establece que tampoco está obligado a restituirla al remitente. La norma da lugar a dos interpretaciones:

a) Que el consumidor adquiere el dominio sobre ella con derecho a retener, lo que, desde nuestra perspectiva, implicaría un *abuso del derecho* (art. 10 del Cód. Civ. y Com.) y un claro *enriquecimiento sin causa* (arts. 1794 y 1795 del Cód. Civ. y Com.).

b) Que el consumidor no tenga la obligación de reenviarla sino que es el remitente quien tiene el deber de ir a retirarla. Creemos que ésta debe ser la interpretación correcta, pues admitir lo contrario sería lesivo de determinados apotegmas normativos que ya han sido descriptos (arts. 10, 1794, y 1795 del Cód. Civ. y Com.).

VII.2. La subordinación de la provisión de un bien o la prestación de servicios a la adquisición o contratación simultánea de otros bienes o servicios

La prohibición legal se dirige a evitar que el consumidor sea compelido a adquirir bienes o servicios que no necesite o que no se ha planteado usar o adquirir en esa oportunidad. Es claro que ello implica restringir la libertad de decisión en orden a establecer un vínculo con el proveedor, es decir, optar entre contratar o no hacerlo.

Ello suele acompañarse con un escaso lapso de reflexión y reticencia en la información. Sin embargo, se permiten los "combos", la combinación de diversos bienes o servicios, siempre que cada producto que integre el conjunto pueda ser adquirido por separado.

La distorsión que se repele legislativamente se vincula con la satisfacción plena del consumidor y usuario.

En efecto, con asiduidad se advierte que el consumidor es destinatario de técnicas agresivas de ventas que se caracterizan por la presión que se ejerce y la consecuente dificultad para discernir los derechos y obligaciones derivadas de la contratación.

Estas prácticas inciden directamente sobre la libre prestación del consentimiento y, en general, aparecen relacionadas con bienes o servicios que el consumidor o usuario requiere, a los que se agregan otros que no tuvo intención de adquirir. De esta manera, se generan obligaciones que nunca estuvieron en miras y sobre las cuales no medió la necesaria reflexión. En síntesis, son bienes o servicios ni solicitados ni necesarios, respecto de los cuales media una ficticia relación de accesoriedad o conexión.

La admisión del derecho al arrepentimiento es uno de los medios de protección que el Cód. Civ. y Com. ha incorporado (24).

VII.3. La falta de elaboración de presupuestos previos

Resulta un recaudo insoslayable en la relación de consumo la aceptación expresa del presupuesto del servicio que se pretende ejecutar. Asimismo, forma parte de las bases objetivas del contrato que permiten evaluar al consumidor la conveniencia o no de su ejecución.

La ausencia del conocimiento de uno de los elementos nucleares del acuerdo (el precio por el servicio) atenta contra la libertad de elección del consumidor y la falta de configuración esa situación jurídica disvaliosa es lo que la norma intenta proteger.

VII.4. La negación o condicionamiento injustificado en la adquisición de bienes o servicios

La negación injustificada en la adquisición de bienes resulta una práctica utilizada en nuestro país en épocas de fluctuación monetaria con alto índice de inflación. En esas situaciones se ha advertido que la especulación económica de las empresas proveedoras de bienes desabastece el mercado y atenta contra la dignidad del consumidor. La norma propende a paliar los efectos de las situaciones nocivas para el consumidor que pueden presentarse por los avatares económicos de nuestro país y las especulaciones de los proveedores de bienes en función de ellos.

Tampoco puede admitirse que la adquisición del producto dependa de la compra de otra mercadería o bien limitar la misma también con fines especulativos.

VII.5. Aumentar sin justa causa el precio de los bienes o servicios con posterioridad a la oferta hecha pública.

El proveedor tiene la obligación de mantenerse en la oferta que ha exteriorizado públicamente por el tiempo que ella dure. La modificación del precio afecta la identidad de la oferta e implica una modificación ilegítima de esta. Desde esta perspectiva, el empresario debe contemplar en el precio todas las variables económicas que se puedan presentar en la economía, pues una vez emitida la misma queda obligado unilateralmente con el consumidor.

VII.6. Acudir a la sorpresa, el acoso, la coacción, la fuerza o la influencia indebida, a fin de que el consumidor decida una contratación

Para la funcionalidad de esta práctica vejatoria deben darse tres aristas, específicas:

a) El proveedor debió haber acudido a la sorpresa, el acoso, la coacción, la fuerza o la influencia indebida del consumidor en esa contratación.
b) El consumidor debió haber decidido esa contratación específica en razón de ello.
c) Debe considerarse que ante la ausencia de los ardides o artificios descriptos el consumidor no hubiera efectivizado la contratación o bien hubiera efectuado otra.

Corroborados estos extremos subjetivos y objetivos, la práctica se considerará abusiva.

VII.7. La conducta engañosa que incide en la decisión del consumidor en contratar

Como en el caso anterior se requieren tres elementos para la configuración de esta práctica abusiva.
a) El engaño por parte del proveedor.
b) La decisión del consumidor de contratar en razón de ello.
c) La certeza en torno a que el consumidor no hubiera realizado la contratación o se hubiera decidido por otra con mejores condiciones ante la ausencia de engaño.

VIII. A modo conclusivo: el rol de la judicatura para evitar la restricción a la libertad de los consumidores que configuran prácticas abusivas.

El art. 22 del Proyecto de Ley representa la concreción normativa del casuismo derivado de la jurisprudencia de nuestro país en lo que a prácticas abusivas se refiere, pero su proyección pragmática y su correcta aplicabilidad en el marco del consumo derivará del compromiso de la judicatura.

La función de los jueces en tanto últimos guardianes de tutelas destinadas a prevenir o hacer cesar fuentes generadoras de graves perjuicios, fomenta el compromiso de los magistrados en tanto que deben velar por quienes resultan vulnerables a las conductas como las establecidas en los casos referenciados. Tal afirmación no deja de lado las funciones que le son propias a los restantes poderes, quienes se encuentran facultados para obtener las decisiones políticas o legislativas que cumplan con dicho objetivo.

La sociedad argentina ha visto crecer desde hace años —tal como en el resto del mundo— el avance de las nuevas tecnologías, la dinámica en las relaciones jurídicas y la existencia de graves perjuicios de incidencia colectiva cuya fuente descansa en prácticas abusivas por parte de los operadores, es necesaria una rápida y efectiva reacción a los efectos de que tales situaciones no se conviertan en la regla, ya que de otra manera el caos social, la inseguridad jurídica y la conculcación de derechos de raigambre constitucional, opacarían sin lugar a dudas, cualquier avance en el desarrollo de nuestro país (25).

Los magistrados debemos tener una posición proactiva en favor de la protección de los débiles jurídicos (usuarios y consumidores), pues solo en el sostenimiento claro de una política judicial combativa de las prácticas comerciales abusivas —ya sea de manera preventiva, resarcitoria o sancionatoria— se halla la matiz medular de la tutela judicial efectiva de las personas vulnerables (26).

Bibliografía.

(A) Juez de cámara. Exjuez Civil y Comercial de primera instancia. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Civil (Universidad de Salamanca, España). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Posgraduado en Derecho Continental (Universidad de París, Francia). Posgraduado en Derecho de los Contratos (UBA). Posgraduado en Derecho de la Salud (UBA). Profesor de grado y posgrado. Investigador. Autor de siete obras jurídicas y de más de cien artículos de doctrina.

(1) Puerto de consolación arribada forzosa de sus búsquedas, los griegos crearon esa entidad metafísica y reversible de las facultades. Los escolásticos la apartaron y clasificaron después con sorprendente aptitud. Risolía, Marco A., Soberanía y crisis del contrato, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 20. Se decía: ignoti nulla cupido nihil volitum nisi pracognitum. La reflexión solo puede abstraer del acto voluntario el elemento voluntad, inseparable de otros intelectuales o afectivos.

(2) San Agustín, La ciudad de Dios, trad. de J. C. Díaz de Beyral, Vida de Hernando y Civa, Madrid, 1893, p. 74. Ignoti nulla cupido nihil volitum nisi pracognitum. La reflexión solo puede abstraer del acto voluntario el elemento voluntad, inseparable de otros intelectuales o afectivos.

(3) Soler, Sebastián, Ley, historia y libertad, Losada, Buenos Aires, p. 95.

(4) Lorenzetti, Ricardo, "Análisis crítico de la autonomía privada contractual", JA 1994-IV-955. Complementa esta idea diciendo que ninguna de ellas es neutra en términos económicos distributivos.

(5) Messineo, Francesco, Doctrina general del contrato, trad. de R. O. Fontanarrosa., S. Sentis Melendo, M. Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, t. I, p. 16.

(6) Es decir, que estas pueden disponer de sus bienes o pueden obligarse a ejecutar prestaciones a favor de otros (bajo el primer aspecto, la autonomía contractual coincide con la facultad de disposición de las cosas, que se encuentra en el contenido del derecho de propiedad). Galgano, Francisco, El negocio jurídico, trad. de F. Blasco Gascó y L. Prat Albentosa, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 66.

(7) Guardiola, Manuel A., "Las limitaciones a la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico De Castro", Anuario de Derecho Civil, t. XXXVI, fascículo IV, Artes Gráficas y Ediciones, octubre-diciembre 1973, p. 1131. En igual sentido, De Castro, Federico, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", Anuario de Derecho Civil, t. XXXIV, Artes Gráficas y Ediciones, 1982, ps. 987 y ss. Explican Planiol y Ripert que el principio de la libertad en la contratación es una pieza indispensable de un régimen que acepta la propiedad privada y la libertad de trabajo. El deber del legislador ha de reducirse a prevenir sus excesos, protegiendo los contratantes frente a las sorpresas y las injusticias del contrato, prohibiéndoles, especialmente, modificar con sus acuerdos privados las relaciones que interesan al orden público. Pero hay que tener cuidado de que tal reglamentación no se haga excesiva, entorpeciendo de ese modo el comercio jurídico, al destruir la seguridad. Planiol, Marcelo - Ripert, Jorge, Tratado práctico de derecho civil francés. Las obligaciones (primera parte), trad. de M. Diaz Cruz, Cultural, La Habana, 1936, t. VI, p. 29.

(8) Alterini, Aníbal A., Derecho privado, 2a ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 350. No obstante lo expuesto, debemos precisar que todo los actos, en cierta medida, están afectados en cuanto a su carácter libre o por lo menos condicionados, pero ello no les quita el aspecto volitivo, ya que, como dice López Mesa, en la base de muchos actos voluntarios se hallan presiones o influencias externas, sentimentales, morales, psicológicas etc., que pretenden volcar la voluntad del individuo hacia los intereses de un tercero, negar esto sería un acto de inocencia propio de infantes. López Mesa, Marcelo, "La violencia como vicio de la voluntad", LL 2005-E, secc. Doctrina, p. 1238.

(9) Guardiola, Manuel A., "Las limitaciones...", cit., p. 1135.

(10) La autonomía por inserción, para el autor, consiste en excluir normas dispositivas ante la incorporación de cláusulas propias acordadas por las partes.

(11) Dice el autor que es admisible que las partes, en lugar de formular las estipulaciones que deseen convenir en sustitución de las disposiciones legales, las elijan por medio de una referencia a otro derecho aplicable. Esta referencia puede hacerse en derecho privado, determinado, sea nacional (p. ej., el francés), sea regional, (p. ej., el neoyorkino). No hay inconveniente en que la referencia se haga a un derecho privado derogado. Goldschmidt, Werner, "Autonomía universal de la voluntad", Revista Española de Derecho Internacional, vol. XXV, nros. 1-4, Madrid, 1974, p. 183.

(12) Decía Aristóteles que los actos voluntarios son objetos de alabanza o censura; los involuntarios, de perdón y, algunas veces, de piedad. Lo voluntario es lo que principalmente determina la virtud.

(13) López Mesa, Marcelo - Valente, Luis A., "El negocio jurídico (manifestación de voluntad libre y consciente)", LL 1992-E, secc. Doctrina, p. 979.

(14) Kant, Immanuel, Fundamentos de una metafísica de la costumbre, trad. de A. Zozaya, Banca Económica Filosófica, Madrid, 1904, p. 95. Las ideas de este pensador van a influir notablemente en el fundamento de las normas vinculadas con la autonomía de la voluntad. Como señalan Ripert y Boulanger, la filosofía francesa ha sido muy sensible a su influencia. Ha enseñado que la voluntad del hombre hace su ley y esa afirmación ha robustecido la creencia en el valor moral de la teoría de la autonomía de la voluntad. Ripert, Georges - Boulanger, Jean, ob. cit. p. 21.

(15) Explica el autor que la heteronomía no puede ser conceptuada bajo el único signo negativo de la limitación; en ella existe una naturaleza propia, que la independiza y la constituye, siendo la raíz última de la heteronomía el principio de autoridad, o sea, una extrema reglamentación, impuesta a la propia voluntad del individuo por virtud de normas que imperan su mandato. Rosenfeld, Carlos L., "Autonomía de la voluntad y orden público", Revista Notarial, nro. 853 (especial), p. 2159.

(16) Alterini, Aníbal A., Derecho privado, cit., p. 350.

(17) Barreiro, Rafael F., "La paciencia del consumidor, la dignidad humana y las prácticas abusivas", RCCyC, octubre de 2016, p. 151; LL del 23/11/2016, p. 5; LL 2016-F-335; LL Online AR/DOC/2942/2016.

(18) Ghersi, Carlos A., "Las prácticas abusivas de las empresas con posición dominante. El daño punitivo como herramienta de corrección", LL del 17/11/2016, p. 8; LL 2016-F-300; LL Online AR/DOC/3612/2016. Ghersi, Carlos, "El abuso de posición dominante", LL del 15/4/2016. Weingarten, Celia - Ghersi, Carlos, Análisis económico del derecho, La Ley, Buenos Aires, 2016, vol. I. Snavely, William, Teoría de los sistemas económicos, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1988. Ver Jalil, Julián E., "Prácticas abusivas y sistema de responsabilidad civil en el marco del consumo", en Krieger, Walter, Prácticas abusivas en el derecho del consumidor, El Derecho, Buenos Aires, 1918, p. 311.

(19) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Prácticas abusivas en los contratos de consumo", supl. esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, febrero de 2015, p. 237; LL Online AR/DOC/392/2015. Bidart Campos, Germán, "La discriminación racial en los intersticios familiares", ED 154-1055. Lorenzetti, Ricardo, Consumidores, 2a ed., Rubinzal, Buenos Aires, 2009, p. 158. Stiglitz, Rubén, "Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación", en Lorenzetti, Ricardo (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, supl. esp., La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 103. CNFed. Civ. y Com., sala III, 11/4/1995, LL 1996-A-324; ídem, 7/3/2000, LL 2000-D-631 y Doc. Jud. 2000-3-180. Herman de Vasconcellos e Benjamin, Antônio, "Das práticas comerciais", en AA.VV., Código brasileiro de defensa do consumidor, 4a ed., Forense Universitaria, São Paulo, 1996, p. 237. Chamatropulos, Demetrio Alejandro, "Derecho comercial. Derecho del consumidor", en Chomer - Sícoli (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2015. Ghersi, Carlos - Weingarten, Celia, "Visión integral de la nueva ley del consumidor", en Vázquez Ferreyra, Roberto, Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 59. Explica la autora que se vinculan con cuestiones muy diversas: la información y publicidad, las marcas, el overbooking o sobreventa, el acoso a clientes potenciales, etc. En el comercio informático aparecen, entre otras, el spamming (envío de mails no solicitados), el cybersquatting (asociación de páginas), etc. Algunas de estas prácticas son posibles porque se realizan a través de grandes grupos económicos; otras son tan sutiles que en algunos países se discrepa si son o no conductas ilícitas (p. ej., enviar tarjetas de crédito a los clientes de un banco sin su solicitud expresa), etcétera.

(20) Kreger, Walter F., en Borda, Alejandro (dir.), Derecho civil. Contratos, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 277. Jalil, Julián E., "Prácticas abusivas...", cit.

(21) XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, septiembre de 2009. Comisión de Derecho Interdisciplinario. Derechos del Consumidor. II. Proyecciones de la reforma sobre algunas cuestiones atinentes al derecho contractual.

(22) Quaglia, Marcelo C., "Trato digno y prácticas abusivas: análisis del artículo 8 bis de la ley 24.240", RCyS 2011-III-42; LL Online AR/DOC/5091/2010. Asimismo, Chamatropulos, Demetrio Alejandro, Estatuto de consumidor comentado, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I.

(23) Benjamín, Antonio, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Forense Universitaria, 1991, p. 147.

(24) Barreiro, Rafael F., "Las prácticas abusivas en la relación del consumo", Revista Jurídica de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, nro. 1, febrero de 2018. Chamatropulos, Demetrio Alejandro, Estatuto..., cit., p. 211.

(25) Barletta, Alejandro, "La franquicia irrazonable y el rol del juez en la prevención de prácticas abusivas", DJ del 17/3/2010, p. 617; LL Online AR/DOC/240/2010.

(26) Jalil, Julián E., "Prácticas abusivas...", cit., p. 315.

Responsabilidad civil deviniente del contagio de VIH entre parejas, convivientes o conyuges

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Cita Online: AR/DOC/327/2019
[Consultado el: 03/07/2020]

Sumario.

I. La institución matrimonial y los certificados prenupciales.— II. La aplicación de los principios generales.— III. La antijuridicidad.— IV. El daño.— V. El daño no patrimonial.— VI. El factor de atribución.— VII. La relación de causalidad.— VIII. Acerca de la dificultad de la prueba.— IX. La especialidad en materia matrimonial.

I. La institución matrimonial y los certificados prenupciales.

La ley 12.331 sancionada en 1936, en su art. 13 establece que las autoridades sanitarias deberán propiciar y facilitar la realización de exámenes médicos prenupciales. Los jefes de los servicios médicos nacionales y los médicos que las autoridades sanitarias determinen estarán facultados para expedir certificados a los futuros contrayentes que lo soliciten. Estos certificados, que deberán expedirse gratuitamente, serán obligatorios para los varones que hayan de contraer matrimonio. Como hemos dicho, este artículo en su última parte crea un impedimento matrimonial al estipular que no podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedades venéreas en período de contagio.

Por otro lado, en el año 1965, como ya hemos expuesto, entra en vigencia la ley 16.668 cuyo articulado, en la parte pertinente establece la obligatoriedad del examen médico prenupcial a las personas de sexo femenino. En su art. 1º dispone: declárese obligatorio en todo el territorio de la Nación la obtención del certificado prenupcial para los contrayentes del sexo femenino.

En el art. 2º de esa norma establece que los exámenes médicos respectivos deberán ser practicados por los organismos dependientes del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública de la Nación, de la Municipalidad de la Capital Federal y los servicios asistenciales provinciales y municipales, en iguales condiciones que los practicados a las personas del sexo masculino. En todos los casos los certificados deberán ser elevados a la pertinente superioridad para su visación, antes de ser exhibidos en las oficinas del Registro Civil.

Por último, el art. 3º remite a la ley 12.331 en relación con las penalidades, al estipular que los que contravinieren las disposiciones de la ley se harán pasibles de las penalidades impuestas por la ley 12.331 y su reglamentación.

Difícilmente se encuentre en esta última ley penalidad alguna, más que aquella administrativa que pesa sobre el Oficial del Registro que permite el casamiento omitiendo la diligencia del examen médico. Es decir, entre las partes celebrantes no existe disposición especial que determine la o las alternativas jurídicas en caso de que se omita la diligencia del art. 12 de la ley 12.331 y del art. 1º de la ley 16.668.

El 18 de junio de 2018, el Registro Civil porteño suprimió la obligatoriedad de esta medida, que pasó a ser optativa para los contrayentes. Buenos Aires se suma con esta iniciativa a normas similares existentes en provincias como Chaco, San Juan, Santa Cruz, Salta, Mendoza, Santiago del Estero, Misiones y Tierra del Fuego.

Es decir, en la actualidad existen provincias en donde se requiere la presentación de certificados prenupciales que acrediten el estado de salud de los contrayentes, lo que produce un beneficio en el plano probatorio de la transmisión de enfermedades venéreas entra cónyuges ante una imputación de responsabilidad civil, pues se tiene certeza de la información hacia el cónyuge acerca del estado de salud.

Pero como venimos explicando ello se circunscribe a casos de matrimonio y en donde el certificado prenupcial es obligatorio, a lo que deberíamos agregar que nada obsta al contagio anterior al acto matrimonial.

II. La aplicación de los principios generales.

Ahora bien, desde este panorama, parecería que la idea de responsabilidad civil se circunscribe a la de indemnización por el daño causado, la cual tendría como fin último compensar el dolor o el menoscabo. Si ello fuera así, probada que fuera la existencia del daño (contagio de la enfermedad) y la relación de causalidad, bastaría para atribuir responsabilidad civil y el tema no presentaría inconvenientes.

Nuestro ordenamiento y la doctrina han establecido reglas que van a determinar la aplicación de los principios generales de responsabilidad civil para el caso, los cuales vamos a desarrollar, pero antes de ello es menester señalar con Santos Briz que la indemnización del daño implica, por regla general, no una desaparición de este sino solamente su desplazamiento a otro patrimonio, autorizado por una norma jurídica. Parangonando la norma o principio *nullum crimen sine lege*, puede decirse que no puede haber indemnización sin una base jurídica legitimadora (1). Esta cuestión se vincula estrictamente con la antijuridicidad.

III. La antijuridicidad.

Por un lado, no presenta problemas afirmar que quien transmite una enfermedad venérea a otro provoca un daño y viola la norma general de los arts. 1716 y 1717 del Cód. Civ. y Com. De todas maneras, como se verá más adelante, siempre será necesario juzgar acerca de la negligencia o malicia con la que se ejecutó esa conducta.

Por otro lado, la omisión de comunicar a la pareja o esposo la existencia de una enfermedad de transmisión sexual constituye un incumplimiento objetivo, cuyo daño no halla justificación en ninguna de las causales del art. 1718 del Cód. Civ. y Com.

IV. El daño.

La existencia del daño, menoscabo o perjuicio es un presupuesto esencial en materia de responsabilidad civil, su ausencia excluye la atribución de responsabilidad y no obliga a la reparación material porque justamente no existe nada que subsanar.

El concepto jurídico de daño, salvo restricciones queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley. Comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecta en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, sus derechos o facultades (2) Este es el alcance que le ha dado el art. 1737 del Cód. Civ. y Com., el cual dispone que Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

El daño que se configura al contraer una enfermedad de transmisión sexual consiste precisamente en el menoscabo a la salud, que en algunos casos tendrá reparación por tratamiento médico y en otros puede llegar a ser terminal, pero que en todos los supuestos provocan una disminución en la integridad física (3). Asevera Josserand que el daño material puede alcanzar a la víctima tanto en su patrimonio como en su persona física y entre los casos que menciona dentro de este supuesto hace especial hincapié en el "contagio de una enfermedad, sobre todo de una enfermedad venérea" (4).

En el caso del contagio de sida, el daño debe ser probado por la víctima. Si esta ha desarrollado el sida o estado previo (ARC), ello mismo constituye la prueba del daño. Este consiste en el perjuicio moral que resulta evidente por el dolor y la pena de padecer la enfermedad y también el daño patrimonial, como los gastos de asistencia médica, pérdida del salario, etc. Las víctimas seropositivas portadoras del virus también pueden demandar daño moral, pues la contaminación aparece como una bomba de tiempo que causa problemas psicosociales (5).

En este supuesto, el perjuicio es evidente, habida cuenta de que el contagio de esta enfermedad venérea produce un daño que a su vez puede ser actual o futuro. Es decir, este puede consistir en secuelas o daños biológicos, fisiológicos o corporales, o bien pueden estar sujetos al curso del tiempo, como el caso de aquellos daños que indefectiblemente se producirán, en definitiva, como dice Puig Peña, el resultado es el daño causado, o sea la modificación que en la armonía del mundo perteneciente al damnificado se produce a consecuencia de aquella acción u omisión (6).

En la enfermedad del VIH, conforme el estado actual de la ciencia, la disminución en la expectativa de vida es un resultado que, lejos de ser eventual o hipotético, se constituye como cierto (art. 1739 del Cód. Civ. y Com.), por lo que debe ser indemnizada la pérdida de la *chance de sobrevida* (art. 1738 del Cód. Civ. y Com.). En este sentido dice Le Torneau que la noción de perjuicio cierto es relativa, basta que sea muy probable, tal sería evidentemente el caso del daño que ya se ha producido cuando el juez falla. Esa distinción se impone en cuanto al perjuicio futuro (7).

El perjuicio virtual es aquel que existe en potencia en el acto incriminado, que conlleva en sí todas las condiciones de su realización (ejemplo; en presencia de una incapacidad permanente, la disminución de la capacidad de trabajo inherente a las lesiones de la víctima, incluso si su remuneración ha sido reducida por el momento).

El perjuicio eventual no es más que una expectativa: es hipotético (por ejemplo, pérdida de la posibilidad de entrar en una gran escuela, por el hecho de un accidente, cuando la víctima es solo un niño). La oposición entre los dos conceptos es una cuestión de grado más que de naturaleza, pero las consecuencias son importantes.

El perjuicio actual y el perjuicio virtual son ciertos, mientras que el perjuicio eventual no puede ser calificado de igual forma (8).

En este sentido se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil al sostener que resulta improcedente indemnizar el rubro "peligro de vida", ya que el daño para ser indemnizable debe ser cierto, pues no se indemnizan los peligros de daño que constituyen situaciones perjudiciales, eventuales o hipotéticas, máxime cuando no se ha probado que las lesiones sufridas por el actor pudieran haber puesto en peligro su vida (9).

Diferente es el caso de la *pérdida de la chance* que ante el contagio de una enfermedad como el sida es altamente posible que se configure y forme parte de los rubros indemnizatorios, en este orden de ideas compartimos el criterio de Sáenz, para quien cuando existe un daño resarcible por pérdidas de posibilidades de sobrevida, el daño es cierto y actual, y no futuro como ha sostenido un sector de la doctrina (10).

V. El daño no patrimonial.

Puede advertirse que la transmisión de enfermedades sexuales, un daño que no consiste solo en la privación de la salud sino en la lesión de otros bienes y que consiste en un daño extrapatrimonial (art. 1741 del Cód. Civ. y Com.), entendido como el menoscabo o pérdida de un bien, en sentido amplio, que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho, de naturaleza extramatrimonial. Sabemos que además de afectar la salud de un individuo, la enfermedad sexual ha sido considerada un estigma vergonzante y a pesar de que en la actualidad se está abandonando ese concepto porque ya no son patrimonio ni sinónimo de clases sociales bajas o de promiscuidad, subsiste en algunos ámbitos (11).

Hacemos principal hincapié en este asunto, porque entendemos que el supuesto de responsabilidad que se analiza tiene una poderosa lesión moral, arraigada, para la persona víctima de estos tipos de daños, desde una perspectiva *exógena* por una cultura de discriminación y exclusión social que inevitablemente se producirá en la vida cotidiana de portador del mal y desde una visión *endógena* por un clara desvaría sexual, una debilidad emocional y el dolor de llevar un estigma temporal, que en ciertos casos se transforma en permanente (por ejemplo, VIH).

VI. El factor de atribución.

La persona imputada pudo haber actuado intencionalmente, o sea con dolo, es decir con intención de causar el contagio o con absoluta indiferencia por la salud ajena, o bien por ignorancia de su estado, aunque presentase un comportamiento riesgoso o síntomas de la enfermedad, por lo cual su actuar resulta imprudente, es decir, culposo (art. 1724 del Cód. Civ. y Com.) (12).

Con respecto al VIH y en cualquier caso *ajeno al matrimonio en las provincias donde se requiere certificado prenupcial*, la ausencia de certeza sobre la presencia de la enfermedad por la ausencia de síntomas no haría responsable a quien la trasmite. En este sentido se dice que el accionar no sería culposo si el imputado seropositivo ignoraba su estado y no podía conocerlo por la inexistencia de síntomas; el daño era imprevisible y por lo tanto no habría responsabilidad de quien, en esas condiciones, trasmitió la enfermedad (13).

Es diferente a lo reseñado es la situación que se configura cuando nos encontramos *dentro de la institución matrimonial* en las provincias donde los certificados resultan obligatorios, pues si admitimos que el sida, debe estar comprendido en los certificados médicos prenupciales esa situación se modifica sustancialmente. En este caso si los contrayentes padecen de la enfermedad *lo sabrían o lo deberían saber* y *no podrían alegar su desconocimiento* por falta de síntomas.

VI.1. La culpa y el contagio de la enfermedad.

Como primera cuestión decimos que la culpa debe ser analizada de conformidad con el caso concreto y en relación con una serie de disposiciones del Código que la definen, entre ellas, los arts. 1721, 1724 y 1725 del Cód. Civ. y Com.; es decir, como explica Hersalis para determinar el concepto de culpa, el articulado debe ser interpretado juntamente con otros (14).

En los ámbitos donde la presentación el certificado prenupcial es obligatorio, la idea de una persona que omitiendo presentarlo le transmite una enfermedad a su cónyuge hace que pensemos inmediatamente en un obrar negligente (15).

Es decir, el sujeto desarrolla su accionar o conducta de una manera menos diligente a lo esperado por los demás. Lo cual indica o advierte la presencia del elemento subjetivo culposo, dicho accionar como dice De Cupis

configura una omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuyo empleo podría haberse evitado un resultado no querido, la realización no querida del supuesto de hecho legal (16).

En todos los demás casos, cónyuges sin la obligación de presentar el certificado prenupcial, convivientes, parejas, relaciones ocasionales, los arts. 1726 y 1727 del Cód. Civ. y Com. resultan claros, y el conocimiento, es presupuesto de previsibilidad puesto que no se puede prever lo que no se conoce.

Entonces, la cuestión se circunscribe a considerar si ha mediado negligencia en el deber de conocer el estado de salud para evitar perjudicar a terceros.

Dice Mosset Iturraspe que existe culpa consciente —denominada por algunos "culpa con previsión"—, cuando el agente se representa la posibilidad del resultado, pero confía o espera que no se produzca— a diferencia de lo que acontece con el dolo eventual, en el cual la representación lejos de detener al agente lo ratifica en su proceder: la representación de la posibilidad del resultado

Calificamos a la culpa de inconsciente cuando existe la posibilidad de representación del resultado, pero no la representación real; es una culpa sin representación o previsión efectiva (17).

Estos casos encuadran en esta última situación, ya que el sujeto accede al acceso carnal sin una previsión efectiva del posible daño (contagio de enfermedades) pero pudiendo haberlo hecho poniendo de sí un mayor esmero (v.gr. análisis clínico).

Entonces la cuestión de la responsabilidad debe dilucidarse en el plano de la previsibilidad en razón de la exigencia de previsibilidad del agente analizada en concreto (culpa) y en abstracto (relación de causalidad). Así por ejemplo una persona que normalmente tiene sexo sin preservativos o es altamente promiscuo deberá tener mayor previsibilidad que aquellas personas que llevan una vida más monógama. Todo ello será materia de prueba en un eventual proceso civil.

VI.2. La presencia del dolo como agravante de la responsabilidad.

En realidad, en el caso de análisis, estas posturas no adquieren mayor profundidad en cuanto a su distinción conceptual, porque consideramos que la acción de mantener relaciones con un cónyuge sabiéndose portador de una enfermedad contagiosa queda circunscripta en cualquiera de las teorías esbozadas.

Esto es así porque el sujeto conoce la enfermedad que padece y sabe que es muy probable que sea transmitida a su pareja (teoría de la representación), tiene voluntad de realizar el acto, conoce el resultado y quiere ese resultado (teoría de la voluntad y teoría del asentimiento).

Pero ¿podría ser un caso de culpa con representación o de dolo eventual, donde el sujeto reconoce la alta posibilidad del resultado, pero sigue adelante con su accionar omitiendo ese saber?

Nos inclinamos por considerar que dado el caso del sujeto que sabiéndose portador de una enfermedad venérea que conoce tiene relaciones con su cónyuge, se configura un supuesto de dolo directo y sería muy difícil encuadrarlo en otra situación. Más aún, nos rehusamos a analizar esa posibilidad porque nuestro derecho no reconoce dentro del dolo una figura de estas características; como dice Llambías solo el dolo directo queda comprendido en la noción de dolo civil, no así el dolo eventual ni menos la llamada culpa con representación.

En nuestro derecho positivo el dolo se caracteriza por la intención nociva, ya que tal acto exige la concurrencia de dos elementos: la plena conciencia del resultado dañoso que habrá de seguir la acción —a sabiendas— que ese resultado haya constituido la motivación del agente —intención de dañar— Ahora bien

tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación, la motivación del agente no es la consecución del daño producido, por lo cual esas figuras quedan al margen del dolo delictual característico del delito civil (18).

Además, como dice Picasso, esto posee escaso valor práctico, pues salvo casos de excepción, basta con la culpa para que exista responsabilidad (19), no existiendo diferencias en el Cód. Civ. y Com. entre el daño causado por culpa o por dolo.

VII. La relación de causalidad.

Distintos son los casos en los cuales un accionar humano puede determinar el resultado dañoso.

Por un lado, aparece la *comisión* de un hecho propiamente dicho, en este caso basta con determinar que la conducta positiva del agente gesta la consecuencia negativa que se le atribuye.

Otro supuesto es el de *comisión por omisión* donde se infringe una norma negativa (prohibición), y la omisión es medio para violar el precepto y obtener un resultado dañoso, por ejemplo, el guardavía que no acciona la palanca de cambio ante la proximidad de un tren para precipitar una catástrofe ferroviaria, en este caso el agente aprovecha la fuerza causal de hechos exteriores para obtener un resultado.

No es así en los de *simple omisión*, en los cuales la omisión por sí misma es punible con presidencia del propósito del agente (20).

Conforme con lo que venimos explicando deberíamos distinguir dos situaciones:

En el supuesto especial que analizamos, es decir, el caso de la persona que trasmite un mal a su pareja podemos sostener que la conducta del transmisor es una comisión por omisión, es decir, una omisión culposa o dolosa de informarse acerca del estado de salud para no transgredir la prohibición de causar daños a terceros (art. 1716 del Cód. Civ. y Com.).

De esta manera se configura un caso de *omisión* en donde el accionar del sujeto constituye una abstención, o traducido en los términos que se mencionaron con anterioridad, *una falta de previsión de las consecuencias* que dicho accionar podría traer aparejadas. La previsibilidad de esas consecuencias debe ser analizada de conformidad al principio de normalidad. Así las cosas, una persona promiscua sexualmente tendrá mayor deber de previsibilidad de su estado de salud que aquella que no lo es.

VIII. Acerca de la dificultad de la prueba.

La información en relación con el estado de salud de una persona es fundamental para evitar la propagación de males infectocontagiosos. Este conocimiento acerca del estado de salud, como se ha visto, puede devenir al momento de contraer matrimonio de la presentación de los correspondientes certificados prenupciales obligatorios.

En las relaciones extramatrimoniales compartimos la posición de Minyerrsky y Lambois quienes sostienen que, si bien puede parecer que, quien toma todos los recaudos para cuidar a su pareja no necesita informarla de su enfermedad, pensamos que el deber de informar por cuanto la gravedad del riesgo impone considerar su negligencia al no prevenir a su pareja (21).

Como el derecho no debe quedarse en las meras intenciones, sino que debe contemplar las realidades ejecutadas, es menester señalar que en muchos casos es realmente difícil comprobar el contagio sexual (22), mucho más difícil es probar la debida información prestada por quienes acceden al acto carnal.

Entonces se advierte que la obligación de informar en el ámbito extramatrimonial es fundamental, pero existe una falencia en relación con su comprobación. Así las destacadas juristas Minyerrsky y Lambois entienden que la prueba del cumplimiento de esta obligación es prácticamente imposible, en tanto se trata de conductas que se desarrollan en la más absoluta intimidad.

En este sentido abogan por una inversión en las cargas probatorias sosteniendo que la prueba de haber informado a su pareja del hecho de padecer de una enfermedad infectocontagiosa de transmisión sexual debe ser soportada por el agente, en consonancia con la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Así podrá el demandado probar que quien le reclama la indemnización pertinente conocía de antemano su condición o que lo anotició debidamente por cualquier medio, es decir que el actor se va a encontrar relevado de la carga de probar que no fue informado o que desconocía el riesgo a que se exponía al mantener la relación sexual (23).

Adherimos a esta posición, la cual robustecemos con la aplicación del art. 1735 del Cód. Civ. y Com., que estipula que el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

IX. La especialidad en materia matrimonial.

Admitir que en nuestro ordenamiento jurídico vigente existe una imposibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad civil en el derecho de familia podría llevarnos, en muchos casos, a resultados indeseados e injustos.

Sin desmedro de la exigencia de ponderar cuidadosamente las distintas situaciones que pudieren presentarse, se ha hecho hincapié en que la relación de familia no puede implicar un valladar inexorable para los reclamos indemnizatorios de quienes, antes bien que integrantes de ella son personas (24).

Así, la jurisprudencia refiriéndose especialmente a casos de divorcio, ha admitido la aplicación del régimen de responsabilidad (25). Para ello, evidentemente, se hizo especial hincapié en la necesidad de que se configuren los presupuestos de la responsabilidad (26).

Es evidente, por otro lado, que el inicio indiscriminado de acciones de daños y perjuicios en el ámbito jurídico reservado al derecho de familia podría también traer aparejado resultados no muy óptimos o directamente indeseados.

Ello sin dejar de mencionar que, en el caso que venimos analizando, ya se ha producido un conflicto familiar, al haberse trasmitido una enfermedad, y la acción de daños y perjuicios generaría un nuevo problema autónomo que se anexaría.

En este sentido dice Wierzba que el nuevo drama familiar derivado del inicio de acciones entre sus miembros se agregará al ya suficientemente grave resultante de la enfermedad. El interés social debiera evitar la aplicación de criterios jurídicos que desalienten y pongan en peligro la familia (27).

Aún teniendo en claro estas posiciones, consideramos que en todo el derecho argentino rige el principio en razón del cual *quien causa un daño a otro debe repararlo* (art. 1716 del Cód. Civ. y Com.), como asimismo el principio de protección de la dignidad humana en todas sus formas (arts. 51 y 52 del Cód. Civ. y Com.).

Hoy en día se entiende mayoritariamente que la negativa a toda posibilidad de aplicar los criterios propios de la responsabilidad civil dentro del ámbito familiar, que fuera sostenida en otros tiempos, resiente la justicia y conduce no solo a la impunidad del autor del daño sino a una inocua falta de tutela jurídica para el damnificado.

Paulatinamente los criterios de antaño se han ido modificando, llegándose a afirmar que el daño ocasionado por un miembro de la familia a otro, lejos de merecer una situación privilegiada, deber constituir un agravante (28).

Pero como profesaba Peter Bamm, lo que importa verdaderamente en la vida no son los objetivos que nos marcamos sino los caminos que seguimos para lograrlo, y en este caso, como en otros, el camino está dado por la protección de la dignidad humana cuidadosamente protegida por la normativa civil y los tratados internacionales (arts. 1º, 2º, 51, 52 del Cód. Civ. y Com.).

Bibliografía.

(1) SANTOS BRIZ, Jaime, "La responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y derecho procesal", Ed. Montecorvo SA, Madrid, 2ª ed., p. 276.

(2) CIFUENTES, Santos - SAGARNA, Fernando A., "Código Civil. Comentado y Anotado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 776. En igual sentido CNCiv., sala D, 14/05/1997, LA LEY, 1997-E, 54.

(3) MINYERRSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana, "Responsabilidad por transmisión de enfermedades", en AMEAL, Oscar J. (dir.) - TANZY, Silvia (coord.), Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XIX. Homenaje al profesor Roberto M. López Cabana, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 260.

(4) JOSSERAND, Louis, "Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones", ob. cit., Editorial Bosch y Cía., 1950, p. 330.

(5) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, 9ª ed., p. 640.

(6) PUIG PEÑA, Federico, "Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Obligaciones y Contratos", Revista de Derecho Privado, vol. II, Madrid, 1957, 2ª ed., p. 678.

(7) Es lo que se conoce como un daño futuro, que, en definitiva, "se trata de un hecho ocurrido pero cuyas consecuencias dañosas no han cerrado aún todo su ciclo, y se sabe que, de acuerdo con el curso natural y ordinario de los acontecimientos, en el futuro aumentarán sus repercusiones perjudiciales". TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica", La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 451.

(8) LE TORNEAU, Philippe, "La responsabilidad civil", traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Ed. Legis, 2004, p. 68. Es decir, lo que no sería indemnizable es el perjuicio eventual o contingente. En este sentido sostienen Mazeaud y Tunc que exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético o eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se hubiera encontrado en una mejor situación si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha. Entienden los juristas franceses que el perjuicio cierto es con mucha frecuencia, aquel tan verosímil, que el derecho lo toma en consideración, y el perjuicio eventual, aquel de tal modo eventual, que no cabe tomarlo en consideración. MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, León - TUNC, André, "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1962, p. 301 (nota al pie). Por eso no hay que distinguir entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro, sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio, eventual, hipotético.

(9) CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 21/06/2007, "Zibecchi, Pablo c. Trama, Fabián y otros", LLBA 2007.

(10) SÁENZ, Luis R. J., "Los límites al resarcimiento por pérdida de chance en la responsabilidad civil médica", LA LEY 2004-F, Buenos Aires, 2004, p. 1007.

(11) MINYERRSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana, ob. cit., p. 260. En igual sentido léase el despacho suscripto por el Dr. Alberto Bueres en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil.

(12) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit., p. 639.

(13) Ibidem, p. 640.

(14) HERSALIS, Marcelo - SICA, Josefina. "Consentimiento Informado. Figura de extrema actualidad y utilidad", LA LEY, 4 de agosto de 2005, p. 6.

(15) Entendemos que la negligencia en este caso reposa no en el conocimiento que el individuo debe tener en relación con si padece o no una enfermedad transmisible, sino, en el conocimiento acerca de la obligación de presentar un certificado médico al Registro, trámite que la ley 16.668 ha calificado de obligatorio; cuya omisión hace previsible las consecuencias: probable existencia de una enfermedad y transmisión de un mal al cónyuge o a la prole, y una vez producido este se pone en relación causal con dicha omisión.

(16) DE CUPIS, Adriano, "El daño. Teoría general de la responsabilidad", Traducción de Ángel Martínez Sarrión, Ed. Bosch SA, Barcelona, 1975, p. 45.

(17) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 66. Dice el autor que el agente, en la denominada culpa simple o inconsciente, sea que obre voluntaria o involuntariamente, no tuvo conciencia de la posibilidad del daño, pero pudo tenerla si hubiera puesto mayor atención.

(18) LLAMBÍAS, Jorge J., "Código Civil anotado. Doctrina- Jurisprudencia. Hechos y actos jurídicos. Actos ilícitos", colaboración de RAFFO BENEGAS, Patricio J., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, t. II-B, p. 316.

(19) PICASSO, Sebastián, "¿Hacia una ampliación de la noción de dolo delictual en el derecho civil?", Diario La Ley del 2/7/04 - LA LEY 2004-D, 651.

(20) BREBBIA, Roberto, "Hechos y actos jurídicos. Comentario de los artículos 896 a 943 del Código Civil", Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, t. I, ps. 103 y ss.

(21) MINYERRSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana, ob. cit., p. 263.

(22) Es sabido que en la mayoría de los casos en donde se configura la causal subjetiva de divorcio del adulterio, los abogados demandan por otra causal subjetiva como son las injurias graves, y ello es así no por la inexistencia del casus sino por la dificultad en la prueba.

(23) MINYERRSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana, ob. cit., p. 263.

(24) MEDINA, Graciela, colabs.: BOROFFIO, Natalia - GARCÍA SANTAS, Carlos - HOOFT, Irene - WINOGRAD, Carolina, "Daños en el derecho de familia", Ed. Rubinzal- Culzoni, 2008, p. 295.

(25) Así se ha dicho que, la ausencia de normas que prevean la indemnización al cónyuge inocente como efecto del divorcio, no puede aducirse para inhibir la indemnización por los actos ilícitos que condujeron a decretarlo, que está regulada en los principios generales de la responsabilidad civil (arts. 1077, 1109, 1078 y concs., Cód. Civil, XXVIII-B, CNCivil, sala C, 17/05/1988, "L. de P. M. S. c. P. J. C. D.", LA LEY 1988-D, 378, con nota de Jorge BUSTAMANTE ALSINA, DJ 1988-2, 11061799). Por otro lado, la Cámara de Apelaciones Platense sostuvo que, "las pautas que reglan la responsabilidad civil solo pueden abarcar la conducta de los cónyuges dando lugar a la indemnización de los daños derivados del divorcio cuando aquellos, más que como cónyuges, se comportan como verdaderos delincuentes en su empeño malicioso, de proyecciones lesivas para el esposo inocente". Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial La Plata, sala III, 07/11/1996, "A. de U., M. c. U., A. D.", DJ 1997-3, 995.

(26) En este sentido se sostuvo que el cónyuge inocente del divorcio no siempre tendrá derecho a la indemnización reparadora y admitir la posibilidad de responder por los daños y perjuicios derivados del divorcio no implica que este sea un efecto que necesariamente se ha de producir en todos los casos de divorcio-sanción, sino que solo cabrá otorgar una indemnización solo si se dan todos y cada uno de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 13/05/1998, "R. de H., S. c. H., J. C.", LLBA 1998-1435.

(27) WIERZBA, Sandra M., "Sida y responsabilidad civil", Ed. Ad-Hoc SRL, Buenos Aires, 1996, p. 121.

(28) MEDINA, Graciela, "Daños en el derecho de familia", Rubinzal-Culzoni, 2008, ps. 294-5. En igual sentido ver MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., "Familia y responsabilidad civil", ED 139-845 y MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Los daños emergentes del divorcio", LA LEY 1983-C, 348.

El encuadre pragmático y factual en donde se desenvuelve la infidelidad como causa fuente del deber de resarcir bajo la doctrina del daño injusto

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://www.rubinzal.com.ar/
Publicado en: Rubinzal Culzoni, RDD T. 3 - 2019. Daños en el Derecho de Familia-II,
Cita Online: RC D 1613/2020
[Consultado el: 06/07/2020]

Encabezado

...La lesión a la dignidad genera, sin lugar a dudas, un interés que no se encuentra reprobado por el ordenamiento jurídico, y la necesidad de su reparación constituye un valor comúnmente aceptado por la sociedad. Esto no significa que "cualquier infidelidad" pueda ser considerada una lesión a la dignidad, lo que decimos es que ante un hecho de infidelidad se puede lesionar el derecho personalísimo de la dignidad y consecuentemente engendrar un interés que torne injusto el daño extrapatrimonial padecido...

Sumario.

1. Introducción. 2. ¿La infidelidad constituye la causa fuente del deber de resarcir? 3. La antijuridicidad entendida como la lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico: daño injustamente sufrido. 4. La lesión a un interés que deriva de la afectación al derecho personalísimo de la dignidad. 5. La preservación de la intimidad y autonomía de la pareja. 6. La configuración de la relación causal. 7. Colofón.

1. Introducción.

La Cámara de Apelaciones se adaptó al régimen dispuesto por el Código Civil y Comercial y, pese a que ambos cónyuges insistían en que el divorcio se debía decretar por culpa de la otra parte, declaró disuelto el vínculo sin expresión de causa. Aun así, le reconoció el derecho de uno de ellos de ser indemnizado por la violación del deber moral de fidelidad.

Recurrida tal decisión, el Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, por mayoría, la revocó y dispuso que la indemnización por daños derivados de la violación del deber moral de fidelidad es improcedente, ya que en el marco de un único régimen de divorcio de tipo incausado, los derechos y deberes matrimoniales pasan a tener más relevancia en el plano ético que en el jurídico, y su incumplimiento, no trae aparejada ninguna sanción jurídica [1].

2. ¿La infidelidad constituye la causa fuente del deber de resarcir?

Para dar respuesta a este interrogante analizaremos algunas de las consideraciones más salientes del fallo y daremos nuestra opinión al respecto. Se ha precisado que "...la fidelidad se ubica fuera de la esfera jurídica y su incumplimiento no acarrea sanción jurídica alguna..."

Coincidimos plenamente en que la *infidelidad* no tiene una *sanción jurídica predeterminada*, pero el error conceptual reposa en considerar que la infidelidad es la causa fuente del deber de resarcir. Ello es completamente incorrecto, pues no lo era con el Código derogado cuyo sistema de responsabilidad se acentuaba en una estructura *cerrada* (antecedente-consecuente), y mucho menos lo es con el Código Civil y Comercial en donde la función resarcitoria de la responsabilidad civil se asienta en dispositivos *abiertos*.

Se afirma en el precedente que "...con el objetivo de reafirmar su carácter moral, de manera expresa, en los fundamentos se establece que los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición humana. Se separa así lo relativo al vínculo matrimonial del Derecho de Daños..."

Debemos realizar dos consideraciones al respecto: por un lado, los fundamentos del Código Civil y Comercial no resultan *vinculantes* para la correcta *interpretación* legal. Por su parte, insistimos que la *causa eficiente* del deber de resarcir no reposa en el vínculo matrimonial ni en los deberes que de él emanan, sino en el *hecho jurídico* (art. 257 del CCyC), el cual, en la medida que lesione un *interés* no reprobado por el ordena

3. La antijuridicidad entendida como la lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico: daño injustamente sufrido.

Entiende el fallo que "...existe una ausencia de antijuridicidad. Se señala que en el Código derogado se apoyaba la indemnización de daños provocados por el cónyuge culpable del divorcio o separación personal en que la violación de los deberes impuestos por el matrimonio constituían una clase de hechos antijurídicos. Este argumento cae en el sistema actual que priva a esas conductas del carácter de deberes jurídicos y delega las decisiones pertinentes en la autonomía de la voluntad del o de los cónyuges interesados. Entonces, si la fidelidad es deber puramente moral, su exclusiva infracción no puede generar consecuencias jurídicas..."

Este fundamento resulta correcto en la medida que repose en el concepto de *antijuridicidad tradicional*, tal como fuera regulado por el artículo 1066 del Código derogado, pero no encaja dentro del alcance del artículo 1717 del CCyC que incorpora la doctrina del *daño injusto* derivada del Derecho italiano, minuciosa y correctamente explicada en el fallo de Cámara, pero que el tribunal superior al analizar la cuestión ha omitido, basándose en una interpretación clásica de lo antijurídico que se ajusta al precepto citado del Código derogado pero no a la doctrina en la que se sustenta el Código Civil y Comercial actual.

4. La lesión a un interés que deriva de la afectación al derecho personalísimo de la dignidad.

Señala el pronunciamiento que "...no hay lesión a un interés protegido: la injusticia del daño constituye presupuesto indispensable de la reparación y sólo existe ante un hecho lesivo de un interés con protección jurídica, así sea por no merecer reprobación pero además con tal de que tenga prioridad sobre otros con los que eventualmente concurre..."

La *lesión* a la *dignidad* genera, sin lugar a dudas, un *interés* que no se encuentra reprobado por el ordenamiento jurídico, y la necesidad de su reparación constituye un *valor* comúnmente *aceptado* por la sociedad.

Esto no significa que "cualquier infidelidad" pueda ser considerada una lesión a la dignidad, lo que decimos es que ante un *hecho de infidelidad* se puede lesionar el derecho personalísimo de la *dignidad* y consecuentemente engendrar un *interés* que torne *injusto* el daño *extrapatrimonial* padecido (arts. 51, 1717, 1737 y 1741 del CCyC).

En la interpretación de un Código que pone a la persona como eje del sistema, la protección de los derechos personalísimos como aspecto nuclear (art. 51 del CCyC), y la reparación de todos los daños para la víctima (art. 1740 del CCyC), no puede concebirse la exclusión del derecho a la indemnización de determinados casos (v. gr.: daños que se produzcan en el marco de una relación de familia o un divorcio), cuando esa supresión no deriva expresamente de la ley.

5. La preservación de la intimidad y autonomía de la pareja.

Sostiene el pronunciamiento que "...en un matrimonio concebido prioritariamente como un proyecto de vida en común y sustentando no sólo en una voluntad inicial sino mantenida en el tiempo, los esposos deben poder decidir la existencia misma y la regularidad de su convivencia así como la exclusividad o no de sus vínculos sexuales..."

Coincidimos plenamente con esta afirmación, pero ocurre que en materia de daños extramatrimoniales producidos en el marco de una infidelidad debe necesariamente lesionarse un derecho, en este caso la dignidad (arts. 51 y 52 del CCyC). Entonces, en una relación abierta -o *swinger*- no habrá ninguna *lesión* a la *dignidad* y tampoco *reparación* alguna, pues no existe *interés*.

Lo mismo ocurre cuando se trata de una pareja casada o conviviente en donde ya se ha diluido el amor y ambos consortes o convivientes ya se han desinteresado el uno hacia el otro manteniendo, por razones particulares, la convivencia y frecuencia en el trato, pero detentando otros vínculos afectivos.

Es decir, hay que analizar *caso* por *caso*, y determinar si existe o no *lesión* al *interés* que dé lugar al resarcimiento del daño. Ninguna duda cabe que si una persona que ha establecido una familia en común -conocida como tal en el pueblo o ciudad-, pero mantiene una vida paralela basada en mentiras, las cuales -a su vez- son de público conocimiento, ese *hecho* constituye una *causa fuente* del deber de resarcir (conf. art. 726 del CCyC). Insistimos, es el *hecho jurídico* (art. 257 del CCyC) y no la causal de la infidelidad lo que da lugar al resarcimiento del daño en la medida que se ajuste a las prerrogativas que venimos explicando.

6. La configuración de la relación causal.

Por último, indica el fallo que "...la imputación de culpas por el divorcio no deja en claro quiénes son cónyuges victimarios frente a otros inocentes, porque no existen comportamientos aislados y autónomos como origen exclusivo de las desavenencias. Nunca hay un único causante del fin de la relación, porque en ésta participan dos personas que interactúan y por eso su deterioro siempre es referible a ambas, de una u otra manera..."

Tampoco coincidimos con esta afirmación. Sólo resulta admisible ese razonamiento si nos adentramos en la teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*), pero ella no ha sido adoptada por el Código Civil y Comercial. Este cuerpo normativo adopta la *teoría de la causa adecuada* que importa concatenar cada hecho con el resultado esperado de acuerdo a una previsibilidad en abstracto.

Es decir, hay que determinar si el hecho de cada cónyuge (o conviviente) conforme el *curso normal* y *ordinario de los acontecimientos* (principio de normalidad) suele provocar el *resultado* alegado, en este caso: *daño extrapatrimonial*.

En este marco, será una tarea de la víctima acreditar esa circunstancia, pudiendo incluso el responsable invocar concausas que atenúen o excluyan el nexo causal (conf. art. 1736 del CCyC). En definitiva, constituye una cuestión probatoria, pero no existe un conflicto en la estructura de la relación causal.

7. Colofón.

Sin perjuicio del enorme respeto que me profesan los integrantes del tribunal que han resuelto por mayoría, y sabiendo que se trata de un tema controvertido en doctrina, me permito disentir con el pronunciamiento. Pues esta cuestión es un tema de daños y no de Derecho de Familia y el sistema de responsabilidad civil tiene en miras la protección de la persona, en especial de su dignidad como derecho humano fundamental.

Por lo tanto, no parece razonable excluir un supuesto de responsabilidad civil, cuando la ley misma no lo ha hecho expresamente, máxime teniendo en cuenta que puede existir un *daño* a los *sentimientos* de una persona del cual deriva un *interés digno* y *razonable* que clama por un *responsable* [2].

Bibliografía.

1] STJ de La Pampa, sala A, 20-5-2019, "T. c. C. s/Divorcio vincular", RC J 5895/19; L. L. del 31-7-2019, p. 2, con nota de Lucas Bellotti San Martín; L. L. 2019-D-192, con nota de Lucas Bellotti San Martín; RCyS 2019-IX-99; DFyP 2019 (septiembre), p. 56, con nota de Lucas Bellotti San Martín, AR/JUR/17534/2019. La resolución contó con el voto en disidencia del Dr. Fernández Mendía, quien precisó que la sentencia que ordenó a una excónyuge reparar el daño moral por infidelidad debe confirmarse, ya que los codificadores han eliminado la culpabilidad en el divorcio, pero no lo han hecho de manera explícita respecto de las conculcaciones de los deberes conyugales establecidos por el art. 431 del CCyC.

2] Esta posición la venimos sosteniendo desde antaño, a mayor abundamiento ver: JALIL, Julián Emil, El deber moral de fidelidad y el sistema de responsabilidad civil. Dos caras de distinta moneda, en L. L. Patagonia, 2017 (abril), p. 8; AR/DOC/790/2 017; Daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial. A propósito de las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, 2015, en DFyP 2016 (mayo), p. 16; AR/DOC/1126/2016. Asimismo ver los artículos de mi autoría: JALIL, Julián Emil, Daños derivados del divorcio y presupuestos para la procedencia de la responsabilidad civil, en DFyP 2011 (enero), p. 13; nuestra ponencia en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en el mes de octubre en la ciudad de Bahía Blanca y en el Congreso de la Familia, Adolescencia y Niñez, celebrado en noviembre en la ciudad de Mendoza (ganadora del premio a la mejor ponencia). Asimismo: JALIL, Julián Emil, Derecho de Daños aplicado, Grupo Ibáñez, Bogotá, 2013; Tratado de la responsabilidad civil, Buenos Aires, 2012, t. I, y Daños en el Derecho de Familia, Buenos Aires, 2012.

La responsabilidad precontractual en el Código Civil y Comercial

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2019-VII, 3
Cita Online: AR/DOC/396/2019
[Cnsultado el: 04/07/2020]

Sumario.

I. Introducción.— II. Tratativas preliminares y responsabilidad precontractual.— III. El Código Civil derogado, los proyectos de ley previos y el Código Civil y Comercial. Encuadre de la responsabilidad.— IV. Origen de la responsabilidad precontractual.— V. Diferencias entre la responsabilidad precontractual, la rescisión unilateral y el contrato preliminar.— VI. Supuestos de aplicación en la actualidad.— VII. Fundamentos de la responsabilidad.— VIII. Factor de atribución.— IX. Extensión del resarcimiento del daño.— X. El modo de encuadrar los supuestos fácticos de responsabilidad precontractual.— XI. Los casos más comunes de responsabilidad contractual y el factor de atribución aplicable.

I. Introducción.

Hablar de responsabilidad precontractual procura un trabajo arduo y sinuoso, en el primer sentido porque muchas son las aplicaciones que se han dado al concepto, y en el segundo caso porque durante mucho tiempo careció de andamiaje jurídico en el Código Civil. Es decir, no se encontraba legislada o reconocida por la normativa civil salvo en fallidos anteproyectos de reformas al Código Civil.

Las pretéritas obras de Ihering y Faggella, que abordaron un tema existente, aunque aparentemente foráneo para la época, propiciaron con el tiempo múltiples interpretaciones y adaptaciones adquiriendo en la actualidad, principalmente por el auge del capitalismo y la sociedad de consumo, su máxima expresión (1).

El Código Civil y Comercial reconoce este tipo de responsabilidad y la regula en los arts. 990 a 903 de ese cuerpo normativo.

II. Tratativas preliminares y responsabilidad precontractual.

Como vemos la cuestión de la responsabilidad precontractual lejos de ser un tema agotado y pasado, es candente y actual, tal es así que, día a día, se inmiscuye tibiamente en diferentes facetas de la vida jurídica, y se revitaliza mutando al mismo paso que lo hace la sociedad toda.

Ya lo ponía de manifiesto Santos Cifuentes, quien expresa que lejos en años se han ido los trabajos de doctrina que hicieron la apertura y reconocimiento de esta responsabilidad en la que, sin confundirse con el contrato y con las relaciones extracontractuales, se captó una obligación de responder como si fuera un *tertium quid* producto de los vínculos negociales o, en todo caso, de su formación, comienzo y fracaso. Lejos en el tiempo, pero actuales en muchas facetas de su aplicación, no obstante y a pesar de este muy siglo veintiuno con su revuelo tecnológico, que está produciendo agudos cambios en la sociedad y mentalidad jurídicas, distanciándonos cada vez más de las concepciones que ya pueden llamarse clásicas (2).

Es evidente que la mayoría de los contratos no se producen espontáneamente, es decir, por la complejidad de las diferentes manifestaciones contractuales resulta muy común que las partes lleguen a la celebración del contrato después de haber recorrido durante un tiempo un camino en común que es el de las tratativas previas o gestiones precontractuales (3).

Esas tratativas pueden devenir en excelentes términos y producirse lo que llamamos *la vida normal del contrato*, la cual podemos sintetizar en *su nacimiento* basado en la libertad contractual (art. 958 del Cód. Civ. y Com.), *su desarrollo* (cumplimiento de las prestaciones), y *su muerte natural o causada* (cumplimiento definitivo de las obligaciones; o bien incumplimiento, imposibilidad, resolución, recisión, nulidad etc.).

Como se evidencia, la responsabilidad precontractual aparece en el ámbito de la gestación genética de un contrato en formación, es allí donde puede existir una interrupción o falta de sincronización entre las partes que produzca un verdadero daño o lesión en las *justas expectativas* de una de ellas.

Es necesario que se configuren ciertas condiciones para hablar de este tipo de responsabilidad porque el principio general es el inverso, es decir la *irresponsabilidad por el retiro de la oferta aun no aceptada*, así lo dice expresamente el art. 975 del Cód. Civ. y Com., por medio del cual se autoriza a la retractación de esta si la comunicación e su retito es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

En este sentido, la sala II, de la Cámara Civil y Comercial de La Plata, sostuvo que las tratativas preliminares o previas a la formación de un contrato pueden en principio, darse por terminadas sin responsabilidad para la parte que así lo decida, pues por su propia naturaleza no ligan a los interesados y solo tienden, mediante tanteos, discusiones y propuestas tendientes a obtener la formulación de una oferta completa y definitiva susceptible de aceptación (4).

Por ello, el simple apartamiento de la oferta constituye el ejercicio regular de un derecho en los términos del art. 10 del Cód. Civ. y Com., salvo cuando esta sea intempestiva, arbitraria, sin motivos, y de tal manera que lesione las "justas expectativas" de la otra parte.

Así, en estos casos, se engendra una destrucción abrupta en las proyecciones de alguno de los negociadores que, evidentemente, genera un deber de responder. Spota sistematizaba esto, al explicar que, en aquellos casos que dan lugar a esta clases de litigios, no se ha llegado a un acuerdo de las partes, deben por lo menos aplicarse los principios referentes a la culpa precontractual, en este sentido los *pourparlers, trattaive, hamdlungsworschalage* o preliminares pueden dar lugar a responsabilidad por parte del que se separa intempestiva o arbitrariamente de estas sin esperar a que la oferta del técnico se perfeccione. Tanto la tesis de Faggella, completada y analizada por Saleille, como la clásica doctrina de Ihering sobre la culpa *in contrahendo*, pueden ser aplicables en nuestro derecho para decidir estas cuestiones. Lógico es que quien se separa intempestivamente de las tratativas, antes de que las partes hayan llegado al acuerdo al absoluto disenso, da lugar a la responsabilidad: del mismo modo, el técnico puede incurrir en tal responsabilidad si ejerce el *jus* revocando en forma arbitraria (5).

La idea de reparar la expectativas o fines loables lesionados por una ruptura abrupta en las tratativas previas al contrato, tiene un claro sustento en la idea de justicia, en este sentido dice Ghersi que si una de las partes durante la etapa precontractual genera en la otra legítimas expectativas de que se llegaría a la concreción de un negocio, y que como consecuencia de dichas expectativas esta última incurre en gastos, trabajos y tiempo; procediendo luego la primera a interrumpir de manera irrazonable, sin causa o arbitraria tales negociaciones preliminares, es de toda justicia que corresponda la reparación de los daños sufridos (6).

Tal como se consideró por unanimidad en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca las tratativas preliminares se encuentran dentro de la noción de *formación progresiva del contrato,* pues esta comprende los pactos y tratativas preliminares, la invitación a ofertar, la publicidad, los contratos preliminares y la reparación de los daños (7).

III. El Código Civil derogado, los proyectos de ley previos y el Código Civil y Comercial. Encuadre de la responsabilidad.

La responsabilidad precontractual no tenía acogida jurígena en el Código Civil derogado, lo que traía aparejado divergencias en el encuadre jurídico de los supuestos que podían verse determinados dentro de este particular tipo de responsabilidad, aunque distintos proyectos de reforma fallidos abordaron la cuestión.

Así, el *proyecto de unificación de 1987*, convertido en ley, luego vetada por el Poder Ejecutivo Nacional, registra avances importantes en materia de responsabilidad in contrayendo, pues legisla sobre le declaración unilateral de voluntad (art. 2288) y establece, como principio general, que produce efectos obligatorios cuando la ley o el uso le atribuyen esa aptitud. En los artículos siguientes regula diversos casos de actos unilaterales, en los que se cuenta, la promesa al público (art. 2291), uno de los vacíos legislativos más importantes de nuestro actual derecho positivo (8).

Por otro lado, se establecía que durante las tratativas preliminares y aunque no se haya formalizado la oferta, las partes están obligadas a comportarse de buena fe para no frustrarlas injustamente (art. 1058 del Proyecto) y prevé para el caso de incumplirse esa obligación, el resarcimiento del daño al interés negativo (art. 1059, que comprende los gastos o pérdidas sufridos en el proceso de formación del contrato art. 520) (9).

Por su parte, el *proyecto de 1998* también destinó dispositivos específicos para regular la responsabilidad precontractual. En este orden, el art. 920 del Proyecto estipulaba que "[l]as partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta", agregando que "el incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo".

Esta disposición sienta tres reglas de importancia. En primer lugar, indica que tanto antes como después de emitida la oferta existe el deber de comportarse de buena fe. En segundo término, pone límite para el ejercicio del derecho a contratar libremente, al establecer la prohibición de frustrar "injustamente" las tratativas contractuales, por último, establece la consecuencia jurídica para los casos en que se trasgredan los deberes establecidos en las normas (10).

Estos proyectos no tuvieron carácter de ley, por lo que hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (ley 26.994) por lo que el instituto careció de regulación jurídica. Se puede señalar entonces que la *responsabilidad precontractual* adquirió fuente normativa específica en el articulado de ese cuerpo normativo.

El Cód. Civ. y Com. regula las llamadas tratativas contractuales que pueden dar lugar a la responsabilidad precontractual. Al respecto, establece que las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento (art. 990 del Cód. Civ. y Com.), pero, durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato (art. 991 del Cód. Civ. y Com.).

Históricamente se dudaba de la naturaleza autónoma de la responsabilidad precontractual, máxime teniendo en cuenta la tendencia unificadora de las orbitas aquiliana y contractual, hoy transformada en ley, conforme el art. 1716 del Cód. Civ. y Com. (11).

Se planteaba Picasso: ¿tiene sentido en este contexto seguir hablando de "responsabilidad precontractual", elevándola a la categoría de un *tertium genus* equidistante tanto del deber de reparar nacido de la infracción del contrato como al que resulta de la comisión de un delito o cuasidelito?, ¿mantiene algún interés práctico preguntarse por la naturaleza de este sector de la responsabilidad? (12).

Consideramos que, aun con el Código Civil y Comercial en vigencia, es necesario encuadrar el fenómeno de la responsabilidad precontractual en los dispositivos aplicables según cada caso, principalmente por los distintos supuestos que pueden encontrarse comprendidos en sus hipótesis y, además, para brindar una herramienta de encuadre normativo para dirimir los conflictos que se plantean en este ámbito, tales como la posibilidad de aplicar una clausula penal en la oferta (art. 790 del Cód. Civ. y Com.), o en cuanto a la manera de analizar la extensión del resarcimiento (arts. 1726 a 1728 del Cód. Civ. y Com.), cuestiones que difieren ante el encuadre contractual o extracontractual de la cuestión.

Entonces, si bien el interés académico y pedagógico nos inclina por desarrollar un estudio aislado del fenómeno jurídico, paradójicamente y al mismo tiempo, nos obliga a sostener su encuadre indefectible en las orbitas existentes en la génesis de la responsabilidad civil (13).

Previo a adentrarnos en esas cuestiones, es preciso analizar las posturas primigenias que conceptualizaron y delimitaron la aplicación de la responsabilidad precontractual.

IV. Origen de la responsabilidad precontractual.

El origen específico del planteo del tema es atribuible al jurista alemán Von Ihering en su obra "De la *culpa in contrahendo* de los daños e intereses en las convenciones nulas o que quedaron imperfectas**",** de 1893.

Con posterioridad fue tratado por Gabrielle Faggella, quien en 1906 escribió "De los periodos precontractuales y de su verdadera y exacta construcción científica" y luego por el mismo Raymond Saleilles en su artículo: "De la responsabilidad precontractual" de 1907.

IV.1. Rudolf von Ihering ("De la culpa in contrahendo *de los daños e intereses en las convenciones nulas o que quedaron imperfectas", 1893)* (14)

Estudiando la naturaleza de la responsabilidad precontractual en el derecho romano —que era derecho vigente en Alemania— concluyó que los supuestos no quedaban comprendidos en la *lex aquilia* de suerte que al no ser de naturaleza extracontractual sería contractual.

Partió de la existencia de un preacuerdo tácito entre los negociantes cuyo contenido eran las reglas a las que se sujetaría la negociación. El quebrantamiento de aquel pacto es el que acarrearía responsabilidad (15).

El fundamento radica en que una vez que ha existido oferta (Ihering no incluía en su teoría a las meras tratativas anteriores), nace para las partes, por imperio de la ley, una obligación de diligencia, que deben observar, incluso desde el tiempo de las relaciones previas al perfeccionamiento del contrato (16).

Según Ihering era contractual, pues decía, en frase muy recordada, "la culpa *in contrahendo* no es otra cosa que la culpa contractual en una dirección especial". No la consideraba por analogía o como si fuera o se tratara de la culpa contractual, sino que estimaba formado un contrato tácito en el cual los negociadores se comprometían a actuar correctamente y según lo exigieran las diligencias del caso. Este criterio de la culpa contractual seguido por varios autores *(*Salleiles, Planiol, Ripert, Esmein*)* fue exitosamente combatido, pues es muy poco claro y muy improbable lo del contrato tácito que precede al contrato expreso y porque, en la generalidad de los casos, falla el principal elemento del contrato, el consentimiento sin el cual no se puede concebir (17).

Vale mencionar que el Código Civil alemán recoge esta concepción ya que contiene una regulación particular de la culpa in contrayendo, con la precisa obligación de indemnizar el daño causado a la otra parte, por haber "confiado en la continuidad de la negociación" (daño al interés negativo) (18).

IV.2. Gabrielle Faggella ("De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta construcción científica", 1906)

Según el jurista italiano Faggella la responsabilidad precontractual anterior al contrato se extiende a un tiempo anterior al de la emisión de la oferta y principiaría con las conversaciones o tratativas, primeras o previas, considerándolas al igual que la etapa de la oferta, bajo la protección del derecho. Faggella subdivide esta etapa previa en dos periodos, que son el de la invitación a contratar, inicio de las simples conversaciones o tanteos, y el de la oferta propiamente dicha, en la cual cualquiera de las partes ordena o recapitula lo tratado, preparando el proyecto de oferta, que será dirigida al otro contratante (19).

En este, los futuros contratantes tienen entre si deberes de conservación, explicación y comunicación. La diferencia estriba en que el juez debe ser más severo al analizar las actitudes de los precontratantes. El nexo causal resulta indispensable a los fines del pago de los gastos y en su caso del lucro cesante.

Esta concepción sobre el periodo que abarca la responsabilidad precontractual es la que ha tenido acogida en nuestra jurisprudencia que decididamente ha equiparado en orden a este punto el período anterior a la oferta al posterior a ella (20).

En este sentido, la sala F de la Cámara Nacional Civil ha dicho que la responsabilidad precontractual se extiende a cualquier caso de brusca ruptura de los preliminares, aun cuando estos no se hubiesen concretado todavía en una oferta definitiva, siempre que se hubieran realizado trabajos preparatorios con la autorización expresa o tácita de la otra parte (21).

IV.3. Raymond Saleilles ("De la responsabilidad precontractual", 1907)

Salleilles avanza sobre el límite del resarcimiento, para concluir que, en los supuestos de responsabilidad precontractual, se restringe la indemnización al daño emergente sin abarcar el lucro cesante.

En alguna medida la duda planteada por Salleiles se refleja en la evolución de nuestra jurisprudencia (22).

Este autor acepta la tesis de Faggella en cuanto resalta la relevancia jurídica de la etapa propia mente de las tratativas previas *(pourparlers)*, sustentando la responsabilidad precontractual en el retiro intempestivo de estas, violatorio del acuerdo, expreso o tácito, concluido entre las partes para entablar negociaciones (23).

V. Diferencias entre la responsabilidad precontractual, la rescisión unilateral y el contrato preliminar.

Como hemos visto la responsabilidad precontractual, en principio, se genera en una instancia previa a cualquier acuerdo, mientras que tanto lo rescisión unilateral como el precontrato son evidentemente acuerdos perfectos.

En la *rescisión unilateral*, ya se ha gestado un acuerdo y una de las partes por un afán individual y egoísta decide dar fin al contrato (arts. 1077 y 1078 del Cód. Civ. y Com.). Entonces como explica De Aguinis, la rescisión unilateral —para aclarar términos, ya que el Código es ambiguo, en las denominaciones— se toma en el sentido de la denuncia o apartamiento del contrato por iniciativa de una de las partes —generalmente el proponente o principal— y con efecto para el futuro (*ex nunc*) (24).

En cuanto al *contrato preliminar* —previsto en el art. 994 del Cód. Civ. y Com.—, también es un acuerdo plenamente válido cuyos efectos recaen en otro contrato diferente, es lo que podríamos llamar un contrato conexo, pero lo importante, es que aquí estamos frente a un verdadero acuerdo, la oferta ya ha sido aceptada y cumple con sus efectos, por ello, no hay dudas que cualquier incumplimiento genera, una *responsabilidad contractual.*

En este sentido, y a modo de ejemplo, la jurisprudencia ha dicho que, si bien en las suscripciones de los planes de ahorro, el contrato de ahorro se presenta como un antecedente necesario de la ulterior compra, de modo que desde tal óptica, podría aceptarse que constituye un "precontrato" respecto de la misma, ello no implica que genere un responsabilidad precontractual, ya que el precontrato en tanto contrato perfecto y, desde el consentimiento definitivo, genera obviamente una responsabilidad contractual (25).

VI. Supuestos de aplicación en la actualidad.

La responsabilidad precontractual ha constituido una herramienta útil para repudiar las interrupciones intempestivas de los actos preparatorios y onerosos avanzados en la formación del consentimiento; evitar el ejercicio abusivo del derecho, y para aplicar la regla de la buena fe en la elaboración del convenio (26).

Realizaremos un análisis pormenorizado de los ámbitos en donde la responsabilidad precontractual goza de andamiaje.

VI.1. Apartamiento intempestivo y arbitrario de las tratativas

Se ha discutido si, a pesar de que la oferta no es obligatoria, su retractación en forma intempestiva puede generar una responsabilidad en el oferente (27). Entendemos que para que exista responsabilidad precontractual deben darse tres requisitos indispensables:

- Que las tratativas se encuentren avanzadas;
- Que dicho apartamiento sea intempestivo;
- Que no se encentre pactada la facultad de retractarse.

Las *tratativas deben encontrarse avanzadas* y deben haber generado una justa expectativa en el acreedor de la obligación. En este orden se ha resuelto la sala D de la CNCiv. que la sentencia que admitió una demanda de daños por responsabilidad precontractual y condenó al propietario de un inmueble a abonar una indemnización a quien había entregado dinero a una inmobiliaria en concepto de reserva para la celebración de un contrato de locación debe revocarse, pues no se acreditó que aquel hubiere aceptado expresamente la oferta del interesado, con lo cual fue ajeno al negocio, así como tampoco que las tratativas hubieren avanzado a un grado tal como para generar en este último la legítima expectativa de firmar el acuerdo, máxime cuando se configuró una conducta imprudente del accionante, al embarcarse en gastos prematuros frente a una situación de incertidumbre respecto del inmueble que pretendía ocupar (28).

Por su parte, el *apartamiento intempestivo* se refiere a la intención deliberada de apartarse de los tratos contractuales. Es decir, el principio es que el apartamiento del negocio no acarrea responsabilidad alguna habida cuenta que el propio Código Civil y Comercial establece que "la oferta dirigida a una persona determinada puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta" (art. 975 del Cód. Civ. y Com.), pero en ciertas ocasiones dicho accionar evidencia un daño injusto (arts. 1717 y 1737 del Cód. Civ. y Com.) en lo que llamamos las "justas expectativas" de la contraparte, que implica diferentes gastos inhábiles e innecesarios, y posibles frustraciones negociales externas a ese acuerdo.

Por último, no debe encontrarse pactada la facultad de retractarse. En este orden, se ha señalado que resulta improcedente la indemnización por falta de preaviso reclamada en virtud de la ruptura de las negociaciones iniciadas a raíz de la suscripción de una "carta de intención" si en esta se pactó que la falta de acuerdo de voluntades en cuanto a la celebración del contrato definitivo no generaría derecho a reclamo alguno por ningún concepto, máxime cuando la obligación de preavisar había sido sugerida como un aspecto a ser incluido en el contrato definitivo (29).

VI.2. Voluntad unilateral

Como primera consideración corresponde señalar que, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en el año 2015, se dijo que a los fines de determinar la naturaleza jurídica y el régimen jurídico aplicable cabe establecer que la oferta irrevocable constituye una manifestación unilateral de la voluntad, mientras que la promesa de celebrar un contrato —bilateral o

Hecha esta salvedad diremos que la declaración unilateral de voluntad puede fundamentar el efecto vinculatorio que tiene la oferta cuando el solicitante se ha obligado a mantenerla durante un tiempo determinado o ha renunciado a la facultad de revocarla tal como surge del art. 1800 del Cód. Civ. y Com. (31).

Es decir, en este supuesto se contempla la posibilidad de que una de las personas intervinientes en el proceso de la negociación se obliga a mantenerse inmute en su oferta por un tiempo determinado, esta conducta encuadra claramente en una causa fuente obligacional (art. 726 del Cód. Civ. y Com.), cuya violación engendra un deber de reparar para su autor (arts. 1716 y ss. del Cód. Civ. y Com.).

En este orden, ha precisado la jurisprudencia que la manifestación expresa de voluntad efectuada por quien suscribió el compromiso de venta de un inmueble y en tiempo oportuno puso el importe de la operación a disposición del vendedor, genera responsabilidad en el marco de la acción de daños y perjuicios por responsabilidad precontractual, pues esa actitud hizo que el grado de aleatoriedad del negocio se redujera, quedando así a expectativas del cumplimiento de lo prometido por la otra parte en lo referido a títulos y a inscripciones en el Registro de la Propiedad Inmueble (32).

VI.3. Caducidad de la oferta

El Cód. Civ. y Com. admite dos supuestos de caducidad de la oferta, por un lado, el caso de *muerte* o *incapacidad de las partes*. El art. 976 del Cód. Civ. y Com. estipula que la oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación.

Asimismo, estipula que el que aceptó la oferta ignorando la muerte o incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación. El artículo otorga el derecho al reembolso de los gastos y pérdidas de aquella persona que acepta la oferta de quien se torna incapaz o fallece.

VI.4. La buena fe contractual.

El art. 991 del Cód. Civ. y Com. estipula que, durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de *buena fe* para no frustrarlas injustificadamente. Por su parte, el 961 del Cód. Civ. y Com. establece que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

Esta idea legislativa adquiere gran trascendencia incluso en las relaciones de consumo, donde la despersonalización de las relaciones humanas hace que se omitan deberes que surgen de la *buena fe*, principalmente durante el periodo de gestación del contrato (art. 37 de la LDC).

Entendemos que el ámbito contractual está impregnado por la idea de la buena fe (33). Esta buena fe no solo se inmiscuye en la ejecución del acuerdo, ley para las partes, sino que, su campo de acción se amplía a las gestiones previas, imponiendo una serie de deberes u obligaciones para quienes intervienen en las negociaciones.

De esta manera, los deberes cuyo incumplimiento pueden dar lugar a responsabilidad precontractual son:

VI.4.a. Deber de cooperación.

Es necesaria una adecuación en relación con las conductas esperadas que, pueden devenir indefectiblemente de una expectativa conjunta de ambas partes en cuanto a un comportamiento diligente, pero principalmente de una expectativa en relación con la necesidad de la colaboración que se necesita en los negocios bilaterales.

Todo esto no es más que una aplicación del enunciado previsto en la primera parte del art. 961 del Cód. Civ. y Com. referente a la buena fe contractual, como sostiene Gabriel Stiglitz, la buena fe recíproca exige que las partes, en las relaciones obligacionales y en especial en las de consumo actúen en período formativo, con lealtad y corrección. Desde el trayecto inicial del *inter* contractual, la rectitud, la probidad, la honestidad, deben presidir las tratativas.

Se trata de un deber genérico de cooperación, del que deriva una de sus especies más significativas, el deber de información (34).

Este deber impregna todo el período de tratativas previas (arts. 991 del Cód. Civ. y Com. y 37 de la LDC). Consiste en definitiva en colaborar con la otra parte en la celebración del contrato asumiendo conductas activas, una de cuyas manifestaciones más frecuentes es la de propiciar información. Puede asumirse entonces que el deber de información configura una especie de cooperación (35).

VI.4.b. Deber de informar.

Aún cuando el gran maestro Borges decía que *la ignorancia es feliz*, en el caso de estudio, la situación adquiere un enfoque reverso, porque la ignorancia lleva o conduce al equívoco, cuyas consecuencias en el derecho son conocidas, por ello como dice Lorenzetti, la información es el antídoto del error y por lo tanto es bueno favorecer su divulgación (36).

El negociante debe informar sin reticencia sobre lo que conoce, de este modo se aleja la posibilidad de que la otra parte incurra en error tanto en la celebración del contrato como en la ruptura de las negociaciones pues por ambos medios se le ocasionaría un daño; sea por celebrar un contrato viciado o por no celebrarlo por creer que resultaba contrario a sus intereses (37).

Este deber de información es dinámico, es decir puede ir trasladándose hacia la parte que esté en mejor situación de salvarlo. En este sentido sostiene Lorenzetti respecto de la información pública resulta aplicable la doctrina del error. Quién incurre en un error por no conocer una información pública soporta el riesgo. Sin embargo, si ello es conocido o cognoscible por la otra parte, el riesgo se traslada.

Hay aquí una regla de responsabilidad compuesta, sucesiva, puesto que quien primero puede evitar el daño es quien comete el error, informándose; luego si la contraparte lo advierte, también puede evitarlo informándole.

Es la doctrina americana del *last clear chance*, carga con el riesgo quien tiene la última oportunidad de aclarar. Ello tiene una racionalidad similar en nuestro sistema del error (arts. 265 a 270 del Cód. Civ. y Com.) (38).

La información ejerce notoria influencia sobre el consentimiento. Y la inducción a error a través de la información falsa o retaceada, puede generar responsabilidad precontractual del empresario, por daño al interés negativo del consumidor. Arts. 1100 del Cód. Civ. y Com. y 4º de la LDC).

Se trata universalmente de uno de los tópicos esenciales del derecho del consumidor, reconocido como necesidad legítima por la directriz de las Naciones Unidas (1985), que enuncia el derecho a recibir una información adecuada, que permita al consumidor hacer elecciones bien fundadas (art. 3º, inc. c) (39).

Por último, en algunas negociaciones como por ejemplo en los equipos informáticos, existe paralelamente un deber de consejo.

La información debe estar referida a las circunstancias de uso del producto (instrucciones) y a sus riesgos (40).

VI.4.c. Deber de custodia.

Es frecuente que una de las partes del futuro contrato envíe a la otra la cosa, a fin de que la examine o pruebe.

No hay allí, todavía contrato alguno. En algún caso todavía no hay oferta. Tampoco contrato de depósito, pese a lo cual las obligaciones que pesan sobre el receptor se juzgarían por las reglas del contrato de depósito. Si incumple el deber de custodia de la cosa o de conservación, la responsabilidad que se le imputará será de orden precontractual (41).

VI.4.d. Deber de credibilidad.

En la actualidad, principalmente en el campo del derecho de consumo y a través de la publicidad se generan expectativas que devienen especialmente de la descripción del producto, los beneficios en su aplicación o consumo, su facilidad económica para la adquisición, y hasta sus poderes mágicos para resolver el abanico de conflictos que se presentan en la vida de las personas.

En esta concepción se reemplaza a aquellas tratativas preliminares y se afecta la "credibilidad" del público consumidor, generándole una "expectativa razonable", con lo cual aparece una necesidad de "protección jurídica", que en el derecho alemán se define como la defensa del "interés de confianza" sin que se nos escape la imprescindible compatibilización con el "derecho de publicidad" (42).

VI.5. Nulidad.

Como dice Borda, por nulidad debe entenderse la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originada, es decir, existente en el momento de la celebración (43).

Nos adelantamos a mencionar que la existencia de un acto nulo no implica considerar que el contrato nunca existió, son cosas completamente diferentes. La naturaleza del acto (ejemplo: un contrato) se mantiene intacta, la única característica en relación con ello es, como dice Borda, que se privan los efectos a los cuales estaba destinado el acuerdo.

En los casos de nulidad por mala fe (art. 390 del Cód. Civ. y Com.) surge un supuesto particular de responsabilidad precontractual diferente a los anteriores que da lugar a la reparación del daño en los términos del art. 275 del Cód. Civ. y Com.

VII. Fundamentos de la responsabilidad.

El instituto de la responsabilidad precontractual construido primigeniamente mediante la elaboración de la doctrina en el derecho nacional, receptado por la jurisprudencia y ahora transformada en ley dista deviene de

una elaboración sistemática de los textos del derecho positivo, que tiene en común el tratamiento de los hechos generadores de responsabilidad originados durante las tratativas de un negocio, y adquieren en virtud de tan singular génesis, características particulares dentro del cuadro general de la responsabilidad civil (44).

Los supuestos de responsabilidad precontractual deben ser entrelazados entre los artículos del Cód. Civ. y Com. y aquellos que regulan la situación de hecho específica que se configura en el caso, a través de lo que se conoce como dialogo de fuentes. Resulta una tarea bien difícil que, por lo tanto, no se realiza sin vencer y aun suscitar divergencias o dudas pues, a las dificultades propias de la doctrina jurídica aplicable, se añaden las que provienen de la estimación de los hechos mismos como reveladores de la voluntad de las partes (45).

Tal como se resolvió en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en 2015 el régimen de las tratativas contractuales no se agota en los arts. 990 a 993, sino que debe integrarse conforme al art. 1º del Cód. Civ. y Com. con los principios generales y normas específicas relativas de información, publicidad, confidencialidad, transparencia, que se encuentran en el ordenamiento normativo vigente (Código y microsistemas o leyes especiales) (46).

En este marco debemos analizar preliminarmente la fuente en la que se incluye la responsabilidad precontractual, es decir si debemos encuadrarla dentro de supuestos de incumplimiento del principio *neminem laedere* (extracontractual) o bien del incumplimiento de una obligación predeterminada (Contractual) (art. 1716 del Cód. Civ. y Com.).

Una vez realizada esta actividad corresponde entrelazar las normas con los artículos pertinentes que regulan la cuestión específica.

VII.1. El fundamento contractualista.

El fundamento puramente contractualista del origen de la responsabilidad precontractual tuvo fuerte acogida al momento de la gestación de las posturas de Ihering y Faggella, y especialmente entre los autores franceses clásicos (Saleilles, Demolombe, Planiol) (47).

Se postula que en la actualidad carece de significación y sustento doctrinario, aunque entre nosotros Garrido Cordobera ha sostenido que la hipótesis analizada, se trata de un de un caso de responsabilidad contractual (48).

Si bien coincidimos con Leiva Fernández en que la objeción que se le puede efectuar a estas teorías es que tal acuerdo tácito es una mera ficción (49), entendemos que, en ciertos casos de responsabilidad precontractual, podríamos hablar no de un acuerdo tácito, sino de una convención perfecta, aunque ineficaz pero *en relación con sus efectos.*

VII.2. Una concepción mixta.

En una percepción clásica, Leiva Fernández consideraba que la responsabilidad precontractual debía ser entrelazada con las normas de los hechos ilícitos y por las reglas de la declaración unilateral de voluntad y en este último caso, por analogía de situación se aplican sin embargo las normas propias de la responsabilidad contractual (50).

Por otro lado, Alterini consideraba que el supuesto de responsabilidad por ruptura de las negociaciones (y sus variantes por no respetarse los acuerdos parciales ya logrados, por dolo, y por iniciarse o continuarse las tratativas sin seriedad) y el de nulidad del contrato celebrado, responden a criterios propios de la naturaleza extracontractual.

En cambio, responden a pautas de naturaleza contractual que tienen su origen en vicisitudes propias de la oferta y de la aceptación y en la ruptura del consentimiento (ya logrado) en los contratos reales no perfeccionados por la falta de tradición. En las vicisitudes propias de la oferta y de la aceptación se trata de actos jurídicos unilaterales (retiro o retractación de la oferta o la aceptación) o de hechos que los afectan (fallecimiento del oferente) En el caso de los contratos reales no perfeccionados aunque no son contratos si son convenciones por lo que resulta natural aplicarles el sistema contractual, en consideración a que la convención guarda una gran analogía con el contrato, mayor aun que la que este tiene con el acto jurídico unilateral (51).

Por último, Picasso sostiene que no existe un supuesto especial de responsabilidad precontractual, sino diferentes casos, en donde se puede configurar un supuesto de esta índole, así la disimilitud de estas situaciones no permite postular soluciones tan genéricas para resolverlas a todas. Por el contrario, exige estudiar pormenorizadamente cada caso y plantear respecto de esa específica situación las preguntas ya clásicas acerca de la naturaleza de la responsabilidad.

Si hacemos esto descubriremos que las respuestas varían según las situaciones y así podemos afirmar que mientras la responsabilidad se funda en la culpa en materia de actos nulos o anulables, es en cambio de naturaleza objetiva, —por aplicación del abuso del derecho—, cuando se estudia el retiro intempestivo de las tratativas; o bien en algunos casos, —como ocurre con la violación de los deberes impuestos por la buena fe, o el mencionado supuestos de los daños sufridos por el aceptante que ignoraba la caducidad o el retiro de la oferta—, la responsabilidad es de naturaleza contractual y no aquiliana (52).

VII.3. Fundamento extracontractualista.

La denominada responsabilidad precontractual en la posición del tratadista español Puig Brutau se trata de un caso de responsabilidad extracontractual, aunque se hable, con expresión insuficiente, de

VII.4. Nuestra posición.

Sin perjuicio de considerar necesario encuadrar la génesis de la responsabilidad, para delimitar determinadas consecuencias jurídicas que permanecen disimiles en un caso y en otro, la labor más importante en esta materia consiste en enmarcar los distintos dispositivos normativos, y entrelazarlos entre sí a través de lo que se conoce como *dialogo de fuentes.*

Es decir, la base de regulación medular del instituto arts. 990 a 993 del Cód. Civ. y Com. debe ser entrelazada con los dispositivos específicos que se entrelazan en el supuesto de hecho.

VII.4.a. El diálogo de fuentes entre los arts. 990 a 993 y 1724 del Cód. Civ. y Com.

Como explica Santarelli, las tratativas precontractuales no constituyen un contrato perfeccionado sin perjuicio de lo cual su ruptura intempestiva e injustificada puede generar responsabilidad por los gastos en los que se haya incurrido y aunque esto es más opinable, —por las expectativas frustradas—, responsabilidad derivada del principio general de que nadie debe dañar a otro, porque como dice el autor es obvio que al no haber contrato, esa responsabilidad es de fuente extracontractual (54).

Las distintas hipótesis de responsabilidad precontractual no escapan al principio contenido en el art. 1724 del Cód. Civ. y Com., por cuanto pueden encuadrar en una *omisión en cuanto a las diligencia debida según la naturaleza de la obligación*, por lo que todo aquel negociador que incurre en culpa en las tratativas de un contrato, ya sea frustrando su celebración normal o motivando la concertación de un negocio jurídico claudicante por causa de nulidad debe resarcir el daño causado a la otra parte (55), pues ha lesionado un interés admitido por el ordenamiento jurídico (art. 1737 del Cód. Civ. y Com.).

Entonces, no caben dudas que la responsabilidad precontractual debe ser remitida a los principios genéricos de culpabilidad previstos por la normativa civil (56) conforme lo establecen los arts. 1721 y 1724 del Cód. Civ. y Com.

VII.4.b. Las consecuencias de la nulidad. La aplicación de los arts. 390 y concs. del Cód. Civ. y Com.

El art. 390 del Cód. Civ. y Com. establece que la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso, de acuerdo con lo dispuesto en las normas del cap. 3 del tít. II del Libro Cuarto.

El Libro Cuarto regula los derechos reales, el tít. II la posesión y la tenencia, el cap. 3 los efectos de las relaciones de poder. Dentro de este capítulo se encuentra el fundamento normativo de la responsabilidad precontractual que debe entrelazarse con los artículos generales.

- *Adquisición de frutos o productos según la buena o mala fe.* La buena fe del poseedor debe existir en cada hecho de percepción de frutos; y la buena o mala fe del que sucede en la posesión de la cosa se juzga sólo con relación al sucesor y no por la buena o mala fe de su antecesor, sea la sucesión universal o particular. El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos y los naturales devengados no percibidos. El de mala fe debe restituir los percibidos y los que por su culpa deja de percibir. Sea de buena o mala fe, debe restituir los productos que haya obtenido de la cosa. Los frutos pendientes corresponden a quien tiene derecho a la restitución de la cosa (art. 1935 del Cód. Civ. y Com.).

- *Responsabilidad por destrucción según la buena o mala fe.* El poseedor de buena fe no responde de la destrucción total o parcial de la cosa, sino hasta la concurrencia del provecho subsistente.

El de mala fe responde de la destrucción total o parcial de la cosa, excepto que se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución. Si la posesión es viciosa, responde de la destrucción total o parcial de la cosa, aunque se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución (art. 1936 del Cód. Civ. y Com.).

- *Indemnización y pago de mejoras.* Ningún sujeto de relación de poder puede reclamar indemnización por las mejoras de mero mantenimiento ni por las suntuarias. Estas últimas pueden ser retiradas si al hacerlo no se daña la cosa. Todo sujeto de una relación de poder puede reclamar el costo de las mejoras necesarias, excepto que se hayan originado por su culpa si es de mala fe. Puede asimismo reclamar el pago de las mejoras útiles, pero sólo hasta el mayor valor adquirido por la cosa. Los acrecentamientos originados por hechos de la naturaleza en ningún caso son indemnizables. Art. 1938 del Cód. Civ. y Com.).

Se trata de casos de daños derivados de la anulación de los contratos que acarrea responsabilidad contractual, solución que perfectamente podrá extenderse por analogía a las restantes hipótesis e daños precontractuales, la cuestión es relevante pues tal como se ha sostenido, al margen del análisis teórico la solución al problema de la naturaleza de la responsabilidad precontractual, viene también determinada por los datos del derecho positivo (57), derivado, —en ese caso—, de la situación fáctica a la cual corresponde su aplicación.

VII.4.c. El abuso del derecho. La aplicación del art. 10 del Cód. Civ. y Com.

La obligación de reparar puede encuentra su fundamento axiológico-jurídico ya no en la violación de un supuesto de acuerdo tácito, o en la violación de un supuesto deber legal, sino en la conducta antifuncional que importa el ejercicio abusivo de la prerrogativa jurídica de no contratar, cuando no hay causa suficiente para ello aun habiendo un motivo bastante, se ejerce intempestivamente esa facultad.

Es que la conducta arbitraria viola desaprensivamente la buena fe que debe orientar a las partes en los contratos y en sus preliminares; pero también altera el equilibrio de las partes en el negocio que se proyecta cuando alguna de ellas sufra un innecesario menoscabo patrimonial (58).

En igual sentido se sostiene que esta responsabilidad tiene como fundamento la violación del principio sobre ejercicio regular o funcional de los derechos que en estos casos deriva del derecho a apartarse de la declaración del oferente. Se trata de una hipótesis de mala fe del alejamiento de los deberes impuesto por la buena fe objetiva en la etapa de la formación del consentimiento, un momento luego de la oferta y antes de la aceptación, que puede considerarse de máxima trascendencia y particular sensibilidad comercial (59).

De esta manera el ejercicio del derecho a retractarse deja de ser *regular* cuando se actúa con displicencia o desconsideración sobre los intereses ajenos y se genera la lesión a las justas expectativas del negociante. En este orden, ha señalado la sala C de la CNCom. que corresponde responsabilizar a una empresa vendedora de lotes de terreno por los daños derivados del rechazo de una propuesta de compra formulada en calidad de reserva *ad referendum*, si aquélla comunicó al potencial comprador, el rechazo de la oferta, una vez vencido en exceso el plazo estipulado al efecto pues, dicha circunstancia permite tener por configurado un supuesto de culpa *in contrahendo* en virtud de haber mediado un ejercicio abusivo de la libertad de no contratar (60).

VIII. Factor de atribución.

Podemos dividir este tema en aquellos que entienden que el factor de atribución debe ser objetivo, y por el contrario quienes consideran que el factor de atribución es subjetivo, sin obviar la existencia de una posición intermedia.

VIII.1. Factor de atribución objetivo.

Una postura se inclinaba radicalmente por entender que ante la ruptura arbitraria de las negociaciones el factor de atribución es necesariamente objetivo. Así Barbier, sostiene que la consecuencia de ese apartamiento irrazonable o intempestivo da fundamento suficiente a un deber de responder objetivo, en tanto no importa que haya mediado dolo o culpa, ya que es la propia prerrogativa ejercida antifuncionalmente la que acarrea responsabilidad por los daños que reconozcan su causa en la conducta disvaliosa, en tanto constituye un ejercicio exacerbado y sin contención jurídica (61).

Esta posición es compartida por el jurista Picasso, quien decía; podemos concluir, entonces que el proyecto, al igual que lo que creemos es la interpretación correcta en el derecho actualmente vigente en nuestro país, el factor de atribución es, en los casos de ruptura de las tratativas contractuales de tinte objetivo con base en la idea del abuso del derecho (62).

Por su parte, explica Cuiñas Rodríguez que ponderando los intereses de la víctima del obrar u omitir antijurídico, por sobre los del agente de tales conductas, se entiende que el factor de atribución adecuado es el objetivo, bastando entonces por parte de aquel la acreditación de la ruptura intempestiva o arbitraria de las negociaciones, o el retiro indebido de la oferta o la conclusión inválida del contrato, por parte del segundo, para tener probado el presupuesto analizado (63).

En las Jornadas Nacionales de bahía Blanca se dijo que la ruptura intempestiva de las tratativas viola el principio de confianza y da lugar a la responsabilidad objetiva, con reparación plena e integral (64).

VIII.2. Factor de atribución subjetivo.

Por otro lado, hay quienes han sido tradicionalmente más reacios a adherir deliberadamente esta solución, por considerarla excesiva en algunos casos, principalmente en lo referente a la prueba, ya que admitir una responsabilidad objetiva de quien se retira de las tratativas en determinadas ocasiones pude circunscribir mucho la extensión de la prueba.

En este sentido Lorenzetti explica, no nos convence demasiado el criterio objetivo, si alguien comienza tratativas y se aparta habrá responsabilidad salvo que pruebe la existencia de una causa ajena.

Esto parece excesivo en la medida en que hay muchos motivos por los cuales uno puede retirarse, una visión objetiva anularía el balance equilibrado entre las razones de la competencia y de la buena fe, que el derecho debe evaluar. Es necesario poder explicar las razones y admitir la prueba de la falta de culpa (65).

Por último, se ha sostenido que cuando se trata específicamente de la apreciación de la culpa en la responsabilidad precontractual, la columna vertebral del sistema se apoya en la previsión de la buena fe. Sucede que la buena fe es la directiva estándar jurídico que impera en toda la vida del contrato, y ello se extiende, inclusive, respecto de la etapa previa a la celebración, a lo que enuncia como tratativas precontractuales. De manera que el análisis sobre el reproche subjetivo que pueda merecer la conducta del sujeto que frustra injustamente esas tratativas se debe efectuar a partir de la certeza de que esa conducta se debía ceñir a las exigencias de la recíproca lealtad, sin apartarse de la buena fe-probidad (66).

VIII.3. Una posición intermedia.

Vale recordar, a modo de reseña, el pronunciamiento de las "Jornadas de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático" celebradas en Junín allá por octubre de 1992, donde se sostuvo por unanimidad que el factor de atribución en estos casos lo constituye el apartamiento de la buena fe del ejercicio regular de los derechos, o por comportamiento culposo o doloso.

VIII.4. Nuestra posición: la delimitación de la situación fáctico-jurídica.

Nosotros entendemos que hay que analizar cada caso concreto o situación de hecho para determinar que factor de atribución se aplica.

IX. Extensión del resarcimiento del daño.

Existen distintas opiniones en cuanto a la extensión de la reparación debida por incumplimiento del deber de buena fe en la etapa previa a la formación del contrato, una posición amplia admite la reparación plena (67), otra posición más restringida que circunscribe el daño al interés negativo (68).

Nosotros profesamos esta última posición. Según el enunciado de Ihering, el interés negativo comprende el daño emergente consistente en los perjuicios que no hubiese sufrido empobrecido su patrimonio, con los gastos realizados; y el lucro cesante consistente en la ganancia frustrada por no haber realizado el negocio jurídico válido y útil con un tercero; operación esta desechada a causa de la existencia de aquella negociación supuestamente válida (69).

Desde esta arista, tanto en la responsabilidad precontractual del derecho civil y comercial como aquella que se configura en las relaciones de consumo, solo es resarcible el daño provocado al interés negativo del potencial acreedor de la obligación truncada o del consumidor, los gastos que hubiera evitado (daño emergente),

y las ganancias que se hubieran concretado (lucro cesante) si hubiera encarado otro negocio, de haber conocido que se frustraría el contrato en cuya conclusión y eficacia confió.

En otras palabras, se trata del daño que no se hubiera padecido, de abstenerse a entrar en tratativas, de haber conocido que el contrato se frustraría o resultaría ineficaz. Los daños que se hubieran evitado (gastos inútilmente abonados) o las ventajas que se hubieran obtenido (falta de aprovechamiento de otras ocasiones perdidas) si no se hubieran iniciado las tratativas precontractuales (70).

En este orden argumental el lucro cesante pude formar parte del resarcimiento, pero no así la *perdida de la chance* (71), pues ella nunca podría integrar el *interés negativo* (72) , en todo caso se encontraría dentro del llamado *interés positivo*, que en la clara posición de Ihering no resulta indemnizable.

También se ha referido, a través de un método que consideramos erróneo, que lo que podemos llamar el *lucro cesante externo* o *extrínseco* al negocio que en definitiva representa la pérdida de oportunidad de obtener ganancias, y según esta posición integra la reparación en este supuesto particular de responsabilidad.

Se juzga, impropiamente, que deben ser indemnizadas todas aquellas ganancias que, el potencial contratante ha dejado de percibir, es decir, traducido en términos coloquiales, aquellos negocios ventajosos perdidos (73). En este sentido, y por el contrario, entendemos que lo indemnizable (daño al interés negativo), consiste en el *daño emergente y las ganancias frustradas, en relación con ese negocio,* aquello que, quien, con buen espíritu, esperaba percibir por un negocio avanzado en las

Pero, solamente pude ser incluido en este rubro las ganancias frustradas en relación con el negocio intrínseco, y nunca a *eventuales acuerdos foráneos o extrínsecos*. En otras palabras, repudiamos, por completo, la inclusión de la llamada *pérdida de la chance* en las situaciones que pueden configurarse en relación con la responsabilidad precontractual.

X. El modo de encuadrar los supuestos fácticos de responsabilidad precontractual.

Consideramos que sin perjuicio de la unificación de orbitas la responsabilidad civil sigue teniendo dos fuentes bien determinadas de responsabilidad en su génesis, una deviniente de la ruptura de las obligaciones que emergente la yuxtaposición de voluntades de las partes, y otra que tiene origen en la violación de un deber general de no causar daño a los semejantes (art. 1716 del Cód. Civ. y Com.).

Sin perjuicio de la regulación específica de los arts. 990 a 992 del Cód. Civ. y Com. consideramos que dichos preceptos no agotan el tema y deben interrelacionarse con otros según las situaciones fácticas en donde deben ser aplicados. Evidentemente la justicia debe actuar con las herramientas que tiene a su alcance, siendo tarea del investigador del derecho abogar por creaciones que resuelvan los inconvenientes visibles, pero también forma parte de esta labor determinar cuál es la correcta adecuación del supuesto de análisis al marco normativo actual, a través de un encuadre lo más adecuado jurídicamente.

Ante un supuesto de responsabilidad precontractual el analista debe:

a) Encuadrar el supuesto en el marco normativo que puede dar lugar a la responsabilidad precontractual (arts. 990-992 y concs.).

b) Realizar una interpretación hermenéutica de los dispositivos que complementan esa regulación (v.gr. arts. 9º, 10, 390, 4º de la LDC), a través de lo que se conoce como el dialogo de fuentes.

c) Determinar con base en ese marco normativo y la naturaleza de la responsabilidad el factor de atribución aplicable (subjetivo u objetivo) (arts. 1721 y 1724 del Cód. Civ. y Com.).

d) Delimitar la extensión del resarcimiento en razón a la lesión al interés negativo.

XI. Los casos más comunes de responsabilidad contractual y el factor de atribución aplicable.

Delimitaremos los casos que la jurisprudencia ha admitido e responsabilidad precontractual y analizaremos el tipo de factor de atribución de la responsabilidad aplicable.

XI.1. La ruptura intempestiva de las negociaciones.

Aquí evidentemente no existe contrato alguno, las partes solo se encuentran realizando gestiones para obtener un potencial acuerdo que beneficie a ambas. Por lo tanto, se trata de un caso de *responsabilidad extracontractual*. El factor de atribución es *subjetivo*, sustentado en la idea de mala fe, como causa fuente de la responsabilidad civil.(art. 726 del Cód. Civ. y Com.). En este sentido se ha dicho que, si se relaciona el desistimiento intempestivo con la buena fe contractual, queda restringido el problema a aquellos casos en que la retractación se produzca de mala fe. Ha de reconocerse también la posibilidad de que el ejercicio del derecho a retractar la oferta se haga en forma irregular (74) (art. 10 del Cód. Civ. y Com.).

XI.2. La voluntad unilateral.

Quien voluntariamente se obliga a mantenerse en una oferta, gesta para sí mismo, aquello que la doctrina llama una *obligación de resultado*, que en este caso particular no solo invertiría los efectos probatorios, sino que también configuraría un factor de atribución *objetivo*.

XI.3. La caducidad de la oferta

En este caso, para un análisis más preciso, diferenciaremos dos situaciones, por un lado, si la caducidad se produjo por muerte y por otro si ella deriva de una incapacidad.

Si se produjo por incapacidad, evidentemente al aceptar la oferta del proponente estamos frente a un supuesto de responsabilidad contractual, porque el convenio jurídico realmente nació, aunque en el *sinalagma funcional* detente un vicio que, aunque no es congénito evidentemente lo priva de sus efectos propios.

El factor de atribución en este caso es plenamente *objetivo*, probada la incapacidad procede la reparación.

En cuanto al caso de la muerte, consideramos que el acuerdo de voluntades realmente existió como tal, aunque las voluntades han sido unidas a-coetáneamente. Entonces que la idea de caducidad de la oferta aquí también se usa en relación con los efectos que pueden surgir del *casus*, pero no determina la naturaleza de este supuesto que nosotros encuadraríamos en el marco *contractual*, siendo el factor de atribución especialmente *objetivo* (75).

XI.4. La lesión a la buena fe.

En cuanto al incumplimiento de los deberes de buena fe, entendemos que son foráneos al contrato, por lo cual no habría dudas de que se trata de casos de *responsabilidad extracontractual*, y en cuanto al factor de atribución de la responsabilidad es claramente *subjetivo*, reposa en la idea de *culpa*, en su máxima acepción.

XI.5. La nulidad.

Cuando un acuerdo queda sin efecto por un vicio, ahora sí congénito, y la propia ley autoriza a aplicar los efectos previstos en, estamos frente a un caso de *responsabilidad contractual*. Esto es así, porque no caben dudas que el contrato existió como tal, aunque ha sido privado de sus efectos jurídicos por un causal legal. El factor de atribución en estos casos es subjetivo tal como surge de los arts. 1935, 1936 y 1938 del Cód. Civ. y Com.

Bibliografía.

(1) En otros tiempos el ser humano tomaba lo que necesitaba para su subsistencia, estas necesidades recaían especialmente en el alimento y el abrigo, con el correr del tiempo se amplía el espectro de lo que podemos llamar necesidades humanas, ya no solo se necesita alimentarse sino alimentarse bien, no solo importa la vestimenta sino la vestimenta acorde, ya no basta un simple resguardo, es necesario tener un techo propio etc. En la actualidad el concepto de necesidad humana es más amplio aun, porque incluye, en cierta medida, el deseo impuesto de tener más, lo accesorio, en muchas oportunidades, supera lo principal, el hombre, además de las necesidades que mencionamos precedentemente, necesita consumir. Hoy el hombre consume porque forma parte de su necesidad, una necesidad quizás secundaria en el plano teórico, pero indispensable a la hora de la inserción social. Esta sociedad de consumo revitaliza aún más el concepto de responsabilidad precontractual, porque existe una multiplicidad de ofertas y tratativas en el plano económico (en muchos casos despersonalizadas) que pueden dar lugar a este tipo de responsabilidad plasmada ya hace tiempo por los grandes doctrinarios del momento.

(2) CIFUENTES, Santos, "De la responsabilidad precontractual y los contratos preliminares", ED 169-509.

(3) GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge A., "Contratos Civiles y Comerciales. Parte general", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 116. Ello es plausible en diferentes tratativas contractuales, pero más especialmente en aquellos contratos en donde las cualidades personales adquieren gran trascendencia, por ejemplo, dada la complejidad que presenta la ejecución de una obra de envergadura, suelen las personas efectuar conversaciones solicitando a los profesionales simples borradores de dibujos, posibles precios y demás condiciones. El contrato aún no se ha celebrado, pero el profesional le entrega al dueño borradores, costos y otros elementos previos. Allí debe prevalecer el art. 9º del Cód. Civ. y Com., ya que la buena fe es un principio fundamental en estas tratativas precontractuales. Lo trascendente es distinguir entre esas simples tratativas previas, pour parler del momento en que ya hay oferta en los términos del art. 972 del Cód. Civ. y Com.

(4) Cámara Civil y Comercial 2ª de La Plata, sala II, 17/09/1957, DJBA, LII-641.

(5) SPOTA, Alberto G., "¿En qué supuestos tiene derecho el técnico a percibir honorarios por sus anteproyectos? ¿Los principios que rigen la responsabilidad precontractual se aplican en esta materia?, JA, t. 58, abril de 1937, ps. 112/3.

(6) GHERSI, Carlos, "Contratos Civiles y Comerciales", Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 61.

(7) Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, SJA 16/12/2015, 144, JA 2015-IV, 1219.

(8) BREBBIA, Roberto H., "Responsabilidad precontractual en un caso de daño producido durante los preliminares de una compraventa", LA LEY 1993-C, p. 96.

(9) Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Curso de obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 4ª ed., t. II, p. 472.

(10) PICASSO, Sebastián, "La responsabilidad precontractual en el proyecto de unificación civil y comercial de 1998", RCyS, vol. 2000, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 23.

(11) Los grandes maestros de la pasada centuria abordaron el problema de la responsabilidad precontractual en un contexto de clara diferenciación entre los efectos de los contratos y del acto ilícito como fuentes obligacionales, donde la culpa era el fundamento prácticamente excluyente del deber de responder. El contrato se consideraba como el producto de la interacción de voluntades libres que, por ello resultaba en sí mismo injusto y merecedor del amparo del derecho. La crisis de los fundamentos mismos de aquel sistema deber

llevar necesariamente, al replanteo de la estructura y funcionamiento del fenómeno precontractual. Concebido el derecho de daños como un fundamento unitario regido por idénticos presupuestos, puesto el epicentro de la responsabilidad en la necesidad de reparar todo daño injustamente sufrido, sin importar si el mismo tuvo por causa un incumplimiento contractual o la comisión de un ilícito aquiliano, se desvanece la rígida diferenciación entre las esferas y avanzan las tendencias unificadoras PICASSO, Sebastián, ob. cit., p. 19.

(12) PICASSO, Sebastián, ob. cit.

(13) Decimos génesis de la responsabilidad, pues tal como lo hemos explicado oportunamente entendemos que existe en las orbitas de la responsabilidad civil una unicidad normativa, pero no identidad normativa, entonces la fuente de la responsabilidad sigue siendo divergente como así también alguna de sus consecuencias.

(14) La obra de Von Ihering, originalmente en alemán, se tituló en su traducción al francés allá por 1893: "De la culpa in contrayendo on des dommages-interets dansconventions nulles on restees imparfaites". La posición de Ihering adquiere gran trascendencia y significación al ser traducida por O. Meuleneare al francés bajo el título mencionado. Formaba parte de un libro: "Oeuvres Choisies". Este contenía una serie de artículos de Von Ihering, entre ellos el citado que, en su redacción original, fuera escrito allá por 1860.

(15) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio", LA LEY 1998-D, Sección Doctrina, p. 1233.

(16) STIGLITZ, Rubén S. - STIGLITZ, Gabriel A., "Responsabilidad precontractual. Incumplimiento del deber de información", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 46.

(17) CIFUENTES, Santos, ob. cit.

(18) GHERSI, Carlos, "Contratos Civiles y Comerciales". Parte general y Especial, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, 3ª ed., t. I, p. 166.

(19) GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge A., ob. cit., p. 117.

(20) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., ob. cit., p. 1233. En igual sentido sala B, 30/10/1959 ED, 38-150; sala F, 22/10/1981, ED, 122-663; id., 18/02/1982, ED, 99-653, id. 02/07/1982 ED, 102-357.

(21) CNCiv., sala F, 18/02/1982, ED 99-653.

(22) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., ob. cit., p. 1234.

(23) STIGLITZ, Rubén S. - STIGLITZ, Gabriel A., ob. cit., p. 47.

(24) DE AGUINIS, Ana María, "Rescisión unilateral, abuso del derecho y control externo", LA LEY 1990-A, sección Doctrina, p. 1015.

(25) ED 169-509.

(26) CIFUENTES, Santos - SAGARNA, Fernando A., "Código Civil Comentado y anotado", Ed. La Ley, Buenos Aires, t. II, p. 28.

(27) BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y Concordado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, t. 5, p. 764.

(28) CNCiv., sala D, 03/11/2015, "Quiroga, Javier y otros c. González, Raúl R. s/ daños y perjuicios", LA LEY 22/04/2016, 4 con nota de Esteban CENTANARO y Juan A. RIVA, LA LEY 2016-C, 15 con nota de Esteban CENTANARO y Juan A. RIVA, RCyS 2016-VII, 61 con nota de Esteban CENTANARO y Juan A. RIVA, AR/JUR/62219/2015.

(29) CNCom., sala D, 17/02/2010, "Neptan SA c. International Container Terminal Services y otros", LLOnline, AR/JUR/211/2010.

(30) Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, SJA 16/12/2015, 144, JA 2015-IV, 1219.

(31) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Manual de Derecho Civil. Contratos", Bibliográfica Ameba, Buenos Aires, p. 25.

(32) Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala II, 28/09/2011, XXX Reservado s/ incidente de medida cautelar (pieza separada III - expte. 1021), LLOnline, AR/JUR/58442/2011.

(33) JALIL, Julián E., "Ámbito de injerencia de la buena fe en el Derecho Argentino", en Revista Iberoamericana de Derecho Privado, 1, mayo 2015 - Buena Fe Contractual, 13/05/2015. JALIL, Julián E., "El 'dogma' de la buena fe y su escisión del 'concepto' de la buena fe", publicado el 22/12/2011 en Suplemento de

Derecho de Daños, elDial. com - DC17A1. JALIL, Julián E., "La buena fe como causa eficiente de deberes implícitos en las relaciones contractuales", RCyS 2010-IX, 241, 8. Ed. La Ley.

(34) STIGLITZ, Gabriel, "La responsabilidad precontractual en las relaciones de consumo", en ALTERINI, Atilio - LÓPEZ CABANA, Roberto M., La responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goildenberg, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 476.

(35) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., ob. cit., p. 1231.

(36) La información es valor, es propiedad para una de las partes. En el derecho del consumo se da una regulación social de esa propiedad con fines protectorios, en el derecho de la competencia entre iguales habrá que hacer distinciones. LORENZETTI, Ricardo, "La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación", LA LEY 1993-B, Sección doctrina, p. 719.

(37) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., ob. cit., p. 1231.

(38) LORENZETTI, Ricardo, ob. cit., p. 720.

(39) La relevancia de la información, en el marco de la protección jurídica del consumidor, ha justificado la consagración del derecho a la información, veraz y adecuada, en el art. 42 de la CN. Y la incorporación de un verdadero régimen sobre información al consumidor, en la ley 22.802 (arts. 5º, 9º y concs.), y especialmente en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (arts. 4º, 6º, 9º 25 y conc.). STIGLITZ, Gabriel, ob. cit., p. 477.

(40) ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., ob. cit., t. II, p. 472.

(41) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., ob. cit., p. 1232.

(42) GHERSI, Carlos, "Contratos Civiles y Comerciales", ob. cit. nota 6, p. 166.

(43) BORDA, Guillermo, "Derecho Civil. Parte General", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, 20ª ed., p. 536.

(44) BREBBIA, Roberto H., ob. cit., ps. 92 y ss.

(45) ORGAZ, Alfredo, "Tratativas contractuales y formación del contrato", LA LEY 75-238.

(46) Conclusiones de las "XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil", sin especificar, SJA 16/12/2015, 144, JA 2015-IV, 1219.

(47) GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge A., ob. cit., ps. 120/1.

(48) Bajo esta postura debería considerarse que la responsabilidad es contractual por ser de aplicación el art. 729 del Cód. Civ. y Com. En este sentido el período inicial de las tratativas no deja de estar comprendido en la relación contractual definitiva. No es una etapa extraña a la formación definitiva del contrato, y si se viola la buena fe en este periodo es procedente atribuir a la responsabilidad un carácter contractual. GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge A., ob. cit., ps. 120/1.

(49) El fundamento contractual entendido de esa manera tiene su punto de equilibrio en una ficción jurídica, que presenta la tautología de entender como existente un acuerdo inexistente, con la particularidad que no solo no existió, sino que evidentemente tampoco va a existir, sino, como resulta obvio, no estaríamos hablando de este tipo de responsabilidad. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., ob. cit., p. 1233.

(50) ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., ob. cit., p. 470.

(51) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., ob. cit., p. 1237..

(52) El autor explica que esta responsabilidad, puede devenir de la ruptura intempestiva de las tratativas, antes o después de emitida la oferta; violación de los deberes impuestos por la buena fe durante el periodo precontractual (como ser el deber de secreto, de custodia de bienes, de información, etc.); muerte o incapacidad sobreviniente del oferente etc. PICASSO, Sebastián, ob. cit., ps. 20-2.

(53) PUIG BRUTAU, José, "Fundamentos de derecho civil", Ed. Bosch, Barcelona, t. II, vol. I, Doctrina general del contrato, p. 254.

(54) SANTARELLI, Fulvio G., "El perfeccionamiento del contrato y su calificación. Contratos, precontratos, acuerdo marco", LA LEY, 19/04/2005, p. 5.

(55) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la Responsabilidad Civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 7ª ed., p. 90.

(56) ED 18/02/1982, 99-653.

(57) STIGLITZ, Rubén S. - STIGLITZ, Gabriel A., ob. cit., p. 50 y MANZANARES SECADES, Alberto, "La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo", en Anuario de Derecho Civil, 1995-II, Madrid, p. 1008.

(58) BARBIER, Eduardo A., "Tratativas preliminares y responsabilidad precontractual", LA LEY 1993-D, Sección Doctrina, p. 1081.

(59) BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial". Obligaciones Contratos, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, t. 3-B, p. 570. Esta posición es compartida por NUÑES para quien corresponde en principio la aplicación del art. 1150, última parte cuando consagra las excepciones a la retractación de la oferta. Pero no dándose el supuesto precisado en la mencionada norma, corresponde aplicar los arts. 1198, parte 1ª y 1071, Cód. Civil reformados en el año 1968 y por analogía los arts. 1056 y 1109 del dispositivo legal precitado

(60) CNCom., sala C, 30/04/2010, "Gómez, María de los Ángeles c. Cordis SA y otro", LLOnline, AR/JUR/21725/2010.

(61) BARBIER, Eduardo A., ob. cit., p. 1086.

(62) PICASSO, Sebastián, ob. cit.

(63) CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel, "Responsabilidad precontractual y el nuevo Código", LA LEY 16/05/2016, 1, LA LEY 2016-C, 890, RCyS 2016-VII, 30, AR/DOC/499/2016.

(64) Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, SJA 16/12/2015, 144, JA 2015-IV, 1219. (Despacho en minoría).

(65) No obstante esta afirmación, el prestigioso ministro de la Corte encuentra supuestos de responsabilidad objetiva en los siguientes casos: En la voluntad unilateral, no ante el apartamiento de las tratativas, sino ante el incumplimiento de una oferta irrevocable, en la reticencia de información (en lo referente a seguros), en los casos de muerte o incapacidad (art. 1156 del Cód. Civil). LORENZETTI, Ricardo, ob. cit., p. 721.

(66) STIGLITZ, Rubén - STIGLITZ, Gabriel, "Responsabilidad por incumpliendo del deber general de información", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.) - PERELLADA, Carlos A. (coord.), Derecho de Daños, 2ª parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, ps. 577/8.

(67) CARAMELO, Gustavo, "La regulación de las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial de la Nación", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 63. PAPA, Rodolfo G., "Reflexiones en torno a las `tratativas precontractuales' en el Código Civil y Comercial de la Nación", elDial.com - DC2108. RUBÍN, Miguel E., "La nueva dimensión de la responsabilidad precontractual. Aparición, apogeo y crepúsculo de la teoría de von Ihering", ED, [266] (10/03/2016, nro. 13.913) [2016]. CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel, ob. cit. En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas Bahía Blanca en el año 2015 se consideró que, a los fines de determinar la extensión del daño resarcible, gravitan las normas de los arts. 1725 y 1729 del Cód. Civ. y Com. No resulta aplicable a este ámbito la regla de la previsibilidad contenido en el art. 1728 (despacho de mayoría). Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, SJA 16/12/2015, 144, JA 2015-IV, 1219.

(68) ROVIRA, Alfredo L., "Tratativas preliminares al contrato y ruptura en el nuevo Código", LA LEY 28/05/2015, 1, LA LEY 2015-C-906. Y jurisprudencia y doctrina imperante durante la vigencia del Código derogado.

(69) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit., p. 88. En la extensión del resarcimiento que corresponde a este caso, Ihering expone su teoría del interés negativo. En el supuesto del incumplimiento de un contrato válido, el acreedor tiene derecho a la indemnización del interés positivo o de cumplimiento que comprende todo el daño ocasionado por la inejecución, debiendo restablecerse su patrimonio a los mismos términos en que se hallaría si el contrato se hubieras cumplido. En el supuesto de culpa in contrayendo debe resarcirse el internes negativo o de confianza consistente en el daño sufrido por haber confiado en la validez del negocio, y que no hubiera sufrido de otro modo, debiendo restablecerse el patrimonio a los mismos términos en que se hallaría de no haberse realizado las tratativas que condujeron al negocio nulo.

(70) STIGLITZ, Gabriel, ob. cit., p. 476. Bajo tal óptica, se ha sostenido que el resarcimiento en los supuestos de responsabilidad precontractual debe limitarse solo a la reparación del daño al interés negativo, pues como es lógico esta responsabilidad deberá ser menos intensa que la contractual. Tal daño es el sufrido por una de las partes por haber confiado en la celebración de un contrato, que se vio frustrada; en cuyo caso debe dejarse al contratante dañado en la misma situación en que estaría de no haberse realizado las tratativas que condujeron al negocio frustrado. CNCom., sala A, 12/04/2007, "Coy J. c. Coopers & Lybrand Harteneck K y Cía. Bertpra &

Asc. UTE s/ ord.", Ed. Thomson Reuters, cita online: 35011258. En otros términos, el resarcimiento debe limitarse a los gastos reales efectuados con motivo de las negociaciones, debiendo descartarse las ganancias que se dejaron de obtener. CNCom., sala D, 02/03/2010, "Bunker Diseños SA c. IBM Argentina SA", LA LEY 03/06/2010,7, LA LEY 2010-C, 542.

(71) En sentido contrario, sostenía Bustamante Alsina que el resarcimiento alcanzaría a aquellos daños que sean consecuencias inmediatas y mediatas de la conducta culposa del responsable. En cuanto al lucro cesante, dice el autor, que consiste en la privación de la ganancia que pudo haberse obtenido de no realizarse las negociaciones frustradas o el contrato anulado, que también deberá ser motivo del resarcimiento en la medida en que constituya un daño cierto. Afirma que habrá que determinar en el caso la mayor o menor probabilidad de ganancia con el criterio con que se juzga la pérdida de la "chance" BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit., p. 91.

(72) El art. 2.1.15, de los principios de Unidroit bajo la rúbrica Negociaciones de mala fe, se dice: "1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. 2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. 3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo". En los comentarios oficiales al segundo párrafo del art. 2.1.15, que sanciona el deber de indemnizar los daños causados a la otra parte en la etapa previa a la conclusión del contrato, se establece que el damnificado puede exigir el resarcimiento de los gastos ocasionados por la negociación, así como ser compensado por las pérdidas de oportunidad de concluir el contrato con un tercero, es decir, por el interés de la confianza o interés negativo. Se aclara que no podrá reclamar los beneficios que se hubieran derivado si el contrato original se hubiera concluido (interés positivo), aunque se agrega que las partes pueden haber pactado expresamente un deber de negociar de buena fe, en el cual puedan ser contemplados todos los remedios del incumplimiento, incluyendo también el derecho a exigir el cumplimiento. GUILLÉN, Natalia P. - ROMERO, Melisa, "El daño resarcible en supuestos de responsabilidad precontractual", RDCO 283-461.

(73) En el antiguo caso, "Litvak, Adolfo c. Olivetti Argentina SA" tomado como referente por mucha doctrina como uno de los primeros supuestos de responsabilidad precontractual en la Argentina, cuestión sobre la que profesamos serias dudas, al momento de la determinación del lucro cesante, se sostuvo que, "este rubro ha consistido principalmente en las utilidades que hubieran podido realizarse con la gestión comercial de Iguazú Comercial Argentina, sin la imposibilidad de hecho originada en la ilógica y perjudicial actitud de Olivetti que acarreó la paralización de todas sus actividades", publicado en LA LEY 75-238 y ss. Es decir, se tiene en cuenta, a nuestro modo de ver incorrectamente, un potencial negocio ajeno al de las partes, que, en este caso particular, Litvak, podría haber cerrado si no fuera por la actitud inocua e imprudente de Olivetti. En este mismo orden argumental se señaló en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil que la ruptura intempestiva de las tratativas viola el principio de confianza y da lugar a la reparación plena e integral. Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, SJA 16/12/2015, 144, JA 2015-IV, 1219. (Despacho en minoría).

(74) BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), ob. cit., t. 5, p. 764.

(75) Se trata de una responsabilidad precontractual que no tiene fundamento en la culpa del oferente, sino que surge directamente de la ley. BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), ob. cit., p. 764. En igual sentido López de Zavalía, Salvat, Acuña Anzorena.

Responsabilidad de los padres por la transmisión de enfermedades a sus hijos

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2019 (agosto), 27
Cita Online: AR/DOC/328/2019
[Consultado el: 07/07/2020]

Sumario.

I. Introducción.— II. La existencia del daño causado.— III. La ausencia de antijuridicidad ante la justificación del daño en razón del ejercicio regular del derecho.— IV. La relación de causalidad.— V. La subjetividad en la atribución: el dolo y la culpa.— VI. Nuestra posición sobre el tema.

I. Introducción.

Consideramos necesario hacer mención a este supuesto, habida cuenta de que el derecho a reclamar una indemnización por transmisión vertical de una enfermedad tiene un claro fundamento axiológico *eugenésico*. Este argumento ético-filosófico, que en tiempos pretéritos dio origen al impedimento eugenésico matrimonial contenido en el art. 13 de la ley de profilaxis, adquiere repercusiones y efectos radicales, tanto que hoy permite pensar que es viable la reparación de aquel sujeto que desafortunadamente llega a nuestro mundo con una dolencia o defecto en su salud trasmitido por los padres.

Para obtener una opinión más acabada sobre el tema, de conformidad con la metodología propuesta en esta investigación, analizaremos los presupuestos de la responsabilidad, para este caso, en forma específica y pormenorizada.

II. La existencia del daño causado.

Parecería, a simple vista, que la existencia del perjuicio se configura por el solo hecho de la presencia de la enfermedad en la persona que nace.

Empero, sostiene Tobías, cuando son los padres los trasmisores de la enfermedad es el acto generador de la procreación el que debe calificarse de lícito o ilícito, a fin de establecer una eventual responsabilidad. Si ellos, o alguno de ellos, padece de una enfermedad susceptible de ser trasmitida, el comportamiento exigible resultaría, en todo caso el de haberse abstenido en ese momento de la concepción y la alternativa inevitable para que ese concebido no adquiera la enfermedad es el "no ser" (1).

Es en esta faceta de la responsabilidad que este autor encuentra la inaplicabilidad del régimen de responsabilidad en dicho caso, en este sentido, sostiene el destacado docente de la Universidad de Buenos Aires, que la inviabilidad de la pretensión resarcitoria resulta de la inexistencia del daño. Ello no supone sostener la aplicación del principio *compensatio lucri cum danno,* sino solamente entender que se presenta un supuesto de inexistencia de interés jurídico lesionado.

En sentido contrario encontramos la posición de Novellino, quien rebate estos argumentos en los siguientes términos: se dice, en principio, que "la existencia de una persona con una enfermedad vale más (como bien jurídico) que su no existencia".

No existe consistencia alguna con tal fundamentación cuando de nada o de muy poco sirve la existencia, si se nace con una enfermedad que le impide a la persona de que se trate cumplir con su proyecto de vida, el que al no poder concretarse por las deficiencias de salud configura en sí mismo un daño futuro aunque cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias están siempre presentes, en mayor o menor medida, en el desarrollo virtual de ese sujeto (2).

Nos inclinamos por la primigenia opinión, ya que la existencia del daño en este supuesto implica, como condición necesaria, una modificación o transformación de un estado de salud previo hacia otro que se encuentre disminuido en relación con el anterior, condición que no se configura al nacer la persona con la enfermedad congénita, lo que determina la inexistencia del interés lesionado (art. 1737 del Cód. Civ. y Com.).

III. La ausencia de antijuridicidad ante la justificación del daño en razón del ejercicio regular del derecho.

Fácilmente se advierte que en los casos de análisis se ponen en juego el derecho a la procreación y la planificación de la propia reproducción, el derecho a una vida normal y disfrute de la salud del hijo por nacer.

Dilema frente al cual hay quienes sostienen que el acogimiento de la responsabilidad de los padres por la transmisión de enfermedades o taras a sus hijos importa una vulneración del derecho a la intimidad y privacidad de los padres, dentro del cual cabría computar el derecho a la procreación con el alcance antes señalado (3).

En este sentido, se pregunta Zannoni dónde situar, en efecto, la antijuridicidad del acto procreador de los padres. Si fuese ilícito el coito de quienes pueden trasmitir al futuro hijo taras genéticas o enfermedades infecciosas o hereditarias, al menos el coito fecundante, diríamos, se seguirá de ello que el Estado a través de una ley lo debería impedir (4).

Entendemos que, desde una perspectiva clásica (por ejemplo, el derogado art. 1066 del Cód. Civil), resultaría evidente que no puede configurarse un obrar antijurídico, porque no existe una norma legal que prohíba la procreación de quienes padecen de una enfermedad transmisible.

Este argumento es correcto porque si tomamos el caso de dos sujetos uno de los cuales se encuentra infectado de un mal transmisible, y por su unión sexual en relaciones extramatrimoniales o matrimoniales conciben descendencia enferma, no existe en el derecho argentino disposición alguna que sancione dicha conducta.

Ahora bien, el Código Civil y Comercial estipula en el art. 1717 que "cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada" y la justificación, en este caso, deriva del *ejercicio regular de un derecho*, es decir, el derecho de procrear (art. 1718, inc. a del Cód. Civ. y Com.).

La opinión adversa es seguida por Medina, quien afirma que el concepto de "paternidad responsable" niega la irresponsabilidad en el ámbito sexual de los individuos. Se afirma así la obligación de asumir las consecuencias derivadas de la relación sexual, en miras al grave daño ocasionado al ser humano naciente.

Es que, aun admitiendo que los padres tienen derecho a realizar la conducta dañosa —esto es, la relación procreacional— al igual que en otros supuestos, la responsabilidad propiciada por la transmisión de enfermedades válidamente puede emerger de un actuar lícito, en razón de la injusticia del daño inferido (5).

Nos atrevemos a disentir con la autorizada opinión porque, como sostuvimos oportunamente, no existe una disposición legal expresa que contemple este supuesto, pero además por un aspecto ético: la posición contraria conlleva implícitamente peligrosos argumentos eugenésicos que el derecho debería desterrar (6).

IV. La relación de causalidad.

Explica Novellino que la peculiaridad de este asunto descansa en que no existe un estado de salud previo que se modifica en forma desfavorable mediante una acción externa, sino que la acción generadora de la enfermedad queda identificada con la misma que le ha dado vida a ese hijo nacido (7).

Parece indiscutible que la existencia de la enfermedad es consecuencia de la relación sexual en la que se gestó la persona (art. 1726 del Cód. Civ. y Com.), no obstante, consideramos que no existe causalidad adecuada pues no hay daño, por lo tanto, tampoco relación causal. Aun cuando se trate de una diferenciación más académica que práctica, para nosotros, la inviabilidad de la pretensión resarcitoria resulta específicamente de la inexistencia del daño y de la antijuridicidad (8).

V. La subjetividad en la atribución: el dolo y la culpa.

Quien actúa dolosamente en forma intencional es responsable plenamente por ese accionar, la cuestión amerita un análisis más acabado en el campo de la culpa.

Si partimos de la base de que la culpa existe cuando las consecuencias dañosas de la conducta de un sujeto hubieran podido ser previstas por una persona de prudencia común, o cuando previstas, el agente las desechó por improbables (9). Nos preguntamos: ¿se podría hacer culpable a un sujeto de realizar la única acción humana que nos asimila a Dios, como es la creación de una vida, solo porque ella sea eventualmente defectuosa?

Entendemos que podrían configurarse situaciones dolosas o culposas desde esta perspectiva, aunque profesamos enormes dudas en cuanto a la irreprochabilidad de la conducta.

De todas maneras, sería necesario analizar, por último, la cuestión del *carácter especial* de la institución matrimonial. En este sentido coincidimos con Tobías, quien sostiene que, aun si se estimara que en la situación se cumplimentan los presupuestos de la responsabilidad civil, se deberá todavía correlacionar las reglas generales del sistema con los principios propios de las relaciones familiares y los sentimientos de justicia de la comunidad, a fin de establecer si no es esta una hipótesis que corresponde dar primacía a estos últimos.

VI. Nuestra posición sobre el tema.

Es fácil advertir que aquello que empezó como una rareza jurisprudencial —allá por 1950 cuando un tribunal de Piacenza, Italia, condenó al padre de una menor a indemnizarla, habida cuenta que este le trasmitió una enfermedad sexual a su madre (Sífilis) la cual trajo complicaciones a la menor luego de nacer— hoy ya se ha efectivizado en otros países de occidente (10).

Nosotros hemos esbozado en otras publicaciones nuestra opinión sobre el tema, en este sentido, nos inclinamos por pensar que, en relación con el estado actual del ordenamiento jurídico, no hay hecho antijurídico y, por otro lado, conforme las razones oportunamente expuestas, tampoco existe daño alguno (11).

Es por ello que compartimos la posición de Zannoni cuando enseña que, sin perjuicio de los medios persuasivos que la política sanitaria emplee para evitar que se trasmitan enfermedades por vía hereditaria, es forzoso concluir que el acto procreador de los padres no es nunca un acto ilícito, con lo que a la postre, el tribunal de Piacenza sancionó civilmente a aquéllos fundando una responsabilidad en un hecho lícito (12).

Advierte, desde esta perspectiva, que nos inclinamos por la postura más radical de repudio al resarcimiento de dichos supuestos. Consideramos que existe una falta de articulación normativa para admitir el resarcimiento judicial ante un caso de esta naturaleza, la cual se encuentra dada —como sostuvimos en su oportunidad— por *la falta del daño* (art. 1735 del Cód. Civ. y Com.) *y de la antijuridicidad* (arts. 1717 y 1718 del Cód. Civ. y Com.).

Pero la cuestión que más nos alerta con respecto al tema tiene vuelo propio, y ha sido exteriorizada con candente brillantez por la pluma del profesor Tobías, quien se preguntaba retóricamente si no subyace en el fondo de la tesis de la resarcibilidad un preocupante, y desde luego el no pensado ni querido enfoque eugenésico que conduce a imponer el deber de no concebir hijos que puedan nacer con determinadas y numerosas enfermedades. ¿No supone el indicado enfoque un sobredimensionado juicio de valor humano acerca de los misteriosos e inescrutables, al menos para nosotros, designios que cada vida, aun la más precaria, reviste en el mundo? Lo que sí parece más seguro es que la humanidad no hubiera podido gozar de la música de Beethoven (13).

Bibliografía.

(1) TOBÍAS, José W., "Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de hijos contra padres por transmisión de enfermedades", LA LEY, 1992-B, Buenos Aires, 1992, p. 831.

(2) NOVELLINO, Norberto J., "Derecho de Daños. Cuarta Parte. (A)", Ed. La Roca, Buenos Aires, 2000, p. 256

(3) Sobre el particular Zannoni se pronuncia por la inexistencia de un accionar antijurídico por parte de estos. Su opinión compartida por otros autores como Tobías, Saux, Ferrer, Mosquera Vázquez, entre otros. MEDINA, Graciela, "Daños en el derecho de familia", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 307.

(4) ZANNONI, Eduardo A., "Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil. (Con referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)", en TRIGO REPRESAS, Félix A. - STIGLITZ, Rubén S., Derecho de Daños, Ed. La Roca, Buenos Aires, 1989, p. 628.

(5) MEDINA, Graciela, ob. cit., p. 307.

(6) Esta cuestión no es menor y ha sido advertida por Zannoni, quien expresa, nosotros respondemos en cambio que si el derecho hoy resiste toda idea de impedir o restringir las relaciones sexuales por respeto a la privacidad, a la libre determinación de todo ser humano, no puede derivar responsabilidad civil resarcitoria de su consecuencia: engendrar un hijo, aunque este nazca con taras o enfermedades hereditarias. Hacerlo atribuyendo riesgo a las relaciones sexuales que pudiesen mantener quienes son portadores o trasmisores de afecciones genéticas, constituiría un avance hacia formas de eugenesia, formas indirectas si se quiere, susceptibles de los más impensados abusos. La ley no puede operar más que con medios persuasivos. ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., ps. 628/9.

(7) NOVELLINO, Norberto J., , ob. cit., p. 249.

(8) TOBÍAS, José W., ob. cit., p. 833.

(9) SALAS, Acdeel E., "Código Civil Comentado y leyes complementarias anotadas", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1971, 2ª ed., t. I, p. 579.

(10) En EE.UU., si bien en un primer momento la jurisprudencia fue reacia a aplicar responsabilidad a los padres en estos casos, poco a poco esa posición fue atemperándose y en la actualidad son numerosos los fallos que han contemplado estos supuestos, principalmente en relación con padres alcohólicos, drogadictos o con HIV.

(11) JALIL, Julián E., "Responsabilidad de los padres por enfermedades transmitidas a sus hijos", en Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UAI, Ed. La Cátedra Jurídica, Buenos Aires, ps. 213 y ss.

(12) ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., p. 628.

(13) TOBÍAS, José W., ob. cit., p. 833.

Alcances de la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores de edad

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2019 (diciembre), 35
Cita Online: AR/DOC/3256/2019
[Consultado el: 15/07/2020]

Sumario.

I. A modo de introducción.— II. El carácter reflejo o indirecto de la responsabilidad.— III. El fundamento de la responsabilidad.— IV. El factor de atribución objetivo.— V. La necesidad de que el niño, niña o adolescente se encuentre bajo la responsabilidad parental de los progenitores.— VI. La convivencia de los progenitores con los niños, niñas o adolescentes.— VII. La edad del niño, niña o adolescente y su incidencia en la responsabilidad.— VIII. El cese de la responsabilidad de los padres.— IX. La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental del niño, niña o adolescente en otra persona.

I. A modo de introducción.

El art. 1754 establece que los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda caber a los hijos.

Por su parte, el art. 1755 del Cód. Civ. y Com. dispone que la responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el art. 643. Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible.

La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores es siempre indirecta, toda vez que aquella conducta es ajena a ellos, es decir, se responde por los daños que provoca otra persona y no por el hecho propio.

III. El fundamento de la responsabilidad.

Se discutió arduamente en doctrina cual era el fundamento de esta responsabilidad, se acudió a la idea de *culpa in vigilando,* basado en la idea de falta de control de los padres hacia los hijos, *culpa in educando,* se entendía que al responsabilidad debía basarse en la idea de una incorrecta educación vertida por los progenitores (1), todos ellos con un reproche subjetivo. Mientras que algunos autores, entre quienes nos incluimos (2), profesábamos la necesidad de objetivizar el factor de atribución basado en la idea de riesgo o garantía (3).

Con la redacción actual del precepto no caben dudas que la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos menores encuentra su fundamento en el riesgo creado (o en una garantía que se nutra del riesgo). Por lo tanto, la única forma que tendrán los padres de exonerarse de responsabilidad será la causa ajena.

IV. El factor de atribución objetivo.

En cuanto al factor de atribución, es objetivo, lo que implica que la culpa del agente es irrelevante a efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos el responsable se libera demostrando la culpa ajena (Conf. art. 1722 del Cód. Civ. y Com.), es decir caso fortuito fuerza mayor, hecho del tercero, hecho de la víctima.

Los padres no pueden alegar que han proporcionado al hijo una educación adecuada o una vigilancia activa sobre su vida, o que no evitar el hecho.

V. La necesidad de que el niño, niña o adolescente se encuentre bajo la responsabilidad parental de los progenitores.

El art. 1754 dispone que los padres sean solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su *responsabilidad parental*. Por un lado, debemos aclarar que los progenitores solo responden mientras sus hijos sean menores de edad, en otras palabras, en la misma extensión que la responsabilidad parental. De ello se deduce que no se configurará el supuesto por los hechos cometidos más allá de los 18 años (conf. el art. 25 del Cód. Civ. y Com.) o para el caso de emancipación (conf. art. 27 del Cód. Civ. y Com.). Asimismo, se debe tener en cuenta lo relevante de la edad que tenía el niño, niña o adolescente al cometer el hecho, por lo que los progenitores no se exoneran si el niño niña o adolescente es demandado cuando ya es mayor de edad o si la alcanza durante el juicio.

Por otro lado, las normas dedicadas a legislar el sistema de responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por sus hijos menores de edad deben interpretarse y aplicarse coordinadamente con el sistema de la responsabilidad parental previsto en el Código (arts. 640, 641, 642, 643 del Cód. Civ. y Com.), como también con las causales de extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental.

En este sentido, el Cód. Civ. y Com. establece que el ejercicio de la responsabilidad corresponde a ambos progenitores, convivan o no, salvo algunas excepciones, con independencia de la residencia diaria del hijo, que se contempla en el cuidado personal. Incluso el art. 641 del Cód. Civ. y Com. establece la presunción de conformidad de uno de los progenitores respecto de los actos realizados por el otro, con excepción de los supuestos contemplados en el art. 645 del Cód. Civ. y Com. o que medie expresa oposición.

La responsabilidad parental cesa en los supuestos establecidos en el art. 699, Cód. Civ. y Com., o cuando uno de los progenitores queda privado de ella por las causales indicadas en el art. 700 del Cód. Civ. y Com. Sin embargo, en este último supuesto, la responsabilidad civil del progenitor privado de la responsabilidad parental subsiste, conforme lo establecido en el art. 1755 del Cód. Civ. y Com. (4).

VI. La convivencia de los progenitores con los niños, niñas o adolescentes.

Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos "que habitan con ellos".

La locución no debe ser entendida literalmente sino en orden a la posibilidad de educar al hijo y de ejercer la vigilancia, que se podría presumir entorpecida si no cohabitan; pero, bien entendida, la convivencia es compartir la vida, participando los padres de los hechos cotidianos del hijo, aunque este pueda dormir o comer en otra casa, en circunstancias que no la quebranten.

Respecto del requisito de "convivencia", la jurisprudencia lo ha interpretado con un criterio amplio, entendiendo que esta no implica que el niño se encuentre efectivamente conviviendo con sus progenitores desde

un punto de vista material, bastando la existencia de una fluida relación entre padres e hijos, de modo de permitir su educación y el ejercicio de su vigilancia (5).

Si el cese de la convivencia, la extinción o la suspensión de la responsabilidad parental están fundados en una causa atribuible al padre o madre del niño, niña o adolescente, subsiste el deber de resarcir el daño ocasionado por estos últimos (v.gr., art. 700, y art. 702 inc. b) y d del Cód. Civ. y Com.).

VII. La edad del niño, niña o adolescente y su incidencia en la responsabilidad.

Tratándose de niños menores de 10 años cuya falta de descernimiento se presume sin admitir prueba en contrario. El art. 261, inc. b) que considera involuntario por falta de discernimiento el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años.

Por ello, debe formularse la siguiente distinción entre los daños causados por el menor de diez años que no tiene capacidad para comprender los actos ilícitos y el mayor de esa edad y hasta los dieciocho años. En el *primer caso*, los padres responden directa y solidariamente y lo único que pesa sobre el menor es una responsabilidad de equidad. Tales previsiones del art. 907 del Cód. Civ. y Com. están contenidas en el art. 1750 que dispone que el autor de un daño causado por acto involuntario responde por razones de equidad y el art. 1742 del Cód. Civ. y Com. que faculta al Juez, al fijar la indemnización, a atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho (6).

Entonces, existe responsabilidad plena, salvo que el juez decida atenuarla por razones de equidad.

En el caso del niño mayor de 10 años, el menor responde con su patrimonio y el padre también pero en forma indirecta, pues se trata de una responsabilidad refleja y no propia. Esto quiere decir que la víctima puede demandar al menor directamente, —si tiene patrimonio propio, por una herencia, por ejemplo a los padres por la patria potestad o a ambos en forma indistinta. Es aquí donde cobra relevancia lo prescripto en el art. 1754 del Cód. Civ. y Com. (última parte), que establece "sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda caberle al hijo" (7).

VIII. El cese de la responsabilidad de los padres.

En el régimen actual la responsabilidad civil de los padres cesa: a) *cuando cesa la responsabilidad parental*, b) cuando *se le suspende al progenitor el ejercicio de la responsabilidad parental por causas no imputables* (8), c) en los casos en los que se *coloque a los hijos bajo la vigilancia de otra persona* (art. 1755 del Cód. Civ. y Com.), d) el supuesto del progenitor no conviviente (conf. art. 1754 del Cód. Civ. y Com.) (9), y e) daños causados por los hijos *en ejercicio de su capacidad negocial* (art. 1755, Cód. Civ. y Com.).

VIII.1. El cese la responsabilidad parental.

La titularidad de la responsabilidad parental se extingue por: a) muerte del progenitor o del hijo; b) profesión del progenitor en instituto monástico; c) alcanzar el hijo la mayoría de edad; d) emancipación, excepto lo dispuesto en el art. 644; e) adopción del hijo por un tercero, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación y nulidad de la adopción; la extinción no se produce cuando se adopta el hijo del cónyuge o del conviviente.

VIII.2. La suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental por causas no imputables.

Ello, con referencia a los arts. 700 y 702, por ejemplo por ausencia con presunción de fallecimiento o limitación de la capacidad.

VIII.3. La puesta en vigilancia del niño, niña o adolescente en otra persona.

De conformidad con el art. 1754 del Cód. Civ. y Com., la responsabilidad de los padres cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. La guarda del hijo debe ser transferida a una persona apta y responsable, ya que no puede liberarse a los progenitores que se han desentendido del cuidado del menor sin preocuparse por las aptitudes del guardador a quien se transfiere la custodia.

Esta previsión no puede ser invocada en el caso de padres no convivientes, cuando uno de ellos pretenda exonerarse de responder alegando que el hijo menor se encontraba bajo la vigilancia del otro progenitor, pues la norma exige que el hijo menor haya sido puesto bajo la vigilancia de "otra persona", sin que pueda considerarse en esta expresión al otro progenitor: debe tratarse de una persona distinta a los padres (10).

VIII.4. Daños causados por los hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión, de funciones subordinadas encomendadas por terceros, o contratos válidamente convenidos.

El art. 1754 del Cód. Civ. y Com. estipula que los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos.

Dicha norma debe ser interpretada en concordancia con el art. 30 del Cód. Civ. y Com. el cual reza que la persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella.

Desde esta arista el límite a la responsabilidad de los padres adquiere concordancia con este precepto que importa una extensión del principio de autonomía progresiva (art. 638, inc. b] del Cód. Civ. y Com.).

Idéntica situación resulta expandible a los contratos y actos jurídicos celebrados por la persona menor de edad bajo estas prerro-gativas.

IX. La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental del niño, niña o adolescente en otra persona.

El art. 1755 del Cód. Civ. y Com. determina que la responsabilidad no cesa en el supuesto previsto en el art. 643, es decir, ante *la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental*. El art. 643 del Cód. Civ. y Com. determina al respecto que en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.

Aún en estos casos sigue vigente la responsabilidad que emana de los arts. 1753 y 1754 del Cód. Civ. y Com.

Bibliografía.

(1) Ver: ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de las obligaciones civiles y comerciales", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, 2ª ed., p. 710. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, 9ª ed., p. 362. LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1976, t. IV-A, p. 327. CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., "Derecho de las obligaciones", Ed. Platense, La Plata, 1976, t. IV, ps. 513 y 514. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores", en BELLUSCIO, Augusto - ZANNONI, Eduardo, Código Civil y leyes complementarias, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984,t. 5. LLOVERAS, Nora - MONJO, Sebastián, "Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código", LA LEY 2013-E-1078 y ss. GESUALDI, Dora M., "Responsabilidad parental y responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos cometidos por los hijos", RDF 72, 205, AR/DOC/5390/2015.

(2) Ver: HERSALIS, Marcelo - MAGRI, Eduardo O. - JALIL, Julián E., "Los factores de atribución en la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores", LLBA 2005 (noviembre), 1175, RCyS 2006-VII, 138, AR/DOC/2853/2005.

(3) MOSSET ITURRASPE, J., en MOSSET ITURRASPE - D'ANTONIO - NOVELLINO, Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 115 y ss. BUERES, Alberto J. - MAYO, Jorge, A., "La responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos (algunos aspectos esenciales)", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 12 "Derecho de familia patrimonial", Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 299 y 300. FERRER, Francisco A., "Responsabilidad paterna por violación de los deberes de asistencia y educación", Revista de Derecho de Daños, 2002-2, "Menor dañino y menor dañado", Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 319.

(4) FICO, Daniela - HACKER, David, "La responsabilidad de los progenitores por los hechos de sus hijas e hijos en casos de bullying", RDF 89, 43, AR/DOC/1259/2019.

(5) RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III. FICO, Daniela - HACKER, David, ob. cit.

(6) GÓMEZ TACCONI, María Victoria, "La responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por sus hijos menores en el Cód. Civ. y Com.", RCCyC 2018 (julio), 109, AR/DOC/438/2018.

(7) ZANNONI, Eduardo A. - MARIANI DE VIDAL, Marina - ZUNINO, "Código Civil y Comercial", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, ps. 474-5. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Ed. LexisNexis; Buenos Aires, 2006, p. 369. GÓMEZ TACCONI, María Victoria, ob. cit.

(8) Los ejemplos los proporciona Ossola (OSSOLA, Federico - RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela [dirs.], "Obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 289).

(9) En estos últimos supuestos la doctrina se ha preguntado la razón por la cual no se responde, ya que si el fundamento es objetivo, y no la culpa en la vigilancia, el desplazamiento de la guarda no debería afectar el deber de indemnizar. En cualquier caso se podría haber consagrado la existencia de una responsabilidad concurrente Conf. UBIRÍA, Fernando A., "Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 400.

(10) CALVO COSTA, Carlos A., "Derecho de las Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 384.

Responsabilidad deviniente del contrato de obra

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: JA 2019-IV • SJA 11/12/2019, 3
Cita Online: AR/DOC/3133/2019
[Consultado el: 23/07/2020]

Sumario.

I. Introducción.— II. El contrato en el derecho romano.— III. Sobre las diferentes calificaciones del contrato.— IV. Concepto.— V. Sujetos en la locación de obra.— VI. El contrato de obra y las llamadas obligaciones de resultado.— VII. Diferencias con figuras afines.— VIII. Diferentes supuestos en cuanto al aporte de los materiales.— IX. Objeto del contrato.— X. Forma.— XI. Prueba.— XII. Sistemas o métodos de contratación.— XIII. Aplicación de la excepción de incumplimiento y la tutela preventiva al contrato de locación de obra.— XIV. Análisis de los requisitos de procedencia de la excepción de incumplimiento.— XV. La aplicación de la excepción de incumplimiento o de la tutela preventiva y la buena fe contractual.— XVI. Obligaciones de las partes.— XVII. Responsabilidad emergente del contrato de obra en la construcción de inmueble destinado por su naturaleza a tener larga duración.— XVIII. Contrato de obra y contrato de trabajo.— XIX. Responsabilidad por daños producidos a terceros.— XX. Extinción del contrato.

I. Introducción.

El contrato de locación de obra en el derecho argentino había sido exiguamente legislado por Vélez Sarsfield. No obstante, con una percepción visionaria para la época, el autor originario del Código Civil contempló este supuesto contractual con cierta elasticidad normativa que permitió que funcionaria sin demasiados inconvenientes durante años.

Con apenas unos agradados efectuados por la ley 17.711 (reforma al Cód. Civil de 1968), la escueta normativa originaria aplicable a ese contrato adquirió un gran auge como consecuencia de la construcción y expansión edilicia.

El Cód. Civ. y Com. regula la cuestión en los arts. 1251 a 1261 y para referirse al contrato de obras emplea las dicciones "contratos de obra y de servicios". En dicha regulación otorga pautas iniciales específicas para diferenciar entre los servicios independientes y autónomos; y por otro lado para distinguir entre obras y servicios.

II. El contrato en el derecho romano.

Explica Josserand que la empresa *locatio operis* de los romanos es un contrato sinalagmático por el cual una de las partes se compromete, sin entrar al servicio de la otra, a efectuar un trabajo determinado mediante una remuneración (1).

Desde el derecho romano, dice Puig Peña, se viene configurando jurídicamente la *locatio operis* como una especie de arrendamiento, situado junto y a la par del contrato de arrendamiento de servicios propiamente dicho.

Sin embargo, aquel contrato ya en el mismo Derecho de Roma fue visto con particular estimación, pues nunca se consideró impropio de un hombre libre —a diferencia de la *locatio operaru*m—, toda vez que si se aceptaba la tarea no se comprometía el *locutor* a ejecutarla personalmente, sino que, de ordinario, lo realizaba valiéndose a su vez del trabajo servil.

Conforme avanza la historia legislativa de esta institución se observa que el primitivo paralelismo se va rompiendo; y aun cuando en algunas legislaciones modernas se sigue estructurando este contrato como una subespecie del arrendamiento —como ocurre con el Código español—; sin embargo, son ya muchas las voces de los juristas que piden insistentemente un desplazamiento enérgico de esta figura contractual (2).

III. Sobre las diferentes calificaciones del contrato.

Este contrato ha sido denominado de manera divergente en el derecho comparado, así en el derecho francés se habla de *arrendamiento de industria*, en el derecho germánico se lo denomina *contrato de obra*, en el sistema suizo *contrato de empresa*, los españoles lo designan con el nombre de *contrato de ejecución de obras*, el derecho argentino lo ha denominado *contrato de obra* y ha sido regulado en conjunto con el contrato de servicios. Explica Compagnucci de Caso que modernamente la cuestión toma otro rumbo, y solo queda como locación la que corresponde a las cosas.

La de servicios se encuentra absorbida por el contrato de trabajo, y la de obra se la ubica como "... contrato de empresa...", o "... contrato de obra..." o bien de "... ejecución de obras..." o más circunscrito "... de ejecución..." (3) Esta es la tesitura adopta por el Cód. Civ. y Com. que refiere al contrato, como "contrato de obra".

IV. Concepto.

El tratadista español Puig Peña define el contrato, objeto de este trabajo, como aquel por cuya virtud una de las partes (*locutor, contratista,* empresario, etc.) se obliga respecto de otra (*conductor,* capitalista, propietario y más modernamente *comitente)* a la producción eficaz de un determinado resultado de trabajo (*obra*) a cambio de un precio cierto, que se calcula por la importancia del mismo. El concepto legal del mismo se deriva del art. 1544 (4) y se integra por el hecho de que una de las partes "se obligue, respecto de la otra, a ejecutar una obra por un precio cierto" (5).

El profesor mexicano Pérez Fernández del Castillo lo conceptualiza como aquel por medio del cual una persona denominada empresario o contratista, se obliga a realizar y transmitir a otra llamada dueño, una obra con materiales propios y bajo su dirección tomando a cargo el riesgo de la misma, en tanto este último se obliga a pagar una remuneración (6).

El Cód. Civ. y Com. argentino establece en el art. 1251 que hay contrato de obra cuando el contratista actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual mediante una retribución.

V. Sujetos en la locación de obra.

Históricamente las figuras intervinientes en este contrato han sido controvertidas en cuanto a su denominación, el derecho nacional ha superado dicha dicotomía, así en el contrato de obra subyacen dos sujetos bien determinados que se configuran como partes del mismo, por un lado, el *contratista* que es quien ejecuta la obra y el *comitente* que es quien paga el precio de la misma (7).

VI. El contrato de obra y las llamadas obligaciones de resultado.

El Cód. Civ. y Com. diferencia los efectos de las obligaciones de *obligaciones de medio* de las de *resultado en cuanto al factor de atribución*. Desde esta arista, establece el art. 1723 del Cód. Civ. y Com. que cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es *objetiva*.

Vale recordar que en las primeras el deudor persigue una finalidad, pero sin asegurar la obtención efectiva de la misma, mientras que en las segundas el deudor garantiza un determinado producto o resultado.

Esta clase de obligaciones pueden devenir de lo especialmente pactado por las partes o bien de la naturaleza misma del contrato. Consideramos que en el contrato de obra el mismo gen o germen del contrato determina el carácter de la obligación que asume el comitente, la cual indefectiblemente es de *resultado*; es decir, quien ejecuta la obra se obliga a la producción de un resultado determinado (*opus*) [conf. art. 774 inc. c)].

Corolario de lo expuesto, no basta en este caso demostrar que el incumplimiento de la obligación determinada (realización de la obra) es ajeno a la culpa del ejecutante (conf. arts. 1722 y 1723 del Cód. Civ. y Com.), en este sentido siguiendo a los autores franceses Mazeuad y Chabas, se puede decir que, si la obligación es determinada, y el resultado no ha sido obtenido se debe probar que la inejecución proviene de una causa que le es extraña (8).

VII. Diferencias con figuras afines.

VII.1. Contrato de obras y contrato de servicio.

Ambos contratos presentan la similitud de que implican una actividad personal dirigida a una finalidad en el caso del contrato de servicios consiste en cumplir con una determinada presteza a favor del comitente, mientras que en el contrato de obra esa actividad está adherida con la producción de la obra encomendada.

En primer lugar, podemos distinguir ambas figuras con lo expuesto en el punto anterior, es decir, en el caso del contrato de obra la obligación asumida por el contratista (quien ejecuta la obra) es claramente de resultado (Conf. art. 774 del Cód. Civ. y Com.) (9), mientras que, en el contrato de servicio, la obligación de quien presta el servicio es palmariamente de medios, habida cuenta que este no asegura la obtención del resultado sino la efectiva diligencia y prudencia tendiente a la concreción del mismo (10).

Es loable hacer referencia al criterio seguido por la jurisprudencia francesa para distinguir el contrato de servicios del de obra desde el punto de vista de la fijación del precio tomando en el primer supuesto como pauta la duración del trabajo y en el segundo la importancia de la obra.

Otros fallos determinaron que el criterio de distinción encontraría una mejor ubicación en lo que respecta a la subordinación o bien a la independencia (económica o intelectual) a que estaría sujeto el "hacer" del comitente en uno y otro caso. En la obra, el comitente efectúa un trabajo libremente y, además, sin dependencia y subordinación (11).

El Cód. Civ. y Com. estipula que, si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega (art. 1252 del Cód. Civ. y Com.).

VII.2. El contrato de obra y compra-venta de cosa futura.

No parece haber demasiados inconvenientes en su distinción, si una persona contrata con otra la adquisición de una cosecha que aún no se produjo evidentemente se trata de una compraventa de cosa futura, de la misma manera si ambas partes estipulan la gestación de una determinada obra de arte (p. ej., pintura) estaremos frente a un contrato de obra principalmente por el carácter *intuitu personae* de quien la gesta y por la obligación de resultado en la que se encuentra inmerso.

Pero en determinadas ocasiones estas diferencias no son tan notorias (12), por ej., si una persona se obliga con respecto a un tercero a la realización de un traje a otra, frente a qué contrato estaríamos: ¿sería una locación de obra o una compraventa de cosa futura?

Consideramos que las pautas o directrices a tener en cuenta en estos casos son:

- *La autonomía de la voluntad:* lo primero debemos estar a lo previsto por las partes, no importa tanto la calificación del contrato que hagan las partes, pero si resulta relevante los efectos que emergen de sus cláusulas.

- *La especialidad de la cosa a realizar*: si la cosa que se crea es frecuente, común o abundante en su especie y su fabricación no requiere una dotación especial se trata de una compraventa de cosa futura, en caso contrario, es decir si se gesta una cosa original o inaudita, se trata de un contrato de obra (13).

Este criterio ha sido aplicado por la sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, quien ha resuelto que cuando el objeto principal del contrato no está representado por el trabajo del promitente, sino por la cosa cuya adquisición se persigue; es decir, cuando predomina el *dare* sobre el *fare* hay compraventa de cosa futura y no locación de obra (14).

- *La especialidad de sujeto que ejecuta la obra:* por último, si quien da origen a la cosa es elegido por sus características especiales, que lo constituyen en idóneo para ese acto, se trata de una locación de obra.

Un problema más frecuente se presenta en la construcción de edificios en donde es muy común, como veremos más adelante, el suministro de materiales por parte del mismo constructor, en este sentido se puede contratar un trabajo o la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga solo su trabajo o su industria, o que también provea la materia principal (art. 1243 del Cód. Civ. y Com.).

Parte de la doctrina nacional y la jurisprudencia discrepan en relación con si se trata de una compraventa o un contrato de obra. Nos inclinamos por considerar que este es un caso de *locación de obra* porque, conforme los principios que sustentamos con anterioridad: la importancia de la gestación de la cosa recae justamente en quien la realiza, y, además, los edificios se distinguen en relación con su construcción unos de otros siendo en la mayoría de los casos obras únicas (15).

VII.3. El contrato de obra y el contrato de trabajo.

El art. 1252 del Cód. Civ. y Com. establece que los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral. Esta contratación se distingue, y fundamentalmente se diferencia de otra figura como el contrato de trabajo por caracteres propio tales como la ausencia de subordinación, la autonomía del empresario, el contenido de la prestación y la asunción del riesgo técnico o económico de la obra (16).

Analizaremos algunos matices propios de cada contrato.

VII.3.a. Estabilidad o permanencia.

Un aspecto importante a tener en cuenta para diferenciar un contrato de trabajo del de locación de obra lo constituye la circunstancia de que, en el caso del primero la permanencia o estabilidad es la regla, mientras que en el contrato de obra ocurre lo contrario, porque terminada la obra se extingue la relación (17).

VII.3.b. Dependencia.

Un criterio de distinción para diferenciar el contrato de trabajo del contrato de obra finca en que en el contrato de trabajo existe relación de dependencia del trabajador respecto del patrón o empleador, mientras que en el contrato de obra el que presta el servicio lo hace en forma independiente (18).

VII.3.c. Idoneidad.

Otro requisito necesario para que haya contrato de obra y no un contrato de trabajo lo constituye la idoneidad de quien ejecuta la obra, es decir el contratista es un sujeto elegido por sus características especiales que lo constituyen apto para la producción de una determinada actividad (19).

VIII. Diferentes supuestos en cuanto al aporte de los materiales.

Puede ocurrir que el contrato se ejecute con un aporte de materiales por parte del comitente o bien que el mismo contratista sea quien en definitiva obtenga los materiales para la obra. Entonces nuestro sistema jurídico recoge estos dos supuestos:

- *Sin provisión de materiales por parte del comitente:* el *contratista* aporta los materiales soportando el valor de los mismos el cual formará parte del precio final que pagará el comitente al momento de la entrega o al tiempo estipulado. El efecto básico en esta modalidad de contratación consiste en que el contratista soporta los riesgos por la destrucción total o parcial de la cosa hasta que se produzca la efectiva entrega de la misma. Una vez que ella se ha producido no se exime de responsabilidad alguna porque surge la responsabilidad por obra en ruina o impropia (art. 1273 del Cód. Civ. y Com.).

- *Con provisión de materiales por parte del comitente:* en este caso el contratista no será responsable por la destrucción de la misma hasta la efectiva entrega de la cosa donde allí si podrá emerger la responsabilidad por ruina del art. 1273 del Cód. Civ. y Com.

IX. Objeto del contrato.

Como principio general decimos, siguiendo a Gullón Ballesteros, que este contrato tiene por objeto conseguir una actividad ajena. Pero lo que las partes buscan no es la actividad en sí, sino el resultado de esa actividad, la obra que de ella se deriva (20). Debemos agregar que el contrato de obra puede subdividirse en relación con su objeto en la producción de una *obra material* o en la realización de una *obra intelectual o inmaterial* (art. 1251 del Cód. Civ. y Com.).

La producción de una *obra material* podemos citar como ejemplos la realización de una vivienda, inmuebles en general, construcción de edificios, un traje exclusivo, una escultura, etc. En cuanto a los casos de *obra inmaterial o intelectual* el más patente es el supuesto de la gestación de un libro, pero podríamos mencionar ciertos actos realizados por los profesionales liberales (21).

En muchos supuestos ambos se yuxtaponen e interrelacionan, así siguiendo el ejemplo de Acquarone en la construcción de un edificio conviven los contratos de obra material e inmaterial, ya que, si bien en la una época era posible que una sola persona pudiera realizar el proyecto, la dirección y construcción de una obra, en la actualidad esas funciones tratan de separarse entre las del proyectista y director, por un lado, y la del empresario que lleva a cabo la ejecución de la obra por otro.

Ello significa que en la construcción de un edificio el comitente puede celebrar varios contratos de obra, unos de obra material y otros de obras intelectual. Si el edificio lo construye más de un contratista porque unos realizan una parte y otros un sector distinto, habrá varios contratos de obra material, y si se disocia el proyecto con la dirección también tendremos en un mismo edificio varios contratos de obra inmaterial (22).

X. Forma.

Es un contrato no formal (art. 1015 del Cód. Civ. y Com.), es decir no se exige una instrumentación particular o especial, pero si se trata de construcción de inmuebles quien adquiere la propiedad del mismo deberá instrumentar el acto mediante escritura pública, similar situación ocurre cuando se trata de la construcción de un buque marino.

XI. Prueba.

La prueba del contrato de locación de obra, muy frecuentemente no instrumentado por escrito, puede ser también rendida mediante testigos cuando se encuentra demostrado el hecho de la ejecución de la misma (23).

XII. Sistemas o métodos de contratación.

Tanto la doctrina, como la jurisprudencia y, asimismo, el derecho comparado ha reconocido diversas modalidades en relación con la contratación, las cuales han sido reconocidas por el Cód. Civ. y Com. En el art. 1262 establece que la obra puede ser contratada por ajuste alzado, también denominado "retribución global", por unidad de medida, por coste y costas o por cualquier otro sistema convenido por las partes. La contratación puede hacerse con o sin provisión de materiales por el comitente. Si se trata de inmuebles, la obra puede realizarse en terreno del comitente o de un tercero. Si nada se convino ni surge de los usos, se presume, excepto prueba en contrario, que la obra fue contratada por ajuste alzado y que es el contratista quien provee los materiales.

XII.1. Ajuste alzado.

Esta modalidad de contratación, como dice Gullón Ballesteros significa la realización de una obra por un precio global (24). Explica Fernando Núñez que en estos casos se contrata por ajuste alzado cuando los contratantes determinan un precio fijo e invariable; por ende, las alteraciones que sufran en su valor los materiales y/o la mano de obra en nada inciden sobre lo convencido, salvo cuando resulta de aplicación la teoría de la imprevisión (25).

El riesgo económico que emerge del aumento de los materiales es soportado exclusivamente por el contratista, salvo que el comitente se haya obligado a proveer los materiales.

En este tipo de contratación no se puede solicitar reajuste alguno, su característica reposa en la inmutabilidad de los valores, salvo la existencia de alteraciones imprevisibles que deben ser probadas por el

comitente. Este es el criterio que ha recogido la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, la cual declaró la improcedencia de la demanda entablada por la comitente de una obra a fin de cobrar los trabajos adicionales que habría realizado a favor de la demandada en el marco de un contrato celebrado bajo la modalidad de ajuste alzado, si no existen elementos de prueba que acrediten que la actora comunicara fehacientemente al propietario las alteraciones imprevisibles o imputables a este (26).

No obstante ello, en algunas legislaciones se contempla la posibilidad de modificarlos en la medida que varíen los planos de la obra, en este sentido prescribe el art. 1593 del Cód. Civil español que el arquitecto o contratista que se encarga por ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en busca de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento del precio, aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales, pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento en la obra siempre que hubiera dado su autorización el propietario.

El art. 1264 del Cód. Civ. y Com. establece que el contratista no puede variar el proyecto ya aceptado sin autorización escrita del comitente, excepto que las modificaciones sean necesarias para ejecutar la obra conforme a las reglas del arte y no hubiesen podido ser previstas al momento de la contratación; la necesidad de tales modificaciones debe ser comunicada inmediatamente al comitente con indicación de su costo estimado. Si las variaciones implican un aumento superior a la quinta parte del precio pactado, el comitente puede extinguirlo comunicando su decisión dentro del plazo de diez días de haber conocido la necesidad de la modificación y su costo estimado. El comitente puede introducir variantes al proyecto siempre que no impliquen cambiar sustancialmente la naturaleza de la obra. En cuanto a las diferencias de retribución surgidas de modificaciones autorizadas, el art. 1265 establece que, a falta de acuerdo, las diferencias de precio surgidas de las modificaciones autorizadas se fijan judicialmente.

En definitiva, la consecuencia de aplicar este sistema es que el empresario soporta los riesgos derivados de:

a) Las variaciones del precio, ya que no puede reclamar ajustes.
b) Los costos de la obra no aclarados, ya que no podrá invocar error en los cálculos
c) El exceso en la construcción de la obra, ya que no podrá reclamar por lo que se excedió de la obra presupuestada (27).

XII.2. A coste y costas.

Este es el sistema que los ingleses denominan *cost plus fee* (costo más paga o gratificación" y el contratista se encuentra obligado a entregar liquidaciones —parciales o finales— o certificaciones de lo construido y su valor. Esto se relaciona con la verificación de lo construido (28).

Los *costes* consisten en los gastos que emergen de la obra con podrían ser mano de obra, materiales (gastos directos), gastos administrativos o de seguros (gastos indirectos).

Las *costas* son las ganancias o utilidad prevista y pactada para el constructor, que también se denomina beneficio industrial y que consiste en la retribución por la construcción misma. Esta se puede pactar de diversa forma, mediante un porcentaje de lo gastado, o mediante una suma fija. A su vez se puede pactar en la retribución de los incentivos para que el empresario reduzca al máximo los gastos de la obra (29).

El art. 1263 del Cód. Civ. y Com. establece que, si la obra se contrata por el sistema de ejecución a coste y costas, la retribución se determina sobre el valor de los materiales, de la mano de obra y de otros gastos directos o indirectos.

XII.3. Por unidad de medida.

El empresario (contratista) se obliga a ejecutar unidades técnicas del opus, como por ejemplo metros cuadrados de un camino, puertas de un edificio, etc. El comitente queda comprometido a pagar periódicamente, conforme lo pactado, los precios fijados a las unidades. Cuando no se ha designado la cantidad de piezas u obras —cada unidad se considera como un opus completo—, terminada cada una de ellas, las partes pueden dar por finalizado el contrato. Este sistema se llama "por unidad de medida simple".

En cambio, cuando se ha pactado un número determinado de unidades, el convenio resulta semejante al de ajuste alzado, aunque también puede ser combinado con el "a coste y costas". Por lógica consecuencia recién se podrá dar por finalizado el pacto cuando se hallen ejecutadas todas las piezas. El precio, en el primer caso puede ser modificado después de concluida cada unidad; en cambio, en el segundo, si se convino uno global e inamovible no (30).

Estas formas de contratar también se han denominado de unidad simple, que se refiere a la ejecución de la medida prevista o unidad de medid con determinación de cantidad, en que el empresario se obliga a entregar la obra completa prevista, sea el edificio o una parte de él, fijándose el precio por unidad (31).

Si la obra fue pactada por pieza o medida *sin designación del número de piezas o de la medida total*, el contrato puede ser extinguido por cualquiera de los contratantes, concluidas que sean las partes designadas como límite mínimo, debiéndose las prestaciones correspondientes a la parte concluida.

Si *se ha designado el número de piezas o la medida total*, el contratista está obligado a entregar la obra concluida y el comitente a pagar la retribución que resulte del total de las unidades pactadas (conf. art. 1266 del Cód. Civ. y Com.).

XII.4. Por economía o administración.

En realidad, consideramos —siguiendo a Núñez— que este no es un sistema de contratación del contrato de obra, pues el dueño la ejecuta por sí, aunque efectúa distintos contratos, por ejemplo, con pintores, albañiles, plomeros, etc. En cada uno de esos convenios puede existir una locación de obra o distintas modalidades del contrato de trabajo, según sea la naturaleza de ellos (32).

XIII. Aplicación de la excepción de incumplimiento y la tutela preventiva al contrato de locación de obra.

El art. 1031 del Cód. Civ. y Com. establece que, en los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación.

Por su parte, el art. 1032 del Cód. Civ. y Com. regula la llamada tutela preventiva, y estipula que una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia.

La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado.

Será necesario determinar la efectiva procedencia de la llamada excepción de incumplimiento o *exceptio non adimpleti contractus* en los casos de incumplimiento de las obligaciones que emergen del contrato de obra.

La jurisprudencia ha dicho, en este sentido, que la *exceptio non rite adimpleti contractus*, funciona cuando el demandante por cumplimiento de un contrato bilateral ha recibido la prestación del contratante que promueve la acción de un modo incompleto o imperfecto, es decir, no media incumplimiento total, sino cumplimiento irregular y, por supuesto, de cierta gravedad (33).

Un incumplimiento de poca importancia no autoriza la invocación de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, este debe resultar significativo o suficientemente grave. De ahí que la apreciación de la gravedad del incumplimiento debe efectuarse con mucha cautela y mesura, para evitar que, frente a un defecto menor en la ejecución de uno de los contratantes, pueda el otro dilatar el cumplimiento de sus propias obligaciones (34).

Los pilares donde reposa el derecho de alegar la excepción de incumplimiento (art. 1031 del Cód. Civ. y Com.) son la materialidad y certeza del perjuicio, que el incumplimiento recaiga en una obligación principal, y que quien lo alega lo haga de buena fe.

XIV. Análisis de los requisitos de procedencia de la excepción de incumplimiento.

El perjuicio debe ser:

Concreto: En lo que hace a la ejecución deficiente o defectuosa de la obra, debe guardar una relación trascendente con el opus final, de suerte, que provoque un perjuicio concreto que obligue a reparar los daños causados.

Así la ejecución deficiente o defectuosa determinará la necesaria complementación o perfeccionamiento de la obra, sin perjuicio de las previsiones contractuales (35).

Cierto: También será indispensable que la inejecución del contrato o la falta de terminación de la obra en término cause la pérdida de la utilidad económica que reporta su cumplimiento en el plazo pactado, puesto que, el incumplimiento contractual, debe traducirse en un perjuicio cierto, habida cuenta de que la mera inejecución de la obra no hace presumir la existencia del mismo (36).

Debe devenir de una obligación principal incumplida: reza el art. 856 del Cód. Civ. y Com. que "las obligaciones principales son aquellas cuya existencia, régimen jurídico, eficacia y desarrollo funcional son autónomos e independientes de cualquier otro vínculo obligacional. Los derechos y obligaciones son accesorios a una obligación principal cuando dependen de ella en cualquiera de los aspectos precedentemente indicados, o cuando resultan esenciales para satisfacer el interés del acreedor".

Como se evidencia la obligación accesoria no tiene independencia ni vida propia, ello es así porque su falta de concreción no afecta al objeto principal del acto. Por eso la parte incumplidora no podrá fundar o alegar la falta de cumplimiento de su prestación alegando el incumplimiento de la prestación de la otra parte cuando la misma sea insignificante.

Este criterio ha sido aplicado por la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, la cual ha dicho que en nada influye a la existencia del contrato de obra, su celebración y consecuente obligación del contratista de abonar lo adeudado por aquel, la circunstancia de que no se haya dado cumplimiento a las obligaciones previsionales y tributarias por el ejecutor de la obra (37).

XV. La aplicación de la excepción de incumplimiento o de la tutela preventiva y la buena fe contractual.

La buena fe se constituye en la normativa civil como un elemento rector en materia contractual, así el art. 961 del Cód. Civ. y Com. establece que "[l]os contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor...", de esta manera la buena fe aparece como el alma de los contratos, como aquella directriz de la cual no se deben apartar quienes se nutren de ellos, porque si lo hacen las consecuencias en el plano jurídico son plausibles en todas las legislaciones.

La aplicación de la excepción de incumplimiento en estos casos no escapa a estos principios porque en ciertos casos su alegación puede reñirse con la bondad que exigen los negocios. En esos casos la misma carece de aplicación principalmente porque, como dijimos, sería contraria a la buena fe, pero, asimismo, entendemos que chocaría con otro pilar básico de nuestro sistema legal que es la idea del abuso del derecho (art. 10 del Cód. Civ. y Com.), es decir, si bien es cierto que nuestro Código reconoce la excepción de incumplimiento y la tutela preventiva (arts. 1031 y 1032 del Cód. Civ. y Com.) también es cierto que le ha asignado una misión contra la cual no puede rebelarse.

La sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil tiene resuelto que quien rompe un contrato sin acordar por lo menos un período prudencial de preaviso a la contraparte —en el caso, en un contrato de obra— incurre en un ejercicio abusivo de los derechos y un enriquecimiento sin causa, en virtud del principio de buena fe en la interpretación de los contratos (38).

XVI. Obligaciones de las partes.

XVI.1. Obligaciones del contratista.

XVI.1.a. Ejecutar la obra

El art. 1256 inc. a) dispone que el contratista tiene la obligación de ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad desarrollada.

Consideramos que siendo esta la obligación principal del contratista debe ser esgrimida con cautela y probidad, ello implica permitirle al comitente que durante la ejecución de la obra verifique el estado de la misma y dé su opinión al respecto.

Explica Pérez Fernández Del Castillo que esta obligación del empresario puede ser sencilla o complicada; no es igual la construcción de una barda, a la realización de una fábrica para la que se requieren diseño, planos y especificaciones (39), además, debe ser realizada personalmente por el carácter *intuitu persone* que tiene el contrato, pero ello no significa que el empresario ejecute la obra físicamente pero sí bajo su dirección.

XVI.1.b. Deber de información.

El contratista debe informar al comitente sobre los aspectos esenciales del cumplimiento de la obligación comprometida [art. 1256 inc. b)]. Asimismo, está obligado a usar diligentemente los materiales provistos por el comitente e informarle inmediatamente en caso de que esos materiales sean impropios o tengan vicios que el contratista o prestador debiese conocer [art. 1256 inc. d)].

XVI.1.c. Correspondencia con los materiales idóneos para la ejecución de la obra.

El contratista o prestador tiene la obligación de proveer los materiales adecuados que son necesarios para la ejecución de la obra o del servicio, excepto que algo distinto se haya pactado o resulte de los usos.

XVI.1.d. Ejecutar y entregar la obra en justo tiempo.

Reza el art. 1256 inc. e) que el contratista debe ejecutar la obra en el tiempo convenido o, en su defecto, en el que razonablemente corresponda según su índole.

Asimismo, debe entregar la obra en el tiempo y lugar que haya sido pactado, el momento de la entrega es crucial por dos motivos primordiales, por un lado a los efectos de librarse de los vicios aparentes, y por otro lado, como tiene resuelto la Cámara Nacional de Apelaciones, corresponde que a partir de su mora, el contratista soporte los perjuicios que el comitente pudiese sufrir en razón de ella, aunque se debiesen a un caso fortuito, y correlativamente a este último le asiste el derecho a liberarse de su obligación mediante la determinación del costo definitivo de la obra a su cargo (40).

XVI.1.e. Responder por vicios.

El art. 1272 del Cód. Civ. y Com. establece que si se conviene o es de uso un plazo de garantía para que el comitente verifique la obra o compruebe su funcionamiento, la recepción se considera provisional y no hace presumir la aceptación. Si se trata de vicios que no afectan la solidez ni hacen la obra impropia para su destino, no se pactó un plazo de garantía ni es de uso otorgarlo, aceptada la obra, el contratista:

a) Queda libre de responsabilidad por los vicios aparentes;
b) Responde de los vicios o defectos no ostensibles al momento de la recepción, con la extensión y en los plazos previstos para la garantía por vicios ocultos prevista en los arts. 1054 y concs.

XVI.1.f. Responsabilidad por obra en ruina o impropia para su destino.

El constructor de una obra realizada en inmueble destinada por su naturaleza a tener larga duración responde al comitente y al adquirente de la obra por los daños que comprometen su solidez y por los que la hacen impropia para su destino. El constructor solo se libera si prueba la incidencia de una causa ajena. No es causa ajena el vicio del suelo, aunque el terreno pertenezca al comitente o a un tercero, ni el vicio de los materiales, aunque no sean provistos por el contratista (art. 1273 del Cód. Civ. y Com.).

XVI.2. Obligaciones del comitente.

XVI.2.a. Pagar el precio.

El comitente de la obra debe pagar la retribución convenida [art. 1257 inc. a) del Cód. Civ. y Com.]. El precio de la obra debe efectivizarse al hacerse la entrega de ella, si no hay plazos estipulados en el contrato. Entonces, en primer lugar, el pago del precio debe hacerse en el tiempo convenido, y en caso de que este no exista al momento de recepción de la cosa. El contratista posee el derecho de retención en el caso que el comitente no cumpla con su obligación de pagar el precio convenido.

XVI.2.b. Deber de colaboración.

El comitente debe proporcionar al contratista o al prestador la colaboración necesaria conforme las características de la obra [art. 1257 inc. b) del Cód. Civ. y Com.].

XVI.2.c. Recibir la obra.

Una vez finalizada la obra el contratista debe recibirla [art. 1257 inc. c) del Cód. Civ. y Com.] si ella se ajusta a lo pactado en cuanto a sus características y si se ha cumplido el plazo al respecto, la negativa puede implicar su mora y el desplazamiento de los riesgos sobre la cosa.

XVII. Responsabilidad emergente del contrato de obra en la construcción de inmueble destinado por su naturaleza a tener larga duración.

El espectro más importante en materia de responsabilidad aparece en el caso de construcciones de inmuebles y más precisamente en la de edificios. Esta materia se encuentra específicamente prevista en los casos de vicios, defectos o ruina que prevén los arts. 1271, 1272 y 1273 del Cód. Civ. y Com.

XVII.1. Responsabilidad por obra en ruina o impropia para su destino.

XVII.1.a. Supuestos de aplicación.

El art. 1273 del Cód. Civ. y Com. estipula que el constructor de una obra realizada en inmueble destinada por su naturaleza a tener larga duración responde al comitente y al adquirente de la obra por los daños que comprometen su solidez y por los que la hacen impropia para su destino. Desde esta perspectiva vemos que este tipo de responsabilidad se aplica a la construcción de edificios e inmuebles destinados a larga duración.

El precitado artículo estipula que el constructor solo se libera si prueba la incidencia de una causa ajena. No es causa ajena el vicio del suelo, aunque el terreno pertenezca al comitente o a un tercero, ni el vicio de los materiales, aunque no sean provistos por el contratista.

Con *relación al vicio del suelo*, se entiende que el constructor es un perito en la materia y debe prever el soporte donde se va a instalar la obra sea eficiente y confiable. En definitiva, existe un déficit y como dice Zago ese déficit se origina en una inadecuada valoración de los efectos recíprocos entre las características del suelo y la estructura planificada para ejecutar la obra de larga duración (41).

Con *relación al vicio de los materiales*, el contratista debe elegir con diligencia y probidad los materiales los cuales deben ser acordes al tipo de obra que se trate.

XVII.1.b. Contra quién procede la acción.

La responsabilidad por obra en ruina o impropia para su destino se extiende concurrentemente:

a) a toda persona que vende una obra que ella ha construido o ha hecho construir si hace de esa actividad su profesión habitual;
b) a toda persona que, aunque actuando en calidad de mandatario del dueño de la obra, cumple una misión semejante a la de un contratista;
c) según la causa del daño, al subcontratista, al proyectista, al director de la obra y a cualquier otro profesional ligado al comitente por un contrato de obra de construcción referido a la obra dañada o a cualquiera de sus partes (art. 1274 del Cód. Civ. y Com.).

Todo ello es sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieren corresponder entre los responsables civiles.

XVII.1.c. Dispensa de la responsabilidad.

Toda cláusula que dispensa o limita la responsabilidad prevista para los daños que comprometen la solidez de una obra realizada en inmueble destinada a larga duración o que la hacen impropia para su destino, se tiene por no escrita (art. 1276 del Cód. Civ. y Com.).

XVII.1.d. Duración de la responsabilidad. Caducidad y prescripción.

La jurisprudencia francesa estima que el término de 10 años es único e indivisible, en el sentido de que corre y se cumple fatalmente, sin tener en cuenta la época en que el accidente se ha producido o en que el vicio ha sido descubierto, de suerte que si, por ejemplo, la cubierta se hunde nueve años después de la recepción del edificio, el propietario dispone de un año solamente para accionar contra el arquitecto o contratista (42).

El Código Civil y Comercial argentino es más claro en la materia y dispone que para que sea aplicable la responsabilidad, deberá producirse la ruina dentro de los diez años de recibida la obra (art. 1275 del Cód. Civ. y Com.) y el plazo de prescripción de la acción será de un año a contar del tiempo en que se produjo aquella [art. 2564 inc. c) del Cód. Civ. y Com.]. De esta manera se produce una separación entre el plazo de prescripción de la acción (un año a contar del tiempo en que se produjo la ruina), y el tiempo dentro del cual se debe producir la ruina para que sea imputable al constructor.

XVII.1.e. Responsabilidad administrativa y con relación a terceros.

El constructor, los subcontratistas y los profesionales que intervienen en una construcción están obligados a observar las normas administrativas y son responsables, incluso frente a terceros, de cualquier daño producido por el incumplimiento de tales disposiciones (art. 1277 del Cód. Civ. y Com.).

XVII.2. Responsabilidad por vicios.

El art. 1272 del Cód. Civ. y Com. estipula que si se conviene o es de uso un plazo de garantía para que el comitente verifique la obra o compruebe su funcionamiento, la recepción se considera provisional y no hace presumir la aceptación. Si se trata de vicios que no afectan la solidez ni hacen la obra impropia para su destino, no se pactó un plazo de garantía ni es de uso otorgarlo, aceptada la obra, el contratista: a) queda libre de responsabilidad por los vicios aparentes; b) responde de los vicios o defectos no ostensibles al momento de la recepción, con la extensión y en los plazos previstos para la garantía por vicios ocultos prevista en los arts. 1054 y concs.

Como explica Ghersi, la recepción definitiva de la obra determinará el momento en el cual se tienen por cumplida la obligación asumida por el contratista y que le permitirá recibir el pago íntegro del precio pactado. Se hace referencia a esta como definitiva, aunque la ley no prevé categorías, ya que en la práctica siempre suele estar precedida de una recepción provisoria a fin de que pueda tener lugar la verificación y la aprobación por parte del comitente (43).

Entonces el principio es que, una vez recibida la obra de manera definitiva, el comitente no podrá manifestar su falta de conformidad ante la misma. En este sentido, la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, resolvió que cabe hacer lugar a la demanda por cobro de facturas deducida por la subcontratista de una obra contra la comitente, pues no existiendo constancia de que el contrato se haya resuelto con motivo de que los trabajos fueron mal realizados, sino que la única referencia a tal circunstancia la efectúa la demandada recién al contestar el reclamo extrajudicial (44).

No obstante ello, ese principio no regirá cuando la diferencia no pudo ser advertida en el momento de la entrega, o los defectos eran ocultos. En este caso, tendrá el dueño sesenta días para denunciarlos a partir de que se haya manifestado (art. 1054 del Cód. Civ. y Com.).

Desde esta arista, el constructor deja de responder por los vicios evidentes, si el comitente no los denuncia a la entrega de la obra y por los ocultos si no los denuncia expresamente dentro del plazo de 60 días de su manifestación.

En los últimos años ha habido varios fallos judiciales que, buscando evitar la evasión de la responsabilidad del constructor ante vicios ocultos muy graves, los han calificado como "ruina en sentido amplio" (45).

Aún cuando no somos partidarios de ese tipo de doctrina judicial de interpretación *extra lege* que resulta aplicable tanto al Código derogado como al actual (46), debemos señalar que a través de ella se abrió una brecha importante para suplir un plazo que en cierta medida parece exiguo por las diferentes vicisitudes que se pueden presentar al respecto (47).

XVII.3. Diferencias entre vicios y ruina.

El concepto de ruinas apunta en sentido diferente que el de vicio y tiende a la garantía de los intervinientes en una obra, desde el proyectista al constructor, sobre la solidez y duración de la obra, es decir sobre su estabilidad. El concepto de vicio, en cambio, tiende a resolver el problema de la responsabilidad por defectos en la construcción.

Aún cuando ha sido propiciada una noción jurídica del término "ruina", que no implica necesariamente el supuesto extremo de la caída (actual o inminente) de una construcción, también se ha dicho que para subsumir el caso en dicho régimen de responsabilidad no basta que se produzcan deterioros de consideración sino que, en todo caso, debe probarse que medie una afectación estructural del inmueble, que se hayan producido daños o defectos que impliquen su absoluta disfuncionalidad para el destino previsto o que involucren su estabilidad.

De lo contrario, por conducto de una caracterización excesivamente estricta del concepto, se perdería el distingo entre la responsabilidad especial del art. 1272 del Cód. Civ. y Com. y la genérica responsabilidad por vicios, aplicable a todo contrato de obra, emergente del art. 1271 y 1272 del Cód. Civ. y Com. (48).

Analizando esta cuestión, Kemelmajer de Carlucci dice que, en una significación muy restrictiva, ruina es caída o derrumbe. Pero no hay autor en el derecho nacional, ni en el derecho francés, italiano o alemán que restrinja la palabra ruina a esa significación, sosteniéndose que el vocablo tiene una significación jurídica más extensa de lo que técnicamente o gramaticalmente pueda entenderse. En una significación muy amplia, ruina seria cualquier defecto grave que presente la obra y que la haga impropia para su destino. Nosotros creemos que debemos utilizar la palabra en cuestión, en un sentido amplio, pero no tan amplio. En esta posición en la que ubicamos a la mayoría de nuestra doctrina nacional, ruina es todo defecto grave que afecte la solidez del edificio o inmueble, sea en forma total o parcial (49).

Apuntan Garrido y Zago que tampoco se exige una destrucción repentina, por el contrario, puede tratarse perfectamente de una degradación gradual que comprometa la existencia de la obra y que en definitiva pueda conducirla a la ruina (50).

XVIII. Contrato de obra y contrato de trabajo.

Debemos distinguir dos supuestos por un lado la responsabilidad contractual que emerge de la falta de cumplimiento de las prestaciones generales y especiales que hayan pactado las partes en el *contrato de obra*, y por otro lado la responsabilidad contractual que surge del *contrato de trabajo* celebrado en principio entre el contratista y los obreros (51). En el primer caso será de aplicación las normas del Código que regulan dicho acuerdo (arts. 1251 y ss. del Cód. Civ. y Com.) y el segundo supuesto se regirá en torno a la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744).

XIX. Responsabilidad por daños producidos a terceros.

El art. 277 del Cód. Civ. y Com. establece que el constructor, los subcontratistas y los profesionales que intervienen en una construcción están obligados a observar las normas administrativas

Si bien el artículo hace referencia al constructor, los subcontratistas y los profesionales como sujetos causales del daño, evidentemente estos también responderán por los daños causados por sus dependientes, que en definitiva es lo que comúnmente ocurre.

En este caso el principal que a su vez puede ser el constructor, subcontratista o profesional, sería responsable de los daños que produzcan a quienes le encomienden determinados quehaceres o tareas para la obra por aplicación del art. 1753 del Cód. Civ. y Com. Dicho precepto, en su parte pertinente, reza que el principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso ocurre en ejercicio o en ocasión de las funciones encomendadas.

XX. Extinción del contrato.

La muerte del comitente no extingue el contrato, excepto que haga imposible o inútil la ejecución (art. 1259 del Cód. Civ. y Com.). La muerte del contratista o prestador extingue el contrato, excepto que el comitente acuerde continuarlo con los herederos de aquel. En caso de extinción, el comitente debe pagar el costo de los materiales aprovechables y el valor de la parte realizada en proporción al precio total convenido (art. 1260 del Cód. Civ. y Com.).

El contrato de obra se acaba por desistimiento unilateral de la obra, por conclusión de la obra, por resolución del contrato. Los últimos dos supuestos no admiten demasiados comentarios, pues la conclusión de la obra, la entrega de la misma y el pago del precio extinguen el contrato de manera natural, mientras que la resolución ante el incumplimiento (art. 1083 del Cód. Civ. y Com.) activa todo el mecanismo de daños previsto en los arts. 1716 y ss. del Cód. Civ. y Com.

Mención aparte merece el *desistimiento unilateral*. El contrato puede concluirse por desistimiento unilateral del dueño de la obra, aunque ya se haya empezado, siempre pagando una indemnización al contratista, como asimismo todos los gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato (52).

En los casos donde este derecho se ejerce de conformidad con su espíritu nada puede exigir la parte que se vea afectada por el ejercicio regular de este derecho. En este sentido la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha sostenido que corresponde rechazar la demanda deducida por el comitente de una obra a fin de obtener la reparación de los perjuicios derivados de la rescisión del contrato dispuesta por su contraria, toda vez que la empresa demandada disponía de la facultad de desistir de la obra conforme las

previsiones del Código, potestad que aparece irrenunciable y no afectada por las previsiones del contrato, máxime cuando la actora no acreditó la existencia de ningún daño resarcible (53).

Ahora bien, el ejercicio de este derecho lleva implícita la doctrina del *abuso del derecho*. En el sentido, la ruptura súbita e intempestiva del contrato por voluntad unilateral de una de las partes, trae como consecuencia que el comitente de la obra resarza a la contraparte, no solo los gastos y pérdidas ocasionadas por la ruptura, sino también la utilidad o las ganancias dejadas de percibir, ya que lo contrario importaría un enriquecimiento sin causa del patrimonio del contratista de la obra (54).

Entonces, si el dueño de una obra que rescinde el contrato de obra con plazo indeterminado, sin conceder un término razonable de preaviso a su contrario, debe pagar una indemnización sustitutiva de dar ese preaviso, el cual hubiera permitido al afectado recomponer la situación en la que quedara como consecuencia del cese de la relación jurídica.

Cuando la obra fue ajustada por pieza o medida, sin designación del número de piezas, o de la medida total, la situación no amerita inconvenientes mayores pues, el contrato puede resolverse por una y otra parte, concluidas que sean las partes designadas, pagándose la parte concluida.

Bibliografía.

(1) JOSSERAND, Louis, "Derecho Civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, t. II, vol. II, "Contratos", trad. de Santiago Conchillos y Manterola, p. 229.

(2) PUIG PEÑA, Federico, "Tratado de Derecho Civil español", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ª ed., t. IV, "Obligaciones y contratos", vol. II, "De los contratos en particular y demás fuentes de la obligación", p. 351.

(3) COMPAGNUCCI de CASO, Rubén, H., "Características del contrato de obra (locación de obra)", LA LEY 1992-B, 303. Vale añadir con Santos Briz que no es aconsejable denominarlo contrato de empresa porque denota un exclusivo criterio económico y referido solo grandes obras, pudiéndose confundir cuando la relación se brinda entre empresas. SANTOS BRIZ, Jaime, "Derecho Civil. Teoría y práctica", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, t. VI, p. 334.

(4) Se refiere al art. 1544 del Cód. Civil español.

(5) PUIG PEÑA, Federico, ob. cit., p. 352.

(6) PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, "Contratos civiles", Ed. Porrúa, México, 2000, 7ª ed., p. 285. Se evidencia que en el derecho mexicano solo se admite la procedencia del contrato cuando quien se configura como comitente o empresario pone los materiales, es por ello que el autor define al contrato como aquel en el cual el empresario o contratista se obliga a realizar una obra "con materiales propios". Este requisito como veremos es extraño al derecho argentino.

(7) Advertían Garrido y Zago que es más conveniente usar la denominación de empresario para quién ejecuta la obra, y de dueño de la obra para quien, en definitiva, pagará el precio una vez obtenido el resultado. GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge A., "Contratos civiles y comerciales. Parte especial", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995.

(8) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, Jean - MAZEAUD, León - CHABAS, François, "Derecho Civil. Obligaciones", Ed. Zavalía, trad. de Luis Adorno, t. I, ps. 26.

(9) Si el comitente se obliga a realizar un determinado edificio con particulares características, no se exime de su obligación principal entregando un edificio similar o parecido al propuesto.

(10) Por ejemplo, un médico con quien un paciente efectúa un determinado contrato de atención; este nos debe garantizar el efectivo empleo de las diligencias que amerita el encargo, como podrían ser análisis, visación del paciente, preguntas de rigor, pero bajo ningún punto de vista podemos considerar que el galeno deba asegurar la curación del mal que asecha al paciente.

(11) GHERSI, Carlos A., "Contratos Civiles y Comerciales. Parte general y especial. Figuras contractuales modernas", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, 3ª ed., t. I, p. 532.

(12) En ciertos casos la jurisprudencia ha encontrado una combinación de ambas figuras en lo que llamamos un contrato pluriforme, así la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, dedujo que existe una relación contractual entre quienes ocupan unas mesas y hacen sus pedidos para ser servidos, allí mismo y el restaurante al que han concurrido configurándose sin duda en tal figura, que pareciera mostrar prontamente una cierta analogía con la compraventa de cosa mueble, caracteres prevalecientes al contrato de obra (ya que lo distintivo no está en el dar los alimentos, sino en la obligación de elaborarlos, en esa faciendi necessitas, para, después, recién entregarlos), con rasgos accesorios de la locación de cosas (por el uso y goce de la mesa y vajilla), y hasta del depósito en lo que hace a las prendas y objetos que los comensales dejan en custodia en el guardarropa del restaurante. C1ªCiv. y Com. La Plata, sala III, sentencia del 27/10/1983, en autos "Caprarella de Hernández Bardi, Beatriz c. Boccabella, José y otro", LA LEY 1985-D, 28. No obstante ello, en la mayoría de las situaciones debemos tomar partida por alguno de los tipos contractuales en cuestión, habida cuenta que sus normas difieren y sus consecuencias en el plano jurídico también son disímiles.

(13) La doctrina llama a estos casos obligaciones de hacer no fungibles, ya que el Código Civil y Comercial define las cosas fungibles como aquellas en las que todo individuo de la especie equivales a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad. Ello trasladado a las personas implica que la obligación de hacer es fungible cuando la actividad puede ser realizada por cualquier persona, en caso contrario es no fungible o intuitu personae.

(14) CCiv. y Com. Rosario, sala III, sentencia del 02/04/1980, en autos "Naveira, A. y otro c. GBGA, SA".

(15) No obstante nuestra posición, la mayoría de los fallos jurisdiccionales se han inclinado por el criterio adverso, es decir, considerando que se trata de una compraventa de cosa futura.

(16) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, H., ob. cit., p. 304.

(17) Así lo entendió la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Oberá. El caso era el siguiente: tres personas que realizaban trabajos de albañilería promovieron demanda laboral contra una persona que los había contratado para realizar trabajos en una vivienda. El juez de primera instancia rechazó el reclamo sosteniendo que entre las partes no medió una relación laboral sino un contrato de locación de obra que se extinguió con la finalización de ella. La Cámara confirmó la decisión. CCiv., Com. y Laboral de Oberá, 30/07/2007, "Márquez Dos Santos, Saul y otros c. Diego Bogado", LLLitoral 2007 (diciembre), 1315.

(18) CCiv., Com. y Laboral Oberá, 30/07/2007, autos: "Márquez Dos Santos, Saul y otros c. Diego Bogado", LLLitoral 2007 (diciembre), 1315.

(19) Ello llevo a considerar a la sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones que debe rechazarse la pretensión incoada por una persona que se desempeña como albañil y pretende percibir una suma de dinero en concepto de pago por la realización de una construcción, ya que las deficiencias de la obra se evidencian en múltiples e importantes aspectos —en el caso, mala ejecución de revoques, pisos y techos, ausencia de recaudos mínimos de seguridad, condiciones de habitabilidad nulas—, razón por la cual se encuentra probado que aceptó su realización sin encontrarse en condiciones de ejecutarla por carecer de la mínima idoneidad necesaria. CNCiv., sala J, 03/07/2007, "Peralta Rodríguez, Juan c. Padula, Onofrio", DJ del 16/01/2008, p. 111. Una singular aplicación de esta distinción la constituye el hecho que el contratista no deberá responder por los daños ocasionados por el comitente en ejercicio de su actividad, porque se presupone su capacidad y aptitud para utilizar las maquinarias o herramientas necesarias para la operación, este es el criterio seguido por la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, la cual resolvió que corresponde rechazar la demanda de daños y perjuicios entablada por quien sufrió un accidente mientras se encontraba realizando trabajos de albañilería para los demandados, pues, si bien se encuentra acreditado que las partes se encontraban unidas mediante un contrato de locación de obra, la obligación de seguridad del contratista desaparece si el comitente es un profesional ya que debe considerarse que ese profesionalismo dirimente de la responsabilidad es propio del "oficio" que tenga quien utilice la cosa riesgosa. CCiv. y Com. Azul, sala I, 03/11/2006, autos: "Toranza, Marcos O. c. Kolman, Raúl y otra", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2007, t. VII, p. 92 y LLBA 2007 (agosto), 786.

(20) GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, "Curso de derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual", Ed. Tecnos, Madrid, p. 261.

(21) El abogado, por ejemplo, realiza un contrato de obra con su cliente, en los casos en que este le encarga la confección de un determinado contrato; o los escribanos en su quehacer diario donde esta actividad se realiza de manera asidua.

(22) ACQUARONE, María T., "Los emprendimientos inmobiliarios. Marco jurídico y normativo", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 94.

(23) CApel. Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, sentencia del 08/02/2006, en autos "Lonardi, Carlos M. c. Alza, Guillermo R.", LLLitoral, 2007 (febrero), 229.

(24) GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, ob. cit., p. 272.

(25) FERNANDO NÚÑEZ, Jorge, "Ciertos problemas relativos a la locación de obra", JA, 1989-II-960.

(26) CNCom., sala B, 26/04/2006, autos: "Inelta SRL c. Construcciones Deferrari SA", LA LEY 2006-D, 530.

(27) Por su parte el dueño de la obra seguramente deberá soportar un mayor costo total porque generalmente el empresario se cubrirá incorporando un plus por los riesgos que asume. ACQUARONE, María T., ob. cit., p. 103.

(28) FERNANDO NÚÑEZ, Jorge, ob. cit., p. 961.

(29) ACQUARONE, María T., ob. cit., p. 105.

(30) FERNANDO NÚÑEZ, Jorge, ob. cit., p. 961.

(31) ACQUARONE, María T., ob. cit., p. 103.

(32) NÚÑEZ, Fernando J., ob. cit., p. 961.

(33) CNCiv., sala A, 27/08/1973, ED 52-293.

(34) FREIRE AURICH, Juan Francisco, "Excepción de incumplimiento parcial y cláusulas predispuestas en el contrato de locación de obra. La valoración de la prueba pericial y la entidad del incumplimiento", LA LEY 2000-A, 477.

(35) Ibidem.

(36) Ibidem, p. 471.

(37) CApel. Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, 08/02/2006, autos: "Lonardi, Carlos M. c. Alza, Guillermo R"., LLLitoral, 2007 (febrero), 229.

(38) CNCiv., sala K, sentencia del 29/08/2005, autos "Calero, Juan C. c. Scrapservice SA", LL Online.

(39) PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, ob. cit., p. 287.

(40) Aunque, como dice el fallo, el hecho de que la mora del contratista justifique la suspensión de todo pago por el comitente, no significa que, al cabo, este pueda pretender enriquecer su patrimonio mediante la obtención de la obra sin pagar su costo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, sentencia de 30/11/1984, en autos "Gracia, Ricardo A. c. San Bernardo Atlántica, SA", LA LEY 1985-C, 292; DJ 1985-2-364; JA 1985-II-417 y ED 113-562.

(41) GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge A., ob. cit., p. 360.

(42) JOSSERAND, Louis, ob. cit., p. 239.

(43) GHERSI, Carlos A., ob. cit., p. 536.

(44) CNCom., sala E, 30/06/2006, "Apdelgani, José N. c. Docutec Information SRL", LA LEY del 01/12/2006, p. 8 y LA LEY 2006-F-82. En similar sentido la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, ha dicho que es procedente la demanda por cobro de facturas deducida por la subcontratista de una obra contra la comitente, ya que, habiéndose acreditado la prestación encomendada y su terminación, debe concluirse que las facturas fueron recibidas de conformidad por la demandada y no han sido abonadas ni impugnadas en tiempo oportuno. CNCom., sala E, 30/06/2006, Apdelgani, José N. c. Docutec Information SRL", LA LEY del 01/12/2006, p. 8; LA LEY 2006-F-828.

(45) BUSTOS, Placido M., "El concepto de vicios en la locación de obra y la responsabilidad por ruina", LA LEY, 2001-C, Sección Doctrina, p. 1189.

(46) La creación pretoriana en los sistemas continentales de derecho se torna peligrosa cuando el juez aparece como legislador, facultad que ya desde la notable obra "el espíritu de las leyes" se encuentra vedada en dichos sistemas jurídicos.

(47) El plazo de sesenta días que establece el art. 1054 del Cód. Civ. y Com. tiene un sentido en cuanto circunscribe la responsabilidad al daño inmediato. La persistencia de las consecuencias de los vicios tales como humedad o agrietamientos no tratados a tiempo, pueden y suelen producir daños que deben ser achacados más a la desidia del propietario que a las faltas del constructor. Ver: BUSTOS, Placido M., "El concepto de vicios en la locación de obra y la responsabilidad por ruina", LA LEY 2001-C, Sección Doctrina, p. 1191.

(48) Ver: sala A de la CNCiv., en autos: "Sattler SA c. Luis Cura Construcciones SA - ordinario", 16/05/2001. Asimismo, "Passarino Juan C. c. Mafgurno Mauricio", LLLitoral 2005-161.

(49) Las palabras de la ex ministra del Superior Tribunal de la provincia de Mendoza fueron extraídas de una conferencia dada por la magistrada en la Ciudad de Córdoba en 1982 y transcripta en la Revista del Colegio de Abogados de esa ciudad. BUSTOS, Placido M., "El concepto de vicios en la locación de obra y la responsabilidad por ruina", LA LEY 2001-C, Sección Doctrina, p. 1190.

(50) GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge A., ob. cit., p. 357.

(51) Decimos "en principio" porque, si bien por lo general es el contratista quien celebra el mencionado convenio laboral, nada impide que quién emplee a los obreros sea el propio comitente, en dicho caso este asumirá las consecuencias legales que emergen de dicha relación laboral.

(52) Aunque los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad al reconocer si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia, es decir se busca a través de la equidad un remedio para subsanar situaciones disvaliosas o abusivas que pudieran plantearse.

(53) CNCom., sala E, sentencia del 25/08/2005, en autos "Rivera López, Luis A. y otro c. Hedifam SA", DJ del 22/03/2006, p. 797.

(54) CNCiv., sala K, sentencia del 29/08/2005, en autos "Calero, Juan C. c. Scrapservice SA", LL Online.

Medidas jurisdiccionales de protección del ambiente

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RDAmb 58, 11
Cita Online: AR/DOC/1321/2019
[Consultado el: 29/08/2020]

"... La suprema realidad de nuestro tiempo es la vulnerabilidad del ambiente...". John F. KENNEDY

I. Consideraciones preliminares: La trascendencia de la cuestión ambiental.

La causa fin del derecho ambiental reposa en la protección del medioambiente, que se sustenta en la máxima de que todas las personas necesitan de un medioambiente sano para vivir. Por lo tanto, el medioambiente es un valor de interés general, que requiere de la protección de todos los que se desarrollan en él.

El bien jurídico que se intenta proteger —medioambiente— constituye un pilar fundamental, dada las características particulares de la región en donde se asienta nuestro país, las cuales posicionan a la Argentina como un ámbito especial de protección, principalmente por el contraste y la magnificencia de sus recursos naturales.

El medioambiente sano está hoy en día reconocido como un derecho humano tanto a nivel local, como nacional, e internacional. Este derecho deviene indispensable para alcanzar el desarrollo sostenible, por ello, "todos" tenemos la responsabilidad colectiva de no vulnerar los derechos de las generaciones futuras a la vida, la salud y el medioambiente, como, asimismo, de transmitirles el patrimonio ambiental en las mejores condiciones posibles.

Es decir, dentro del concepto de "todos" se encuentra la actividad jurisdiccional, la cual no puede tener ante un caso de posible contaminación ambiental, la actitud del orientalista que estudia un pergamino, pues a todos los poderes del estado, —incluso al judicial—, se les exige el compromiso tanto para prevenir el potencial daño en la salud de los habitantes, como para evitar la prosecución de un daño en curso.

La salud ambiental, es parte de la salud pública, que se ocupa de impedir las enfermedades, prolongar la vida, fomentar la salud, la eficiencia física y mental del hombre, a través del esfuerzo organizado de la comunidad. Es decir, que la salud ambiental tiene que ver con el equilibrio ecológico que ha de existir entre el hombre y el medio que haga posible su bienestar (1).

Por ello, cuando la decisión a tomarse está dirigida a la salud de grupos humanos, destinados de alguna manera, a seguir conviviendo en la faz territorial, donde puede subyacer un potencial factor degradante, el análisis de las consecuencias de la decisión que lleva adelante la judicatura deviene insoslayable. Así lo dicho la CS al señalar que el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de que no se desnaturalicen jurídicamente los fines que las inspiran (2).

Ello, por cuanto, —tal como precisa López Mesa—, el derecho debe tener en cuenta los resultados que produce en el medio social, pareciera indiscutible que no se puede fijar la vista en abstracciones ni permanecer apegados a áridas disquisiciones conceptuales huérfanas de virtualidad o peor, portadoras de consecuencias funestas (3), que no se condicen con la finalidad perseguida por la norma (4).

II. El principio precautorio, como dogma determinante en la materia.

El *principio precautorio* es un apotegma rector del derecho internacional del ambiente desarrollado en la última década del siglo XX, nacido de la preocupación de gestionar los problemas del ambiente, asociado al concepto de desarrollo sostenible e impulsado por el deseo del público de tomar mayor participación en las decisiones ante los nuevos riesgos surgidos del desarrollo tecnológico (5).

El principio 15 de la Declaración de Río sobre el medioambiente y el Desarrollo de 1992 estipula que, con el fin de proteger el medioambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medioambiente.

En nuestro ordenamiento jurídico, la General del Ambiente (ley 25.675) sancionada el 06/11/2002, contiene expresamente el denominado *principio precautorio*. Así, el art. 4º de esa norma reza que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

Desde nuestra perspectiva, entendemos que el mencionado apotegma se caracteriza por cuatro elementos claros:

— La existencia de incertidumbre científica.
— Probabilidad de riesgo de producción de un daño no mesurable o dimensionable.
— El potencial daño debe poseer gravedad estimativa.
— El daño debe ser irreparable (6).

III. La construcción de las acciones protectorias del derecho ambiental.

Sabido es que la naturaleza carece del derecho subjetivo como facultad, para hacer o no hacer, salvo intervención humana para actuar en su representación para su tutela. En definitiva, el único derecho que tiene la naturaleza es el objetivo contenido en las leyes, particularmente en el elevado texto acuñado en el art. 41 de nuestra Ley Suprema. Kelsen explica el tríptico distintivo entre el "derecho objetivo" como sistema, el "derecho subjetivo" como facultad para hacer o no hacer libremente, y el derecho como "acción judicial", para lograr hacer operativo el sistema jurídico (7).

Bajo estas premisas, el "derecho objetivo", cobra virtualidad con la "acción judicial" impetrada en defensa de un "derecho subjetivo". Este esquema clásico adquiere una consideración particular, con atenuación de los recaudos ante los procesos ambientales, que a su vez imponen al judicante un compromiso superlativo.

Desde pasados lustros, Hegel explicaba la función básica del ejercicio jurisdiccional. Adunaba al respecto que, en la tarea de la jurisdicción, como aplicación de la ley al caso singular, se distinguen dos aspectos, primero el conocimiento de la naturaleza del caso de acuerdo con su individualidad inmediata, y segundo la asunción del caso bajo la ley del restablecimiento del derecho (8).

Es decir, se le exige al magistrado en su actividad jurisdiccional un umbral especial de conocimientos sobre la cuestión tríada a resolver, la cual, —tratándose de medidas destinadas a proteger el ambiente natural (art. 41 de la CN)—, a su vez requieren de una energía superlativa particular en la decisión.

La preeminencia de la cuestión ambiental desde la arista constitucional, y el énfasis que se le exige al juzgador en el conocimiento preliminar para decidir sobre cualquier aspecto procesal que se vincule con ella, ha sido puesto de resalto por la CS, al sostener que tratándose el ambiente—, de un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, cuya mejora o degradación afecta a toda la población, los jueces deben actuar con particular energía para hacer efectivos los mandatos constitucionales relativos a la materia, conforme el art. 41 de la CN (9).

IV. La incertidumbre en el campo ambiental

La incertidumbre aparece en mayor o menor medida en todas las cuestiones ambientales. Esta incertidumbre puede ser temporal, espacial, cualitativa o cuantitativa, pues los límites de la ciencia en la mayoría de los casos no permiten definir con "criterio acabado" que tal o cual empresa ha contaminado a tanta cantidad de individuos, y que los daños producidos son indefectiblemente causados por el agente degradante.

Explica el jurista italiano Postiglione que los efectos dañosos no están suficientemente conocidos ni desde la óptica cuantitativa ni en lo que hace a su distribución geográfica y ni siquiera, y de sobre manera, a sus precisas incidencias en orden a sus cualidades o al tiempo de aparición de sus efectos (efectos retardados) (10).

Similar tesitura ha adoptado la jurisprudencia de EE.UU., al respecto dijo que los márgenes de seguridad que se incorporan al estándar de calidad ambiental se transforman y terminan por ser demasiados modestos e incluso inexistentes cada vez que nuevas informaciones revelan efectos en la salud adversos a los niveles de contaminación que al inicio se tenían como no generadores del daño ambiental (11).

Se preguntaba Gorphe si la verdad menos rigurosa con la cual debe contentarse el Juez ¿no constituye sino una cierta verosimilitud? (12). Y la respuesta para los casos ambientales, no puede ser otra que la afirmativa.

En los casos ambientales debemos contentarnos muchas veces con la mera verosimilitud antes que, con la certeza, por cuanto la verosimilitud puede llevar, a lo sumo, a una medida protectora innecesaria, mientras que el no compromiso y la ajeneidad sobre la cuestión ambiental, puede traer consecuencias funestas para los habitantes de un lugar determinado, como asimismo para las generaciones que posteriormente lo harán, pues en materia ambiental. Como afirman Morello y Cafferatta, deviene imprescindible, cambio de mentalidad de por medio, no inmovilizarnos desde la legitimación al proceso colectivo (13).

Desde esta perspectiva, resulta insoslayable que el proceso debe adaptarse a las superiores necesidades de justicia, bajo pena de que, de no hacerlo así, se tornen meras declamaciones las normas de rango constitucional que imponen la protección del derecho a vivir en un medioambiente adecuado.

Por ello, por encima de los ritualismos del tradicional derecho procesal, en materia de derecho ambiental se impone el sentido de una justicia sustancial. (Conf. arts. 41, 42 y 43 de la CN; arts. 6º, 18, 19, 28, 32, 38 y ccds. de la ley 25.675) (14).

La ciencia jurídica, —y en particular el Derecho Procesal—, se encuentran en un proceso de discusión de los nuevos perfiles que ha adquirido y que debe adquirir la figura del Juez (15).

Sobre tales bases es que el esquema clásico jurisdiccional concebía la figura del juez como un ser neutral, pasivo, quieto, que no constituía más que la "boca de la ley", al decir de Carlos Louis de Secondant (Barón de Montesquieu). Hoy, la búsqueda se orienta hacia la correspondencia de lo instrumental, con destino a la eficacia realizativa de los derechos, en especial, los fundamentales (16).

Por eso, la tarea del juez es más que ardua, pues debe acudir a una estructura jurídica que *prima facie* se antepone a los sistemas tradicionales del derecho, y para la real vigencia de estos derechos, debe ejercitar dinámicamente todos los resortes que las leyes le confieren, dejando de lado concepciones obsoletas, y buscando expandir el acceso a la justicia y los efectos de sus decisiones. Tal como enfatiza Silva el proceso debe adaptarse a las superiores necesidades de justicia (17), y el Poder Judicial tiene la obligación de impartir la justicia ambiental y de encaminar las acciones o medidas procesales destinadas a tal finalidad.

En este orden, aduna el Maestro Cafferatta que la importancia del medioambiente justifica en algunos casos cierto grado de trasgresión de normativas que no se han adaptado a la realidad (18), incluidas las rígidas pautas del Cód. Proc. Civ. y Com., cuya aplicación literal puede tornarse disfuncional y contraria al espíritu y a las bases fundantes de la recepción constitucional de la protección del medioambiente en las Constituciones Federal y Provincial (arts. 41 y 109 respectivamente).

Además de que, por todos esos enunciados perjudiciales, conspira con los postulados de la Ley General del Ambiente (ley 25.675), que incorporó importantes innovaciones en materia de derecho procesal, las que bien pueden definirse como fundacionales de un nuevo proceso civil.

V. La necesidad de actuar con celeridad ante los potenciales daños ambientales. Un aspecto que se encuentra inmerso en la trascendencia misma de la cuestión involucrada.

La protección del medioambiente ante la más mínima posibilidad de su lesión no admite aplazamientos ni demoras burocráticas, es que el mismo carácter de la cuestión involucrada sella su destino. Conjuntamente con el pensamiento de Peyrano, estamos convencidos de que la tutela al medioambiente, en especial en su aspecto preventivo, habitualmente no admite dilaciones, presentándose como de satisfacción eminentemente perentoria (19).

La perentoriedad en la protección del medioambiente ha sido señalada por el maestro Morello quien ha hecho hincapié en que su preservación no admite demoras y exige que se la considere como una causa común (20).

El Poder Judicial va adquiriendo perfiles insospechados, asumiendo un protagonismo y responsabilidades de los que ya no puede desprenderse. La prevención como mecanismo neutralizador de perjuicios no causados es hoy en día, una efectiva preocupación y anhelo del intérprete. Ese derecho privado juega como mandato dirigido a la magistratura, cuya función preventiva de daños (art. 1710 y ss. del Cód. Civ. y Com.) es una nueva faceta de su accionar tanto o más importante que la de satisfacer o reparar los perjuicios causados.

VI. El compromiso de la Judicatura con las cuestiones ambientales y las medidas eficientes para este tipo de proceso.

Tal como lo ha sostenido la SCBA las autoridades provinciales, administrativas y judiciales, gozan de la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad (21).

En lo que hace a la función estrictamente jurisdiccional, y tal como se ha puesto de manifiesto en los epígrafes precedentes, la tutela del ambiente justifica soluciones expeditas y no puede ser alcanzada sobre la base de medidas jurisdiccionales tradicionales, que tienen más finalidad compensatoria que preventiva, por lo cual se justifica la adopción de medidas ambientales específicas, promocionadas por mecanismos procesales que puedan antever situaciones preventivas, lo cual conduce a que la ponderación sobre las ejecuciones de esas medidas sea igualmente importante, en lo que se refiere a la efectividad del resultado de los procesos judiciales.

Y ello debe ser así pues tal como ha dicho la CS la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, y eficaces (22). Siguiendo la tesitura de los Jueces Vázquez, Maqueda y Zaffaroni en un reciente pronunciamiento de la CS, podemos precisar que por aplicación de los principios de prevención y responsabilidad, y con el fin de que se adopten medidas ante la eventualidad de un daño acaecido o que pueda suceder en lo sucesivo resulta idóneo que en estos casos, —con carácter cautelar—, que se acredite la contratación de un *seguro de cobertura por actividades riesgosas* para el medioambiente (conf. art. 22 de la ley 25.675) (23), o en su defecto, que se constituya un *fondo de restauración ambiental* ante la eventual condena en el proceso civil.

VII. Las vías de acción ante un daño ambiental

Analizaremos algunas de las principales vías de protección del ambiente, entre ellas las medidas precautorias, la acción de amparo, la tutela urgente de la Ley de Política Ambiental Nacional (ley 25.675), y la acción preventiva. Por último, haremos mención a la necesidad de implementar el delito penal de contaminación ambiental para las empresas.

VII.1. Las medidas cautelares.

Sabido es que en materia de cuestiones ambientales las medidas cautelares cumplen un rol determinante y los recaudos típicos de estas precautorias (en especial la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora) deben ser analizados de manera particular.

— La *verosimilitud del derecho.* Corresponde en materia ambiental apreciar con un criterio elástico, abierto, y plenamente flexible con relación al recaudo de la verosimilitud del derecho, pues en definitiva entre los bienes jurídicos involucrados, el derecho de la salud que puede verse comprometido goza de mayor prevalencia que otros derechos, como por ejemplo el de propiedad.

— El *peligro en la demora*. Entendemos que el Juez posee una responsabilidad social significativa (24), y esa responsabilidad social no puede menos que ser efectivizada, —en los casos de daño ambiental—, mediante un accionar rápido y expedito pues la mera posibilidad de un daño en el ambiente implica por sí mismo que el dictado de la medida cautelar no admita dilaciones. Por lo tanto, también el peligro en la demora debe ser apreciado con criterio sumamente elástico y, ante la más mínima duda de su existencia, debe darse por cumplido el recaudo.

VII.2. La acción de amparo ambiental.

A partir de la regulación de la acción de amparo para garantizar los derechos de incidencia colectiva este se ha visto fortalecido como herramienta de tutela del derecho al ambiente. En el plano nacional la acción sigue estando regulada en la ley 16.986 (en cuanto no se oponga a la estructura diseñada por el art. 43, CN), y en el art. 321, inc. 2º del Cód. Cód. Proc. Civ. y Com.

En este orden, se ha señalado que la acción de amparo ambiental tendiente a que las demandadas establezcan medidas urgentes para proteger a los niños, niñas y adolescentes, maestros y personal no docente que concurren a las escuelas rurales de la Provincia, de los impactos negativos de la actividad agrobiotecnológica debe admitirse, debido a la falta de certeza de los daños producidos por la actividad fumigadora y atento a la obligación que sobre las demandadas pesa de vigilar y evaluar los efectos para la salud y el ambiente ocasionados o producidos por la exposición a plaguicidas y el aseguramiento de las condiciones en que se brinda educación en las escuelas rurales (25).

Vale señalar que, en algunas provincias, la acción de amparo que permite la tutela frente al daño ambiental colectivo está prevista en la propia Constitución y regulada por ley.

VII.3. La tutela urgente de la Ley de Política Ambiental Nacional.

El art. 32 de la ley 25.675 establece que la competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia (26). De dicho precepto surgen mandatos específicos para el judicante.

Se advierte que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admite restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente puede disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general.

Asimismo, en su sentencia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, puede extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes.

En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, puede solicitar medidas de urgencia, sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El judicante puede, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.

VII.4. La acción preventiva.

Los autores franceses distinguen prevención y precaución de acuerdo con el conocimiento que pueda tenerse de las consecuencias de una acción determinada Si se conocen esas consecuencias se debe prevenir, si en cambio no se conocen, porque en el ambiente científico existe la duda o no existen pruebas irrefutables, se deben tomas todas las precauciones necesarias (27).

El Código Civil y Comercial posee reglas claras sobre la llamada función preventiva de la responsabilidad civil. Desde esta arista, debemos señalar que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo (art. 1710 del Cód. Civ. y Com. y ccds.).

Los deberes y los derechos son como las dos caras de una moneda, si se reconoce un deber, consecuentemente surge un derecho, que en este caso esta materializado por la llamada acción preventiva, la cual procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. Esa acción, a diferencia de la acción resarcitoria (art. 1716 y ss. del Cód. Civ. y Com.) no requiere la concurrencia de ningún factor de atribución.

La acción posee una *amplia legitimación*, pues pueden reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño (art. 1712 del Cód. Civ. y Com.). Como queda evidenciado, la norma no habla de intereses legítimos; sino que recepta la idea de simple interés que requiera tutela.

Por último, la sentencia puede disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debiendo ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (art. 1713 del Cód. Civ. y Com.).

VII.5. La función resarcitoria.

Ante la existencia del daño consumado al ambiente cobra andamiaje la normativa propia del campo resarcitorio del derecho de la responsabilidad civil (arts. 1717, 1722, 1723, 1724, 1726, 1727 y 1737 del Cód. Civ. y Com.), a los fines de restituir la situación al estado anterior al hecho daño (art. 1740 del Cód. Civ. y Com.), en la medida, —claro está—, que ello sea viable.

VII.6. Las acciones penales contra las empresas contaminantes

Sin perjuicio de reconocer que no existe en la actualidad la posibilidad de aplicar directamente el derecho penal a las empresas contaminantes, decimos, siguiendo al Prof. brasilero Freitas Soares que en un escenario globalizado donde las actividades económicas se encuentran interconectadas, la responsabilidad penal de las personas jurídicas surge como una necesidad urgente e ineludible para aliviar el abuso intenso cometido a la cadena ecológica.

Explica el autor, que en materia criminal ambiental hay mucho por hacer en el Cono Sur y los países miembros en su proceso de integración deben adaptarse positivamente a esta nueva realidad política mediante la creación de tribunales jurisdiccionales y la actualización normativa especializada con el fin de frenar por medio de las sanciones penales dinámicas, innovadoras y rigurosas a las personas jurídicas que violen ese bien tan esencial, como lo es el medioambiente en el que se vive (28).

VIII. A modo conclusivo.

El derecho a vivir en un ambiente sano, consagrado en los arts. 41 de la CN, no se garantiza en forma efectiva si no se adoptan medidas eficaces y urgentes para evitar los potenciales efectos dañosos que se pueden producir en el ambiente (29).

La moderna concepción del derecho procesal le impone al Juez una función activa y con perspectiva social, pues el judicante es el verdadero director del proceso, por lo que está facultado, obviamente, para decretar las medidas que estime conducentes al logro de su meta primordial, que es el esclarecimiento de la verdad objetiva (30), máxime cuando esa verdad objetiva está destinada a corroborar o no un posible daño ambiental.

El Juez en los temas ambientales debe procurar un norte, un fin. Como explica Falbo ese fin, no puede ser otro que garantizar el derecho constitucional a un ambiente sano y equilibrado, además de apto para el desarrollo humano, sin comprometer a las futuras generaciones priorizando la recuperación ambiental sobre cualquier otro interés o derecho. La importancia central de la finalidad u objeto final en los casos ambientales tiene además fuerte importancia práctica-procesal en la medida que juzgará como último decodificador de dudas o contradicciones, transmutando la paralización propia de toda incertidumbre en una acción valiosa dirigida a fines que la superan. La propia CS en los Fallos 306-736 "Canesco" y "Elma" ha declarado que los jueces, si bien deben custodiar las formas, deben hacerlo atendiendo en todo momento al fin último... que no es otro que contribuir a la más efectiva, cuanto más eficaz realización del derecho (31).

En definitiva, tal como se dijo con anterioridad, el Juez en los temas ambientales no puede tener ante ellos la actitud de un orientalista que estudia un pergamino, pues la propia ley le exige un compromiso preeminente en su accionar. Por ello, a los Magistrados no les debe temblar el pulso para decretar las medidas y acciones concernientes para su protección efectiva, pues en ellos reposa el cuidado de las generaciones venideras que en los próximos lustros transitarán nuestras tierras y usufructuarán los recursos naturales que ella generosamente nos brinda.

Bibliografía.

(1) Ver el desarrollo de estas ideas en: ALTIERI, Miguel - NICHOLLS, Clara I., "Agroecología: Teoría y práctica para una agricultura sostenible", Ed. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2000, 1ª ed.; CAFFERATTA, Néstor, "Derecho a la Salud y Derecho Ambiental", LA LEY 2006-409, Derecho Constitucional, Doctrinas esenciales, t. II; FRENK, J., "La salud de la población, Hacia una nueva salud pública", Ed. SEP/FCE/CONACYT, 1993, p. 164; GALLEGOS, Miguel, "La epistemología de la complejidad como curso para la educación", Ed. Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Rosario; MORIN, Edgard, "La cabeza bien puesta", Ed. Nueva Visión, Buenos Aires, 2002; PRADO, Antonio, artículo publicado en Revista de Medicina de la Universidad de Navarra 1997, 41 [2]:4-9; ORDOÑEZ, G. A., "Salud ambiental: conceptos y actividades", Rev. Panam. Salud Pública, vol. 7, nro. 3, 2000; PASTORINO, Leonardo F., "El daño al ambiente", Ed. Lexis Nexis Argentina; REDONDO ESCALANTE, Patricia, "Salud ambiental y ocupacional", Ed. Centro de Desarrollo Estratégico e Información en Salud y Seguridad Social (CENDEISSS), 2004, 1ª ed.; TIBONE, María Angélica, "Necesidad prioritaria de una psicología social ambiental", Revista Ambiente y Recursos Naturales, vol. II, nro. 3, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1985.

(2) Ver CS en CS, Fallos: 265:354; 266:19; 278:259 y 280:75, LA LEY 124-533; 124-329; 143-273; 143-247.

(3) LÓPEZ MESA, Marcelo, "Interpretación de la ley (De la exégesis al finalismo y un poco más allá en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia)", LA LEY del 01/01/1995, LA LEY 1996-A, 1116.

(4) Ver CS en CS, Fallos: 258:17, LA LEY 115-762.

(5) KISS, Alexander - BEURIER, Jean Pierre, "Droit international de'l environnement, La documentation française", Ed. Odile Jacob, p. 121. KOURILSKY, Philippe - VINEY, Genviéve, "Le principe de precautión", Ed. Odile Jacob, p. 5. GALLO CURIA, Marcela, "Principios de precaución. Instrumentos jurídicos de gestión de riesgos", RDAmb 56, 143.

(6) Explica Cafferatta, que la incertidumbre científica, principal característica de este principio que lo diferencia de la prevención. Evaluación del riesgo de producción de un daño, se presenta aquí una situación paradojal, ya que se debe evaluar la posibilidad de la producción de efectos nocivos tal vez desconocidos. El nivel de gravedad del daño, el daño debe ser grave e irreversible y solo en este caso juega el principio de precaución "La hipótesis de precaución nos pone en presencia de un riesgo no mensurable, es decir, no evaluable". CAFFERATTA, Néstor, "Introducción al Derecho Ambiental", Ed. Instituto Nacional de Ecología (INE-SEMARNAT), México, 2004, p. 167.

(7) KELSEN, Hans, "La teoría del derecho", traducción de Moisés Nilve, Ed. Eudeba, 1999, 4ª ed. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "El derecho ambiental como hecho", LA LEY del 07/06/2012 16/05/2012, p. 1. Ver: JALIL, Julián E., "La prevención del daño ambiental mediante la aplicabilidad de medidas cautelares precautorias", RCyS 2014-IV, 199, AR/DOC/602/2014.

(8) HEGEL, Georg W. F., "Filosofía del Derecho", trad. del alemán por Angélica Mendoza de Montero, Ed. Claridad, Buenos Aires, 2009, p. 195.

(9) Ver: CS, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros", 20/06/2006, LA LEY del 11/07/2006, con nota de Daniel Alberto Sabsay, LA LEY del 11/07/2006, 4, LA LEY 2006-D, con nota de Daniel Alberto Sabsay LA LEY 2006-D, 281, DJ 2006-2, con nota de Carlos Aníbal Rodríguez DJ 2006-2, 706, LA LEY del 29/06/2006, 8, LA LEY 2006-D, 88, IMP 2006-15, 2006, IMP 2006-15, 1919, LA LEY 2006-E, con nota de Andrés Gil Domínguez, LA LEY 2006-E, 41, RCyS 2006, 1359, LA LEY 2006-E, con nota de Gala Barbieri, LA LEY 2006-E, 318, LA LEY del 02/11/2006, con nota de Leila Devia, Paula Noseda, Agnès Sibileau, LA LEY del 02/11/2006, 6, LA LEY 2006-F, con nota de Leila Devia, Paula Noseda, Agnès Sibileau, LA LEY 2006-F, 355, LA LEY del 29/11/2006, con nota de Pedro Zambrano, LA LEY del 29/11/2006, 9, LA LEY 2006-F, con nota de Pedro Zambrano, LA LEY 2006-F, 634, LA LEY del 21/03/2007, con nota de Néstor A. Cafferatta, LA LEY del 21/03/2007, 8, LA LEY 2007-B, con nota de Néstor A. Cafferatta, LA LEY 2007-B, 424, ED 220, 191, AR/JUR/1945/2006.

(10) POSTIGLIONE, G., "Manueale dell ambiente", Ed. La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1986, p. 22.

(11) Ver el caso: "Lead industries Association Inc. y EPA", 647 F2d. 1130, D.C. Cir. 1980.

(12) GORPHE, Francois, "De la apreciación de las pruebas", Ed. jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 118. JALIL, Julián E., "La prevención del daño ambiental mediante la aplicabilidad de medidas cautelares precautorias", RCyS 2014-IV, 199, AR/DOC/602/2014.

(13) MORELLO, Augusto M. - CAFFERATTA, Néstor, "Las medidas cautelares hoy", RDAmb 0, p. 175.

(14) Ver en este sentido: BIDART CAMPOS, Germán J., "Manual de Derecho Constitucional argentino", Ed. Ediar, 1974, t. I, ps. 299-300. BIDART CAMPOS, Germán J., "La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1988. p. 238 y ss. SILVA, Carlos D., "El proceso civil frente al nuevo derecho ambiental de orden público", RDAmb, Director Néstor A. Cafferatta (dir.). Ed. Lexis Nexis, Noviembre, 2004, ps. 97-100.

(15) Ver: PEYRANO, Jorge, "El perfil deseable del juez civil en el siglo XXI", JA 2001-IV-863. MORELLO, Augusto M., "Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas", Ed. Platense, 1998, p. 132. BERIZONCE, Roberto, "El Juez y la magistratura", Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 517. Entre muchos otros.

(16) Ver: CCiv. y Com., Mercedes, sala II, "Spagnolo, César Antonio c. Municipalidad de Mercedes s/ amparo", 19/03/2009, LLBA 2009 (junio), 491 con nota de Mariana Catalano, Mariana García Torres, AR/JUR/6207/2009.

(17) SILVA, Carlos D., "El proceso civil frente al nuevo derecho ambiental de orden público", RDAmb, Ed. Lexis Nexis, noviembre de 2004, sección doctrina, ps. 97 y ss.

(18) CAFFERATTA, Néstor, "Daño Ambiental. Jurisprudencia", LA LEY 2003-133.

(19) PEYRANO, Guillermo, "La tutela del medio ambiente a través de la medida autosatisfactiva. La problemática de la alta probabilidad del derecho del peticionarte", JA 1998-IV, 1008.

(20) MORELLO, Augusto M., "La valoración de la prueba y otras cuestiones en la tutela procesal del medio ambiente", JA 1993-IV, 1006.

(21) SCBA, 19/05/1998, "Almada, Hugo N. c. Copetro SA y otro; Irazu, Margarita c. Copetro SA y otro; Klaus, Juan J. c. Copetro SA y otro", LLBA 1998, 1314, con nota de Susana Cayuso; LLBA 1998, 943, con nota de Gabriel Stiglitz; RCyS 1999, 530, Cita online: AR/JUR/2444/1998.

(22) CS en autos: "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros", 08/07/2008, LA LEY 23/07/2008, 7, con nota de Alejandro Drucaroff Aguiar, Adriana Tettamanti de Ramella, Carlos Aníbal Rodríguez; LA LEY 2008-D, 458, con nota de Alejandro Drucaroff Aguiar, Adriana Tettamanti de Ramella, Carlos Aníbal Rodríguez; LA LEY 07/08/2008, 7, DJ 20/08/2008, 1087, DJ 2008-II, 1087, LA LEY del 20/08/2008, 10, con notas de Juan Vicente Sola y Mariana Catalano; LA LEY 2008-E, 119, con notas de Juan Vicente Sola y Mariana Catalano; Sup. Adm. 2008 (septiembre), 23, LA LEY 2008-E, 434. CCiv. y Com., Mercedes, sala II, "Spagnolo, César Antonio c. Municipalidad de Mercedes s/ amparo", 19/03/2009, LLBA 2009 (junio), 491, con nota de Mariana Catalano, Mariana García Torres, AR/JUR/6207/2009.

(23) Ver con similar tesitura lo resuelto por los Magistrados Vázquez, Maqueda y Zaffaroni en: CS, "Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA y otros", 13/07/2004, LA LEY del 13/10/2004, 8, con nota de Augusto M. Morillo, DJ 13/10/2004, 482, JA 2005-IV, 307, AR/JUR/2241/2004.

(24) Ver estas ideas en: CNCiv., sala H, 16/11/1995, Jurisprudencia santafesina, 31. p. 205.

(25) C2ªCiv. y Com., Paraná, sala II, 01/10/2018, "Foro Ecologista de Paraná y otro c. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y otro s/ acción de amparo", LL AR/JUR/47867/2018.

(26) Históricamente la CS ha dado lineamientos específicos que circunscriben la competencia a los órganos jurisdiccionales ordinarios y no a la justicia federal. En este sentido ha hecho referencia a diferentes motivos que vamos a desarrollar. La "esencial estrictez" que rige la materia federal en este tipo de pleitos: en los casos de demandas ambientales, la definición de la naturaleza federal del pleito debe ser realizada con especial estrictez, por lo que es preciso demostrar, con alguna evaluación científica, la efectiva contaminación o degradación según los términos de la Ley General del Ambiente del recurso ambiental interjurisdiccional; esto es, la convicción al respecto debe necesariamente surgir de los términos en que se formule la demanda y de los estudios ambientales que la acompañen, lo que permitirá afirmar la pretendida interjurisdiccionalidad o, en su defecto, aportando alguna otra evidencia que demuestre la verosímil afectación de las jurisdicciones involucradas.

[Ver: CS, "Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c. Provincia de Catamarca s/ amparo ambiental", 17/04/2012, LA LEY del 08/05/2012, 5, LA LEY del 11/05/2012, 7, Sup. Adm. 2012 (mayo), 63, AR/JUR/8293/2012. Y Dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo. Característica a la que ya había aludido en: CS, "ASSUPA c. Provincia de San Juan", 25/09/2007; CS, Fallos: 330:4234]. El límite presunto del perjuicio al ambiente producido por el factor degradante que lo genera: al respecto, no se vislumbra prima facie que el factor degradante pueda afectar al ambiente más allá de los límites del Estado local en donde este se generó . (Ver CS, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas c. Provincia de Buenos Aires y otros", 08/04/2008, LL AR/JUR/1694/2008).La migración de los recursos: teniendo en cuenta que la indiscutible migración de los cursos de agua, y de elementos integrados a ella como consecuencia de la acción antrópica, no son datos suficientes para tener por acreditada la interjurisdiccionalidad la jurisdicción federal pretendida (Ver CS, "Asociación Civil para la Defensa y Promoción del Medio Ambiente y Calidad de Vida", CS, Fallos: 329:2469). Pues, si bien la interdependencia es inherente al ambiente, y sobre la base de ella podría afirmarse que siempre se puede aludir al carácter interjurisdiccional referido, para valorar las situaciones que se plantean no debe perderse de vista la localización del factor degradante, y resulta claro que dicho factor, en el caso de existir, se encuentra en un lugar determinado. Más allá de la movilidad que se le pueda atribuir a los elementos naturales contaminados. (Ver: CS, causa: A.40.XLII, "ASSUPA c. San Juan, Provincia de y otros s/ daño ambiental y daños y perjuicios", sentencia del 25 de septiembre de 2007). La correspondencia de la cuestión planteada con el poder de policía local: el planteamiento se vincularía con el ejercicio del poder de policía ambiental que, en principio, está regido por el derecho público local y corresponde a la competencia de las autoridades locales. [Ver: CS, "Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c. Provincia de Catamarca s/ amparo ambiental", 17/04/2012, LA LEY del 08/05/2012, 5, LA LEY del 11/05/2012, 7, Sup. Adm. 2012 (mayo), 63, AR/JUR/8293/2012. Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo. Ver en igual sentido CS en autos: "ASSUPA c. Provincia de San Juan", 25/09/2007; CS, Fallos: 330:4234). Por ello existen actuaciones administrativas llevadas a cabo dentro del poder público provincial].La prevalencia constitucional de las autoridades locales en las materia de protección ambiental: las autoridades locales poseen la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Tal conclusión cabe extraerla de la propia Constitución, la que, si bien establece que le cabe a la Nación "dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección", reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (art. 41, tercer párrafo, CN). La solución propuesta tiene respaldo en el respeto a las autonomías provinciales, el que requiere que se reserven a sus jueces las causas que en lo sustancial del litigio versan sobre aspectos propios de la jurisdicción local. (Ver: CS, 13/06/2006, "Provincia de Neuquén c. YPF SA", CS, Fallos: 310:295, 318:992, 329:2280 CS, 26/09/2006. Ver asimismo los autos: "Fundación Reserva Natural Puerto Mar del Plata c. Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata", Revista de Derecho Público, 2009-1, Derecho Ambiental I, ps. 528 y 542). El ejercicio de la autoridad sobre el entorno natural y la acción de las personas que inciden en ese medio ambiente: es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio, máxime si no se advierte que el problema suscitado es compartido por más de una jurisdicción. [Ver: CS, "Asociación Ecológica Social de Pesca, Caza y Náutica c. Provincia de Buenos Aires y otros", 12/08/2008, LL AR/JUR/9064/2008. Con similar tesitura se recomienda la lectura de lo resuelto por el STJ Jujuy, "Albarracín Genoveva, Ortiz Ana María; Luna Ramón y otros c. Municipalidad de S.S. de Jujuy, Ayala Norberto y Telefónica Móvil de Argentina SA Movistar s/ tutela inhibitoria ambiental", 03/10/2011, LLNOA 2012 (febrero), 45, LLNOA 2012 (ab ril) con nota de Antonio Gustavo Gómez y Wendy Kassar, LLNOA 2012 (abril), 247, DJ del 25/04/2012, 37, AR/JUR/77446/2011].La falta de predominancia de la cuestión federal en la causa: la competencia federal procede cuando la acción entablada se basa, —directa y exclusivamente—, en prescripciones constitucionales de carácter nacional, ley del congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea predominante en la causa, pero no cuando se incluyen también temas de índole local y de competencia de los poderes locales, como son los atinentes a la protección ambiental en la provincia afectada. (CS, "Vecinos por un Brandsen Ecológico Soc. Civil c. Provincia de Buenos Aires y otros", 16/12/2008, LL AR/JUR/20224/2008).Para la existencia de una cuestión interjurisdiccional, es menester que exista prima facie una

contaminación de tal magnitud que afecten los recursos ambientales de varias provincias: corresponde a la competencia provincial entender en la demanda por daños a vecinos si no se encuentra debidamente determinado que el proceso de degradación o contaminación de los recursos ambientales, especialmente el suelo, agua y aire hayan sido afectados con tal magnitud que permita sostener que, en principio, se configure la afectación interjurisdiccional que requiera el art. 7º, segundo párrafo, de la ley 25.675. (Ver: CS, "Valente, Estela c. Johnsons & Sons de Argentina SAIC", 12/12/2006, LL AR/JUR/12036/2006. Resolución suscripta por los Jueces: Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, Ricardo Luis Lorenzetti). (Ver el desarrollo de estas ideas en CAPM, en autos: "Chardin Vizioli, Omar Enrique c. Aluar Aluminio Argentino SAIC y/u otros s/ daños y perjuicios (expte. 123, año 2012).

(27) GALLO CURIA, Marcela, "Principios de precaución. Instrumentos jurídicos de gestión de riesgos", RDAmb 56, 143.

(28) FREITAS SOARES, Jardel, "La criminalidad ambiental de las empresas en el Mercosur", Ed. Gráfica e Editora real, 2013, trad. de Camila Pinto Gadelha, ps. 210 y 213.

(29) Ver esta idea en: SCBA, "Fundación Ecosur Ecología Cultural y Educación de los Pueblos del Sur c. Municipalidad de Vicente López y otro", 28/12/2010, Sup. Adm. 2011 (marzo), 61, LA LEY 2011-B, 213, LLBA 2011 (mayo), 417, DJ 14/09/2011, 14, con nota de Roberto O. Berizonce, LLBA 2011 (septiembre), 868, con nota de Martín Sebastián Viola, AR/JUR/90169/2010. FERNÁNDEZ MADERO, Jaime, "La contaminación en la actividad fabril", LA LEY 2006-A, 972, DJ 08/02/2006, 269. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. V, 1603; RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, "Daño, riesgo y seguros ambientales", RCyS 2011-III, 52; PELLE, Walter D. - VERNETTI, Ana M., "Daño ambiental colectivo en la ley 25.675. Ley General de Medio Ambiente", DJ 2004-3, 1205.

(30) CCiv. y Com., Rosario, sala II, "B. de L., M. E. y otros c. S. P. S. A.", 22/11/1978, AR/JUR/1802/1978. Ver similar tesitura en: CNCom., sala D, "Recupero Energético SA c. Camuzzi Gas Pampeana SA y otros", 15/02/200, LA LEY del 07/05/2007, 8, LA LEY 2007-C, 234, LA LEY del 07/06/2007 con nota de Julio C. Otaegui, LA LEY 07/06/2007, 6, LA LEY 2007-C con nota de Julio C. Otaegui, LA LEY 2007-C, 595, LA LEY del 20/03/2008, con nota de Iván Darío Tenaglia, LA LEY del 20/03/2008, 5, LA LEY 2008-B con nota de Iván Darío Tenaglia LA LEY 2008-B, 316, AR/JUR/143/2007.

(31) Ver. FALBO, Aníbal J., "El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales", en CAFFERATTA, Néstor (dir.), Summa ambiental, Ed. Abeledo Perrot, p. 1255. Ver el desarrollo de todas estas ideas en CAPM, en autos: "Chardin Vizioli, Omar Enrique c. Aluar Aluminio Argentino SAIC y/u otros s/ Daños y perjuicios (expte. 123, 2012). Ver, asimismo: JALIL, Julián E., "La prevención del daño ambiental mediante la aplicabilidad de medidas cautelares precautorias", RCyS 2014-IV, 199, AR/DOC/602/2014.

La recepción en el Código Civil y Comercial de la doctrina del daño injusto del Derecho Italiano. Del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido

Por Julián Emil Jalil
Pietro Piccioni

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2019-X, 3
Cita Online: AR/DOC/1741/2019
[Consultado el: 05/07/2020]

Sumario.

I. El ocaso de la antijuridicidad entendida como la transgresión a un deber preestablecido.— II. El origen del daño injusto en el derecho italiano.— III. La funcionalidad del daño injusto. Diferencias con la antijuridicidad del Código derogado.— IV. Las causales de justificación del daño.— V. La funcionalidad de la doctrina del daño injusto en el derecho italiano.— VI. Conclusiones.

I. El ocaso de la antijuridicidad entendida como la transgresión a un deber preestablecido.

En muchos ordenamientos jurídicos comprados la necesidad de que exista un hecho descripto previamente establecido por el ordenamiento jurídico como recaudo necesario para imponer la sanción (antijuridicidad en sentido tradicional) (1) no resulta un recaudo insoslayable para atribuir responsabilidad. Se entiende, en la moderna concepción del derecho de daños, que se puede prescindir de la antijuridicidad, entendida en su concepto tradicional, sin que el esquema de responsabilidad civil se vea resentido.

Ahora bien, nosotros participamos de una opinión más moderada que entiende que la inclusión de la doctrina del "daño injusto" (art. 1717 del Cód. Civ. y Com.) en el sistema resarcitorio del derecho de daño ha modificado ese concepto tradicional, otorgando nuevos horizontes al término jurídico (2).

II. El origen del daño injusto en el derecho italiano.

Conocidas son las dificultades que se presentan a los tribunales de ese país para resarcir el llamado daño a la persona, daño a su integridad física y anímica. Es que el daño a la persona se identificaba, naturalmente, como *danno non patrimoniale*, "daño moral" según nuestro léxico corriente.

Y entonces la solución que da el Código italiano aparece como agudamente restrictiva. Porque, en efecto, en su art. 2059, en una previsión similar al viejo art. 1078 del Cód. de Vélez, dice este Código que "el daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley". Y esa determinación vino a darla el art. 185 del Cód. Penal italiano que indica que en caso de delito ha de "repararse el daño patrimonial y el no patrimonial".

Solución muy estrecha, repetimos, porque entonces, si no hay delito penal no cabe la reparación de ningún daño moral. Y aquí viene el empuje creativo de la jurisprudencia itálica del último cuarto de siglo, con

fundamento en el dispositivo de *ingiustizia* que se contiene en el art. 2043. Pues empezó a idear, a crear el concepto de "daño a la salud" como un tipo de daño con autonomía propia y ajeno al daño moral, y en consecuencia no comprendido en el art. 2059. De esta forma sacaba a este "daño a la salud" de la estrecha base del derecho penal a la que hemos aludido, y encontraba que tenía, el daño a la salud, su sustento normativo propio en el art. 32 de la Const. Italiana, que dice: "La República tutela la salud como derecho fundamental del individuo... Se le daba así valor operativo, directo, a la previsión constitucional" (3).

Progresivamente reconociendo como indemnizables, el daño biológico, el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual, el daño psíquico, las inmisiones sonoras, la violación de la privacidad, todos ellos con el fundamento de que son manifestaciones o formas de daños que se comprenden en el art. 2043, que menciona todo daño injusto, y no en el art. 2059, que alude al daño "no patrimonial", y que limita su resarcimiento, según se vio por vía de otra previsión legal, al supuesto de daños resultantes de un delito del derecho criminal. El daño biológico, dijo la jurisprudencia, es un daño en sí mismo, no es un daño consecuencia (o sea un daño en la psique, en los sentimientos, derivado de otro daño principal) como lo es el daño moral, y entonces está comprendido en el art. 2043 que habla del daño injusto, y su resarcibilidad deriva de una lectura constitucional del Cód. Civil, esto es, a la luz del art. 32 de la Constitución que ampara la salud (4).

III. La funcionalidad del daño injusto. Diferencias con la antijuridicidad del Código derogado.

El art. 1066 del Código derogado expresamente exigía la trasgresión a una disposición de la ley que estableciese un deber previo de conducta. El art. 1717 del Cód. Civ. y Com., por el contrario, estipula que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada. Se requiere de esta manera simplemente reconocer la existencia de un interés merecedor de tutela jurídica y no reprobado por el ordenamiento (conf. art. 1737 del Cód. Civ. y Com.).

El derecho tradicional ha partido de una premisa en razón de la cual no hay resarcimiento del daño si no existe una violación de un derecho subjetivo. Ese derecho subjetivo presupone un interés legítimo, un interés admitido expresamente por el ordenamiento jurídico.

El art. 1717 del Cód. Civ. y Com. incorpora un cimero paradigma, pues admite la protección de intereses simples, que no se encuentran registrados expresamente en la ley, pero que constituyen justas expectativas del hombre medio sobre el ordenamiento jurídico, las cuales, si resultan a su vez respetables y serias, deben ser atendibles y consideradas por el judicante en el caso concreto, siempre que no contraríen el orden público.

La protección de ese tipo de intereses cambia de enclave la partitura originaria escrita por el derogado Código, pues se genera una nueva concepción del derecho de daños, siendo la nota tipificante que decide la resarcibilidad del daño su carácter de injusto.

Entonces el daño es injusto en la medida que derive de la lesión de intereses merecedores de tutela jurídica, que son todos aquellos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados muestran como dignos y respetables, aunque no tengan cabida en las normas. Lo jurídico no se agota en lo legal, la injusticia del daño no supone reconocimiento normativo del interés lesionado. Con base en este razonamiento, cualquier interés de una persona siempre que sea serio y digno se hará acreedor a la tutela jurídica, pues será injusto lesionarlo (5).

Así, ninguna duda queda en que el derecho a la dignidad, honra, estabilidad o armonía familiar, integridad física, psíquica, social, salud mental, integridad moral crean intereses tutelados por el ordenamiento normativo (contemplado en su bloque interno y supranacional por expresa previsión de los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.), que merecen protección jurídica ante cualquier menoscabo que pueda afectarlos.

Se trata de proteger la lesión a valores dignos y respetados por toda la sociedad que ameritan su resarcimiento ante cualquier menoscabo, aunque no tengan, en la actualidad o en el futuro, una norma específica que determine un deber jurídico predeterminado a tales efectos.

El daño injusto no presupone un deber legal preestablecido como lo exigía el art. 1066 del Cód. Civil, sino que surge de cotejar el ordenamiento jurídico entendido en su totalidad (especialmente tratados internacionales y CN), para determinar si existe un interés que puede verse afectado en el caso concreto, el cual en la medida que merezca tutela jurídica por su razonabilidad deberá ser indemnizado (6).

IV. Las causales de justificación del daño.

El art. 1718 del Cód. Civ. y Com. establece que está justificado el hecho que causa un daño: a) en ejercicio regular de un derecho; b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.

Haremos una conceptualización de cada supuesto.

IV.1. El ejercicio regular de un derecho.

Los derechos tienen una razón de ser, una misión contra la cual no pueden revelarse. Si ese espíritu es contrariado existirá un ejercicio irregular, lo que dará derecho a reparación. En sentido contrario, si el ejercicio es acorde al espíritu del derecho, el daño que este produzca no es resarcible conforme el sistema reparatorio del Cód. Civ. y Com.

IV.2. La legítima defensa.

Como explica Vivas la legítima defensa es una causa de justificación fundada en la necesidad de la autoprotección y de afirmación del derecho y regida, como tal, por el principio de interés preponderante. Y continúa el autor explicando que siendo el Estado el llamado a evitar el acontecimiento injusto, no puede prohibir que, ante la imposibilidad de su actuación en tiempo oportuno, los particulares repelan con su fuerza y en perjuicio del ilegitimo agresor, el daño que les amenace en forma actual e inminente en su persona o en sus bienes. El declarar legítima la defensa, la ley hace de cada ciudadano un defensor del derecho, frente a aquel que, por medio de un acto ilícito, se coloca fuera de su protección (7).

Lo regulado por el Cód. Civ. y Com. en materia de requisitos de la legítima defensa se encuentra en concordancia con lo dispuesto por el art. 34, inc. 6º del Cód. Penal que reza: "...No son punibles: (...) Inc. 6º El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende...".

IV.3. El estado de necesidad.

El Código recepta el llamado estado de necesidad justificante, no así el *exculpande* (que admite ponderar bienes jurídicos de igual categoría). Este tipo de estado de necesidad, para eximir de responsabilidad, —y siguiendo la postura de Vivas—, debe cumplir con los siguientes requisitos: debe existir un peligro inminente de

pérdida de un bien jurídico propio o ajeno y la posibilidad de su salvación lesionando otro bien jurídico de menor valor relativo; debe haber acción necesaria (8), la situación de necesidad no debe haber sido creada por el titular del bien jurídico amenazado, sea por un obrar culpable o doloso, el bien salvado debe ser de mayor jerarquía que el bien lesionado, que el necesitado no tenga por oficio o cargo obligación de sacrificarse (9).

V. La funcionalidad de la doctrina del daño injusto en el derecho italiano.

V.1. Introducción.

Con el presente estudio se pretende abordar el problema de la injusticia del daño (10), prestando una atención especial a la función que se le reconoce normalmente, es decir, seleccionar los tipos de daños merecedores de protección resarcitoria en el ordenamiento jurídico italiano. Se trata de una cuestión clave no solo en una óptica de reconstrucción del sistema de responsabilidad civil, sino, como se pretende mostrar, el discurso sobre la injusticia del daño involucra a todo el sistema, así como la noción misma de derecho (11). En particular, el estudio de dicho concepto jurídico pondrá de relieve la inadecuación de todos aquellos enfoques (dogmáticos y formalistas) del derecho que se caracterizan por una vena totalizadora y unificadora a cualquier precio, motivados por la única preocupación absorbente para la seguridad jurídica. La injusticia del daño, al revés, muestra cómo el derecho, antes de ser una categoría abstracta objeto de especulación intelectual, es vida, y como tal fluye, evoluciona, muta y no tolera todos aquellos rígidos esquematismos y estructuras que impiden su movimiento.

Lo que acabamos de mencionar revela el verdadero propósito de este trabajo, que es entender si se puede hablar de la injusticia del daño en términos de "categoría pirandelliana" (12), en otras palabras, si en referencia a esta no sea apropiado renunciar definitivamente a toda identidad, para abandonarla totalmente a la fluidez de la vida, rechazando de fijarla en cualquier forma (13). Al hacerlo, se establecería una responsabilidad civil más cercana al caso individual (y sus peculiaridades), dotada de una vida colocada fuera de sí misma, que determina su identificación de vez en cuando en todo lo que la rodea, es decir, con el sentimiento común del vivir social. Por supuesto, una responsabilidad civil menos cierta [si todavía tiene sentido hablar de la seguridad jurídica en una sociedad pluralista (14)], pero posiblemente más justa (15), ya que más atenta al, así llamado, "ordenamiento del caso concreto" (16).

V.2. Prólogo.

Señalados los objetivos y las premisas del estudio que se pretende llevar a cabo, solo queda que definir una línea que ha de seguirse para estudiar la injusticia del daño. La primera pregunta que debe responderse se refiere a las razones que pueden justificar el estudio de este concepto jurídico. A este respecto, es suficiente señalar que el sistema de responsabilidad civil italiano, cuya principal disposición es el art. 2043 (17), Cód. Civil, se centra en el concepto de la injusticia del daño, a lo que se suele reconocer la función de seleccionar aquellas hipótesis de daños merecedores de protección resarcitoria (18). Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico italiano, hablar de las tipologías de daño resarcible, básicamente, significa hablar de la injusticia del daño.

De ahí la importancia de comprender el verdadero significado de este concepto, es decir, de reconstruir su lógica, su función, su contenido y su ámbito de aplicación. En otras palabras, se trata de comprender lo que es la injusticia del daño (19).

Se puede intentar responder a esta pregunta a través del uso de diferentes estrategias de argumentación y retórica, en este caso, sin embargo, es preferible utilizar los instrumentos teóricos del análisis conceptual, ya que son más adecuados para el tratamiento de un concepto que puede parecer como una "idea vaga y casi filosófica" (20).

De esta manera se buscará el significado y el sentido de la injusticia del daño haciendo referencia a tres concepciones diferentes de concepto jurídico, en función de que se haga referencia a las intenciones del "legislador histórico", a la forma en que es utilizado por la doctrina y la jurisprudencia (es decir, a el sentido que estos últimos le atribuyen), o a su estructura, en particular, tratando de identificar esas propiedades necesarias que definen su identidad y que no pueden faltar sin que el concepto se convierta en no configurable.

Este trabajo se llevará a cabo teniendo siempre en cuenta dos enseñanzas fundamentales: que aprender a utilizar un concepto significa "introducirse en la vida con ese término" y que lo que podemos hacer con los conceptos no está ya fijado de antemano, sino depende de nosotros, es decir, no debemos pensar en los bienes conceptuales como a perímetros de evaluación cerrados, sino como a nuevos espacios conceptuales de donde proseguir y cuyas posibilidades están en gran parte aún por determinarse (21).

V.3. La génesis.

"Tener o no un determinado concepto, habitar en una cierta dimensión conceptual, no es una simple cuestión de elección, sino se refiere a la historia, que nos dio ciertas posibilidades conceptuales en lugar de otras" (22). Por lo que, para comprender plenamente el significado y el alcance que el legislador tenía intención de asignar a la calificación del daño en términos de injusticia, primero es necesario analizar la génesis de este concepto. Es decir, recorrer las etapas claves que llevaron a su introducción en el Código Civil de 1942, tratando de entender donde el legislador lo tomó (cuál es su origen) y sobre todo las razones que le llevaron a hacerlo.

El primer Código Civil italiano (denominado *Codice* Pisanelli), aprobado en 1865 por el recién nacido aparato estatal, seguía en casi todas sus partes el planteamiento y la ideología que caracterizan el *Code Napoléon* (23), mediante la reproducción en varias partes de su contenido, aunque con diferencias que no son de escasa importancia y que nos impiden hablar de una mera traducción o adaptación. Esta última consideración, sin embargo, no se puede extender a la disciplina de la responsabilidad extracontractual. En efecto, el art. 1151 del *Codice* de 1865 reproduce casi literalmente el art. 1382 del *Code* (24).

Sin embargo, pronto en el escenario jurídico europeo, y en el debate sobre el resarcimiento de los daños extracontractuales, irrumpió un nuevo modelo de responsabilidad civil —que los estudiosos del derecho les encantan considerar alternativo a lo del *Code*— trazado por el BGB. El sistema alemán de la responsabilidad civil, como tradicionalmente indica la doctrina jurídica, se caracteriza por la enucleación de cada bien protegido cuya lesión solo puede dar lugar a la obligación resarcitoria (25). Por lo tanto, se afirma, se trataría de un sistema caracterizado por la tipicidad, ya que es la ley que indica de una manera exhaustiva los tipos específicos de ilícitos (26).

Como es sabido, el BGB, al igual que los enfoques doctrinales desarrollados por la ciencia jurídica alemana, ejercía, y siguen ejerciendo hoy en día, una fascinación no despreciable en los ambientes jurídico italianos (27). Así cuando el art. 2043 del nuevo Código Civil de 1942, repitiendo la formulación del viejo art. 1151 del *Codice* Pisanelli, llevó la única modificación de la calificación del daño en términos de injusticia, se afirmó desde muchos lados, y de acuerdo con diferentes caminos argumentativos, que tal añadido se debió precisamente a la influencia del nuevo Código alemán (28).

La cuestión es comprender si tal creencia corresponde a la verdad. En otros términos, se puede decir que la cuestión es verificar si la injusticia del daño es realmente una categoría del derecho heredada del ordenamiento alemán y si, en consecuencia, a esto se puede mirar para aclarar el alcance de su contenido y resolver las múltiples dudas de aplicación.

En realidad, los acontecimientos que llevaron a la génesis de la injusticia del daño parecen conducir a una conclusión diferente, para determinarla será suficiente prestar atención a las interpretaciones y aplicaciones relacionados con el viejo art. 1151 del *Codice* Pisanelli.

Punto de partida necesario de este análisis es un particular "imaginario jurídico" (29), que reconstruye el ordenamiento jurídico tal como se caracteriza por la presencia de solo dos categorías de actos (30), los actos lícitos en un lado y los ilícitos del otro. Estos últimos se distinguen de los primeros ya que el ordenamiento reacciona a su ocurrencia aplicando una sanción (y entonces será un ilícito penal) o un resarcimiento (y luego se hablará de responsabilidad civil). Desde ahí la inevitable reconstrucción de la responsabilidad civil en términos de "ilícito civil" (31), es decir, como un sistema de reglas que se caracteriza por una función básicamente sancionadora (32). Una consecuencia directa de esta orientación es un régimen jurídico centrado en la conducta del autor del daño, en particular, en la violación de un comando determinado (una regla de conducta) y en el carácter culposo de esta.

Esta reconstrucción sistemática no solo impregnaba el régimen de responsabilidad civil establecido por el *Codice* Pisanelli (y, como se verá, al menos en una primera fase, también el del Código Civil de 1942), sino también las construcciones doctrinales elaboradas en Francia y Alemania (33). Sin embargo, en esas dos experiencias, se desarrolló según modelos que la ciencia jurídica (34) suele describir como alternativos, hablando de sistema típico o atípico de responsabilidad en función de que los casos de ilícitos sean específicamente enucleados o menos.

Caso paradigmático del segundo tipo de modelo es el francés (y, por lo tanto, el italiano de 1865, que se basó en este último). El art. 1382 del *Code* (así como el art. 1151 del *Codice* Pisanelli), de hecho, reproduce la obligación de *neminem laedere* (o, con una terminología diferente, *alterum non laedere*), es decir, el genérico deber *erga omnes* de no lesionar la esfera jurídica ajena (35), cuya violación, siempre que haya culpa, da lugar a la obligación de resarcir cualquier daño causado a los demás (36).

Por otra parte, como se ha observado correctamente (37), la distinción entre los sistemas de responsabilidad típicos y atípicos es más formal que sustancial. De hecho, en su fase operativa —tratando de satisfacer las necesidades, por un lado, de seguridad jurídica y, por el otro, de elasticidad del sistema— los dos tipos de sistemas tienden a converger, con el fin de dar una respuesta a la mutabilidad de la demanda social de protección. Así, aunque la letra del *Code* permitía el resarcimiento de cualquier daño, es decir, de cualquier detrimento patrimonial (así llamado daño meramente patrimonial) causado por una conducta culposa, los intérpretes, por lo menos en una primera fase, adoptaron una concepción extremadamente restrictiva de la norma, que limitaba el resarcimiento solo a los casos de violación de un derecho absoluto de la víctima (38).

Así como el legislador italiano del 1865 había seguido servilmente el legislador francés en la formulación de la norma central del sistema de responsabilidad civil, paralelamente la doctrina italiana tomó la misma ruta siguiendo la interpretación de esta disposición que habían dado los intérpretes franceses. Así que, también en Italia, como en Francia, se configuró un sistema de responsabilidad en apariencia atípico, pero concretamente típico (39), que reconocía tutela *aquiliana* solo en caso de lesión de un derecho subjetivo absoluto.

En lo que aquí interesa, la experiencia italiana llegó a este resultado a través de una línea de argumentación que se puede resumir brevemente como sigue. El punto de partida se puede encontrar en la crítica que hizo influyente doctrina (40) al genérico deber de *neminem laedere*.

Entrando en el contenido de los argumentos críticos, se afirma que este principio no sería más que una fórmula vacía si no se considerase como la síntesis de todos los deberes específicos impuestos a cada uno hacia los demás. Ya que nadie podría decidir si el acto viola el deber genérico sin saber si viola un deber específico. La necesidad de que la responsabilidad civil solo surja como resultado de la violación de una obligación preexistente también respondía a la lógica del ilícito como construcción unitaria, y, por lo tanto, a la aplicación también en el ámbito civil del principio penal *nullum crimen sine lege* (41), concebido como un general principio garantista. Dicho esto, el punto central de esta teoría es la identificación de estas obligaciones preexistentes. En este sentido, se afirmó que estas no son solo las planteadas por una norma jurídica prohibitiva, sino también las presupuestas

"por la misma norma que las sanciones" (42), en otras palabras, todas esas obligaciones *erga omnes* de respeto y abstención destinadas por el ordenamiento a tutelar los derechos subjetivos absolutos (43). Esto implicaba calificar el hecho ilícito como *contra ius*, o sea requerir como elemento esencial de la *fattispecie* resarcitoria una conducta lesiva para los derechos absolutos o los otros intereses protegidos por normas (esencialmente prohibitivas) expresamente delegadas a su protección (44).

La tesis que se pretende defender aquí es que el legislador de 1942, en introducir en el texto del art. 2043, Cód. Civil la calificación del daño en términos de injusticia, más que mirar a las figuras análogas o similares del ordenamiento alemán, tenía intención de incorporar específicamente este enfoque (45). Es decir, pretendía positivizar los resultados de la doctrina expuesta anteriormente, sin embargo, utilizando una fórmula, la del daño injusto, amplia y elástica, que permitiera al sistema de adaptarse y adecuarse a los cambios sociales, que afecten particularmente a la responsabilidad civil. En otras palabras, el legislador de '42 se mostró circunspecto y consciente de los acontecimientos que vieron como protagonistas las codificaciones de Francia y Alemania. Las cuales, aunque portadores de técnicas de reglamentaciones antitéticas, en la aplicación práctica habían llegado a converger, generando los mismos resultados. Este éxito se debió a la demanda de tutela y protección procedente del contexto social, que dirigió con fuerza imparable la evolución y transformación de los dos modelos de responsabilidad, llevándolos mucho más allá de las intenciones de sus respectivos legisladores. Por lo tanto, mostrándose consciente de esto, el legislador optó por ratificar el elaborado por la doctrina del momento (es decir, una tipificación tendencial del modelo de responsabilidad civil), ya que sistema coherente y eficaz con respecto a las necesidades sociales y económicas de la época (46), pero al hacerlo utilizó un concepto, el de la injusticia del daño, lo que permitiera al sistema de proseguir en su movimiento vital.

La confirmación de esta tesis se puede encontrar en la *Relazione al Re del Codice Civile,* donde el legislador aclara expresamente que, mediante la adición a la vieja formulación de la calificación del daño en términos de injusticia, no tenía la intención de abandonar el modelo francés o abrazar al alemán, sino precisar y dar mayor claridad a lo dispuesto en el viejo art. 1151 del *Codice* Pisanelli. En particular, tenía intención de clarificar que, para que nazca una obligación en virtud del art. 2043, Cód. Civil, la culpa por sí sola no es suficiente, es necesario, además, que la conducta del autor del daño lesione la esfera jurídica ajena (47). Por lo tanto, se puede decir que se desprende del texto de la *Relazione* como el legislador haya querido abarcar la construcción doctrinal desarrollada en torno al viejo art. 1151, positivizándola a través del concepto de la injusticia del daño.

La elección del legislador de incorporar una reconstrucción tan limitante del sistema de responsabilidad civil no debe sorprender, de hecho, esta última cumplía con una forma precisa de ser de la sociedad italiana del tiempo (48) y a la misma era funcional, habiendo demostrado su capacidad para responder adecuadamente a la necesidad de protección de aquella fase histórica.

Punto central de la cuestión, sin embargo, está representado por la elección del concepto que se utiliza para este propósito, la injusticia del daño. De hecho, es un concepto extremadamente indeterminado, del cual son desconocidos los caracteres de contenido y los contornos de aplicación. Esta característica le permite asumir los más variados significados y, además, de presentarse como la piedra angular de las reconstrucciones más dispares del sistema de responsabilidad civil. Como prueba de esto, basta con señalar que la injusticia del daño, desde el momento de su aparición, será el objeto privilegiado de casi todos los esfuerzos de reconstrucción del modelo de responsabilidad civil italiana (49) y verdadero motor de tracción de la evolución de toda la materia (50). Hasta el punto de que se puede decir, con cierto grado de aproximación, que desde su aparición en el panorama jurídico italiano, la historia de la responsabilidad civil coincidirá con la historia de la injusticia del daño.

V.4. Las dos vidas de la injusticia del daño.

Hablando sobre la génesis del concepto de la injusticia del daño, es decir, aclarados los hechos que condujeron a su aparición, así como las razones que llevaron el legislador a introducirlo, hemos tratado de destacar que esta no es una categoría tomada de una experiencia jurídica extranjera (en particular, de la alemana),

sino de una creación original del ordenamiento jurídico italiano (51). Por lo tanto, para delinear su contenido no se puede mirar al uso que hacen otras experiencias jurídicas de este concepto. Del mismo modo, ni siquiera ayudó el estudio de las intenciones del "legislador histórico" y del significado que tenía la intención de atribuir a este concepto. Ya que, en la consecución de sus objetivos contingentes, tuvo el cuidado de utilizar un concepto que se caracteriza por una gran incertidumbre, al fin de no obstaculizar el proceso fisiológico de evolución que caracteriza el sistema de responsabilidad civil y que le permite adaptarse a los cambios de la sociedad. Por lo que, en la misma visión del legislador histórico, el concepto de la injusticia del daño habría sido destinado a la incertidumbre futura.

Una vez aclarados estos puntos, continuando con el análisis conceptual de la injusticia del daño, ahora se procederá al estudio de los usos y significados que le atribuye la doctrina y la jurisprudencia italiana. Lo que es sustancialmente equivalente a reconstruir las interpretaciones doctrinales que han tenido por objeto la injusticia del daño y, en consecuencia, el integral sistema de responsabilidad civil.

Al mismo tiempo, esto dará lugar al estudio de la influencia que tales teorías tuvieron sobre la jurisprudencia italiana (52), que, precisamente haciendo uso de estas, pudo extender progresivamente el espectro de la tutela *aquiliana*, reconociendo un número creciente de tipos de daño resarcible (53).

Desde este ángulo de perspectiva, se puede decir que la injusticia del daño hasta ahora ha vivido al menos dos vidas.

V.4.a. La primera vida. La injusticia como ilícito.

De acuerdo con las intenciones del legislador de 1942, la primera vida de la injusticia del daño, que aproximadamente puede hacerse coincidir con las tres primeras décadas de vigencia del actual *Codice Civile*, se desarrolló en continuidad con las adquisiciones asumidas por la doctrina italiana durante la vigencia del *Codice* Pisanelli. En esta fase histórica, por lo tanto, el concepto de la injusticia se hizo coincidir con el de ilícito (54).

Razón por la cual la injusticia no estaba referida al daño, sino al hecho, o mejor dicho, a la conducta del autor del daño. Esta última, para poder ser sancionada y, por lo tanto, dar lugar a una obligación resarcitoria, debe haber sido puesta *contra ius*, es decir, en violación de las prohibiciones específicas impuestas por el derecho objetivo (55), que, como se ha mostrado anteriormente, se hicieron coincidir con las que derivan de todas esas normas que proporcionan protección *erga omnes* de una determinada situación jurídica subjetiva (56). Por lo tanto, en esta fase, el concepto de la injusticia del daño se solapa con el de conducta *contra ius*, y la consecuencia directa fue la enunciación del dogma del resarcimiento *aquiliano* de las solas lesiones de los derechos subjetivos absolutos (57).

Paradigmático de esto enfoque es un caso jurisprudencial histórico, en donde la historicidad no se debe a razones jurídicas, sino en cuanto al hecho que estuvo relacionado con uno de los acontecimientos más trágicos de la historia del deporte italiano, la llamada catástrofe aérea de Superga (58). A raíz de este desastre el Torino Calcio actuó judicialmente con el fin de hacer valer la responsabilidad extracontractual de la compañía aérea, que, con su propia conducta culpable, lo había privado de las prestaciones no fungibles de sus jugadores, lesionando de esta manera el derecho de crédito del equipo de fútbol frente sus deudores que murieron en el accidente de avión. Se pedía, en resumidas cuentas, de reconocer la tutela *ex* art. 2043, Cód. Civil de la lesión de un derecho (relativo) de crédito en contra de una jurisprudencia que reconocía esta protección solo a los derechos absolutos.

En esta sentencia (59), precisamente, se encuentra una lista completa de los derechos cuya lesión, de acuerdo con la orientación tradicional, legítima el resarcimiento del daño ["derechos cualificados por la doctrina como absolutos, o sea los que tradicionalmente se afirman *erga omnes* y que se refieren a la protección de la personalidad humana y de la inviolabilidad de las cosas, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a

la libertad, al honor y a los derechos reales en general" (60)], y, en consecuencia, una vez más el rechazo a conceder tutela resarcitoria *ex* art. 2043, Cód. Civil por la lesión de un derecho relativo (en este caso, el derecho de crédito del Torino Calcio).

Aún así, se decidió llevar este caso jurisprudencial, ya que pone en plena luz el papel central que recubre en cada sistema de responsabilidad la relación entre la responsabilidad y la fatalidad (61). Esta, de hecho, cambia de un contexto social a otro y permite determinar el límite entre un daño que el ordenamiento considera merecedor de resarcimiento y el que, en cambio, es comúnmente considerado como tolerable y, por lo tanto, debe permanecer a cargo de quién lo sufrió. Esta cuestión presenta interés para el discurso que se está llevando a cabo, ya que está estrechamente relacionada con la injusticia del daño (62), pero a condición de que se abandone la dogmática del ilícito y se abrace a la del sistema de responsabilidad "como reacción del ordenamiento al daño injusto". En efecto, en este último caso el problema que se plantea no es sancionar una conducta, sino, una vez comprobada la existencia de un daño, identificar a la persona que tomará la carga, sea el autor del daño (en el caso en el que el daño sea calificado como injusto) o el dañado. En el discernimiento entre una u otra hipótesis tendrá un peso importante la relación específica existente en un contexto social determinado entre la fatalidad y la responsabilidad. Presión que se ejerce por medio de la injusticia del daño, a la que se asigna dicha función selectiva de los daños, y que, por eso, toma la forma de un prisma colocado entre la sociedad y el derecho.

Razón por la cual, se trata de una relación que bien expresa los cambios que están interviniendo en una determinada sociedad, así como la estrecha vinculación existente entre esta última y el sistema de responsabilidad civil y, sobre todo, el papel de conexión desempeñado por la injusticia del daño.

Por lo tanto, teniendo este punto de vista, la sentencia en cuestión es de gran interés no tanto porque confirma el dogma del resarcimiento de la lesión solo de los derechos absolutos, sino porque, en los pliegues de su motivación puede verse el prólogo del fin del modelo del ilícito civil. En efecto, la *Suprema Corte*, en frente de un sentimiento social no mucho dispuesto a aceptar la fatalidad de esta tragedia (63), y, sin embargo, decidida a mantener un sistema que en la mayoría de los casos había demostrado ser funcional (64), decidió no para justificar la decisión haciendo referencia a una mera construcción doctrinal, carente de cualquier base positiva, tal como el del dogma del resarcimiento de los solos derechos absolutos (65). Prefiriendo desviar la atención hacia la cuestión de los llamados daños indirectos (66), y, de esta manera, encontrar una base textual en el art. 1223, Cód. Civil, lo que limita los daños resarcibles a los que son consecuencia inmediata y directa del hecho perjudicial. En última instancia, esto equivalía afirmar que el dogma del resarcimiento de las solas lesiones de los derechos absolutos ya no era socialmente justificable.

Como se dijo anteriormente, la reconstrucción del sistema de responsabilidad como ilícito civil fue preservada en la transición desde el *Codice* Pisanelli al *Codice Civile* de 1942, a pesar de que la introducción del concepto de la injusticia del daño permitía reconstrucciones alternativas, porque era funcional y respondía a las necesidades de protección de un cierto tipo de sociedad. Por esta razón, el momento en el que este modelo comienza a entrar en crisis coincide con aquello en el cual el sustrato social subyacente empieza a cambiar (67) y, en consecuencia, el prototipo de daño [de carácter ocasional y material (68)] a partir del cual la doctrina y la jurisprudencia lo habían reconstruido se convierte en inadecuado. La sentencia del caso de Superga, como se ha demostrado, parece fotografiar plenamente el comienzo de esta crisis, en particular la insostenibilidad del dogma del resarcimiento de las solas lesiones de los derechos absolutos en frente a la creciente demanda social de una mayor protección a través de la expansión de los tipos de daño resarcible.

Así que, a principios de los años 50 la doctrina italiana se esforzó para dar una respuesta positiva a esta creciente necesidad de protección, sin embargo, tratando de permanecer dentro del recinto del imaginario del ilícito civil. Por lo que es relevante para el discurso que se está llevando a cabo (69), este intento se realizó a través de una expansión, por medio de la interpretación, del esquema del derecho absoluto (70), realizada sustancialmente recorriendo dos caminos alternativos.

En primer lugar, se trató de abarcar dentro del ámbito sancionador del art. 2043, Cód. Civil también los derechos de crédito, a través de la asignación parcial del carácter de lo absoluto también a estos últimos (71). En particular, este resultado se obtuvo descomponiendo las obligaciones en dos perfiles, uno interno (relativo a las relaciones entre el acreedor y el deudor) provisto de un carácter relativo y dinámico, y uno exterior, que tiene carácter absoluto y estático, relativo al deber *erga omnes* de no interferir en los acontecimientos relacionados con el buen funcionamiento de las relaciones que forman parte del primer perfil (72).

Parece mucho más relevante, sin embargo, el segundo camino elegido, que consiste en la "creación" de nuevos derechos absolutos (derecho a la serenidad de la familia (73), derecho a la identidad personal, derecho a la privacidad, derecho a la tranquilidad (74), derecho a la integridad patrimonial [de entenderse tanto como derecho a la libertad contractual (75), tanto como derecho a la reputación económica (76)], etc. (77).) funcionales para la protección de cualquier daño considerado merecedor de tutela (78) y, sin embargo, desprovisto *ab origine* de dicha calificación según la tradicional clasificación de las situaciones jurídicas subjetivas (79).

Paradigmático de este segundo enfoque es el célebre caso jurisprudencial de De Chirico (80). El pintor italiano, de hecho, fue declarado responsable civilmente por haber autenticado una pintura atribuida a él, que más tarde resultó ser falsa. La peculiaridad de la controversia reside en el hecho de que la acción judicial de resarcimiento se ejerció contra De Chirico por una persona que no había solicitado la auténtica al pintor, ni que había comprado la pintura a él, sino que simplemente se había convencido a la compra confiando en la autenticación. El caso, como es sabido, fue resuelto por la afirmación de la existencia de un derecho a la integridad patrimonial, consistente en el derecho de determinarse libremente en el ejercicio de las actividades de negociación relacionadas con el patrimonio, y, por lo tanto, con la condena del pintor (o más bien, de los herederos) que con su conducta había violado este derecho.

Este enfoque, que pretende crear en caso necesario nuevos derechos absolutos, ha sido objeto de críticas extensa y variada en el ámbito del debate doctrinal (81), y para los fines del discurso que se está llevando a cabo, parece oportuno añadir una más. En particular, ya se ha aclarado cómo el planteamiento del modelo de responsabilidad civil como sistema sancionador paralelo a lo penal —o más bien, como pertenecientes a la categoría unitaria del ilícito— había dado lugar a la extensión del principio garantista de *nullum crimen sine lege* también al ámbito civil. La consecuencia directa, configurando la responsabilidad como un área donde choca una demanda resarcitoria con una instancia de la libertad individual, fue precisamente la afirmación del dogma del resarcimiento solo de las lesiones relacionadas con los derechos absolutos. Por eso, esta teoría puede considerarse coherente solo si se reconoce la tipicidad de los derechos absolutos, al contrario, reconociendo a los jueces el poder de crear derechos absolutos *ad hoc* se introduce un grave elemento de contradicción con respecto al fundamento garantista que es a la base de esta doctrina.

Por estas razones, no parecía posible una ampliación de los tipos de daño resarcible, a estas alturas convertida en una necesidad impostergable, manteniendo el dogma del resarcimiento solo de las lesiones de los derechos absolutos, si no al precio de socavar gravemente los cimientos de la construcción teórica que sirvió como base e introducir elementos evidentes de contradicción en el sistema de responsabilidad civil. Esta doctrina tenía que ser abandonada y la clave para hacer este cambio estaba representada precisamente por la injusticia del daño.

Los primeros autores (82) que intuyeron su potencial, motivados por las preocupaciones sobre la necesidad de seguridad jurídica continuaron operando dentro la rígida dogmática del ilícito civil, sin embargo, tratando de utilizar la injusticia del daño para dar una respuesta más adecuada a la creciente demanda social de tutela resarcitoria. Ambos estudios en cuestión intentaron alcanzar este objetivo a través de la identificación de un contenido típico del deber genérico de *laedere neminem*, que no fuera la referencia a los derechos subjetivos absolutos (83).

Sin embargo, estos esfuerzos, aunque pueden ser considerados los precursores de los cambios radicales que siguieron, no resultaron satisfactorios para la exigencia de protección de ese tiempo. La razón del fracaso podría encontrarse en el hecho de que, como anticipado, continuaron a reiterar el modelo de la responsabilidad civil como sistema de ilícito, con las necesidades de tipificación de las hipótesis resarcitorias que con esto se complementa. En efecto, ambos autores rechazaron una configuración atípica del hecho dañoso, reemplazando la tipicidad de los derechos absolutos, en un caso (84), por la de los bienes jurídicos protegidos por las normas prohibitivas o punitivas y, en el otro (85), por la de las causas de exoneración.

En última instancia, estas construcciones mantenían en vida un sistema de responsabilidad caracterizado por la rigidez y el cierre hacia las instancias sociales, impidiendo así una expansión adecuada de los tipos de daño resarcible. Por eso, el modelo de responsabilidad civil italiana tenía que ser reconsiderado radicalmente, en primer lugar, abandonando el imaginario del ilícito civil, que necesariamente implica una concepción tipificada del sistema resarcitorio.

El inicio de este proceso se debe al estudio realizado por ilustre autor (86) sobre el concepto de ilícito. En particular, resaltando las diferencias profundas que existen entre este último y el concepto de responsabilidad, teniendo especialmente en cuenta los diferentes perfiles funcionales que los caracterizan, se puso de manifiesto la necesidad de un tratamiento diferenciado de regulación (87).

Si el análisis del concepto de ilícito comenzó el proceso que conducirá al fin del viejo sistema de responsabilidad civil, el logro de este resultado se debe básicamente a aquellos estudios (88) que criticando al principio tradicional de "no hay responsabilidad sin culpa" (89), cuestionaron la centralidad del papel de la culpa en el ámbito del sistema de ilícito. Así que, una vez que se devaluó el papel de la culpa, teniéndola en cuenta solo como uno de los posibles criterios de imputación de la responsabilidad, el sistema resarcitorio *aquiliano* ya no podía ser reconstruido en términos de ilícito.

La revisión del papel de la culpa y el consiguiente fin de la dogmática del ilícito trajeron la atención de los intérpretes italianos en el elemento de la injusticia, no más que ser para desvaluar y referirse a la conducta del autor del daño, sino para poner como fundamento del nuevo sistema de responsabilidad civil. En particular, en una manera mayor adherente al texto del art. 2043, Cód. Civil, se comenzó a referir la calificación de la injusticia al daño (90). Esto permitió el establecerse de un nuevo imaginario, el de la responsabilidad civil "como reacción del ordenamiento al daño injusto" (91). Por lo tanto, un modelo de responsabilidad ya no caracterizada por una función ampliamente sancionadora, sino por la finalidad de desplazar un cierto daño (92). Función esta cumplida, en primer lugar, precisamente por el concepto de la injusticia, ya que encargado del discernimiento de aquellos daños que, a la luz del ordenamiento, se consideran tolerables, y por lo tanto deben permanecer a cargo del dañado, y los que, viceversa, ya que injustos deben colocarse en la persona identificada como responsable a través de los diferentes criterios de imputación.

Las repercusiones en el campo de la jurisprudencia de esto nuevo enfoque no tardaron en llegar, y condujeron a un cambio radical en la actitud tradicional de cierre hacia el reconocimiento de una tutela resarcitoria fuera de las fronteras de las lesiones de los derechos absolutos. Aunque es aceptable la crítica que comúnmente se hace a las motivaciones de las sentencias dictadas desde este punto en adelante por los tribunales italianos, es decir, la acusa de utilizar un lenguaje confuso y contradictorio, a menudo caracterizado por la mezcla de conceptos derivados de dogmática diferentes, elegidos instrumentalmente de vez en cuando, dependiendo de la facilidad con la que permiten argumentar la decisión que parece más adecuada para el caso específico (93), pero también no hay duda que estas se caracterizarán para una expansión progresiva de los tipos de daño resarcible (94).

Si había un frente en el que la inadecuación del sistema tradicional de responsabilidad civil era particularmente percibida y sufrida, como se ha visto anteriormente, esto, sin duda, fue representado por la cuestión del resarcimiento de la llamada lesión externa del derecho de crédito. La ocasión de extender esta tutela

más allá del estrecho ámbito de los derechos absolutos (95), abarcando también el mencionado tipo de daños relativos, por un perverso giro del destino se presentó nuevamente con una tragedia para el Torino Calcio (96), casi veinte años después del fallo "Superga" que esa tutela había negado.

El caso en cuestión se refería a la demanda de resarcimiento *ex* art. 2043, Cód. Civil adelantada por el Torino Calcio contra el menor culpable de haber causado la muerte del jugador de fútbol Luigi Meroni en un accidente automovilístico. Como en el caso "Superga", también en esta ocasión se trataba de reconocer el resarcimiento del daño sufrido por el equipo de fútbol a causa de la lesión de su derecho (relativo) de crédito, consistente en la imposibilidad de beneficiar de las prestaciones de sus empleados a causa de la conducta negligente de un tercero. Como anticipado, en la motivación de la sentencia en cuestión emerge de una manera clara la influencia del nuevo imaginario de la responsabilidad civil, lo que conduce a la *Corte* al abandono definitivo de un dogma que ahora parecía carente de justificación ("una cuidadosa consideración de la realidad normativa, que se expresa en el art. 2043, Cód. Civil, lleva a la conclusión de que la norma no permite asumir como un dato claro y decisivo la rígida contraposición entre los derechos absolutos y los derechos relativos, al fin de limitar a los primeros la tutela *aquiliana*, negándola a los segundos"). El cambio de perspectiva aparece claramente cuando observamos la importancia que se concede a la injusticia del daño en la motivación de la decisión. En particular, de relevancia central se convierte el pasaje del fallo que establece que "la 'injusticia', que el art. 2043 asume como un componente esencial de la *fattispecie* de responsabilidad civil, debe ser entendida en el doble significado de daño producido *non iure* y *contra ius*: *no iure*, en el sentido de que el hecho productivo del daño no debe ser de otro modo justificado por el ordenamiento; *contra ius*, en el sentido de que el hecho debe afectar una situación subjetiva reconocida y garantizada por el ordenamiento jurídico en la forma del derecho subjetivo.

Esta interpretación, mientras deja fuera de la esfera de protección del art. 2043 los intereses que no son asumidos al nivel de derechos subjetivos, pone de relieve, por otra parte, la arbitrariedad de cualquier discriminación entre una categoría y la otra de derechos subjetivos, al fin de reconocer o excluir la tutela *aquiliana*". Sobre la base de estos argumentos, la *Corte* pudo afirmar el principio de resarcimiento de la lesión del derecho relativo de crédito consiguiente a el asesinato del deudor ajeno —aunque limitado a los casos en que la muerte haya determinado "la extinción del crédito y una pérdida definitiva e irreparable para el acreedor"— poniendo así fin a un enfoque que se prolongó durante casi un siglo.

Con este fallo puede hacerse coincidir el final de la primera vida de la injusticia del daño y, en consecuencia, de la responsabilidad civil italiana. A partir de este momento, el sistema experimentará una profunda transformación bajo la influencia de nuevos imaginarios jurídicos, los cuales llevarán a una multiplicación, para ciertos aspectos hipertróficos, de los tipos de daño resarcible.

V.4.b. La segunda vida. La responsabilidad civil como reacción al daño injusto.

Si la tarea de la filosofía es derribar dogmas sin edificarse de nuevos, no puede decirse lo mismo de la ciencia jurídica, que a menudo derriba dogmas precisamente porque pretende sustituirlos con otros más cerca de su propia ideología. Por lo tanto, detrás del contraste entre el sistema de responsabilidad "como ilícito" y el "como reacción a un daño injusto" se escondía un replanteamiento más profundo de las técnicas de normalización. En particular, a la forma tradicional de regulación para *fattispecie* (97), a partir de cierto momento en adelante, se ha ido acompañando, y en ciertos aspectos a contraponerse, la para "cláusulas generales" (98).

Para llegar a ser plenamente consciente de este debate es suficiente constatar el cambio radical que se obtiene si se reconstruye el art. 2043, Cód. Civil "como *fattispecie*" o "como cláusula general (o, más bien, como regla que contiene una cláusula general)".

La reconstrucción de un artículo según la lógica de la *fattispecie* comporta la descomposición de la norma jurídica en un enunciado condicional que conecta una suma de elementos taxativamente indicados al efecto jurídico dispuesto por esta. Por lo tanto, la producción de este último depende únicamente por la recurrencia en

el caso concreto de cada elemento individual previsto en la norma (así llamado juicio de conformidad entre la *fattispecie* abstracta y la *fattispecie* concreta).

Por lo tanto, reconstruyendo el art. 2043, Cód. Civil de acuerdo con los prototipos de esta técnica de elaboración de normas, la doctrina tradicional podía afirmar que para que pudiera originarse la obligación resarcitoria era necesaria la recurrencia en el caso concreto de la culpa, de la ilicitud de la conducta, del daño, de la relación de causalidad entre la conducta y el daño (99), ya que no se puede tener responsabilidad en ausencia de uno solo de estos elementos. Esta reconstrucción, en cuanto elevaba a elementos esenciales de la responsabilidad la culpa y la ilicitud de la conducta, se presentaba estrechamente vinculada al dogma del ilícito civil. Por esta razón, la crítica a este último modelo de responsabilidad, en varios aspectos, se presentó estrechamente vinculada a la crítica relativa a la reconstrucción del art. 2043, Cód. Civil como *fattispecie*.

En lo que aquí interesa, cabe señalar que si, como hemos visto, el abandono del modelo del ilícito permitía ir más allá del límite tradicional del resarcimiento de los solos derechos absolutos, identificando la nueva frontera (100) de la responsabilidad civil en la lesión de los derechos subjetivos (101), para cruzar también este último paso fronterizo y dar una respuesta positiva a la creciente necesidad social de protección, era necesario reconfigurar la estructura de la responsabilidad, renovándola profundamente.

El expediente teórico que permitió el logro de este resultado fue precisamente la relectura del art. 2043, Cód. Civil como cláusula general, o más bien como norma que contiene la cláusula general de la injusticia del daño.

La doctrina (102) que primero avanzó esta teoría en Italia, reconstruye el art. 2043, Cód. Civil como una norma que articula un problema, o sea lo de la reparación del daño sufrido por la víctima, y para resolverlo indica una directiva de valor (la injusticia del daño) (103), mediante la cual el juez está llamado a dar una respuesta respeto al caso individual concreto a la luz del principio constitucional de solidaridad social en arreglo al art. 2º cost. (104). El cambio de perspectiva que implica este nuevo enfoque es evidente, en efecto, gracias a ello fue posible reconstruir el modelo de responsabilidad como caracterizado por una estructura abierta, o sea como instrumento atípico de resarcimiento de cualquier daño calificado como injusto (105).

El nuevo escenario diseñado para la responsabilidad civil recibió de inmediato el consenso (y el entusiasmo) de la mayoría de la doctrina (106). Las razones de este éxito son evidentes, de hecho, esa reconstrucción del art. 2043, Cód. Civil ofrecía la base teórica para superar el dogma de la centralidad del elemento subjetivo de la culpa (107), así permitiendo archivar de forma permanente el modelo del ilícito civil. Pero, sobre todo, ella permitía ampliar, en manera hasta entonces desconocida, la gama de situaciones jurídicas protegibles en vía *aquiliana* (108), a través de una multiplicación de las hipótesis de daño resarcible imposible según el planteamiento de la vieja dogmática.

Como se mencionó anteriormente, la jurisprudencia italiana hizo un uso, por así decirlo, instrumentalizador y desordenado del importante aparato justificativo proporcionado por la doctrina. No obstante, el principio fundamental que animaba esta revolución del sistema de responsabilidad civil fue capturado en su totalidad por los tribunales italianos y, aunque con argumentos a menudo contradictorios, confusos e imprecisos comenzó también en el ámbito jurisprudencial aquella proliferación progresiva de nuevos daños resarcibles tan pedida por la doctrina y la sociedad italiana.

El primer ámbito en el que se materializó este cambio de ritmo fue, una vez más, lo que de la violación del derecho de crédito ocasionada por la conducta del tercero. A la hipótesis originaria de resarcimiento del daño derivado del homicidio del deudor (109) o de la persona obligada a una prestación alimentaria (110), se acompañaron las hipótesis de daño debido a la suspensión de la relación laboral a causa del tiroteo del empleado (111), a la destrucción de la cosa objeto de la prestación (112), a lo *storno* de empleados (113), así como al incumplimiento del deudor, cuando a esto ha sido inducido por el tercero o, de todos modos, a tal fin haya

habido su colaboración dolosa (114). Por último, el caso particular de la "doble alienación inmobiliaria", cuando una persona, que tenía conocimiento de la primera alienación a la que aún no ha seguido la transcripción, compra a su vez con el propósito doloso de transcribir por primera vez, de tal manera prevaleciendo por el dispuesto del art. 2644, Cód. Civil y privando el adquirente originario de la propiedad del bien (115). Sin embargo, debe aclararse que estas aberturas no deben engañar, de hecho, hasta ahora aún no se puede decir que existe en el ordenamiento jurídico italiano una tutela *aquiliana* generalizada de la lesión del derecho de crédito. En efecto, aunque en un contexto de expansión progresiva de las hipótesis de resarcimiento, los jueces italianos parecen querer conceder dicha protección solo en presencia de casos concretos que se caracterizan por la "particular importancia que tiene el interés perjudicado" o por el "particular disvalor social que tiene la conducta lesiva", como en el caso de conducta dolosa (116).

La jurisprudencia, sin embargo, no se detuvo a esta extensión de la tutela *aquiliana* en el campo de los derechos relativos. En efecto, como se ha explicado anteriormente, el nuevo sistema de responsabilidad configurado "como reacción del ordenamiento al daño injusto", no solo permitía ir más allá del dogma del resarcimiento de las solas lesiones de los derechos absolutos, sino que también permitirá cruzar la frontera de los derechos subjetivos, autorizando la extensión de la tutela resarcitoria también a aquellos casos en los que a resultar lesionada era una situación subjetiva diferente de un derecho. Así que se abrieron las puertas de la tutela *aquiliana* a los estatus (117), a las expectativas de derecho (118) y, sobre todo, a los intereses legítimos (119).

Sobre esta última hipótesis resarcitoria conviene detenerse, ya que la sentencia que por primera vez reconoció el resarcimiento *ex* art. 2043, Cód. Civil de las lesiones de los intereses legítimos (120) es de gran importancia en varios aspectos.

En primer lugar, esta representó el último capítulo de un largo debate doctrinal (121) crítico de la orientación tradicional de la jurisprudencia, que excluía el resarcimiento *ex* 2043, Cód. Civil de las lesiones de los intereses legítimos. Esto último, de hecho, era considerado como una inmunidad sustancial e injustificada concedida a la administración pública (122), para el ejercicio indebido de la función pública. Situación esta considerada tanto más social y jurídicamente no digerible en cuanto expresamente basada en la distinción dogmática entre derechos subjetivos e intereses legítimos, y sobre la posibilidad de referir la injusticia del daño solo a la lesión de los primeros (123). La presión (social en primer lugar, pero también doctrinal) hacia la extensión de la protección *aquiliana* a estas situaciones jurídicas subjetivas fue tan fuerte como para empujar la jurisprudencia, ya en un momento anterior, para eludir este límite con "operaciones de transfiguración de algunas figuras de interés legítimo en derechos subjetivos" (124). Estas maquinaciones tenían como objetivo principal, si no que exclusivo, el rescate del tótem de la limitación de la injusticia del daño a la lesión de los solos derechos subjetivos.

Si la extensión de la tutela resarcitoria *aquiliana* a la lesión de los intereses legítimos (125) sin duda es un evento de importancia crucial en la historia de la responsabilidad civil italiana, en cuanto al discurso que se está llevando a cabo, aún más importancia asume los argumentos utilizados para este fin por la *Corte di Cassazione*. En efecto, entre los pliegues de la motivación destacan todos esos "logros teóricos" alcanzados por la doctrina italiana en casi cuarenta años de esfuerzos para ampliar los tipos de daño resarcible. Así, se encuentra plásticamente enunciado el nuevo imaginario del sistema de responsabilidad civil "como reacción del ordenamiento a la injusticia del daño" ("la normativa sobre la responsabilidad *aquiliana* tiene la función de reparación del daño injusto, e injusto es el daño que el ordenamiento no puede tolerar que se quede a cargo de la víctima, pero que tiene que ser transferido a el autor del hecho, ya que lesivo de interés de carácter jurídico, cualquiera que sea su formal"), la consecuente irrelevancia para ese propósito de la distinción entre los derechos subjetivos y las otras situaciones jurídicas subjetivas ("sin que asuma una importancia decisiva su calificación en términos de derecho subjetivo"). Pero, sobre todo, en dicha sentencia la *Cassazione* reconstruye expresamente el art. 2043, Cód. Civil como norma que contiene una cláusula general ("el área del resarcimiento por lo tanto no está definida por otras normas que llevan prohibiciones y luego constitutivas de derechos (con la consiguiente tipicidad del ilícito en cuanto hecho lesivo de situaciones bien definidas que el legislador considera merecedores

de tutela), sino por una cláusula general, expresada por la fórmula 'daño injusto', en virtud del que es resarcible el daño que presenta las características de la injusticia [*omissis*]"), con las consecuencias sistemáticas que se derivan ("por consiguiente la norma sobre la responsabilidad civil no es norma (secundaria), destinada a castigar las conductas prohibidas por otras normas (primaria), sino norma (primaria) destinada a la reparación del daño injustamente sufrido por un sujeto como resultado de la actividad ajena").

En conclusión, como hemos tratado de mostrar, las nuevas construcciones teóricas desarrolladas por la doctrina italiana proporcionaron a la jurisprudencia todos los instrumentos necesarios para la expansión de la tutela *aquiliana* a través de la multiplicación de los tipos de daño resarcible. Por otra parte, esta proliferación se convertirá en exponencial y, en algunos aspectos, no controladas, cuando a la dogmática que se ha descrito hasta aquí vendrá a agregarse el fenómeno de la constitucionalización del derecho civil.

V.4.c. La constitucionalización de la responsabilidad civil.

Si las elaboraciones doctrinales que caracterizaron toda la segunda vida de la injusticia del daño permitieron el desplazamiento de la frontera de la responsabilidad civil hasta las situaciones jurídicas subjetivas distintas de los derechos, la nueva conciencia de la centralidad de los principios y valores enunciados (o subyacentes) a la Constitución, permitirá avanzar un paso más en ese proceso de expansión progresiva del ámbito de aplicación del art. 2043, Cód. Civil que se está describiendo aquí. En efecto, estos constructos teóricos proporcionaron todo el equipamiento necesario para asegurar que aquel proceso de constitucionalización (126) que afectó todo el derecho civil italiano (127) produjera sus frutos también en el campo de la responsabilidad civil. En particular, dicho enfoque doctrinal (128) y jurisprudencial, que consiste en la relectura de todo el derecho italiano a la luz de las normas, de los principios y de los valores expresados por la Constitución, reforzó aquella evolución de la responsabilidad civil desde sistema en defensa de la propiedad a instrumento de tutela (también) de la persona y sus intereses (129).

En particular, el reconocimiento también en el derecho civil (y por lo tanto en la responsabilidad civil) del valor central de la persona y del desarrollo de su personalidad pronto llevó al afirmarse en el debate jurídico del principio según el cual "cualquier interés digno de tutela" (130), si está leso, se debe considerar resarcible en virtud del art. 2043, Cód. Civil Por lo que, a este fin no es necesario que el interés se inscriba en una situación jurídica subjetiva específica, cualquier interés jurídicamente relevante —o sea un interés de cualquier manera considerado por el derecho— es suficiente para dar lugar a una obligación resarcitoria de acuerdo con el art. 2043, Cód. Civil (131).

Comienza así la fase a menudo descrita en doctrina (132) como caracterizada por un crecimiento hipertrófico y esquizofrénico de la responsabilidad civil. En esta etapa los jueces comienzan a ampliar el alcance operativo del art. 2043, Cód. Civil más allá de los límites delineados por las situaciones jurídicas subjetivas, reconociendo como merecedores de protección los intereses más dispares. De una manera aproximativa estos últimos se pueden agrupar en las siguientes categorías: daños por pérdida de *chance* (133), la lesión de situaciones de hecho, como la posesión (134), la retención (135), las relaciones familiares no basadas en el matrimonio (136), las meras expectativas (no de derecho) (137).

Asimismo fue reconocido digno de tutela el daño causado por informaciones inexactas (138), identificando como jurídicamente protegido el interés a no sufrir una alteración en el proceso de formación de la voluntad por la conducta dolosa o culposa de un tercero.

La ampliación de los tipos de daño resarcible no fue el único efecto de la constitucionalización de la responsabilidad civil, que, de hecho, también llevó a la superación de ese planteamiento que bordeaba todo el sistema en el terreno de la patrimonialidad, circunscribiendo la relevancia del daño no patrimonial en el ámbito de las excepciones a la regla (139).

De hecho, la responsabilidad surge sustancialmente alrededor del problema de la reparación de los daños patrimoniales, a razón del destino tradicional que se reconoce al derecho privado (140), o sea ocuparse de los intereses económicos y de los acontecimientos patrimoniales. Añádase a esto el enfoque jurisprudencial en boga en las primeras décadas del siglo XX, que consideraba amoral convertir en dinero el daño moral (141). Por estas razones, el legislador de 1942 modeló la disciplina de la responsabilidad civil sobre el daño patrimonial, mientras que el resarcimiento de lo no patrimonial estaba limitado por el art. 2059, Cód. Civil a los "solos casos establecidos por la ley". Esta última reserva de ley ha sido tradicionalmente interpretada como referida principalmente al art. 185, Cód. Penal, y a su previsión de resarcimiento del daño no patrimonial en caso de delito. Por lo tanto, a la luz de esta interpretación, se consideraba resarcible por la vía del art. 2059, Cód. Civil solamente el llamado daño moral subjetivo (142), configurable solo en esos casos en los que el ilícito civil también hubiera integrado una *fattispecie* penal ex art. 185, Cód. Penal.

En este escenario intervino la constitucionalización de la responsabilidad civil, transformando completamente la concepción del sistema. Esta, en particular, promoviendo el cuidado y la protección de los valores de la persona, irrumpió en este panorama a través de la instancia de tutela del así llamado daño biológico, o sea de la lesión, en sí misma considerada (143), de la integridad psíquica y física y de la salud de la persona.

El problema del reconocimiento de una protección a esta categoría de daños tiene una larga historia en el debate doctrinal-jurisprudencial italiano (144). En una primera fase, en una perspectiva conservadora de la plantación tendencialmente patrimonial del sistema de responsabilidad civil, dicha tutela se afirma a través de un proceso de "patrimonialización" de la persona (145). O sea, a través de una interpretación extensiva del concepto de patrimonio, entendido como incluyente también las cualidades personales del individuo. Por lo que, de esta se hacía descender la calificación del daño biológico en términos de daño patrimonial (146).

Este enfoque no tuvo mucho éxito, ni en doctrina y ni en jurisprudencia, y muy pronto fue sustituido por un otro que, explotando el potencial de la injusticia del daño, trató de completar ese proceso de transformación de todo el sistema de responsabilidad civil que se está describiendo, a través de su "despatrimonialización" (147).

En particular, explotando la centralidad del concepto de injusticia en el ámbito del art. 2043, Cód. Civil, la jurisprudencia pudo afirmar que este último artículo identifica como connotación del daño únicamente la injusticia, y no también la patrimonialidad. Por lo tanto, esta sería una norma que se refiere tanto al daño patrimonial como al no patrimonial, y, en consecuencia, caería en su área operativa también el daño biológico, ya que daño "injusto". Mientras que, por otro lado, no tropezaría con los límites previstos en el art. 2059, Cód. Civil, ya que esta última norma debe considerarse referida únicamente al daño moral subjetivo (148).

Si gracias al concepto de injusticia del daño la jurisprudencia había permitido la entrada en el área de la tutela *aquiliana* del daño biológico también, fue solo gracias a la constitucionalización del derecho civil que esta conquista se pudo considerar definitivamente adquirida. Este momento se hace coincidir con la sentencia n. 184/1986 (149) de la *Corte Costituzionale*. Con este fallo, la *Corte* reconoció el resarcimiento del daño biológico en virtud del art. 2043, Cód. Civil en conjunción con el art. ¿¿ cost., pero solo en presencia de valores y bienes constitucionalmente garantizados, sustancialmente hechos coincidir con los casos de lesión del derecho a la salud.

Al hacerlo, sin embargo, el juez constitucional resucitó la vieja dogmática del ilícito civil, aunque limitada a los casos de daño no patrimonial. En particular, configurando, exclusivamente para esta categoría de daños, el art. 2043, Cód. Civil como una norma secundaria sancionadora de la norma primaria prevista en el art. ¿¿ cost. (150).

La solución encontrada por la *Corte Costituzionale* no puede considerarse satisfactoria, ya que, dejando de lado la injusticia del daño y revitalizando el imaginario del ilícito civil, corría el riesgo de cerrar de nuevo el sistema de responsabilidad a la complejidad social. Mientras, como hemos intentado mostrar a lo largo de este

trabajo, en este ámbito la instancia de tutela procedente de la sociedad ejerce una fuerza que no puede ser contenida por barreras que por diversas razones la doctrina y la jurisprudencia han tratado de erigir a contención.

Por lo tanto, también en este marco, en un sistema caracterizado por el resarcimiento del solo daño no patrimonial coincidente con el daño moral subjetivo y con el daño biológico, se asoma un nuevo protagonista, el daño existencial, como manifestación de la irreductibilidad de la persona a la sola salud (151).

Esta nueva categoría de daño no patrimonial se estableció, en principio, en la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione* como un reflejo, o más bien, como una nueva manifestación del daño biológico (152). Por otra parte, esta reconstrucción limitaba significativamente su ámbito de aplicación, impidiendo la extensión del resarcimiento a las personas cercanas a la víctima de la lesión de la integridad física y psicológica, que en estos casos ven perjudicadas las relaciones afectivas y las condiciones de existencia (153). Por lo tanto, se trató de configurar el daño existencial como una categoría independiente del daño biológico, pero con el riesgo por esta vía de tropezar dentro de los límites previstos por el art. 2059, Cód. Civil Por esta razón, los esfuerzos de la doctrina y de la jurisprudencia se centraron en la interpretación de la fórmula "en los casos determinados por la ley" contenida en dicha disposición, para que no constituyera un obstáculo para la admisibilidad del resarcimiento del daño existencial.

Esto lleva a una interpretación constitucionalmente orientada del art. 2059, Cód. Civil, cuya referencia a la ley ahora debe ser considerada referida también a la Constitución, en particular a su art. 2º, que "reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre". Así que ahora el art. 2059, Cód. Civil debe considerarse norma orientada a la tutela de los valores de la persona garantizados por la Constitución (154).

Esto nuevo enfoque de la jurisprudencia redibuja todo el sistema, de modo que ahora cada daño no patrimonial que resulta de la lesión de los valores relacionados con la persona debe ser considerado como comprendido dentro del dispuesto del art. 2059, Cód. Civil. En particular, el daño moral subjetivo (ahora entendido como transitoria perturbación del estado de ánimo de la víctima), el daño biológico (es decir, la lesión del interés, constitucionalmente garantizado, a la integridad psíquica y física) y el daño existencial, derivados de la lesión de otros intereses constitucionalmente garantizados relacionados con la persona (155).

En este nuevo escenario, la función de seleccionar en el caso concreto los daños no patrimoniales resarcibles se asigna a la referencia a los derechos inviolables de la persona contenida en el art. 2º de la *Costituzione*. Sin embargo, como ha sido aclarado (156), este último artículo tiene "naturaleza generativa de nuevos infinitos derechos" y, como tales, no puede reconocérsele ninguna capacidad selectiva.

Por lo tanto, por esta vía, recibieron tutela resarcitoria en las salas de justicia italianas los ámbitos de la esfera personal más dispares: "actividades que realizan la persona", "dignidad social y profesional", "hábitos de vida", "dignidad de la persona", "hábitos y el modo de ser del sujeto", "decisiones de vida", "la esfera de los afectos y la solidaridad mutua", "los valores de la persona", "el *modus vivendi* esencial para la expresión y el desarrollo de la persona", "la actitud y el modo de ser del sujeto", "la integridad moral", "la imposibilidad o dificultad de reintegrarse en las relaciones sociales y de mantenerlas a un nivel normal" (157).

Como es evidente, la situación recién mencionada (158) impone una reflexión sobre los criterios de selección de los intereses merecedores de tutela resarcitoria. Si se considera el sistema de responsabilidad civil como unitario (159), y por lo tanto centrado en la disposición del art. 2043, Cód. Civil, es decir, si se considera que para que un daño no patrimonial pueda dar lugar a una obligación resarcitoria es necesario que resulte digno de protección a la luz de dicha norma, a través del filtro de la injusticia del daño, entonces será precisamente a este último concepto que se tendrá que mirar para resolver esta cuestión.

En particular, el problema se concreta en la identificación de un criterio que permite calificar como injusto un tipo específico de daño. Sobre esta cuestión (160) en doctrina se han multiplicado las orientaciones

más dispares, con el objetivo de hacer valer en este contexto la "utilidad social" (161) o el "principio de solidaridad" (162), otros autores han propuesto la "buena fe objetiva" (163), otros el "principio de razonabilidad" (164). Por último, se ha propuesto de usar la "teoría del abuso del derecho" (165).

Esta última teoría, en particular, nació en el campo de la tutela resarcitoria de los derechos inviolables de la persona y, por lo tanto, es particularmente interesante al fin del discurso que se está llevando a cabo. Esta se inscribe en aquel enfoque doctrinal que definiendo el daño injusto como ese producto sea *non iure* que *contra ius* (166), tiende a valorizar la dimensión comparativa de los intereses en conflicto en el ámbito del juicio de injusticia. Es decir, se afirma que este último no solo implica la evaluación del interés del dañado, sino también la apreciación del interés perseguido por el autor del daño, así como las modalidades de su conducta (167). En otras palabras, se afirma que la injusticia del daño constituya la sede de una comparación entre las esferas de intereses en conflicto que atribuye importancia a posteriori a la tipología de impacto entre estas, en concordancia con una concepción de la injusticia de tipo relacional, basada en la asignación de relieve jurídico al tipo de relación transcurrida en concreto entre dañado y autor del daño. La consecuencia es de identificar la regla técnica que establece y da contenido a la evaluación comparativa de los intereses en conflicto en el examen a posteriori tanto de la conducta lesiva, como de la relación que se ha instaurado entre el autor del daño y la víctima, a la luz del principio de prohibición del abuso de derecho (168). En este contexto, este principio constituiría el criterio para hacer esta comparación, dando un contenido específico al carácter genérico de la injusticia del daño (169).

En conclusión, a partir de esta larga reconstrucción de esas orientaciones jurisprudenciales y doctrinales que han manejado la injusticia del daño no se puede decir que emerja una noción o concepción unívoca de este concepto. La indeterminación que lo caracteriza, por el contrario, ha permitido a cualquiera que hubiera querido de hacer de eso la piedra angular de su propia reconstrucción personal del sistema. En aras de la simplicidad, solo se han descrito las posiciones que han tenido más protagonismo en el debate y se han sido colocados en un orden consecuente que en realidad nunca existió. De hecho, las diversas doctrinas y los diversos enfoques jurisprudenciales a menudo han convivido en el mismo período, dando lugar a un escenario caótico, desordenado, contradictorio e incierto. Por lo tanto, si se intentase de encontrar en el lenguaje utilizado por los juristas una noción de la injusticia del daño se debería concluir que en este ámbito ella ha adquirido infinitos significados, *centomila* precisamente.

VI. Conclusiones.

En la búsqueda de un contenido (o, mejor, de un significado) de la injusticia del daño que permita de aprender el parámetro que domina la selección de los tipos de daño resarcible, se vio cómo esto no se puede encontrar ni en referencia a la intención del legislador, ya que este último ha hecho uso específicamente de un concepto evolutivo para que el sistema de responsabilidad pudiera satisfacer a los cambios sociales, ni mirando al modo en que la doctrina y la jurisprudencia lo han entendido, ya que se pueden encontrar un número infinito de diferentes concepciones, incompatibles entre sí. Por lo tanto, no queda más que hacer referencia al tercer tipo de noción conceptual, es decir, la que busca su sentido a través de un análisis de la estructura (170).

Antes de hacerlo, sin embargo, es necesario precisar una cuestión clave para el fin de la plena comprensión de la operación que se está a punto de realizar. De hecho, que se busque o no de lograr un resultado dotado de universalidad, suficiente para dar certidumbre a la reconstrucción propuesta, la realidad es que en este caso tal resultado no parece de todos modos posible. Cuando se manejan conceptos como la justicia (o injusticia) se llega inevitablemente a resultados relativos y variables. En efecto, se está tratando con un concepto que es sí jurídico, pero también dotado de una fuerte carga ética y moral. Y lo que caracteriza a los conceptos más típicamente éticos (como "deber", "bueno", y precisamente "justicia") es el hecho de que no tener ningún significado en sí mismo. Estos últimos, lo asumen en virtud de la situación en la que se aplican y dependen de un conocimiento de lo que son los seres humanos, tomados en el marco de sus actividades de pensamiento y de decisión (171), en otras palabras, en su "sentimiento de la vida" (172).

Dicho esto, en el análisis de la noción de justicia (o injusticia), se comenzará a partir del análisis de las propiedades necesarias de este concepto, o sea de la búsqueda de esos elementos que caracterizan su identidad, condicionando su existencia. Desde este punto de vista, por las razones expuestas anteriormente, no es posible referirse a un concepto de justicia sustancial (o sea basado en uno o más valores determinados). En efecto, este último será inevitablemente ligado a las experiencias, a la sensibilidad, a la cultura y a la visión del mundo de cada uno, por lo que no parece posible identificar un elemento sustancial del concepto de justicia que sea común a una pluralidad de personas. Cada uno tiene su propia idea de justicia, en consecuencia, se tendrán tantas concepciones de la justicia como el número de individuos y encontrar una propiedad necesaria de este concepto en el que todos están de acuerdo parece imposible.

Razón por la cual, parece mucho más útil recurrir a una noción de justicia de tipo procedimental.

De hecho, las teorías de la justicia procedimental pretenden definir los procedimientos y las reglas (de procedimiento) que pueden proporcionar directrices a los diferentes sujetos involucrados en diferentes contextos para decidir qué principios de justicia sustantiva adoptar (173). Así que se trata de una concepción más inclusiva y sensible a los diferentes contextos, y, como tal, la más adecuada a la luz del discurso que se está llevando a cabo. Por lo tanto, adoptando este punto de vista en la búsqueda de las propiedades necesarias de la injusticia del daño, se puede establecer en primer lugar que se trata de un concepto que implica necesariamente un juicio (174). El problema ahora es entender qué tipo de juicio es y, sobre todo, cómo funciona.

En primer lugar, de acuerdo con una concepción neutral de juicio, este puede ser entendido como un conjunto de reglas (o también una única norma) que distribuye beneficios y obligaciones. En estos términos se pueden leer también el juicio operado a través del concepto de la injusticia del daño. De hecho, si este último termina con la calificación del daño como injusto, entonces el sistema de responsabilidad civil concederá un resarcimiento a un sujeto e impondrá una obligación de pago a otro.

Por lo tanto, el punto es entender cómo funciona este juicio, sobre la base de qué mecanismos, según qué reglas.

Cuando se habla de la justicia procedimental nos puede servir de ayuda la obra de John Rawls (175). De acuerdo con el filósofo americano, como se sabe, la idea de la justicia procedimental puede tomar tres formas diferentes, que se diferencian por la existencia de un criterio preexistente para definir el resultado justo (sistema perfecto/imperfecto o puro) y por el hecho de que la aplicación de este criterio asegura que el resultado del procedimiento sea correcto (sistema perfecto o imperfecto).

La injusticia del daño, no estableciendo en sí mismo ningún criterio que permita discernir entre el daño resarcible y no, constituye el ejemplo típico de sistema de justicia llamado puro. En otras palabras, se trata de un procedimiento que no previendo criterios preexistentes e internos para determinar cómo los beneficios y las obligaciones deben ser repartidos, siempre termina con un resultado justo, a condición de que se siguió el procedimiento establecido. Esto es así porque es el procedimiento a transferir su calidad (de justicia) al resultado que originará de lo mismo. Esta, en pocas palabras, es la lógica de los sistemas de justicia puros.

Por lo tanto, la injusticia del daño puede ser reconstruida como un juicio cuyo resultado, por la única razón de que el procedimiento se aplicó, en otras palabras, por el mero hecho de que el juez aplicando el art. 2043, Cód. Civil consideró un daño injusto o justo, debe considerarse correcto, o sea justo.

En última instancia, de acuerdo con este planteamiento, el concepto de la injusticia del daño, no previendo ningún criterio para discernir lo que está justo y lo que no, entregaría al juez el poder de decidir libremente lo que debe considerarse un daño injusto.

Por otra parte, como se ha aclarado correctamente (176), lo que se ha dicho hasta aquí no es suficiente, en efecto, en un sistema de justicia puro, para que el resultado del procedimiento siempre pueda ser considerado justo, no es suficiente con que se haya aplicado el procedimiento, también es esencial que el procedimiento mismo se pueda calificar en términos de justicia. Es decir, se necesita un criterio de justicia externo al procedimiento, expresado en términos de valores, que lo funda y lo defina como justo.

No hace falta decir que debe tratarse de un principio o valor externo, ya que no tiene que influir en la sustancia del resultado del procedimiento, pena la desnaturalización arbitraria de la naturaleza del juicio, con el riesgo de la llamada "tiranía de los valores" (177). Esta es la razón fundamental por la que no pueden aceptarse todos esos intentos de la doctrina (anteriormente mencionados) para identificar un criterio (utilidad social, la solidaridad, la buena fe, razonabilidad, abuso de derecho) que permita calificar un daño como injusto. Esta cualificación ha devuelto —por el art. 2043, Cód. Civil— exclusivamente a la libre apreciación del juez, a culminación de un juicio que tendrá que celebrarse en el respeto de los principios que fundan y justifican el ordenamiento jurídico (178).

En este sentido, esta función se lleva a cabo habitualmente en los ordenamientos jurídicos por los principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad (179).

Por lo tanto, se puede concluir que a partir de un análisis estructural de la injusticia del daño emerja un concepto que implica un juicio para definir qué daños son merecedores de resarcimiento. Este juicio se remite a la decisión del juez, sin prever ningún criterio que oriente la evaluación. En consecuencia, debe ser considerado injusto cualquier daño que el juez evalúe así, pero a la condición que dicho juicio se desempeñe en el respeto de los principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad.

Esta solución, que en cierto modo puede parecer extrema (180), en verdad "se casa" con la estructura actual de la sociedad italiana. De hecho, en la actualidad estamos asistiendo al fenómeno conocido como "sociedad plural" (181), que se caracteriza por la coexistencia dentro del mismo contexto de valores, principios e intereses heterogéneos. Se trata de un marco, así como caracterizado por una mayor incertidumbre en comparación con las experiencias del pasado, que se caracteriza por el conflicto como forma típica de coexistencia de los grupos sociales (182). Por lo tanto, en una sociedad así caracterizada la forma de derecho más adecuada es aquella por principios, la que parece ser la única capaz de garantizar la supervivencia de una sociedad plural, cuya condición es el reequilibrio continuo a través transacciones de valores (183).

A esta perspectiva se suma la necesidad que, en un ámbito, precisamente como el de la responsabilidad civil, en que es tan fuerte la proximidad entre *ius* y el sentido social común, se abandonen esquemas rígidos y se abra el derecho a la vida, permitiendo al juez de seleccionar los daños de acuerdo con un juicio de injusticia libre, remitido al sentimiento común social y guiado por los principios estructurantes del ordenamiento jurídico.

Bibliografía.

(A) Investigador italiano. Doctor en Derecho. Universidad de Perugia - Universidad de Salamanca.

(1) Es decir, al estilo de Kelsen se requieren dos normas, una que describa el hecho y otra secundaria que imponga la sanción.

(2) La norma se basta a sí misma, se trata de un dispositivo completo que contiene descripción, sanción debiendo analizarse a posteriori la subsunción de la conducta en el dispositivo.

(3) CASIELLO, Juan José, "El daño injusto como daño jurídico, vinculado con la atipicidad del ilícito resarcible", en ANDC (Acto de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba), 22/05/2001.

(4) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?, Rev. Der. Privado y Comunitario, Daños a la persona, I, p. 85.

(5) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, t. IV, p. 124. JALIL, Julián E., "Derecho de daños aplicado", Ed. Grupo Ibáñez, Bogotá, 2013. Como, asimismo, JALIL, Julián E., "Tratado de la responsabilidad civil", Ed. El Zahir, Buenos Aires, 2012.

(6) Ver esta posición en: JALIL, Julián E., "Daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial. A propósito de las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, 2015", DFyP 2016 (mayo), p. 16, AR/DOC/1126/2016; idem, "El daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial", RCyS 2016-III-15, AR/DOC/393/2016; idem, "Derecho de daños aplicado", cit.; idem, "Tratado de la responsabilidad civil", Buenos Aires, 2012, t. I; idem, "Daños en el derecho de familia", Buenos Aires, 2012. Asimismo, ver los artículos de mi autoría: JALIL, Julián E., "Daños derivados del divorcio y presupuestos para la procedencia de la responsabilidad civil", DFyP /2011 (enero), Ed. La Ley, p. 13; idem, "El 'divorcio electrónico': ¿el medio más idóneo para una sociedad muda?", LA LEY Online 15; idem, "La pretensión resarcitoria de los hijos hacia sus padres por el padecimiento de daños congénitos sufridos por un obrar doloso o culposo de sus progenitores", DFyP, 01/06/2012, Ed. la Ley, 2012 (junio), p. 29. Y nuestras ponencias en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2015, celebradas en el mes de octubre en la ciudad de Bahía Blanca y en el Congreso de la Familia Adolescencia y Niñez 2015, celebrado en noviembre en la ciudad de Mendoza (Ganadora del premio a la mejor ponencia).

(7) VIVAS, Mario L., "La legítima defensa y el estado de necesidad en la responsabilidad civil extracontractual", Ed. Ibáñez, Bogotá, 2012, ps. 247-248.

(8) Explica el autor que la acción no es necesaria si el perjuicio podía ser evitado de otro modo.

(9) VIVAS, Mario L., ob. cit., ps. 332 y ss.

(10) Por mencionar solo algunos de los ilustres juristas que han abordado el tema, consagrando la injusticia del daño como papel central en el debate jurídico italiano, se v. SCHLESINGER, Pietro, "La 'ingiustizia' del danno nell'illecito civile", Jus, 1960, ps. 338 y ss.; SACCO, Rodolfo, "L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043", Foro padano, t. I, 1960, ps. 1420 ss.; DE CUPIS, Adriano, "Il danno. Teoria generale della responsabilità civile", Milano, 1966, passim; CORSARO, Luigi, "Responsabilità civile (diritto civile)", en Enciclopedia giuridica Treccani, XXVI, Roma, 1991, ps. 6 ss.; NAVARRETTA, Emanuela, "Il danno ingiusto", en LIPARI, Nicolò - RESCIGNO, Pietro (dirs.), Diritto civile, en ZOPPINI, Andrea, Attuazione e tutela dei diritti, Ed. Giuffrè, Milano, 2009, t. IV, "La responsabilità e il danno", t. III, ps. 137 ss.; RODOTÀ, Stefano, "Il problema della responsabilità civile", Ed. Giuffré, Milano, 1964, ps. 46 ss.; TRIMARCHI, Pietro, "Illecito (diritto privato)", en Enciclopedia del diritto, Ed. Giuffrè, Milano, 1970, t. XX, ps. 90 ss.; SCOGNAMIGLIO, Renato, "Responsabilità civile", en Nuovo digesto italiano, Ed. UTET, Torino, 1962, ps. 628 ss.; VISITINI, Giovanna, "Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile", Ed. Cedam, Padova, 2005, 3ª ed., ps. 38 ss.; SCALISI, Vincenzo, "Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile", Rivista di diritto civile, t. I, 2004, ps. 29 ss.; PUGLIATTI, Salvatore, "Voce alterum non laedere", Enciclopedia del Diritto, Ed. Giuffrè, Milano, 1958, t. III, ps. 98 ss.; ALPA, Guido, "La responsabilità civile. Parte generale", Ed. Utet, Torino, 2010, ps. 358 y ss.; PERLINGIERI, Pietro, "La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento", en Rassegna di diritto civile, 2004, ps. 1078 y ss.; BUSNELLI, Francesco D., "La parabola della responsabilità civile", Rivista Critica Diritto Privato, 1988, ps. 643 y ss.; BARCELLONA, Mario, "L"ingiustizia' del danno e il doppio regime della responsabilità", en CARNEVALI, Ugo (dir.), Dei fatti illeciti, t. I, en GABRIELLI, Enrico (dir.), Commentario al Codice Civile, Ed. Utet, Torino, 2011, ps. 61 ss.; CASTRONOVO, Carlo, "La nuova responsabilità civile", Ed. Giuffrè, Milano, 2006, 3ª ed., p. 10; D'ANTONIO, Virgilio, "Il danno ingiusto", en STAZIONE, Pasquale (dir.), Trattato della responsabilità civile, Ed. Cedam, Trento, 2012, t. II, p. 86; PIRAINO, Fabrizio, "Ingiustizia del danno e antigiuridicità", en Europa e diritto privato, 2005, ps. 705 ss.; MEZZASOMA, Lorenzo, "Il danno da cose negli ordinamenti italiano e spagnolo", Ed. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, passim; idem, "La responsabilità per danno da cose", en Rassegna di diritto civile, t. I, 1997, ps. 100 y ss.

(11) "La cuestión del concepto de derecho precede lógicamente a la del contenido de un ordenamiento jurídico. De hecho, el contenido normativo de un ordenamiento jurídico no puede ser identificado antes de que se han establecido las fronteras entre las normas del derecho, por una parte, y las reglas de otros ordenamientos normativos como la moral, las costumbres y la religión, por otra parte", así NEUMANN, Ulfrid, "Theorie der

juristischen Argumentation", en BRUGGER, Winfried - NEUMANN, Ulfrid - KIRSTE, Stephan, Rechtsphilosophie in 21. Jahrhundert, Ed. Suhrkamp, Frankfurt, 2008, ps. 233 y ss.

(12) La referencia es a la obra maestra de PIRANDELLO, Luigi, "Uno, nessuno e centomila", Ed. Feltrinelli, Milano, 2013, XII ed. Después de todo "siempre cabe la posibilidad de que un libro de ficción arroje alguna luz sobre las cosas que fueron antes contadas como hechos", así HEMINGWAY, Ernest, "Festa mobile", Ed. Mondadori, Milano, 2001, p. 3.

(13) Así PIRANDELLO, Luigi, ob. cit. Parecería posible trazar un paralelismo con la obra de Pirandello. De hecho, la concepción de la injusticia del daño nace unitaria, coincidiendo básicamente con la que es la intención de su "legislador histórico", hasta el día en el que la variedad de la vida muestra la inadecuación de tal cristalización. Así que, este concepto entra en una crisis de identidad, que todavía lo impregna. A la concepción originaria se suman múltiples reconstrucciones irreconciliables entre sí, hasta la destrucción y trituración de cualquier pretensión identitaria. De tal manera que la injusticia del daño sigue el mismo camino tomado por el protagonista de la novela de Pirandello (Vitangelo Moscarda), y solo hay que preguntarse si para ella no sea apropiado llegar a ese mismo final feliz. Es decir, abandonar cualquier pretensión de encerrar a la injusticia del daño dentro de rígidas construcciones formalistas y dejarla fluir libre de cualquier limitación mortificante.

(14) LARMORE, Charles, "Pluralism and reasonable disagreement", Social philosophy and policy, 1994, ps. 74 y ss.; BERLIN, Isaiah, "The crooked timber of humanity", Ed. Henry Hardy, London, 1991, ps. 80 y ss.; CEVA, Emanuela, "Verso una definizione di Pluralismo", en Dissensi. Rivista italiana di scienze sociali, 2003, passim.

(15) No hace falta decir que la actividad argumentativa de un jurista tiene lugar necesariamente en el contexto de un cierto concepto de derecho y, por lo tanto, sobre la base de una determinada posición filosófica del derecho. Así NEUMANN, Ulfrid, ob. cit., ps. 233 y ss. Por lo tanto, el presente trabajo no pretende ofrecer una reconstrucción de la injusticia del daño que represente la "verdad", sino solo presentar una propuesta interpretativa fuertemente influenciada por la noción de derecho y por el imaginario jurídico propios del autor.

(16) PERLINGIERI, Pietro, "Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", en Rassegna di diritto civile, 2005, ps. 188 y ss.; idem, "Il diritto civile nella legalità costituzionale", Ed. Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1991, 2ª ed., ps. 298 y ss. Con el convencimiento de que el nivel más adecuado para saber no es el general y global, sino lo de la micro-perspectiva, lo particular. LITOWITZ, Douglas E., "Postmodern philosophy and law", Ed. University Press of Kansas, Kansas City, 1997, passim.

(17) Art. 2043, Cód. Civil, "cualquier hecho doloso o culposo que ocasione a otro un daño injusto obliga a aquel que lo ha cometido a resarcir el daño".

(18) D'ANTONIO, Virgilio, ob. cit., p. 86.

(19) "El más delicado problema de interpretación de todo este ámbito es determinar el sentido y el alcance de este adjetivo", así PUGLIATTI, Salvatore, "Scritti giuridici", Ed. Giuffrè, Milano, 2011, t. IV, p. 114.

(20) Así SACCO, Rodolfo, "Introduzione al diritto comparato", en SACCO, Rodolfo (dir.), Trattato di diritto comparato, Ed. Utet, Torino, 2015, 6ª ed., p. 100.

(21) DIAMOND, Cora, "The Realist Spirit: Wittgenstein, Philosophy, and the Mind", Ed. MIT Press, Cambridge, 1991, ps. 74 y ss.; DONATELLI, Piergiorgio, "Etica e analisi concettuale. La riflessione morale di Cora Diamond", en Etica & Politica, 2006, ps. 25 y ss.

(22) MURDOCH, Iris, "Vision and Choice in Morality", en MURDOCH, Iris (dir.), Existentialists and Mystics. Writing on Philosophy and Literature, Ed. Allen Lane, New York, 1998, p. 95. Sobre el tema DONATELLI, Piergiorgio, ob. cit., ps. 4 y ss.

(23) Las razones de la derivación desde el modelo napoleónico son múltiples. En particular, el Code Napoleón a su vez se adhiere al esquema romanístico —es decir, recoge elementos e instrumentos jurídicos que nacieron primero en Italia y luego se convirtieron en herencia común de la experiencia jurídica europea— convirtiéndose en el portador de una tradición que era considerada por la opinión pública como patria. Además, sobre todo, el entorno jurídico que dio origen al Codice Pisanelli no era ajeno a la experiencia del Code, como no lo era Italia. De hecho, durante menos de una década (1802-1810) el Code encontró aplicación directa también en suelo italiano como consecuencia de la ocupación de grandes partes del territorio por el Imperio Napoleónico, así como de la creación de Estados italianos satélites de Francia (Reino de Italia desde 1805 y el Reino de Nápoles desde 1806).

(24) "Cualquier acción humana que cause daño a otro obliga al que la haya cometido a su resarcimiento". Cfr. CORSARO, Luigi, ob. cit., ps. 6 y ss.; CASTRONOVO, Carlo, ob. cit., p. 10.

(25) De acuerdo con el § 823 y ss. se es responsable solamente cuando se lesionan con dolo o culpa la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o un derecho similar de la víctima. Otros párrafos equiparan a la norma del § 823 una serie de otras hipótesis y, por último, el § 826 hace responsable a quién actúa intencionalmente en daño de los demás de una manera contraria a las buenas costumbres. Para un examen del sistema alemán y de los enfoques construidos por la doctrina y por la jurisprudencia alemana se v. SACCO, Rodolfo, "Introduzione al diritto comparato", cit., ps. 99 y ss.; cfr. ZWEIGERT, Konrad - KÖTZ Hein, "Introduzione al diritto comparato", Ed. Giuffrè, Milano, 2011, t. II, ps. 319 y ss.

(26) Así D'ANTONIO, Virgilio, ob. cit., p. 90.

(27) Sobre este aspecto v. en particular CASTRONOVO, Carlo, ob. cit., ps. 2 y ss.

(28) En particular, se afirma que el concepto de injusticia del daño es una transposición en el ordenamiento italiano del concepto de widerrechtlich contenido en el § 823 BGB. D'ANTONIO, Virgilio, ob. cit., ps. 91 y ss.; CASTRONOVO, Carlo, ob. cit., ps. 10 y ss.; cfr. PIRAINO, Fabrizio, ob. cit., ps. 705 y ss.; CORSARO, Luigi, ob. cit., ps. 6 y ss.

(29) Una concepción ingenua del derecho tiende a considerarlo solo como un sistema de normas destinadas a regular las relaciones sociales, de acuerdo con los valores sociales producidos por otras esferas de la actividad cultural. En verdad, antes que organizarla, el derecho imagina la sociedad y da cuerpo institucional a este imaginario. En este sentido, el derecho crea la realidad en la que opera y los valores en que se basa. Así HESPANHA, Antonio M., "Panorama histórico da cultura jurídica europea", Ed. Plubicaçoes Europa-América, Lisboa, 1997, 2ª ed., trad. ital., "Introduzione alla storia del diritto europeo", Ed. Il Mulino, Bologna, 1999, ps. 67 y ss.

(30) Cfr. BETTI, Emilio, "Teoria generale delle obbligazioni", Ed. Giuffrè, Milano, 1954, t. II, ps. 42 y ss.

(31) Ejemplos de esta orientación son los estudios de BRUNETTI, Giovanni, "Il delitto civile", Ed. B. Seeber, Firenze, 1906, ps. 1 y ss.; CARNELUTTI, Francesco, "Il danno e il reato", Ed. Padova, 1926, ps. 62 y ss.; DE CUPIS, Adriano, ob. cit., passim; CASETTA, Elio, "L'illecito degli enti pubblici", Giampichelli, Torino, 1953, ps. 21 y ss.

(32) Cfr. PERLINGIERI, Pietro, "Le funzioni della responsabilità civile", en Rassegna di diritto civile, 2011, ps. 116 y ss.; idem, "La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento", cit., ps. 1078 ss.

(33) Para un análisis comparativo v. MONATERI, Pier G., "La responsabilità civile", en SACCO, Rodolfo (dir.), Trattato di diritto civile, Ed. Utet, Torino, 1998, t. III, ps. 51 y ss. En particular, para la reconstrucción de las orientaciones elaboradas por la doctrina francesa v. LIMPENS, Jean, "La faute et l'acte illecite en droit comparé", en Mélanges en l'honneur de J. Dabin, Ed. Bruylant Sirey, Bruxelles-Paris, 1936, t. II, ps. 726 y ss.; MARTY, Gabriel, "Illicéité et responsabilité", en Etudes juridiques offertes a Julliot de la Morandière, Ed. Dalloz, París, 1964, ps. 339 y ss. Para aquellos desarrollados en Alemania se v. LARENZ, Karl, "Vertrag und Unrecht", en Die Haftung fur Schaden und Bereicherung, Ed. Hanseatische, Hamburg, 1937, t. II, ps. 1 y ss.; STOLL, Heinrich, "Vertrag und Unrecht", Ed. J.C.B. Mohr, Tubingen, 1943, ps. 1 y ss.

(34) La clasificación de eso modo de los diferentes sistemas de responsabilidad civil se remonta a NIPPERDEY, Hans C., "Die Generalklausel im künftigen Recht der unerlaubten Handlungen", en Grundfragen der reform des schadensrechts, München-Berlin, 1940, p. 36. Cfr. CORSARO, Luigi, ob. cit., ps. 6 y ss.

(35) V. PUGLIATTI, Salvatore, "Voce Alterum non Laedere", cit., ps. 98 y ss.; DE CUPIS, Adriano, ob. cit., passim; CORSARO, Luigi, ob. cit., ps. 6 y ss. Cfr. GIANNINI, Massimo S., "Lezioni di diritto amministrativo", Ed. Giuffrè, Milano, 1950, t. I, ps. 250 y ss.

(36) Así SACCO, Rodolfo, "Introduzione al diritto comparato", cit., p. 94. Cfr. CORSARO, Luigi, ob. cit., ps. 6 y ss.

(37) SACCO, Rodolfo, "Introduzione al diritto comparato", cit., p. 100; D'ANTONIO, Virgilio, ob. cit., ps. 89 y ss.

(38) Para una reconstrucción de los diversos enfoques doctrinales que veían como protagonista el art. 1382 del Code se v. SACCO, Rodolfo, "Introduzione al diritto comparato", cit., ps. 94 y ss.

(39) D'ANTONIO, Virgilio, ob. cit., p. 91.

(40) CARNELUTTI, Francesco, "Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale", Rivista del Diritto Commerciale, 1912, t. II, ps. 742 y ss.

(41) Así BRUNETTI, Giovanni, ob. cit., ps. 102 y ss. Cfr. BARCELLONA, Mario, ob. cit., ps. 61 y ss.; CORSARO, Luigi, ob. cit., ps. 6 y ss.

(42) CARNELUTTI, Francesco, "Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale", cit., p. 746.

(43) Sobre el punto se v. CESAREO CONSOLO, Giovanni, "Trattato sul risarcimento del danno", Torino, 1914, ps. 1 y ss.; BRUNETTI, Giovanni, ob. cit., ps. 13 y ss.; CHIRONI, Giampietro, "La colpa nel diritto civile odierno. La colpa extracontrattuale", Torino, 1903, t. I, ps. 81 y ss.

(44) Cfr. BARCELLONA, Mario, ob. cit., p. 87.

(45) CASTRONOVO, Carlo, ob. cit., ps. 83 ss., se parece a llegar a la misma conclusión.

(46) En particular, el sistema se había demostrado funcional con respecto a una sociedad en la que la riqueza tendía a coincidir con la propiedad inmobiliaria, que ocupaba un papel fundamental en el tráfico comercial y, por lo tanto, en la regulación jurídica de las relaciones económicas.

(47) "Para que el hecho culposo o doloso sea fuente de responsabilidad es necesario que produzca un daño injusto. Se precisa así, confiriendo mayor claridad a la norma del art. 1151, Cód. Civil de 1865, que la culpa y la iniura son conceptos distintos: y luego se requiere que el hecho o la omisión, para ser fuente de responsabilidad, tiene que ser dolosa o culposa, es decir imputable, y también debe llevarse a cabo por medio de la lesión de la esfera jurídica ajena", así la "Relazione al Re del Ministro Guardasigilli", Roma, 1943, p. 181, nro. 797.

(48) V. BARCELLONA, Mario, ob. cit., ps. 67 y ss., que observa como "esta representación tradicional de la disciplina de la responsabilidad civil era acorde con precisos supuestos materiales e ideales, que consisten esencialmente en: una sociedad no particularmente riesgosa; una riqueza coincidente principalmente con los bienes inmuebles; una invasividad del dinero y del mercado todavía limitada; la existencia de sistemas sociales alternativos de sanciones; la influencia de la idea de fatalidad". Como se verá, precisamente los cambios en la sociedad italiana en la primera mitad del siglo XX harán inevitable un replanteamiento radical de todo el modelo de responsabilidad.

(49) "Encrucijada de cada debate y punto de intersección de todas las grandes cuestiones en torno a la responsabilidad civil", así SCALISI, Vincenzo, ob. cit., ps. 29 y ss. Cfr. D'ANTONIO, Virgilio, ob. cit., ps. 86 y ss.

(50) Cfr. CRISAFI, Marina, "Il danno: profili storici", en I danni risarcibili nella responsabilità civile, en CENDON, Paolo (dir.), Il danno in generale, Ed. Utet, Torino, 2005, t. I., ps. 3 y ss.; NAVARRETTA, Emanuela, ob. cit., ps. 137 y ss.; CORSARO, Luigi, ob. cit., ps. 6 y ss.

(51) Tanto es así que este concepto es utilizado por el legislador no solo en el campo de la responsabilidad civil, sino en otras áreas del ordenamiento (solo en el Codice Civile se v. los art. 1246, 1435, 1438, 2621, 2622, 2624, 2634, 2636). Este amplio uso del concepto de "injusticia", incluso fuera de los límites de la responsabilidad, también conduce a restar importancia a los lazos con lo que se designa generalmente como su fundamento histórico, es decir, la categoría romanística de ilícitos conocida como damnum iniura datum. Sobre el tema se v. PUGLIATTI, Salvatore, "Scritti giuridici", cit., ps. 114 y ss.

(52) Esta relación establecida entre la doctrina y la jurisprudencia ha sido descrita maravillosamente por GALGANO, Francesco, "La commedia della responsabilità civile", Rivista Critica di Diritto Privato, 1987, ps. 192 y ss. haciendo uso de una metáfora. En particular, se afirma que la responsabilidad civil sería una comedia, en la que el papel del actor protagonista es interpretado por el juez (que crea las normas de derecho), mientras que la doctrina tendría el papel de director de esta representación.

(53) En la reconstrucción del proceso evolutivo que ha visto como protagonista la injusticia del daño se v., en particular, CORSARO, Luigi, ob. cit., ps. 6 y ss.; BUSNELLI, Francesco D., ob. cit., ps. 643 y ss., GALGANO, Francesco, ob. cit., ps. 291 y ss., CRISAFI, Marina, ob. cit., ps. 1 y ss.; BARCELLONA, Mario, ob. cit., ps. 67 y ss.

(54) Así CARNELUTTI, Francesco, "Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale", cit., ps. 744 y ss.; DE CUPIS, Adriano, ob. cit., ps. 7 y ss.; PUGLIATTI, Salvatore, "Voce Alterum non Laedere", cit., ps. 98 y ss.; BIANCA, Cesare M., "La responsabilità", en Diritto civile, Ed. Giuffrè, Milano, 1994, t. V, ps.

540 y ss.; RUSSO, Ennio, "Adempimento del dovere e adempimento dell'obbligazione (art. 1176 e 1218 c.c.)", Rivista di Diritto Civile, 2000, t. I, ps. 742 y ss.; CASETTA, Elio, ob. cit., ps. 21 y ss. Sobre el tema v. FRANZONI, Massimo, "L'illecito", en FRANZONI, Massimo (dir.), Trattato della responsabilità civile, Ed. Giuffrè, Milano, 2010, 2ª ed., p. 869; CORSARO, Luigi, ob. cit., ps. 6 y ss.

(55) PUGLIATTI, Salvatore, "Voce Alterum non Laedere", cit., ps. 102 y ss.

(56) Se ha hablado de "proceso de doble tipificación" (así D'ANTONIO, Virgilio, ob. cit., p. 94, ya que la conducta, para ser configurada como ilícito, tuvo que violar las prohibiciones específicas impuestas por el derecho objetivo y lesionar un derecho subjetivo), así como " teoría estándar de la injusticia del daño", así MONATERI, Pier G., "Il diritto all'integrità patrimoniale", en BESSONE, Mario, Casi e questioni di diritto privato, Ed. Giuffrè, Milano, 2002, 4ª ed., p. 506.

(57) Por las razones por las que los derechos subjetivos absolutos no son idóneos para delimitar el área de la tutela aquiliana, por favor referirse al análisis de BARCELLONA, Mario, ob. cit., ps. 82 y ss.

(58) En la noche del 4 de mayo de 1949, el avión que transportaba todo el equipo de fútbol del llamado "Gran" Torino, se estrelló en la colina de Superga. En el accidente murieron todos los jugadores y los comisarios técnicos del equipo.

(59) CASS, sez. III, 04/06/1953, n. 2085, en Foro italiano, 1953, t. I, ps. 1087 y ss.

(60) CASS, sez. III, 04/06/1953, n. 2085, cit., ps. 1087 y ss.

(61) La fatalidad se puede definir como el riesgo generalmente aceptado como tolerable en un contexto social determinado. Es un concepto que depende de la percepción colectiva y, por tanto, es socialmente evolutivo. Sobre el tema, v. BAUMAN, Zygmunt, "La società dell'incertezza", Ed. Il Mulino, Milano, 1996, passim.

(62) Contra BARCELLONA, Mario, ob. cit., ps. 164 y ss., que afirma que "la discusión de estos casos [incluido el caso en cuestión] propone un tipo de problema que se refiere (simplificando) a la contención de la cadena de consecuencias perjudiciales y, por tanto, es totalmente diferente del tipo de problema de la "injusticia" que, en vez, concierne (simplificando de nuevo) las condiciones en las que el autor del daño debería haberse abstenido de la conducta que causó el perjuicio".

(63) "[Omissis] Los llora Torino, golpeada y aturdida por las primeras noticias como el anuncio de una desgracia colectiva; y la consternación y el dolor entraron en cada casa como si cada familia había perdido su amado hijo. Y los llora la Nación que los amaba, sabía sus nombres gritados muchas veces en el calor de un partido; e incluso quién de fútbol y de equipos nunca se ha ocupado, los que nunca han visto un partido son sorprendidos y conmovidos; siente oscuramente que algo de todos nosotros se quema en el fuego en la colina cubierta de fatal calígine junto con la corta vida de los campeones. [Omissis]". Extracto del artículo "Un grave lutto ha colpito la nazione lo sport il giornalismo", La Stampa del 05/05/1949, Torino, en www.archiviostampa.it.

(64) Justifica de manera diferente la decisión de la Corte GARDELLA TEDESCHI, Bianca, "L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali. Un'indagine comparatistica", Ed. Giuffrè, Milano, 2008, p. 295, "esta fue una decisión de política jurídica realizada por un jurista asustado por los escenarios que podrían alcanzar ampliando la responsabilidad".

(65) "Ahora es verdadero que el art. 2043, Cód. Civil no plantea la distinción entre derechos absolutos y relativos, de las que, aunque con mayor frecuencia la injusticia del daño que vale a hacerlos resarcibles surge en relación con la lesión de los derechos absolutos, sin embargo, no se puede excluir que un daño injusto pueda ocurrir también en dependencia de lesión de un derecho relativo". Así CASS, sez. III, 04/06/1953, n. 2085, cit., ps. 1087 y ss.

(66) En la base de la cuestión de los límites del resarcimiento de los llamados daños indirectos o consecuentes se encuentra la idea de que cuanto más se alejan del núcleo central del hecho dañoso y más la causalidad tiende a disolverse en la fatalidad. V. TRIMARCHI, Pietro, "Causalità e danno", Ed. Giuffrè, Milano, 1967, ps. 82 y ss.

(67) Sobre el tema se v. TRIMARCHI, Pietro, "Rischio e responsabilità oggettiva", Ed. Giuffrè, Milano, 1961, passim; TOURAINE, Alain, "La società post-industriale", Ed. Il Mulino, Bologna, 1970, passim; BAUMAN, Zygmunt, ob. cit., passim; RODOTÀ, Stefano, ob. cit., ps. 189 y ss.; BARCELLONA, Mario, ob. cit., ps. 67 y ss. En este respecto, solo se recuerda la transición de una sociedad no muy arriesgada a una

caracterización de la sociedad contemporánea en términos de "sociedad del riesgo", a través de la aparición de nuevos riesgos (relacionado con el aumento de la complejidad de los procesos de producción y de la vida social) y del conocimiento de riesgos antes desconocidos (en particular, a través del desarrollo del conocimiento científico). En segundo lugar, la expansión del mercado y la evolución de las formas de riqueza, en particular la aparición de nuevas formas de riqueza relativas a nuevos bienes inmateriales (conocimientos, información, control de cuotas de mercado, etc.), que son irreducibles al esquema del derecho absoluto. Por último, la regresión de la idea de la fatalidad debida al desarrollo del sistema de seguridad y protección social.

(68) El carácter "ocasional" se refiere a "un evento perjudicial que puede suceder o no suceder, la ocurrencia de que depende por determinaciones extemporáneas del agente y que se produce entre sujetos totalmente no relacionados", mientras el carácter "material" identifica un daño concerniente a la destrucción o deterioro de una cosa o la lesión de la integridad física de una persona. BARCELLONA, Mario, ob. cit., p. 70.

(69) Esta operación también afectó el elemento subjetivo de la culpa, tratando de restar importancia a su papel central como criterio para la atribución de la responsabilidad. V. DE CUPIS, Adriano, ob. cit., ps. 116 y ss. BRASIELLO, Teucro, "I limiti della responsabilità per danni", Ed. Giuffrè, Milano, 1959, ps. 120 y ss.; BARASSI, Ludovico, "Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio", Rivista Italiana Scienze Giuridiche, 1898, ps. 30 y ss.; BRUGI, Biagio, "La cosiddetta responsabilità oggettiva", Rivista del Diritto Commerciale, 1914, t. II, ps. 250 y ss.

(70) Esfuerzos similares se registraron en las salas de justicia también, donde comenzaron a aparecer exiguos y aislados casos de resarcimiento por daños no relacionados con la lesión de un derecho absoluto. Se trató, sobre todo, de decisiones motivadas mediante el aprovechamiento su las peculiaridades de los casos concretos. Así Cass., 29/07/1950, n. 2197, en Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione - Sezioni civili, 1950, t. II, ps. 734 y ss.; Cass., sez. I, 25/09/1953, n. 3065, en "Responsabilità civile e previdenza", 1954, ps. 117 y ss.; Cass., 18/04/1969, n. 1250, en Foro italiano, 1970, 2610 ss.

(71) FEDELE, Alfredo, "Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito", Ed. Giuffrè, Milano, 1954, passim; BUSNELLI, Francesco D., "La lesione del credito da parte di terzi", Ed. Giuffrè, Milano, 1964, passim.

(72) D'ANTONIO, Virgilio, ob. cit., p. 99, observa como esta construcción teórica ha servido a los jueces para consolidar su enfoque (que se remonta a Cass., Sez. Un., 26/01/1971, n. 174, en Foro italiano, t. I, 1971, p. 342, llamado "caso Meroni") favorable al reconocimiento de la relevancia extracontractual de la posición del acreedor.

(73) Cass., 20/12/1989, n. 6938, en "Responsabilità civile e previdenza", 1989, ps. 1173 y ss., Cass., 23/02/2000, n. 2037, en Giustizia civile, t. I, 2000, ps. 1655 y ss. Sobre el tema se v. MONATERI, Pier G., "Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (l'art. 2059 visto come un brontosauro)", en Responsabilità civile e previdenza, 1989, ps. 1176 y ss.

(74) Trib. di Rimini, 18/08/1988, en Nuova giurisprudenza civile commentata, 1988, t. I, ps. 723 y ss.

(75) Cass., 04/05/1982, n. 2765, en Giustizia civile, 1982, ps. 1745 y ss.

(76) Cass., 25/07/1986, n. 4755, en Nuova Giurisprudenza civile commentata, 1987, t. I, ps. 386 y ss.

(77) En este sentido se habla de "derechos no nombrados", así DI MAJO, Adolfo, "Ingiustizia del danno e diritti non nominati", Giustizia Civile, 1982, ps. 1749 y ss.; sobre el tema se v. NAVARRETTA, Emanuela, "L'ingiustizia del danno e i nuovi interessi", en LIPARI, Nicolò - RESCIGNO, Pietro (dirs.), Diritto civile, en ZOPPINI, Andrea, Attuazione e tutela dei diritti, t. IV, "La responsabilità e il danno", t. III, Ed. Giuffrè, Milano, 2009, ps. 164 y ss.

(78) Se trata de la operación, orientada integralmente por la pre-comprensión de los resultados esperados, según la cual el juez tiende a afirmar la tutela resarcitoria del caso concreto elevando a categoría general la instancia que se levanta por el caso individual, así erigiendo, al frente de posibles obstáculos jurídicos, la barrera del derecho subjetivo. Así NAVARRETTA, Emanuela, "L'ingiustizia del danno e i nuovi interessi", cit., p. 164.

(79) Se trata de la clasificación tradicional que se encuentra en los manuales italianos de derecho civil, por ejemplo se v. GAZZONI, Francesco, "Manuale di diritto privato", Ed. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, ps. 51 y ss. Para algunos perfiles problemáticos sobre el tema se v. LUHMANN, Niklas, "La differenziazione del diritto", Ed. Il Mulino, Bologna, 1990, passim; COMPORTI, Marco, "Diritti reali in generale", en CICU, Antonio - MESSINEO, Francesco (dirs.), Trattato di diritto civile e commerciale, Ed.

Giuffrè, Milano, t. I, ps. 31 ss.; PERLINGIERI, Pietro, "Manuale di diritto civile", Ed. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, ps. 69 y ss.

(80) Cass., 04/05/1982, n. 2765, cit., ps. 1745 y ss.

(81) En particular se v. MONATERI, Pier G., ob. cit., ps. 578 y ss.; NAVARRETTA, Emanuela, "L'ingiustizia del danno e i nuovi interessi", cit., ps. 164 y ss.; GALGANO, Francesco, "Le mobili frontiere del danno ingiusto", en Contratto e impresa, 1985, ps. 10 y ss.

(82) SACCO, Rodolfo, "L'ingiustizia del danno...", cit., ps. 1420 y ss.; SCHLESINGER, Piero, ob. cit., ps. 336 y ss.

(83) SACCO, Rodolfo, "L'ingiustizia del danno...", cit., ps. 1420 y ss. El autor propone una reconstrucción del sistema en términos no muy diferentes del modelo de responsabilidad trazado por el BGB. Es decir, establece que el requisito de la injusticia requeriría de identificar en las distintas previsiones normativas prohibitivas o punitivas los elementos que constituyen la esencia de la injusticia del hecho, o sea el bien protegido por las mismas. De esto se deduce que "va a ser injusto aquel hecho que, aunque no realiza toda la fattispecie prevenida o reprimida, contiene en sí mismo los elementos que constituyen la esencia de la injusticia", o sea, que perjudique el bien que la norma está destinada a proteger. Para una crítica de esta teoría v. BARCELLONA, Mario, ob. cit., ps. 74 y ss. SCHLESINGER, Piero, ob. cit., ps. 336 y ss. El autor, continuando un proceso de valorización de las esimenti (es decir, las causas de exclusión de la responsabilidad) emprendido por la doctrina ya hace años (en particular v. DELL'ANDRO, Renato, "Antigiuridicità", en Enciclopedia del diritto, Ed. Giuffrè, Milano, 1958, t. II, ps. 542 y ss.), identifica el contenido de la regla del alterum non laedere en negativo ("injusticia negativa"). Es decir, el autor afirma que la injusticia comportaría la "necesidad de no paralizar las actividades que el ordenamiento cree que hay que fomentar", por lo tanto, un hecho puede ser fuente de una obligación de resarcimiento solo si no se justifica de ninguna manera por el ordenamiento jurídico. En última instancia, de acuerdo con esta interpretación, la cualificación en términos de injusticia del daño debería entenderse como "ausencia de justificación del daños". Entre las críticas de esta teoría, se v. en particular SCOGNAMIGLIO, Renato, "Risarcimento del danno", en Novissimo digesto italiano, XVI, Ed. Utet, Torino, 1957, t. XI, ps. 11 y ss.; RODOTÀ, Stefano, ob. cit., p. 194.

(84) SACCO, Rodolfo, "L'ingiustizia del danno...", cit., ps. 1420 y ss.

(85) SCHLESINGER, Piero, ob. cit., ps. 336 y ss.

(86) SCOGNAMIGLIO, Renato, "Illecito (diritto vigente)", en Novissimo digesto italiano, XVIII, Ed. Utet, Torino, 1962, t. XI, ps. 164 y ss.; idem, "Responsabilità civile e danno", Ed. Giampichelli, Torino, 2010.

(87) En concreto, el autor, asumiendo un concepto de ilícito centrado en la existencia de una prohibición específica de tener una determinada conducta, prevista por una dada norma de derecho y en relación con la provisión de una sanción, observa que no hay duda de que este concepto se adapta más al derecho penal, como se caracteriza por una función represiva para asegurar la defensa de los bienes jurídicos que se consideran esenciales. Por el contrario, en el derecho civil las normas persiguen el diferente objetivo de regular los conflictos y las relaciones entre los individuos, dando una tutela adecuada al interés prevaleciente. Así SCOGNAMIGLIO, Renato, "Illecito (diritto vigente)", cit., ps. 297 y ss.

(88) Esta revisión crítica del papel de la culpa en el sistema de responsabilidad civil se debe, en particular, a los estudios y a las teorizaciones sobre el llamado "riesgo de empresa". Sobre todo se v. TRIMARCHI, Pietro, "Rischio e responsabilità oggettiva", cit., passim.

(89) La profundización de la responsabilidad civil en el principio "Ohne Schuld keine Haftung" se remonta a la obra de VON JHERING, Rudolf, "Das Schuldmoment im römischen Privatrecht", en Vermischte Schriften juristichen Inhalts, Leipzig, 1879, ps. 155 y ss.

(90) En particular RODOTÀ, Stefano, ob. cit., p. 77; CASTRONOVO, Carlo, "Problema e sistema nel danno da prodotti", Ed. Giuffrè, Milano, 1979, ps. 143 y ss.; PIRAINO, Fabrizio, ob. cit., p. 711.

(91) Así SCOGNAMIGLIO, Renato, "Responsabilità civile e danno", cit., p. 638; PIRAINO, Fabrizio, ob. cit., p. 711. En Jurisprudencia Cass., sez. III, 27/07/1998, n. 7337, en Giurisprudenza italiana, 1999, ps. 1601 y ss.

(92) RODOTÀ, Stefano, ob. cit., ps. 74 y ss.; PIRAINO, Fabrizio, ob. cit., p. 711.

(93) BARCELLONA, Mario, ob. cit., p. 73; SACCO, Rodolfo, "Introduzione al diritto comparato", cit., ps. 100 y ss.

(94) Como se verá, desde una abertura del resarcimiento a los derechos relativos, no se tardará en reconocer tutela también a las lesiones de situaciones jurídicas distintas de los derechos subjetivos, en particular, el estatus, la expectativa de derechos, los intereses legítimos y las meras situaciones de hecho, como la posesión, las meras expectativas no de derecho, la pérdida de chance.

(95) En realidad, el resarcimiento de los derechos de crédito ya se había establecido en decisiones anteriores, sin embargo, casi exclusivamente en materia de lesión del crédito de alimentos.

(96) Cass., Sez. Un., 26/01/1971, n. 174, cit., 342 ss., conocido como el "caso Meroni".

(97) CATAUDELLA, Antonio, "Fattispecie", en Enciclopedia del diritto, XVI, Milano, 1967, ps. 926 y ss.; DI MAJO, Adolfo, "Clausole generali e diritto delle obbligazioni", en Rivista Critica del Diritto Privato, 1984, ps. 542 y ss.

(98) En particular RODOTÀ, Stefano, ob. cit., ps. 58 y ss. Sobre el tema de las cláusulas generales se v. idem, "Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile", Rivista Diritto Commerciale, 1967, t. I, ps. 83 y ss.; idem, "Il tempo delle clausole generali", Rivista Critica di Diritto Privato, 1987, ps. 709 y ss.; idem, "Le fonti di integrazione del contratto", Ed. Giuffrè, rist., Milano, 2004, ps. 184 y ss.; RESCIGNO, Pietro, "L'abuso del diritto", Ed. Il Mulino, Bologna, 1998, ps. 205 y ss.; MENGONI, Luigi, "Spunti per una teoria delle clausole generali", en Rivista Critica di Diritto Privato, 1986, ps. 5 y ss.; CASTRONOVO, Carlo, "L'avventura delle clausole generali", en Rivista Critica di Diritto Privato, 1986, ps. 21 y ss.; GUARNIERI, Attilio, "Clausole generali", en Digesto civile, Ed. Utet, Torino, 1988, t. II, ps. 403 y ss.; BARCELLONA, Mario, "Clausole generali e giustizia contrattuale", Ed. Giuffrè, Milano, 2006, ps. 9 y ss.

(99) Para una reconstrucción completa de los significados que eran (y son) asignados a estos elementos, así como la evolución sobre esto ocurrida en el debate doctrinal y jurisprudencial, por favor refiérase a la amplia tramitación contenida en BARCELLONA, Mario, "L"ingiustizia' del danno e il doppio regime della responsabilità", cit., ps. 63 y ss.

(100) GALGANO, Francesco, "Le mobili frontiere del danno ingiusto", cit., ps. 7 y ss.

(101) Como ya hemos visto "la 'injusticia', que el art. 2043 asume como un componente esencial de la fattispecie de responsabilidad civil, debe ser entendida en el doble significado de daño producido non iure y contra ius: non iure, en el sentido de que el hecho productivo del daño no debe ser de otro modo justificado por el ordenamiento; contra ius, en el sentido de que el hecho debe afectar una situación subjetiva reconocida y garantizada por el ordenamiento jurídico en la forma del derecho subjetivo. Esta interpretación, mientras deja fuera de la esfera de protección del art. 2043 los intereses que no son asumidos al nivel de derechos subjetivos, pone de relieve, por otra parte, la arbitrariedad de cualquier discriminación entre una categoría y la otra de derechos subjetivos, al fin de reconocer o excluir la tutela aquiliana". Así Cass., Sez. Un., 26/01/1971, n. 174, cit., ps. 342 y ss.

(102) RODOTÀ, Stefano, ob. cit., ps. 144 y ss. y SCOGNAMIGLIO, Renato, "Illecito (diritto vigente)", cit., ps. 164 y ss.

(103) BARCELLONA, Mario, "L"ingiustizia' del danno e il doppio regime della responsabilità", cit., passim.

(104) En otras palabras, el principio de solidaridad constituye el criterio para evaluar la injusticia o menos del daño. Así, en particular, RODOTÀ, Stefano, ob. cit., ps. 144 y ss. Por otra parte, como se verá más adelante, existen múltiples criterios propuestos por la doctrina para este propósito. En particular, la utilidad social, la buena fe objetiva, el principio de razonabilidad, la teoría del abuso del derecho.

(105) Se habló de la transición de un art. 2043, Cód. Civil. como norma secundaria sancionadora de la transgresión de un comando planteado por normas primarias a una configuración de esta como norma primaria, es decir, como un instrumento para atribuir relevancia jurídica también a aquellos bienes que no hayan sido hechos objeto de tutela expresa. Así Cass., Sez. Un., 22/07/1999, n. 500, en Foro italiano, t. I, 1999, ps. 2487 y ss. Sobre el tema v. ALPA, Guido - BESSONE, Mario, "Atipicità dell'illecito", en Orientamenti della giurisprudenza, Ed. Giuffrè, Milano, 1980, t. II, ps. 31 y ss.; GALGANO, Francesco, "La commedia della responsabilità civile", cit., ps. 191 y ss.; SALVI, Cesare, "La responsabilità civile", en Trattato di diritto privato a cura di Iudica e Zatti, Ed. Giuffrè, Milano, 1998, ps. 60 y ss.; VISINTINI, Giovanna, "Trattato breve sulla responsabilità civile", Ed. Cedam, Padova, 1999, ps. 343 ss.

(106) ALPA, Guido - BESSONE, Mario, "Atipicità dell'illecito", cit., ps. 31 y ss.; GALGANO, Francesco, "Le mobili frontiere del danno ingiusto", cit., ps. 7 y ss.; FRANZONI, Massimo, "Dei fatti illeciti", en Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1994, ps. 183 y ss.; LIBERTINI, Mario, "Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno", en Rivista Critica di Diritto Privato, 1995, ps. 404 y ss.; VISINTINI, Giovanna, ob. cit., ps. 343 y ss. No faltaron, sin embargo, críticas inmediatas a esta teoría. En particular, DE CUPIS, Cesare, "Problemi e tendenze attuali della responsabilità civile", en Rivista di Diritto Commerciale, 1970, ps. 95 y ss.; FERRI, Giuseppe, "Dalla responsabilità alla riparazione", en Rivista di Diritto Commerciale, 1977, ps. 344 y ss.; MENGONI, Luigi, "Sistema e problema nella controversia sul metodo giuridico", en Studi in onore di Balladore Pallieri, Milano, 1978, ps. 329 y ss.; CASTRONOVO, Carlo, "Sistema e problema", cit., ps. 79 y ss., este último habla del art. 2043, Cód. Civil en términos de norma de alcance general y no de norma a cláusula general. En este sentido también SCOGNAMIGLIO, Renato, "Ingiustizia del danno", en Enciclopedia giuridica Treccani, XVII, Roma, 1996, ps. 6 y ss.

(107) De hecho, como se ha mencionado, el modelo de responsabilidad de esa manera se articula en torno al daño calificado como injusto, mientras que la culpa se convirtió en solo uno de los posibles criterios de imputación. RODOTÀ, Stefano, ob. cit., ps. 144 y ss.

(108) De hecho, el filtro elástico de la injusticia del daño parecía ser capaz de dar importancia a cualquier lesión cuya tolerancia se percibiera como algo socialmente inaceptable. Así RODOTÀ, Stefano, ob. cit., ps. 183 y ss.

(109) Cass., Sez. Un., 26/01/1971, n. 174, cit., ps. 342 y ss.

(110) Cass., sez. III, 20/04/1989, n. 1855, en Foro italiano, t. I, 1990, ps. 1970 y ss.

(111) Cass., sez. III, 04/11/2002, n. 15399, en Giustizia civile, t. I, 2003, ps. 2463 y ss., pero con la condición de que la prestación sea no fungible o, en el caso de prestación fungible, si el empleador tenía que seguir pagando el salario.

(112) Si la destrucción de la cosa comporta la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida.

(113) O sea la contratación de un empleado ajeno esencial o útil para el buen funcionamiento de la empresa, la que puede dar lugar a una obligación resarcitoria solo en el caso en que dicha conducta sea dirigida a obtener una ventaja para su empresa, en detrimento de la ajena. Cass., Sez. I, 23/05/2008, n. 13424, en Giustizia italiana, 2008, ps. 2485 y ss.

(114) Cass., Sez. III, 08/01/1999, n. 108, en Rivista Giuridica della Circolazione e dei Trasporti, 1999, ps. 526 y ss. Relacionados a esta hipótesis son también los casos en que el tercero coopere al incumplimiento comprando dolosamente la cosa ya prometida a la venta por un contrato preliminar no transcrito o que haya sido transferida en virtud de un contrato de fideicomiso (así llamada propiedad fiduciaria). Cass., Sez. II, 08/05/1991, n. 5119, en Foro italiano, t. I, 1991, ps. 3373 y ss. Relacionado a esta hipótesis parece también el caso en el que la conducta del tercero frustra el ejercicio de la acción revocatoria ejercida o ejercitables por el acreedor. Cass., sez. III, 13/01/1996, n. 251, en Foro italiano, t. I, 1996, ps. 1274 y ss.

(115) Cass., Sez. II, 08/01/1982, n. 78, en Giustizia civile - Massimario annotato dalla Cassazione, I, 1982; Cass., 13/06/2002, n. 8470, en Rivista del Notariato, 2002, ps. 1226 y ss.; Cass., 13/01/2003, n. 309, en Vita notarile, 2003, ps. 144 y ss.; Cass., 28/01/2003, n. 1228, en Rivista del Notariato, 2003, ps. 1235 y ss.; Cass., 13/09/2004, n. 18376, en Vita notarile, 2005, ps. 389 y ss. Sobre el tema GAZZONI, Francesco, ob. cit., ps. 718 y ss.

(116) Así D'ANTONIO, Virgilio, ob. cit., p. 101; Cass., Sez. Un., 27/05/1992, n. 6356, en Giustizia civile - Massimario annotato dalla Cassazione, 1992, ps. 5 y ss.; Cass., Sez. I, 03/12/2002, n. 17110, en Foro italiano, t. I, 2003, ps. 2438 y ss.

(117) En particular, los tribunales italianos han reconocido la tutela aquiliana a los estatus de cónyuge y al del familiar. En el primer caso reconociendo el resarcimiento del daño directo por la pérdida de la potencia sexual del otro cónyuge (así Cass., 11/11/1986, n. 6607, en Giurisprudenza italiana, t. I, 1987, ps. 2044 y ss.) y del daño resultante de las lesiones sufridas por el otro cónyuge (así Cass., 01/12/1998, n. 12195, en Danno e responsabilità, 1999, ps. 522 y ss.). En el segundo caso, concediendo el resarcimiento a favor del familiar en caso de homicidio del miembro de la familia (así Cass., 26/06/1981, n. 4137, en Giustizia civile, 1981, I, ps. 2213 y ss.)

o incluso en caso de solas lesiones graves a la víctima (así Cass., 23/04/1998, n. 4186, en Danno e responsabilità, 1998, ps. 686 y ss.).

(118) Cass., 25/06/1981, n. 4137 en Giustizia civile, 1981, I, ps. 2213 y ss.; Cass., 06/12/1982, n. 6651, en Giurisprudenza italiana, t. I, 1984, ps. 150 y ss. SCALISI, Vincenzo, ob. cit., ps. 29 y ss. Sobre el tema GALGANO, Francesco, "Le mobili frontiere del danno ingiusto", cit., ps. 7 y ss.

(119) Cass., Sez. Un., 22/07/1999, n. 500, en Foro italiano, t. I, 1999, ps. 2487 y ss.

(120) En primer lugar, hay que aclarar el concepto de interés legítimo, de hecho, como se sabe, carece unidad de visión al respecto y el debate doctrinal sobre este punto es largo y aún no llega a su destino [v. CANNADA BARTOLI, Eugenio, "voce Interesse (dir. amm.)", en Enciclopedia del diritto, Ed. Giuffrè, Milano, 1972, XXII, ps. 26 y ss.]. A los efectos del discurso que se está llevando a cabo, asumiremos la noción dada por el Supremo Giudice con su sentencia Cass., Sez. Un., 22/07/1999, n. 500, cit., ps. 2487 y ss. Por lo tanto, por interés legítimo debe entenderse "la posición ventajosa reservada para un sujeto en relación con un bien de la vida objeto de un acto administrativo y consistente en la atribución a dicho sujeto de poderes adecuados para influir en el correcto ejercicio del poder, con el fin de hacer posible la realización del interés al bien. En otras palabras, el interés legítimo emerge en el momento en que el interés del privado a obtener o conservar un bien de la vida se confronta con el poder administrativo, es decir, con el poder de la P.A. de satisfacer el interés (con actos que amplían la esfera jurídica del solicitante), o de sacrificarlo (con actos ablatori)".

(121) Que ya se puso en marcha en los albores de los años '60. Se v. GUICCIARDI, Enrico, "Risarcibilità degli interessi legittimi", en Giurisprudenza italiana, t. I, 1963, ps. 1103 y ss.; CAPACCIOLI, Enzo, "Interessi legittimi e risarcimento dei danni", Ed. Giuffrè, Milano, 1973, ps. 12 y ss.

(122) Así Cass., Sez. Un., 22/07/1999, n. 500, cit., ps. 2487 y ss.

(123) Paradigmático de esta orientación es la Cass., Sez. Un., 03/07/1989, n. 3183, en Giustizia civile - Massimario annotato dalla Cassazione, t. I, 1989, ps. 37 y ss. En verdad, a este argumento sustantivo se acompañaba también uno procesal, relativo a la división de jurisdicción y de poderes existente entre los tribunales administrativos y los tribunales ordinarios. Cass., Sez. Un., 10/01/1982, n. 5030, en Consiglio di Stato, t. II, 1983, ps. 30 y ss.; Cass., Sez. Un., 21/01/1988, n. 442, en Giustizia civile - Massimario annotato dalla Cassazione, t. I, 1988.

(124) Así Cass., Sez. Un., 22/07/1999, n. 500, cit., ps. 2487 y ss. En efecto, antes del fallo en cuestión, la jurisprudencia de la Suprema Corte reconocía el resarcimiento de los daños ocasionados por la lesión de los intereses legítimos, haciendo uso de las construcciones teóricas conocidas como "derechos debilitados" y "derechos en espera de expansión". De particular interés es la primera teoría. Con el concepto de "derechos debilitados" se pretendía indicar los derechos subjetivos degradados a intereses legítimos por los actos administrativos ilegalmente adoptados (así llamada "teoría de la degradación"), con la consiguiente reexpansión del derecho subjetivo ilegalmente debilitado en el caso de anulación del acto de la administración pública por el tribunal administrativo. Por otra parte, esta solución permitía sí de obtener tutela resarcitoria ex art. 2043 Cód. Civil (ante del juez ordinario) de la situación jurídica lesionada, pero solo después de la anulación por el tribunal administrativo del acto ilícito (así llamada "prejudicial administrativa"). Cass., Sez. Un., 05/10/1979, n. 5145, en Giustizia civile, t. I, 1979, ps. 1810 y ss. Sobre el tema v. CANNADA BARTOLI, Eugenio, "voce Affievolimento", en Enciclopedia del diritto, Ed. Giuffrè, Milano, 1958, t. I, ps. 670 y ss.

(125) Debe aclararse de inmediato el alcance real de esta decisión. De hecho, esta no determinó una protección generalizada de cualquier lesión a cualquier interés legítimo. Con la sentencia en cuestión, la Corte di Cassazione señaló que dicha protección se pudiera aplicar solo a fattispecie específicas caracterizadas, en particular, por una conducta culpable de la administración pública y por la presencia de un daño conectado a un bien de la vida que el interés legítimo sustenta. Continuó, además, a mantenerse la distinción entre los intereses oppositivi y los intereses pretensivi, con la diferenciación de tratamiento relativa. Sobre el tema se v. D'ANTONIO, Virgilio, ob. cit., ps. 102 y ss.; LUMINOSO, Angelo, "Danno ingiusto e responsabilità della P.A. per lesioni di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione", en Diritto pubblico, 2000, ps. 76 y ss.

(126) Se hace referencia a aquellas teorías llamadas "constitucionalistas del derecho" que, rechazando los puntos de vista que separan rígidamente derecho y moral, postulan un proceso de inclusión de contenidos morales en el derecho, a través de la acción de los principios y de los derechos inalienables de los individuos, que

expresan este tipo de contenido. Se trata, en particular, de las teorías de DWORKIN, Ronald, "Law's Empire", Ed. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1986 y ALEXY, Robert, "Begriff und Geltung des Rechts", Freiburg-München, 1992; idem, "Theorie der juristischen Argumentation", Frankfurt, 1978.

(127) En cuanto a la constitucionalización del derecho civil italiano se v., en particular, PERLINGIERI, Pietro, "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti", cit., passim; RESCIGNO, Pietro, "Manuale del diritto privato", Ed. Jovene, Napoli, 1982, ps. 18 y ss.

(128) Este enfoque fue presentado ya en los años '60 por RODOTÀ, Stefano, ob. cit., passim; TUCCI, Giuseppe, "Il danno ingiusto", Ed. Jovene, Napoli, 1970, ps. 37 y ss.; CASTRONOVO, Carlo, "Problema e sistema...", cit., ps. 133 y ss.; SALVI, Cesare, "Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni", Ed. Jovene, Napoli, 1985, ps. 153 y ss.; PERLINGIERI, Pietro, "La personalità umana nell'ordinamento giuridico", Ed. Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1972, ps. 175 y ss.

(129) PERLINGIERI, Pietro, "Le funzioni della responsabilità civile", cit., p. 116; idem, "La personalità umana nell'ordinamento giuridico", cit., ps. 175 y ss.

(130) PUGLIATTI, Salvatore, "Responsabilità civile", Ed. Giuffrè, Milano, 1968, t. II, ps. 120 y ss.

(131) SCALISI, Vincenzo, ob. cit., ps. 29 y ss.

(132) SALVI, Cesare, "Il paradosso della responsabilità civile", en Rivista Critica di Diritto Privato, 1983, p. 123; MAZZOLA, Marcello Adriano, "Responsabilità civile da atti illeciti", Ed. Giuffrè, Milano, 2007, p. 64.

(133) Cass., 14/12/2001, n. 15810, en Giurisprudenza italiana, t. I, 2002, ps. 1493 y ss.; Cass., 27/05/2002, n. 7745, en Giustizia civile - Massimario annotato dalla Cassazione, 2002, ps. 927 y ss. Por daño por pérdida de chance debe entenderse aquel daño representado por la pérdida de una manera definitiva e irreversible de una posibilidad, ya existente en el patrimonio del dañado. Sobre el tema RUSCELLO, Francesco, "Il risarcimento del danno per la perdita di una chance", en RUSCELLO, Francesco (dir.), Problemi di diritto civile, Ed. Cedam, Padova, 2000, ps. 151 y ss.; GAZZONI, Francesco, ob. cit., ps. 720 y ss.

(134) Cass., 05/07/2007, n. 15233, en Giustizia civile, t. I, 2008, ps. 411 y ss.; Cass., 23/02/2006, n. 4003, en Nuova giurisprudenza civile commentata, t. I, 2006, ps. 1027 y ss. El daño ocasionado por la lesión de la posesión es resarcible solamente si es imposible la reintegración o si se ha producido un deterioro. Sobre el tema TENELLA SILLANI, Chiara, "Il Risarcimento del danno da lesione del possesso", Ed. Giuffrè, Milano, 1989, passim.

(135) Cass., 20/10/1983, n. 6157, en Giurisprudenza agraria italiana, 1984, 543 ss.; Cass., 14/05/1979, n. 2780, en Giustizia civile - Massimario annotato dalla Cassazione, 1979, ps. 5 y ss.

(136) Es el caso de la muerte del conviviente more uxorio, por los daños debidos a la pérdida de la contribución económica de este último al ménage de la pareja. Cass., 28/03/1994, n. 2988, en Giurisprudenza italiana, t. I, 1995, ps. 1366 y ss.; Cass., Sez. Un., 01/07/2002, n. 9556, en Nuova giurisprudenza civile commentata, 2003, ps. 694 y ss.

(137) En particular, la mera expectativa de hecho de los hijos a las ayudas familiares en curso. Cass., 26/01/2010, n. 1524, en Foro italiano, t. I, 2010, ps. 2824 y ss. Así como las expectativas a la herencia, cuál será el final de la vida laboral, pero solo en caso de muerte prematura por homicidio. Cass., 29/01/2002, n. 1071, en DeJure. Del mismo modo, se reconoció la expectativa de los padres a la contribución económica futura del hijo menor herido o asesinado. Cass., 26/01/2010, n. 1529, en Foro italiano, t. I, 2010, ps. 2018 y ss. Sobre el tema GAZZONI, Francesco, ob. cit., ps. 721 y ss.

(138) En particular, en el caso de una persona inducida a adquirir una participación accionarial por una certificación incorrecta del balance de una empresa emitida por una empresa de auditoría. Cass., 18/07/2002, n. 10403, en Giurisprudenza commerciale, t. II, 2003, ps. 441 y ss. Otros casos de resarcimientos concedidos para daños causados por informaciones inexactas se pueden encontrar en Cass., 11/06/2010, n. 14056, en Giustizia civile, 2011, ps. 289 y ss.; Cass., 09/06/1998, n. 5659, en Giustizia civile, t. I, 1998, ps. 2792 y ss. Para más casos, en los que las informaciones inexactas van a afectar a un bien jurídico determinado (como la salud, el fondo de comercio, la reputación) se v. GAZZONI, Francesco, ob. cit., p. 720. Sobre el tema v. PERLINGIERI, Pietro, "Manuale di diritto civile", cit., p. 902.

(139) Sobre el tema se v. PERLINGIERI, Pietro, "Le funzioni della responsabilità civile", cit., p. 116; idem, "La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento", cit., ps. 1078 y ss.; SCOGNAMIGLIO, Renato, "Danni alla persona e danno morale", en Rivista di Diritto Privato, 2008, ps. 5 y ss.: BUSNELLI, Francesco D.,

"Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona", en Rivista Critica del Diritto Privato, 1987, ps. 27 y ss.; DI MAJO, Adolfo, "L'avventura del danno biologico: considerazioni in punta di penna", en Rivista Critica del Diritto Privato, 1996, 229 ss.; FERRI, Giuseppe, "Il danno alla salute e l'economia del dolore", en Iuris Vincula. Studi in onore di Mauro Talamanca, Ed. Jovene, Napoli, 2002, t. III, ps- 199 y ss.

(140) Corte Cost., 1986/07/1986, n. 184, en www.giurcost.org.

(141) BARCELLONA, Mario, "Trattato del danno e della responsabilità civile", Ed. Utet, Torino, 2011, p. 853.

(142) Este daño, únicamente en esta etapa, se puede definir como "el sufrimiento subjetivo, considerado en sí mismo, ocasionado por el delito".

(143) De hecho, las lesiones de la integridad psíquica y física y de la salud de la persona ya encontraban protección en el ordenamiento, pero únicamente en cuanto constituyeran la causa de un daño patrimonial, como, por ejemplo, los gastos médicos y, sobre todo, la reducción de la capacidad de trabajo. FRANZONI, Massimo, "Il danno risarcibile", en FRANZONI, Massimo (dir.), Trattato della responsabilità civile, Ed. Giuffrè, Milano, 2010, t. II, ps. 321 y ss.

(144) Para una reconstrucción de todo el debate sobre el tema v. BARCELLONA, Mario, "Trattato del danno e della responsabilità civile", cit., ps. 745 y ss.

(145) BUSNELLI, Francesco D., "Diritto alla salute e tutela risarcitoria", en BUSNELLI, Francesco D. - BRECCIA, Umberto (dirs.), Tutela della salute e diritto privato, Giuffrè, Milano, 1978, ps. 515 y ss.; MASTROPAOLO, Fulvio, "Il risarcimento del danno alla salute", Ed. Jovene, Napoli, 1983, ps. 239 y ss.; GALGANO, Francesco, "La commedia della responsabilità civile", cit., ps. 199 y ss.

(146) Así Cass., sez. III, 11/02/1985, n. 1130, en Responsabilità civile e previdenza, 1985, ps. 210 y ss.

(147) SCOGNAMIGLIO, Renato, "Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale", en Rivista di Diritto Civile, t. I, 1957, ps. 227 y ss.; ALPA, Guido, "Danno biologico e diritto alla salute davanti alla Corte Costituzionale", en Giurisprudenza italiana, t. I, 1980, ps. 13 y ss.; CASTRONOVO, Carlo, "Il danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale", Ed. Giuffrè, Milano, 1998, ps. 194 y ss.

(148) Así Cass., sez. II, 06/04/1983, n. 2396, en Giurisprudenza italiana, 1983, ps. 537 y ss. e Cass., 14/04/1984, n. 2422, en Responsabilità civile e previdenza, 1984, ps. 333 y ss.

(149) Corte Cost., 14/07/1986, n. 184, en www.giurcost.org.

(150) Por lo tanto, la Corte Constitucional con dicha sentencia introdujo un doble régimen de responsabilidad en función de si se refiera a la esfera patrimonial o a la personal. Así que "la unidad del ilícito civil y penal a costa de la... división de la responsabilidad civil". Así BARCELLONA, Mario, "Trattato del danno e della responsabilità civile", cit., p. 768.

(151) Cfr. PERLINGIERI, Pietro, "L'onnipresente art. 2059 c.c. e la tipicitá del danno alla persona", en Rassegna di diritto civile, 2009, ps. 523 y ss.; idem, "Le personalitá umana nell'ordinamento giuridico", cit., ps. 175 ss.

(152) Cass., 30/01/1990, n. 645, en Archivio giuridico della circolazione e degli incidenti stradali, 1990, ps. 382 y ss.

(153) Cfr. PERLINGIERI, Pietro, "L'onnipresente art. 2059 c.c. e la tipicitá del danno alla persona", cit., ps. 523 y ss.; BARCELLONA, Mario, "Trattato del danno e della responsabilità civile", cit., ps. 776 y ss.; CORSARO, Luigi, ob. cit., ps. y 6 ss.

(154) Cass., sez. III, 31/05/2003, n. 8827, en Foro italiano, 2003, ps. 2272 y ss.; Cass., sez. III, 31/05/2003, n. 8828, en Foro italiano, 2003, ps. 2272 y ss.

(155) Así Corte Cost., 11/03/2003, n. 233, en www.giurcost.org.

(156) BIN, Roberto, "Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza", en Studi in onore di G. Berti, Ed. Jovene, Napoli, 2005, 365.

(157) Respectivamente Cass., 03/07/2001, n. 9009, en Responsabilità civile e previdenza, 2001, ps. 1192 y ss.; Cass., 30/03/2005, n. 6732, en Banca Borsa e titoli di credito, 2006, ps. 706 y ss.; Cass., Sez. Un., 12/05/2006, n. 13546, en www.altalex.com; Cass., 19/01/2007, n. 1203, en Giustizia civile, 2007, ps. 1098 y ss.; Cass., 24/04/2007, n. 9861, en Foro italiano, 2007, ps. 276 y ss.; Cass., 02/02/2007, n. 2311, en Foro italiano, 2007, ps. 747 y ss.; Cass., 04/03/2008, n. 5795, en Massimario del foro italiano, 2008; Cass., 09/11/2006, n.

23918, en Giustizia civile, 2006, ps. 11 y ss.; Cass., 20/04/2007, n. 9510, en Responsabilità civile e previdenza, 2007, ps. 1553 y ss.; Cass., 20/04/2007, n. 9514, en Danno e responsabilità, 2007, ps. 1028 y ss.

(158) En un intento de poner un dique a la propagación de los casos de daño resarcible, la Corte di Cassazione intervino con los cuatro fallos llamados "di San Martino", con las que, después de confirmar el resarcimiento de los daños no patrimoniales solo en los casos de lesión de un derecho constitucionalmente protegido, negó cualquier autonomía a la figura del daño existencial e introdujo las ulteriores limitaciones de la "gravedad de la lesión" y de la "no futilidad del perjuicio" con el fin de excluir la relevancia de los daños de poca importancia (así llamados bagatellari). Cass., Sez. Un., 11/11/2008, n. 26972/26973/26974/26975, en Responsabilità civile e previdenza, t. I, 2009, ps. 38 y ss.

(159) "El art. 2059 Cód. Civil no disciplina una fattispecie autónoma de ilícito, distinta de la prevista en el art. 2043 Cód. Civil, sino simplemente regula los límites y las condiciones del resarcimiento de los daños no patrimoniales en el supuesto de la existencia de todos los elementos constitutivos del ilícito". Así Cass., Sez. Un., 11/11/2008, n. 26972/26973/26974/26975, cit., ps. 38 y ss. Al contrario, parte de la doctrina reconstruye el sistema de una manera dual. Es decir, el art. 2043 Cód. Civil afectaría solo los daños patrimoniales, mientras el art. 2059 Cód. Civil surgiría como pivote de un sistema autónomo de responsabilidad para los únicos daños no patrimoniales, caracterizado por una función diferente (punitiva) y por una fattispecie diferente (en particular, no operaría dentro de su alcance la injusticia del daño). PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino - FEOLA, Maria, "La responsabilità civile: contratto e torto", Ed. Giampichelli, Torino, 2014, passim. Cfr. PERLINGIERI, Pietro, "L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince", en Rassegna di diritto civile, cit., ps. 769 y ss.

(160) Cfr. PIRAINO, Fabrizio, ob. cit., ps. 775 y ss.

(161) TRIMARCHI, Pietro, "voce Illecito (diritto privato)", cit., ps. 98 y ss.

(162) RODOTÀ, Stefano, ob. cit., ps. 89 y ss.

(163) GALOPPINI, Annamaria, "Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale", en Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1965, ps. 1397 y ss.

(164) ALPA, Guido, "Il problema dell'atipicità dell'illecito", Ed. Jovene, Napoli, 1979, ps. 261 y ss.

(165) BUSNELLI, Francesco Donato - NAVARRETTA, Emanuela, "Abuso del diritto e responsabilità civile", en Diritto privato, en FURGIUELE, Giovanni (dir.), Abuso del diritto, Ed. Cedam, Padova, 1998, t. III, ps. 171 y ss.; NAVARRETTA, Emanuela, "Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche", Rivista Critica Diritto Privato, 1998, ps. 625 y ss.

(166) BUSNELLI, Francesco D., "Illecito civile", cit., ps. 10 y ss.; SCALISI, Vincenzo, "Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile", en Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2004, ps. 955 y ss.; Cass., Sez. Un., 26/01/1971, n. 174, cit., ps. 342 y ss.

(167) BUSNELLI, Francesco D., "Illecito civile", cit., ps. 10 y ss.; SCALISI, Vincenzo, "Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile", cit., p. 955.

(168) El abuso del derecho consiste en una desviación sustancial en el ejercicio de un derecho o de una libertad (así RESCIGNO, Pietro, "L'abuso del diritto", en Rivista di diritto civile, t. I, 1965, ps. 234 y ss.), justiciable a posteriori en una perspectiva relacional y que se apoya sobre dos piernas representativas de las reglas específicas de esa ponderación de intereses en que se sustancia el juicio del carácter abusivo: por un lado, la prohibición de los actos de emulación (art. 833 c.c.), por el otro, el precepto de actuar según buena fe y correttezza (art. 1175 Cód. Civil). Así PIRAINO, Fabrizio, ob. cit., p. 733.

(169) Para una crítica a esta orientación v. PIRAINO, Fabrizio, ob. cit., ps. 705 y ss.

(170) Desde este punto de vista se distinguen tres acepciones que se refieren a la estructura del concepto: una versión llamada clásica, que identifica la noción del concepto con la suma atómicas de sus propiedades (necesarias y suficientes); una versión llamada paradigmática, que identifica el concepto con los casos paradigmáticos en los que se utiliza normalmente; por último, una versión llamada neoclásica, que mira a las solas propiedades necesarias. En el presente trabajo se hará referencia exclusivamente a este último sentido.

(171) ANSCOMBE, Gertrude E. M., "Modern moral philosophy", en Ethics, Religion and Politics. Collected philosophical papers, Ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1981, t. III, ps. 32 y ss.; GEACH, Peter, "Good and evil", en Analysis, t. XVII, 1956, ps. 33 y ss.

(172) "El hombre no tiene de la vida una idea, una noción absoluta, sino un sentimiento mutable y variado, según los tiempos, los casos y la fortuna", así PIRANDELLO, Luigi, "L'umorismo", en LO VECCHIO MUSTI, Manlio (dir.), Saggi, Ed. Mondadori, Milano, 1952, p. 180. Así que, aprendemos y conocemos el derecho tal como nos aparece, de acuerdo con nuestra educación, con nuestra mentalidad y con la situación en la que nos encontramos. En otras palabras, aprendemos (también la injusticia del daño) a través de lo que es nuestro "sentimiento de la vida".

(173) CEVA, Emanuela, "Giustizia procedurale e pluralismo dei valori", en RICCIARDI, Mario - DEL BÒ, Corrado (dirs.), Pluralismo e libertà fondamentali, Ed. Giuffrè, Milano, 2004; idem, "Giustizia e conflitto dei valori", Ed. Mondadori, Milano, 2008, passim.

(174) Así también BARCELLONA, Mario, "L"ingiustizia' del danno e il doppio regime della responsabilità", cit., p. 89, "la calificación en términos de injusticia implica necesariamente un juicio".

(175) RAWLS, John, "Una teoria della giustizia", Ed. Feltrinelli, Milano, 1982, ps. 85 y ss.

(176) CEVA, Emanuela, "Giustizia procedurale e pluralismo dei valori", cit.

(177) SCHMITT, Carl, "Die Tyrannei der Werte", Ed. Kohlhammer, Struttgart, 1967, trad. italiana, "La tirannia dei valori", Ed. Adelphi, Milano, 2008, ps. 50 y ss.

(178) Se trata de esos principios que mantienen unido el ordenamiento como sistema de certezas. Su origen, como criterios del derecho, no se encuentran en la decisión concreta de un juez o de un legislador determinado, sino en un sentido de razonabilidad que se fija en la práctica de los juristas y de los ciudadanos a través del tiempo. Así DWORKIN, Ronald, ob. cit., ps. 31 y ss.; íd., "The model of rules", en Univ. Chicago L. Rev., 1967, ps. 41 y ss.

(179) Estos principios garantizan un tratamiento igual en situaciones iguales, uno diverso en casos heterogéneos y la adhesión a los valores básicos de un ordenamiento jurídico determinado. Cfr. HART, H. L. A., "The concept of law", Ed. Clarendon Press, Oxford, 1961, ps. 185 y ss. De acuerdo con el autor, es correcto todo lo que está en conformidad con el principio de que los casos iguales deben ser tratados por igual y los diferentes casos deben ser tratados de manera diferente. Cfr. COGNETTI, Stefano, "Il principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica", Ed. Giampichelli, Torino, 2011, p. 202, que recuerda el pensamiento de ALEXY, Robert, "Ragionevolezza nel diritto costituzionale", en LA TORRE-SPADARO, La ragionevolezza nel diritto, Ed. Giampichelli, Torino, 2002, ps. 151 y ss. El autor afirma que "mientras que la razón dicta culturalmente los parámetros de aplicación de cada regla abstracta, la proporción utiliza técnicamente esos parámetros para medir de manera lineal y neutral las distancias entre los respectivos destinatarios de cada regla".

(180) Por otra parte, aunque con una línea argumentativa diferente, parece llegar a conclusiones no muy lejas PERLINGIERI, Pietro, "La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento", cit., ps. 1061 y ss. "La responsabilidad civil no puede ser considerada en una perspectiva unitaria como una función reparadora del daño injusto o del daño simple, independientemente de su injusticia, según los correctores de la proporcionalidad y de la razonabilidad".

(181) LARMORE, Charles, ob. cit., ps. 74 y ss.; BERLIN, Isaiah, ob. cit., ps. 80 y ss.; CEVA, Emanuela, "Verso una definizione di Pluralismo", cit., passim.

(182) BERLIN, Isaiah, ob. cit., ps. 80 y ss.; MENGONI, Luigi, "Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico", cit., ps. 12 y ss.

(183) ZAGREBELSKY, Gustavo, "Il diritto mite", Ed. Einaudi, Torino, 1992, 172.

Daños y perjuicios derivados de omisión del estado ante casos de violencia de género

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DFyP 2020 (febrero), 153
Cita Online: AR/DOC/3257/2019
[Consultado el: 24/07/2020]

Sumario.

I. A modo de introducción. La omisión del Estado como hecho generador de la responsabilidad civil en casos de violencia de género.— II. Violencia de género. Definición. Clases de violencia.— III. Características jurídicas de la responsabilidad del Estado por omisión en casos de violencia de género.— IV. El deber genérico de policía y seguridad y el deber específico de policía y seguridad.— V. Casos de incumplimiento específico del deber de seguridad por parte del Estado ante casos de violencia de género.— VI. La violencia de género y su precisión en cuanto al ámbito que se produce y el campo humano que afecta.— VII. La Ley Brisa del 04/07/2018.— VIII. La responsabilidad del cónyuge por daños a la integridad psicofísica.— IX. Conclusión.

I. A modo de introducción. La omisión del Estado como hecho generador de la responsabilidad civil en casos de violencia de género.

Como primera consideración debemos señalar que debe existir un hecho generador para que se ponga en funcionamiento la función resarcitoria de la responsabilidad civil, además se deben atravesar todos los presupuestos de esta (v.gr., factor de atribución, antijuridicidad, daño, relación de causalidad), para que luego sea viable la consecuencia del daño que es la indemnización.

En los supuestos de violencia de género ese hecho generador surge de la omisión del Estado ante el anoticiamiento del peligro por parte de la víctima, lo que determina concretamente la falta de servicio (factor objetivo de responsabilidad).

II. Violencia de género. Definición. Clases de violencia.

La violencia de género ha sido y sigue siendo una de las manifestaciones más claras de la desigualdad, subordinación y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. En pocas palabras, las mujeres sufren violencia por el mero hecho de ser mujeres, y las víctimas son mujeres de cualquier estrato social, nivel educativo, cultural o económico.

La violencia de género es aquella que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones de afectividad (parejas o exparejas). El objetivo del agresor es producir daño y conseguir el control sobre la mujer, por lo que se produce de manera continuada en el tiempo y sistemática en

la forma, como parte de una misma estrategia. La violencia puede ser clasificada en relación con el campo de la persona que afecta o bien al ámbito donde se produce.

En cuanto al campo personal de la mujer que afecta la violencia puede ser:

- *Física* este tipo de violencia implica un accionar que produzca dolor y lesiones, o que tenga riesgo de producirlos.
- *Psicológica*: los actos de violencia psicológica son todos aquellos que producen sensaciones de desvalorización y sufrimiento.
- *Sexual*: en este caso las acciones que vulneren la libertad de elegir cuando, como y de qué manera tener relaciones sexuales serán denominadas violencia sexual. La violencia sexual incluye violaciones, abusos e interferencias en las elecciones reproductivas.
- *Económica:* las acciones que impliquen la retención, destrucción o sustracción de bienes o dinero ilegítimamente por parte del victimario serán denominadas violencia económica.

En cuanto al ámbito donde se produce, este puede ser:

- *Doméstico:* un hecho violento es considerado doméstico si lo realiza un integrante del grupo familiar, no en necesario convivir con el agresor. Dentro del grupo familiar podemos encontrar a parientes sanguíneos y a miembros por afinidad como una pareja.
- *Institucional*: este tipo de actos son perpetuados por funcionarios y personal pertenecientes a alguna institución u organización pública.
- *Laboral:* en el campo específico del trabajo.

III. Características jurídicas de la responsabilidad del Estado por omisión en casos de violencia de género.

La cuestión reposa en considerar si *se puede responsabilizar al Estado ante un caso de femicidio*. Como primera consideración hay que precisar el marco regulatorio de la responsabilidad del

Estado. En este orden surge de la ley 26.944 que la responsabilidad del Estado rige por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas y que dicha responsabilidad es objetiva y directa (conf. art. 1º).

Por su parte, la actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen (conf. art. 9º de la ley 26.944).

Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:

- *daño cierto* debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- *imputabilidad material de la actividad o inactividad* a un órgano estatal;
- *relación de causalidad adecuada* entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;
- *falta de servicio* consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado (art. 3º de la ley 26.944).

Entonces, ante un suceso de violencia de género, ¿se puede responsabilizar al Estado por omisión de medidas precautorias, sancionatorias o preventivas? La respuesta es afirmativa, pero antes de inmiscuirnos en la

casuística debemos precisar que la responsabilidad del Estado, en estos casos, no deriva del incumplimiento del deber *genérico* de policía y seguridad sino del incumplimiento del deber *específico* de policía y seguridad.

IV. El deber genérico de policía y seguridad y el deber específico de policía y seguridad.

El deber genérico de policía y seguridad no puede resultar una causa eficiente que imponga al Estado resarcir todo daño que se produzca en los planos de seguridad individual del sujeto. Es decir, un asalto en la calle, o un golpe efectuado hacia una persona por sí solos no determinan la responsabilidad del Estado por inacción, si no existen en el lugar medios para impedirlo (v.gr., policía). En este marco, decimos que debe haber una omisión en *concreto*.

Al respecto, ha señalado la CS *que la mera existencia del poder de policía de seguridad y del servicio de justicia que corresponden al Estado no es suficiente* —por sí solo—, para atribuirle *a priori* responsabilidad en eventos en los que ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, ya que 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 consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (1).

Ahora bien, si es aplicable la responsabilidad Estatal ante supuestos en donde haya una violación del *deber de seguridad en concreto*. En este sentido, ha dicho ese mismo Tribunal que hay responsabilidad por omisión frente al cabal conocimiento de las circunstancias previas por parte de los funcionarios del Ministerio Público. Ello por cuanto, las distintas denuncias realizadas en el tiempo por la víctima y sus familiares daban cuenta de un riesgo cierto, concreto y persistente, que fue desoído, por lo que el evento luctuoso no resultó inesperado (2).

V. Casos de incumplimiento específico del deber de seguridad por parte del Estado ante casos de violencia de género.

El incumplimiento específico del deber de seguridad por parte del Estado representa la causa fuente que configura la falta de servicio o el anormal funcionamiento de este (factor objetivo de la responsabilidad en el caso concreto). Eso puede verse en distintos precedentes recientes fallados en la Argentina.

En 2017 se resolvió un caso en donde un miembro de la policía provincial asesinó a su pareja con el arma reglamentaria. Los hijos de la mujer iniciaron una demanda contra la provincia de Buenos Aires tendiente a obtener un resarcimiento por la muerte de aquella. El juez que intervino hizo lugar a la demanda interpuesta (3).

En este marco, no puede afirmarse que existían pocos medios a disposición para evitar el hecho dañoso, porque el autor del hecho era una persona, perfectamente identificada y, un plus pues era numerario policial así que también la cabía responsabilidad administrativa (tan es así que la propia víctima ya lo había denunciado), con lo que había medios de esa naturaleza para disuadirlo de su conducta.

Asimismo, se dijo que el grado de previsibilidad del daño, era muy alto en atención a las circunstancias que rodearon el evento (múltiples denuncias, condición policial del sujeto, acceso a armas, etc.). Bajo estos argumentos se resolvió que la provincia de Buenos Aires —Ministerio de Seguridad-Policía—, es responsable por la muerte de una mujer en manos de su pareja, miembro de la fuerza de seguridad y que estaba utilizando el arma reglamentaria, ante la omisión de sus funcionarios al incumplir su deber de seguridad, ya que, dadas las diversas denuncias realizadas por la víctima, había un alto grado de probabilidad de que el agresor tuviera una conducta violenta, aun cuando no necesariamente de carácter fatal como terminó siendo.

Y se preció —tal como venimos explicando que—, no se le atribuye la responsabilidad por el genérico deber de prevención del delito, sino por cuanto, en el caso, su deber se encontraba "particularizado" al estar el Estado en conocimiento de una situación de riesgo real y actual para un individuo determinado y con razonables posibilidades de evitarlo.

Se concluyó que resulta innegable que quien fuera la víctima de los trágicos hechos aquí relatados resultó víctima de violencia de género no solo por parte de quien fuera su pareja y que terminó con su vida, sino también por parte de los funcionarios policiales, particularmente el de la última denuncia, quienes recomendaron devolver el arma homicida para que no le inicien una causa por robo, arma que ella había sustraído ante el miedo de que se lleve adelante una acción como la que efectivamente aconteció días después (4).

En otro caso, una mujer víctima de violencia doméstica se presentó en el hogar conyugal a retirar sus pertenencias acompañada de personal policial y en cumplimiento de una orden judicial. En ese momento su marido la mató y luego se suicidó. A raíz del suceso, sus hijas iniciaron acción de daños contra el Estado Nacional y policías. La Cámara admitió parcialmente la pretensión.

Al respecto se resolvió que el Estado Nacional es responsable, junto al policía codemandado, de la muerte de una mujer víctima de violencia doméstica que fue asesinada por su esposo al momento de retirar pertenencias del hogar conyugal acompañada por un agente policial en cumplimiento de una orden judicial, pues no se trata de examinar el cumplimiento del deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general propio de la Fuerza sino del deber de seguridad personal cumplido de modo irregular.

Bajo estos parámetros se menciona que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (5).

En otro hecho un policía dio muerte a su pareja con su arma reglamentaria. Acto seguido, se suicidó. Los hijos de la víctima iniciaron una demanda contra el Estado Provincial con fundamento en su responsabilidad por falta de servicio. Esta fue admitida.

En este marco, se indicó que el Estado Provincial cumplió irregularmente su deber de seguridad y es responsable por la muerte de la madre de los actores en manos de su pareja, quien era policía y le disparó con su arma reglamentaria, por cuanto nada se hizo en favor de la protección de la víctima, pese a que había en curso una denuncia concreta de privación de la libertad efectuada por su madre, a lo que se suman los numerosos antecedentes de hechos de violencia de género por parte del agresor y el enorme riesgo que implicaba la portación reglamentaria de su arma de fuego.

Y se concluyó que el Estado es responsable por la muerte de la madre de los accionantes, porque el victimario era un funcionario policial que ejecutó el femicidio con el arma reglamentaria, provista por la Institución, y que, debía portarla en todo momento, aun cuando no estuviere en servicio (6).

En otro precedente, la Suprema Corte de Buenos Aires determinó la responsabilidad de la provincia por la falta de servicio de seguridad a la víctima de violencia doméstica, tras el homicidio de los hijos de la pareja a manos de su padre.

En ese marco se afirmó que la provincia de Buenos Aires es responsable por el filicidio cometido por el progenitor de dos niños, dadas las graves deficiencias en el obrar policial al atender las denuncias de la madre de ellos, que daban cuenta del contexto general de violencia familiar en que se encontraban sumergidos tanto las víctimas como el victimario; no se arbitraron los medios necesarios para procurar el cese de la violencia, ni siquiera para evitar su acrecentamiento.

Asimismo, se dijo que existe responsabilidad del Estado provincial por el filicidio cometido por el progenitor de dos niños, dado que el escenario de violencia creciente imponía la necesidad de tratamiento urgente y la omisión en el accionar estatal resultó apta para ocasionar el daño (7).

VI. La violencia de género y su precisión en cuanto al ámbito que se produce y el campo humano que afecta.

Como dijimos en los primeros acápites, la violencia puede darse en distintos ámbitos y tener diferentes repercusiones en la persona. Un reciente fallo hace una correcta aplicación de esta perspectiva individualizando el ámbito de aplicación de la violencia de género (laboral) y su repercusión física (en este caso, psicológica y sexual).

Al respecto se precisó que la indemnización que se limitó al resarcimiento por el acoso sexual sin consideración del despido discriminatorio sufrido por la trabajadora luce inconsistente y, por tanto, debe admitirse una reparación comprensiva de este último concepto, si se acreditó que su superior jerárquico, abusando de su cargo, la sometió a maltrato verbal, hostigamiento psicológico, acoso sexual y diferenciación ilegítima por su nacionalidad, pues ello exterioriza que aquella fue afectada en su derecho a un ambiente de trabajo saludable, en su dignidad, identidad e integridad y, por extensión, en su libertad y en su derecho a una vida libre de toda violencia (8).

VII. La Ley Brisa del 04/07/2018.

Una cuestión elemental es el problema que se presenta cuando el padre de niños niñas o adolescentes mata a su pareja (femicidio) y sus hijos en común quedan expuestos a una doble situación de vulnerabilidad: pierden a su madre y su padre queda preso. Es a raíz de estas situaciones que se ha creado la Ley Brisa.

Brisa es una niña que, junto con sus hermanos mellizos Tobías y Elías, desgraciadamente conmovieron al país porque su madre fue víctima de femicidio por parte del padre de los tres niños en diciembre de 2014.

Este hecho adquirió notoriedad porque "La Casa del Encuentro", una ONG cuyo objetivo es la defensa de los derechos de las mujeres, elaboró un proyecto de ley que llevó el nombre Brisa con el fin de otorgar una compensación económica para los niños, niñas y adolescentes que resulten víctimas colaterales de femicidio.

Los casos que se encuentran comprendidos son:

- Procesamiento o condena por femicidio.
- Extinción de acción penal de femicidio por muerte del imputado.
- Muerte por violencia intrafamiliar o de género.

Siendo los destinatarios del sistema las personas menores de 21 años o con discapacidad que sean hijos de alguno de los progenitores fallecidos en las circunstancias descriptas anteriormente.

La compensación que se brinda a los beneficiarios del sistema consiste en una renta periódica equivalente a un haber jubilatorio mínimo hasta los 21 años, salvo en caso de personas con discapacidad, que no tendrían ese límite temporal.

La obtención de esta compensación es compatible y en nada afecta al reclamo indemnizatorio que podría realizar cualquiera de los beneficiarios contra quien haya incurrido en responsabilidad civil por los mismos hechos, en su carácter de damnificados indirectos, por vía judicial.

VIII. La responsabilidad del cónyuge por daños a la integridad psicofísica.

Por último, trataremos brevemente, la responsabilidad del cónyuge o conviviente por daños a la integridad psicofísica de su pareja. Se trata de un caso de responsabilidad directa (art. 1749 del Cód. Civ. y Com.), por el hecho propio, de tinte subjetivo (conf. art. 1724 del Cód. Civil).

En este orden, se dijo que el ex cónyuge de la actora debe resarcir los daños causados a esta en virtud de los episodios de violencia doméstica protagonizados durante la convivencia y luego de la separación, pues existen indicios graves, precisos y concordantes que ese contexto provocó a la reclamante un estado de zozobra que, al permanecer en el tiempo, derivó en un perjuicio a su dignidad e integridad psicofísica (9).

Agregamos que la cuantificación de la indemnización en estos casos debe basarse en fórmulas matemáticas financieras en relación con el grado de incapacidad (nosotros proponemos la Méndez) debido a la correcta interpretación del art. 1746 del Cód. Civ. y Com.

IX. Conclusión.

Como conclusión de lo expuesto, debemos señalar que el tema de la violencia de género adquiere aristas extremadamente preocupantes. La responsabilidad del Estado por omisión de la cual deriva una indemnización resulta ser una consecuencia de un hecho del pasado que podría haber sido evitado.

No nos caben dudas de que el Estado debe responder por esa omisión ante el anoticiamiento directo o indirecto efectuado por la víctima o familiares, pero lo cierto es que esas indemnizaciones son posteriores al hecho mismo, es decir: la mujer ya padeció la violencia.

Por eso decimos que este tipo de indemnizaciones, si los mecanismos preventivos funcionaran bien, no debería ni existir en la práctica, pues resulta inconcebible que una mujer que pone en conocimiento del Estado su padecimiento (violencia de género), termine luego con lesiones o muerta, por omisión de la prevención necesaria por parte del Estado.

En este marco, la responsabilidad Estatal, resulta un paliativo al daño concreto, pero no aporta demasiado al conflicto medular (prevención de la violencia de género), solo resulta una consecuencia-castigo por el deficiente accionar del órgano público ante denuncias concretas, lo cual obviamente es correcto.

En definitiva, como bien precisa González de Visel, el Poder Judicial no es ni puede ser un ámbito de definición de la política social, —cuanto más—, su función es reducir el margen de discrecionalidad en el diseño e implementación de esta, siendo su deber la garantía del goce de los derechos, transformándose la judicatura en la encargada de verificar (en presencia de "caso") la razonabilidad de medidas positivas o negativas adoptadas por el Estado, con base en estándares mínimos de satisfacción de derechos, que de otro modo quedarían únicamente enunciados (10).

Bibliografía.

(1) CS, Fallos 330:4113, 563.
(2) CS, Fallos 336:1642.
(3) Los hechos eran los siguientes: los hijos de la difunta interponen demanda en sede civil con el objeto de que se condene, a O. O. S. y a la Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad-Policía), al resarcimiento de los daños y perjuicios producidos a raíz de la muerte de su madre. Aclaran que el demandado, quien se

desempeñaba como personal de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, se hallaba en concubinato con su madre, Sra. R., desde hacía quince años, unión de la cual había nacido un tercer hijo, menor a la fecha de los hechos, O. N. S. R., mientras que los actores eran fruto de un matrimonio anterior disuelto por divorcio. Relatan que el 02/12/2004, aproximadamente a las 21:30 horas, "por enésima vez desde hacía varios años, S. amenaza a la Sra. R., diciéndole 'lo mejor que podés hacer es callarte la boca porque te voy a matar', luego de lo cual la toma de un brazo, la zamarrea y la saca a empujones al patio. "Luego de unos minutos, la Sra. R. logra reingresar a la vivienda, más exactamente al dormitorio en el que se habían encerrado sus hijos M. S. H. y el menor de 10 años, se cambia la remera que le había destrozado su concubino S., y decidida a realizar una nueva denuncia en contra de su pareja, intenta ascender al automóvil en compañía de sus hijos. Sin embargo, no alcanzaría su propósito: S., apoyándole su arma reglamentaria de la repartición policial en el cuello, con total sangre fría y pleno conocimiento de lo que hacía, la mata de un solo disparo, luego de lo cual se sienta a contemplar, durante algunos minutos, sin muestra alguna de remordimiento, el cuerpo inmóvil de quien en vida había sido su pareja".

(4) Juzgado en lo Contencioso Administrativo Nº 4 de La Plata, en autos: "H., H. G. y otro/a c. S., O. O. y otro/a s/ pretensión indemnizatoria", 21/09/2017, Cita Online: AR/JUR/90601/2017.

(5) Juzgado Contencioso Administrativo Federal Nº 12, 50029/2011, "A. R. H. y otro c. Estado Nacional — Ministerio de Seguridad - PFA y otros s/ daños y perjuicios" (octubre de 2016).

(6) Cámara en lo Civil y Comercial de San Pedro de Jujuy, sala IV, 08/03/2019, "T. del C. Z. y C. R. Z. c. Estado Provincial s/ ordinario por daños y perjuicios", Cita online: AR/JUR/6305/2019.

(7) SCBA, 28/11/2018, "G., M. A. c. Poder Ejecutivo s/ pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", LLBA 2019 (mayo), 2, Con nota de Melanie SALCEDO, RDF 2019-III, 37 con nota de Verónica SPAVENTA, RCyS 2019-VII, 57 con nota de Melanie SALCEDO, Cita online: AR/JUR/78132/2018.

(8) CNTrab., sala I, 03/12/2018, "C. R., S. R. c. Coto CICSA y otros s/ despido", LA LEY del 12/02/2019, 9 LA LEY 2019-A, 170 DT 2019 (abril), 880, Cita online: AR/JUR/66002/2018.

(9) CNCiv., sala H, 21/04/2016, "S., J. J. c. G., M. M. s/ divorcio y daños y perjuicios", DFyP 2016 (octubre), 48 con nota de Silvina A. BENTIVEGNA, cita online: AR/JUR/21481/2016.

(10) Ver nota del 21/05/2018 en JusNoticias, Noticias del Poder Judicial de Chubut a la Jueza de Esquel Mariela González de Visel.

Responsabilidad civil por contagio negligente de Coronavirus (COVID-19) en tiempos de pandemia

Por Julián Emil Jalil

Disponible en: https://informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCyS 2020-V, 19
Cita Online: AR/DOC/944/2020
[Consultado el: 27/07/2020]

Sumario.

I. A modo de introducción: el coronavirus (COVID-19) como pandemia.— II. Características esenciales del coronavirus.— III. La función preventiva.— IV. La aplicación de los principios generales de la función resarcitoria del derecho de daños.— V. Acerca de la dificultad de la prueba.— VI. A modo conclusive.

"...La presencia de un gran reservorio de virus similares al SARS-COV en murciélagos, junto con la cultura de comer mamíferos exóticos en el sur de China, es una bomba de tiempo. La posibilidad de la reaparición del SARS y otros virus nuevos de animales o laboratorios y, por lo tanto, la necesidad de propagación no debe ignorarse...".
CHENG - LAU - WOO - YUEN, "Severe Acute Respiratory Syndrome (SARS)", 2007

I. A modo de introducción: el coronavirus (COVID-19) como pandemia.

El director de la Organización Mundial de la Salud, Tedros Adhanom Gebreyesus, ha caracterizado oficialmente al coronavirus COVID-19 como una pandemia (1). Aseguró que miles de personas están luchando por sus vidas en los hospitales, y que se espera que el número de muertes y casos aumente aún más en los próximos días.

Manifiesta que han estado siguiendo la epidemia y la OMS está profundamente preocupada por los niveles alarmantes de contagio y de su severidad, pero también de los alarmantes niveles de inacción.

Es por ello que hemos evaluado que el COVID-19 puede caracterizarse como una *pandemia*.
Pandemia no es una palabra para usar a la ligera o descuidadamente. Es una palabra que, si se usa incorrectamente, puede causar un miedo irracional o una aceptación injustificada de que la lucha ha terminado, lo que lleva a sufrimiento y muerte innecesarios.

Señala Ildefonso Hernández (2) que la definición de pandemia no está tasada, y añade que se usa más bien para reforzar esa idea de que todos los países deben sentirse concernidos y en todos ellos deben aplicarse planes de preparación y respuesta (3).

Coincide con él Godoy (4), quien indica que la declaración de pandemia quiere decir muy poco. Tiene quizás valor desde el punto de vista de la opinión pública, pero realmente no hay un dintel, un valor o número de países a partir del cual se puede decir que es pandemia; de facto ya lo era antes (5).

La Organización Mundial de la Salud ha llamado diariamente a los países a actuar y ha hecho sonar la alarma del COVID-19.

II. Características esenciales del coronavirus.

El virus no es un organismo vivo, sino una molécula de material genético (ARN-ácido ribonucleico o ADN-ácido desoxirribonucleico) cubierta por una capa protectora de lípido (grasa) y proteína. Cuando el material genético del virus ingresa a las células que infecta (células de las mucosas ocular, nasal o bucal) cambia su código genético (el de las células) provocando mutaciones que las convierten en células agresoras y multiplicadoras.

Como el virus no es un organismo vivo, no muere, sino que es desintegrado. Por sí mismo, en ese caso, el tiempo de desintegración depende de la temperatura, humedad y tipo de material donde reposa, o mediante cualquier jabón, detergente o alcohol, ya que disuelven la capa de grasa que protege al virus. También el calor derrite la grasa.

III. La función preventiva.

Como primera consideración debemos señalar que hemos circunscripto nuestro trabajo a la función resarcitoria de la responsabilidad civil, pero la *función preventiva* también constituye una herramienta útil en estos casos. Así, si se conoce que una persona posee la enfermedad y que asiste a lugares públicos, cualquier persona podría requerir ante la justicia una acción preventiva para evitar que se causen daños en la salud de terceros (arts. 1710 y ss. del Cód. Civ. y Com.), pues existe un interés razonable basado en la salud pública (art. 1712 del Cód. Civ. y Com.).

IV. La aplicación de los principios generales de la función resarcitoria del derecho de daños.

El contagio de una enfermedad provoca indudablemente un daño en la salud del otro. Ahora bien, desde este panorama, parecería que la idea de responsabilidad civil se circunscribe a la de indemnización por el daño causado, la cual tendría como fin último compensar el dolor o el menoscabo.

Si ello fuera así, probada que fuera la existencia del daño (contagio de la enfermedad), y la relación de causalidad, bastaría para atribuir responsabilidad civil y el tema no presentaría inconvenientes. Nuestro ordenamiento positivo y la doctrina han establecido reglas que van a determinar la imputabilidad y la aplicación de los principios generales de responsabilidad civil para el caso, los cuales vamos a desarrollar.

Resulta de cabal trascendencia establecer la imputación del sujeto transmisor, tarea nada fácil. No obstante ello, en el desarrollo de este esquema recurriremos a premisas procesales que sirvan como herramientas válidas para ese fin (v.gr., inversión de la carga de la prueba, indicios y presunciones).

IV.1. La antijuridicidad.

Explica Santos Briz que la indemnización del daño implica, por regla general, no una desaparición de este sino solamente su desplazamiento a otro patrimonio, autorizado por una norma jurídica. Parangonando la norma o principio *nullum crimen sine lege*, puede decirse que no puede haber indemnización sin una base jurídica legitimadora (6). Esta cuestión se vincula estrictamente con la antijuridicidad.

Desde el día 20 de marzo de 2020 rige en argentina el dec. 297/2020 de "Aislamiento social preventivo y obligatorio" que contiene 14 artículos donde se marcan las restricciones que implican la prohibición de transitar y de asistir a los trabajos no esenciales por la cuarentena total.

En este marco, no presenta problemas afirmar que quien transmite el COVID-19 en violación al mencionado decreto provoca un daño y viola la norma general del art. 1717 del Cód. Civ. y Com. Ello, a todas luces, constituye un incumplimiento objetivo, cuyo daño no halla justificación en ninguna de las causales del art. 1718 del Cód. Civ. y Com.

Como conclusión de lo expuesto la antijuridicidad se torna evidente al trasgredir la conducta lo dispuesto en el mencionado decreto y causar un daño injusto en la persona, el cual no encuentra justificación normativa. El interés existe y merece protección jurídica.

IV.2. El daño

La existencia del daño, menoscabo o perjuicio es un presupuesto esencial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil (arts. 1716 y ss. del Cód. Civ. y Com.), su ausencia excluye la atribución de responsabilidad y no obliga a la reparación material porque justamente no existe nada que subsanar.

El concepto jurídico de daño, salvo restricciones queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley. Comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecta en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, sus derechos o facultades (7).

Este es el alcance que le ha dado el art. 1737 del Cód. Civ. y Com., el cual dispone que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

En estos casos el daño que se configura al contraer una enfermedad de transmisión viral consiste precisamente en el menoscabo a la salud, que en algunos casos tendrá reparación por tratamiento médico y en otros puede llegar a ser terminal, pero que en todos los supuestos provoca una disminución en la integridad física (8).

Asevera Josserand que el daño material puede alcanzar a la víctima tanto en su patrimonio como en su persona física y entre los casos que menciona dentro de este supuesto hace especial hincapié en el "contagio de una enfermedad" (9).

En el caso del contagio de COVID-19, el daño debe ser probado por la víctima (art. 1744 del Cód. Civ. y Com.). Si esta ha desarrollado la enfermedad (sintomática o asintomática), un certificado médico que así lo acredite constituye una prueba irrefutable del daño a la salud.

Acreditado ello, el *daño extrapatrimonial* se hace manifiesto ante el dolor y la pena de padecer la enfermedad, como también el *daño patrimonial*, derivado de los gastos de asistencia médica, pérdida del salario por falta de producción, etcétera.

En este supuesto, el perjuicio es evidente, habida cuenta de que el contagio de esta enfermedad produce un daño que —a su vez— puede ser actual o futuro. Es decir, puede consistir en secuelas o daños biológicos, fisiológicos o corporales, o bien estar sujetos al curso del tiempo, como el caso de aquellos daños que indefectiblemente se producirán. En definitiva, como dice Puig Peña, el resultado es el daño causado, o sea la modificación que en la armonía del mundo perteneciente al damnificado se produce a consecuencia de aquella acción u omisión (10).

IV.3. El daño no patrimonia.l

Como venimos explicando, las víctimas portadoras del virus también pueden demandar daño *extrapatrimonial*, pues la enfermedad aparece como una bomba de tiempo que causa problemas psicosociales (11). Creemos incluso, que este representa el menoscabo más trascedente.

Es decir, el daño provocado no consiste solo en la privación de la salud, sino en la lesión o pérdida de un bien, en sentido amplio, que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho, de naturaleza extramatrimonial (arts. 51, 52 y 1741 del Cód. Civ. y Com.).

Hacemos principal hincapié en este menoscabo, porque entendemos que el supuesto de responsabilidad que se analiza tiene una poderosa lesión moral, arraigada en los difíciles momentos que deberá atravesar la persona mientras padezca la dolencia.

IV.4. El factor de atribución

La persona imputada pudo haber actuado intencionalmente, o sea con dolo, es decir con intención de causar el contagio o con absoluta indiferencia por la salud ajena, o bien por ignorancia de su estado, aunque presentase un comportamiento riesgoso o síntomas de la enfermedad, por lo cual su actuar resulta negligente, es decir: culposo (art. 1724 del Cód. Civ. y Com.) (12).

En este sentido, el accionar no sería culposo si el imputado ignoraba su estado y no podía conocerlo por la inexistencia de síntomas, el daño deviene imprevisible y por lo tanto no habría responsabilidad de quien —en esas condiciones— trasmitió la enfermedad (13).

IV.4.a. La culpa y el contagio de la enfermedad.

Como primera cuestión decimos que la culpa debe ser analizada de conformidad con el caso concreto y en relación con una serie de disposiciones del Código que la definen, entre ellas, los arts. 1721, 1724 y 1725 del Cód. Civ. y Com. Es decir, como explica Hersalis para determinar el concepto de culpa, el articulado debe ser interpretado juntamente con otros (14).

En este caso hay que acreditar que el sujeto desarrolla su accionar o conducta de una manera menos diligente a lo esperado por los demás. Lo cual indica o advierte la presencia del elemento subjetivo culposo.

Dicho accionar —como dice De Cupis— configura una omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuyo empleo podría haberse evitado un resultado no querido, la realización no querida del supuesto de hecho legal (15).

Entonces, la cuestión se circunscribe a considerar si ha mediado negligencia en el deber de conocer el estado de salud para evitar perjudicar a terceros.

Dice Mosset Iturraspe que existe culpa consciente —denominada por algunos "culpa con previsión"— cuando el agente se representa la posibilidad del resultado, pero confía o espera que no se produzca, a diferencia de lo que acontece con el dolo eventual, en el cual la representación lejos de detener al agente lo ratifica en su proceder: la representación de la posibilidad del resultado.

Calificamos a la culpa de inconsciente cuando existe la posibilidad de representación del resultado, pero no la representación real; es una culpa sin representación o previsión efectiva (16).

Entonces la cuestión de la responsabilidad debe dilucidarse en el plano de la exigencia de previsibilidad del agente analizada en concreto (culpa) y en abstracto (relación de causalidad). Así, por ejemplo, una persona que sabiendo de la posibilidad de poseer la enfermedad (por venir de algunos de los países con circulación activa del virus) no toma los recaudos o concurre a eventos donde hay público, la negligencia se hace evidente. Como explicaremos más adelante, todo ello será materia de prueba en un eventual proceso civil.

IV.4.b. La presencia del dolo como agravante de la responsabilidad.

En realidad, en el caso de análisis, estas posturas no adquieren mayor profundidad en cuanto a su distinción conceptual, porque consideramos que la acción de contagiar adrede sabiéndose portador de una enfermedad contagiosa queda circunscripta en cualquiera de las teorías esbozadas.

Esto es así porque el sujeto conoce la enfermedad que padece y sabe que es muy probable que sea transmitida (teoría de la representación), tiene voluntad de realizar el acto, conoce el resultado y quiere ese resultado (teoría de la voluntad y teoría del asentimiento).

Pero ¿podría ser un caso de culpa con representación o de dolo eventual, donde el sujeto reconoce la alta posibilidad del resultado, pero sigue adelante con su accionar omitiendo ese saber? Nos inclinamos por considerar que dado el caso del sujeto que sabiéndose portador de una enfermedad contagiosa, que conoce que expone a los terceros, se configura un supuesto de dolo directo y sería muy difícil encuadrarlo en otra situación.

Más aún, nos rehusamos a analizar esa posibilidad porque nuestro derecho no reconoce dentro del dolo una figura de estas características; como dice Llambías solo el dolo directo queda comprendido en la noción de dolo civil, no así el dolo eventual ni menos la llamada culpa con representación.

En nuestro derecho positivo el dolo se caracteriza por la intención nociva, ya que tal acto exige la concurrencia de dos elementos: la plena conciencia del resultado dañoso que habrá de seguir la acción a sabiendas de que ese resultado haya constituido la motivación del agente (intención de dañar). Ahora bien, tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación, la motivación del agente no es la consecución del daño producido, por lo cual esas figuras quedan al margen del dolo delictual característico del delito civil (17).

Además, como dice Picasso, esto posee escaso valor práctico, pues salvo casos de excepción, basta con la culpa para que exista responsabilidad (18), no existiendo diferencias en el Código Civil y Comercial entre el daño causado por culpa o por dolo.

IV.5. La relación de causalidad

Distintos son los casos en los cuales un accionar humano puede determinar el resultado dañoso.

Por un lado, aparece la *comisión* de un hecho propiamente dicho, en este caso basta con determinar que la conducta positiva del agente gesta la consecuencia negativa que se le atribuye.

Otro supuesto es el de *comisión por omisión* donde se infringe una norma negativa (prohibición), y la omisión es medio para violar el precepto y obtener un resultado dañoso (19).

No es así en los de *simple omisión*, en los cuales la omisión por sí misma es punible con presidencia del propósito del agente (20).

En el supuesto especial que analizamos, es decir, el caso de la persona que trasmite un mal a otro, podemos sostener que la conducta del transmisor es una comisión por omisión. Una omisión culposa o dolosa de informarse acerca del estado de salud para no transgredir la prohibición de causar daños a terceros (art. 1716 del Cód. Civ. y Com.).

De esta manera se configura un caso de *omisión* en donde el accionar del sujeto constituye una abstención, o traducido en los términos que se mencionaron con anterioridad, *una falta de previsión de las consecuencias* que dicho accionar podría traer aparejadas.

La previsibilidad de esas consecuencias debe ser analizada de conformidad al principio de normalidad (arts. 1726 y 1727 del Cód. Civ. y Com.). Así las cosas, una persona que estuvo expuesta al contacto de otra infectada con el virus, tendrá mayor deber de previsibilidad de su estado de salud que aquella que no lo estuvo.

V. Acerca de la dificultad de la prueba.

La información en relación con el estado de salud de una persona es fundamental para evitar la propagación de males infecto-contagiosos. Este conocimiento acerca del estado de salud, como se ha visto, es una cuestión de prueba (21).

Como el derecho no debe quedarse en las meras intenciones, sino que debe contemplar las realidades ejecutadas, es menester señalar que, en muchos casos, es realmente difícil comprobar el contagio subjetivo (22), mucho más difícil es probar que la persona sabía de la enfermedad que padecía o bien que actuó con negligencia.

Nosotros entendemos que se puede recurrir dentro del proceso, a dos mecanismos a tales fines: a la inversión de la carga de la prueba al momento de la interposición de la demanda, y a la posibilidad de recurrir a indicios y presunciones al momento de fallar.

V.1. La inversión de la carga de la prueba al momento de la interposición de la demanda.

Hemos dicho que los jueces pueden, al momento de interposición de la demanda, determinar qué parte se halla en *mejores condiciones de probar el factor de atribución* (23), en este caso, quién no padecía la enfermedad o quién no sabía que la padecía por no tener ningún motivo para saberlo (v.gr., no tuvo contacto con personas de riesgo).

Entendemos que quien sindica a alguien como portador del virus debe acreditar que ese último padeció la enfermedad, y una vez probado ello, se invierte la carga de la prueba en cuanto a la culpa.

Entonces, la prueba de la diligencia ante la enfermedad viral contagiosa debe ser soportada por el agente demandado, en consonancia con la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Recordemos que el art. 1735 del Cód. Civ. y Com. estipula que el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

V.2. La posibilidad de recurrir a indicios y presunciones al momento de fallar.

Como primera consideración debemos señalar que las presunciones legales establecidas por el legislador tienen como finalidad la aplicación de ciertos efectos con relación a situaciones o relaciones jurídicas extra procesales, sea que admitan prueba en contrario (*iuris tantum*) o que la impidan (*iuris et de iure*), ya que ellas no se dirigen a la demostración de un hecho, a su prueba, sino que afirman o niegan la existencia de un hecho en razón de determinadas circunstancias vinculadas a él.

Como explica Chiovenda, el juez durante la *litis* debe servirse de las presunciones para formarse su convencimiento, de modo análogo a como haría cualquier razonador fuera del proceso (24).

Así, una conducta omisiva del demandado puede lesionar los umbrales en los que reposa la buena fe procesal, y debe ser considerada, junto con los demás elementos probatorios, para arribar a la solución del caso.

En concordancia con lo expuesto, ha dicho el maestro Couture que la parte tiene los deberes jurídicos de lealtad, probidad y buena fe. En nombre de esos deberes presta su colaboración a la demostración de la verdad. Es la contribución que, como litigante, debe a la obra de la justicia (25).

La *presunción judicial,* simple u hominis (del hombre), es el juicio lógico que el juez extrae de los hechos probados, que no constituyen la representación de lo que se conceptúan o se establecen como objeto de la prueba, sino que permiten, en todo caso, su deducción, con una variable grado de probabilidad o certeza. No encuadran pues, dentro de este concepto, las presunciones legales simplemente establecidas por el legislador para la aplicación de ciertos efectos con relación a situaciones o relaciones jurídicas, ya que ellas no se dirigen a la demostración de un hecho, a su prueba, sino que, afirman o niegan la existencia de un hecho en razón de determinadas circunstancias vinculadas a él (26).

La orfandad probatoria que se puede presentar en estos casos amerita bucear en la *prueba indiciaria* a los efectos de extraer conclusiones lógicas partiendo de premisas probadas, las cuales, al cotejarlas con las leyes de la experiencia, permitan obtener una *presunción hominis.*

Como explica Carnelutti, el indicio no es algo que exista objetivamente, en el hecho o fuera de él, sino que expresa la reasunción de este en la regla de la experiencia a fin de extraer su deducción (27).

Con claridad meridiana la SCBA ha explicado que la palabra indicio viene de la voz latina *indicium* que es una derivación de *indicere* que significa indicar, hacer conocer algo. Esta función la cumple el indicio en virtud de la relación lógica que existe entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de este (ni oral, ni escrita, ni por reproducción de imágenes y sonidos). De acuerdo con esto se entiende por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos (28).

De esta manera, el indicio representa toda y cualquier circunstancia que tiene conexión con el hecho más o menos incierto, que se procura probar.

La convicción indiciaria se funda en un silogismo lógico compuesto por una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión. La premisa *mayor o absoluta* la constituyen las leyes de causalidad aceptadas por la razón en virtud de la experiencia, *la premisa menor* consiste en un hecho concreto, conocido y que tiene relación con la regla genérica y abstracta de la premisa mayor, *la conclusión* que surge de la relación entre ambas premisas, la cual le otorga fuerza probatoria al indicio.

La prueba indiciaria debe valorarse en forma general y no aislada, y de manera conjunta. Esto ocurrirá cuando la incidencia de unos indicios sobre otros elimine la posibilidad de duda, según las reglas de la sana crítica.

Aplicando este método hipotético deductivo, se podría utilizar una serie de *indicios* de los cuales se derive una presunción judicial certera:

- *La premisa mayor o absoluta:* si una persona ha vuelto de cualquier país de circulación del virus COVID-19 o estuvo en contacto con alguien que haya regresado de allí, o que padece la enfermedad.
- *Premisa menor:* esa persona debía saber que podría estar infectada del virus.
- *La conclusión:* su vínculo con las demás personas a partir de ese hecho constituye una falta de diligencia (art. 1724 del Cód. Civ. y Com.). La persona debía haber previsto que podía contagiar. Esta conclusión que surge de la relación entre ambas premisas, la cual le otorga fuerza probatoria al indicio.

Las presunciones indiciarias que emergen del punto precedente generan una presunción *hominis* de la cual se puede extraer que la persona debía prever o haber previsto la posibilidad de padecer el COVID-19 y poder transmitirlo a la otra persona con la que se vincule.

VI. A modo conclusivo.

No podemos soslayar que existieron varios trabajos científicos acerca de los virus conocidos como SARS (*Severe Acute Respiratory Syndrome*), uno de ellos —escrito por científicos de la Universidad de Hong Kong— posee 3 contundentes frases que podrían haber evitado tantas muertes:

- Los coronavirus son bien conocidos por sufrir recombinación genética, lo que puede conducir a nuevos genotipos y brotes.
- La presencia de un gran reservorio de virus similares al SARS-COV en murciélagos, junto con la cultura de comer mamíferos exóticos en el sur de China, es una bomba de tiempo.
- La posibilidad de la reaparición del SARS y otros virus nuevos de animales o laboratorios y, por lo tanto, la necesidad de propagación no debe ignorarse (29).

Realmente una pena que no se haya considerado tan importante descubrimiento y predicción derivada del plano científico. Lo cierto es que el COVID-19 ha sido declarado por la OMS como una pandemia, lo que implica un compromiso global de todos los países para tratar los temas sobre la enfermedad.

En este tópico —el de las ciencias jurídicas— nos toca dejar sentados los cimientos de la responsabilidad civil para los casos de contagio.

En cuanto a la *antijuridicidad,* debemos precisar que quien transmite el COVID-19 en violación al dec. 297/2020 provoca un daño y viola la norma general del art. 1717 del Cód. Civ. y Com. Ello, a todas luces, constituye un incumplimiento objetivo, cuyo daño no halla justificación en ninguna de las causales del art. 1718 del Cód. Civ. y Com.

En cuanto a la *culpa* (factor de atribución) y la relación de causalidad, la cuestión debe dilucidarse en el plano de la exigencia de previsibilidad del agente analizada en concreto (culpa) y en abstracto (relación de causalidad). Así, por ejemplo, una persona que sabiendo de la posibilidad de poseer la enfermedad (por venir de algunos de los países con circulación activa de virus) no toma los recaudos o concurre a eventos donde hay público, la negligencia se hace evidente.

De esta manera, se configura un caso de *omisión* en donde el accionar del sujeto constituye una abstención, o traducido en los términos que se mencionaron con anterioridad, *una falta de previsión de las consecuencias* que dicho accionar podría traer aparejadas.

En cuanto a la *prueba*, sabemos que resulta difícil probar que la persona sabía de la enfermedad que padecía o bien que actuó con negligencia.

Para ello el juez puede recurrir a dos recursos dentro del proceso:

- La inversión de la carga de la prueba en cuanto a la diligencia al momento de la interposición de la demanda.
- La posibilidad de recurrir a indicios y presunciones al momento de fallar.

Entendemos que estos mecanismos —con los alcances que ya hemos desarrollado— resultan propicios y eficaces para obtener una sentencia razonablemente fundada en los términos del art. 3º del Cód. Civ. y Com.

Bibliografía.

(1) Los expertos interpretan la declaración de la OMS más como un mensaje político que técnico, en el sentido de que el virus ya estaba extendido por muchos países y gran parte de la población mundial ya estaba potencialmente expuesta a él. Con esta declaración está diciendo que el coronavirus no es una cuestión que concierne solo a los países que tienen difusión epidémica de la enfermedad, sino que concierne al conjunto de países de la OMS.

(2) Vocal de la Sociedad Española de Salud Pública (Sespas) y catedrático de esta especialidad en la Universidad Miguel Hernández.

(3) Ver: https://elpais.com/sociedad/2020-03-11/la-oms-declara-el-brote-de-coronavirus-pandemia-global.html.

(4) Presidente de la Sociedad Española de Epidemiología.

(5) Ver: https://news.un.org/es/story/2020/03/1470991.

(6) SANTOS BRIZ, Jaime, "La responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y derecho procesal", Ed. Montecorvo, Madrid, 2ª ed., p. 276.

(7) CIFUENTES, Santos - SAGARNA, Fernando A., "Código Civil. Comentado y Anotado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 776. En igual sentido CNCiv., sala D, 14/05/1997, LA LEY 1997-E, 54.

(8) MINYERSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana, "Responsabilidad por transmisión de enfermedades", en AMEAL, Oscar (dir.) - TANZY, Silvia (coord.), Obligaciones y contratos en los albores del siglo XIX. Homenaje al profesor Roberto M. López Cabana, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 260.

(9) JOSSERAND, Louis, "Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1939, p. 330.

(10) PUIG PEÑA, Federico, "Tratado de Derecho Civil español", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, 2ª ed., t. IV, "Obligaciones y contratos", vol. II, p. 678.

(11) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998, 9ª ed., p. 640. Además de afectar la salud de un individuo, la enfermedad ha sido considerada un estigma y a pesar de que con el correr del tiempo se está abandonando ese concepto, subsiste en algunos ámbitos. MINYERSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana, ob. cit., p. 260. En igual sentido léase el despacho suscripto por el Dr. Alberto BUERES en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil.

(12) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit., p. 639.

(13) Ibidem, p. 640.

(14) HERSALIS, Marcelo - SICA, Josefina, "Consentimiento Informado. Figura de extrema actualidad y utilidad", LA LEY del 04/08/2005, p. 6. JALIL, Julián E., "Certificados médicos prenupciales y responsabilidad civil emergente del incumplimiento de su presentación", RCyS 2011-VI, Ed. La Ley, p. 31. JALIL, Julián E., "Certificados médicos prenupciales y sida: Rozando los umbrales de la discriminación", DFyP 2010 (abril), Ed. La Ley, p. 18.

(15) DE CUPIS, Adriano, "El daño. Teoría general de la responsabilidad", trad. de Ángel Martínez Sarrión, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 45.

(16) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1985, p. 66. Dice el autor que el agente, en la denominada culpa simple o inconsciente, sea que obre voluntaria o involuntariamente, no tuvo conciencia de la posibilidad del daño, pero pudo tenerla si hubiera puesto mayor atención.

(17) LLAMBÍAS, Jorge J. - RAFFO BENEGAS, Patricio J. (colab.), "Código Civil anotado. Doctrina-Jurisprudencia. Hechos y actos jurídicos. Actos ilícitos", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, t. II-B, p. 316.

(18) PICASSO, Sebastián, "¿Hacia una ampliación de la noción de dolo delictual en el derecho civil?", La Ley 2004-D, 651, p. 655.

(19) Por ejemplo, el guardavías que no acciona la palanca de cambio ante la proximidad de un tren para precipitar una catástrofe ferroviaria, en este caso el agente aprovecha la fuerza causal de hechos exteriores para obtener un resultado.

(20) BREBBIA, Roberto, "Hechos y actos jurídicos. Comentario de los artículos 896 a 943 del Código Civil. Doctrina y jurisprudencia", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, t. I, p. 103 y ss. JALIL, Julián E. "Responsabilidad civil deviniente del contagio de VIH entre parejas, convivientes o cónyuges", DFyP 2019 (junio), Ed. La Ley, p. 164, AR/DOC/327/2019.

(21) Ver el desarrollo completo de estas ideas en: JALIL, Julián E., "La carga de la prueba en la acción de daños ante el contagio de HIV producido en el ámbito matrimonial o fuera de este", en DÍAZ SOLIMINE, Omar L. (dir.), La prueba en el proceso civil, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 401 y ss.

(22) Es sabido que en la mayoría de los casos en donde se configura la causal subjetiva de divorcio del adulterio, los abogados demandan por otra causal subjetiva como son las injurias graves, y ello es así no por la inexistencia del casus sino por la dificultad en la prueba.

(23) JALIL, Julián E., "Cuantificación del daño. Región Patagonia", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 80. Decimos que ese es el momento procesal oportuno, en razón de evitar lesionar el derecho de defensa en juicio (art. 18 de la CN).

(24) CHIOVENDA, José, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Ed. Reus, Madrid, p. 143.

(25) COUTURE, Eduardo. J., "Estudios de Derecho Procesal Civil", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1949, p. 137. La prueba indiciaria debe hallarse integrada por una serie de elementos que, por su número, trascendencia, univocidad, concordancia, etc., permitan que la inferencia presuncional (esto es, el paso reductivo que va desde los indicios al hecho que se admite) resulte ágil, espontánea o intuitiva. SCBA, 15/10/2008, "Jara, Juan Ramón y otra c. San Nicolás SRL s/ daños y perjuicios", 14/149519.

(26) Ver: ESPÍNOLA, María Julieta, "Prueba de presunciones e indicios", Sup. Doctrina Judicial Procesal 2014 (julio), 1, AR/DOC/1691/2014.

(27) CARNELUTTI, Francisco, "Sistema de Derecho Procesal Civil", Ed. UTHEA, Buenos Aires, 1944, t. II, p. 407.

(28) SCBA, 27/08/2008, "Fasanelli, Sandra Beatriz c. Gastaldello, Gustavo Daniel s/ filiación", 14/148147.

(29) CHENG, Vicent C. C. - LAU, Susana K. P. - WOO, Kwok Yung Yuen, "Severe Acute Respiratory Syndrome (SARS) Coronavirus as anagent of emerging and Reemerging Infection", octubre del 2007. Es un artículo del tipo que se conoce comúnmente como un review ya que compendia 434 artículos científicos publicados sobre la epidemia ocurrida por el SARS-COV en el 2003-2004, cuyo foco de inicio fue en China.