

LECCIONES Y ENSAYOS

DOSSIER: RESPONSABILIDAD CIVIL

- AL CERINI, A.: *Las ideologías en el tratamiento de la función cuantitativa de la responsabilidad*
- KUNELSHAJER DE CARLUCCI, A.: *Responsabilidad del abogado, del escribano y del juez*
- TRIGO REFRENS, F.: *Responsabilidad civil del abogado*
- MUSSET (TERRASINI), J.: *El arte de juzgar y la discrecionalidad del juez en relación a las cláusulas abiertas*
- COLOMBINI, S.: *La responsabilidad frente al derecho personalísimo de los datos personales*
- LORENZETTI, R.: *La responsabilidad por daños en los servicios de salud*
- ZAVALA DE GONZALEZ, M.: *Los daños morales colectivos*
- MESINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, G. N.: *Dato ambiental*
- COMPAGNON DE CASO, R.: *El grado de necesidad y los daños ocasionados*
- GALDÓN, JORDI M.: *Responsabilidad del Estado por falta de servicio de seguridad penitenciaria*
- BEKERMAN, J. M.: *Responsabilidad de las bases de datos informáticos en relación a los datos personales que los integran y la información que terceros adquieren de esos datos*

LECCIONES

- KALINIK, B.: *Los testigos son los ojos de los jueces. La formación de creencias en los procesos penales orales*
- MORDEGLIA, E. M.: *Elementos de derecho constitucional económica*
- VALLABRES, G. P. - COMSOLA, J. A.: *La Comisión Intersectorial de Enxutas y la aceptación de su competencia por parte de la República Argentina*

ENSAYOS

- BIRMAN, F. A.: *Historia y etnografía en la constitución de una teoría del Estado: el pensamiento de Giambattista Vico*
- FOLGUEIRO, H. L.: *Principio de inmediatez: hacia una fundamentación epistemológica*
- NACIAS, M. A.: *La instrucción por el Ministerio Público*
- NANER, S.: *El concepto de peligrosidad y la limitación temporal a la medida de internación*
- SORDA, J.: *Perdida de chances de curación y sobrevivencia*
- OTRAS SECCIONES: Universitarias - Nuestra redacción - ¿Lo sabía?



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
ARGENTINA



LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Prof. Andrés A. J. D'Alessio

Vicedecano

Prof. Guillermo E. Mancayo

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora

Mary Ann Beloff

Secretaria

Carlos Parisse

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

Consejo Directivo (1999)

Director: Rodrigo Freire Méndez
Subdirector: Alejandro Godano
Redactor: Adrián Minkowicz Almada

Colaboradores: Natalia Méndez
Vanessa Bargaña
Matías Tuler
Margarita Masó
Alejandro Glück

Nuestra dirección en Internet:
www.jat.com.ar/fder/lye

Nuestra dirección de e-mail: lye@margay.fder.uba.ar

Nota: Queremos destacar especialmente a los
Dns. Martín Sigal y Luciano Bottaci Daneseq,
sin cuya iniciativa y talento este número de Lecciones y Ensayos
no hubiera sido posible

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

1998/99 - 72/73/74



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

Esta publicación es tribuna libre de expresión de las ideas y opiniones de juristas y estudiantes. El Consejo Directivo no se solidariza con las expresiones vertidas por los autores en los artículos.

Correspondencia: Diríjase a
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento de Publicaciones

Figueras Alcorta 2263
1425 - Buenos Aires - Argentina

Todos los derechos reservados

© by ABELEDO-PERROT S.A.E. e I.

Impreso en la imprenta "La Patria" S.A. de Ediciones, Buenos Aires - Argentina

I.S.S.N.: 0024-0079

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

Se terminó de imprimir el día 3 de diciembre de 1999,
en Arca Gráficas Casco, sito en la calle Misiones 4462,
Buenos Aires, República Argentina.

EDITORIAL

La interacción docente-alumno es el horizonte hacia el cual se proyecta la Revista, y a este fines esperamos que responda. Quiere, ante todo, servir de instrumento a los profesores para la enseñanza del Derecho, a la vez que posibilite a los estudiantes publicar sus incipientes investigaciones en forma de ensayos. En otras palabras, y más aún en momentos en que ciertos criterios contables amenazan desvirtuar el rol de la Universidad pública, mantener y ampliar este foro editorial alternativo —en donde ambos pilares de la educación podamos intercambiar ideas sin más requisito que la excelencia académica— constituye la razón y fin de nuestro trabajo.

En este sentido, en la generosa acogida dispensada a la Revista anterior dedicada a la protección internacional de los derechos humanos encontramos, quienes modestamente hacemos esta tarea, la mejor recompensa a nuestro esfuerzo. Los datos editoriales parecen indicar que la obra ha interesado no sólo a docentes y estudiantes, sino a otros estudiosos del Derecho que han encontrado en esas páginas información de valiosa consulta.

Y así como la problemática de los derechos humanos es uno de los temas del derecho internacional público que mayor elaboración y tratamiento está logrando con el transcurso del tiempo, la responsabilidad civil es la gran discusión del derecho civil de hoy. A nadie escapa que el mundo actual —globalizado, complejo, injusto, vertiginoso— requiere una mayor y mejor defensa de los derechos individuales y colectivos. Ambas temáticas se erigen, entonces, en una suerte de piedra de toque de la discusión jurídica de estos tiempos.

Así las cosas, en esta oportunidad tenemos la privilegiada satisfacción de presentar al lector una nueva edición de la Revista. Contiene las lecciones y ensayos cuya publicación no permitía más demora, y que debimos postergar en el número anterior debido a los motivos apuntados en aquella edición. Al mismo tiempo, se ve incrementada por la reapertura de una antigua sección ("Lo Sabía?"), y con el, entonces, adecuado dossier sobre temas de "Responsabilidad Civil". Si bien la labor de coordinación ha sido exigente, la disposición de los autores fue muy favorable al cumplimiento de sus directrices. Y es por ello que consideramos cumplido el

propósito buscado, pese a las dificultades inherentes a la naturaleza de la obra y a las que, además, derivan de su carácter colectivo.

Por otro lado, la preocupación por reflejar los cambios del nuevo derecho en una época de rápidas y profundas modificaciones, sigue siendo la constante de quienes hacemos esta revista intentando acompasar nuestra labor a esa continua dinámica. En este sentido, al tiempo que terminábamos esta edición, la Comisión Redactora Honoraria designada por decreto 685/95 del Poder Ejecutivo, presentaba ante el Ministerio de Justicia de la Nación el, para mucho ansiado, Anteproyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio, con un total de 2.532 artículos. Y como un comentario exegético de las innovaciones que pretende introducir este proyecto excedería con mucho las limitaciones propias del presente número, deberemos contentarnos con publicar, a modo de apéndice legislativo y en forma casi inédita, el texto de los 127 artículos que integran el Capítulo I de su Título V (correspondiente al Libro Cuarto del mencionado proyecto legislativo), y que trata precisamente sobre la responsabilidad civil.

Para finalizar, queremos dedicar esta obra a la memoria del Profesor Dr. Jorge Bustamante Alsina, quien falleciera a fines del año pasado poco tiempo después de ser invitado a formar parte del dossier que hoy publicamos. Doctrinario de agudísimo criterio y especialista en responsabilidad civil, fue autor de destacadas obras y profesor honorable de esta Facultad, entre las múltiples actividades de este intelectual al servicio del Derecho. Por estas y otras razones, los integrantes de este equipo recordaremos por siempre a quien fuera uno de los más importantes referentes argentinos en la materia. Vaya pues, para él, este humilde homenaje.

ÍNDICE

Editorial	7
-----------------	---

DOSSIER

RESPONSABILIDAD CIVIL

Alterini, Atilio Aníbal, Las ideologías en el tratamiento de la limitación cuantitativa de la responsabilidad.....	13
Kamelmajer de Carlucci, Aida, Responsabilidad del abogado, del escribano y del juez	37
Trigo Represas, Félix A., Responsabilidad civil del abogado ...	87
Mossat Iturraspe, Jorge, El arte de juzgar y la discrecionalidad del juez en relación a las cláusulas abiertas	105
Cifuentes, Santos, La responsabilidad frente al derecho personalísimo de los datos personales	111
Lorenzetti, Ricardo, La responsabilidad por daños en los servicios de salud	119
Zavala de González, Matilde, Los daños morales colectivos ...	145
Messina de Estralla Gutiérrez, Graciela N., Daño ambiental .	161
Compagnucci de Caso, Rubén H., El estado de necesidad y los daños ocasionados	179
Galdós, Jorge Mario, Responsabilidad del Estado por falta de servicio de seguridad penitenciario (algunas aproximaciones) ..	197
Bekerman, Jorge M., Responsabilidad de los bancos de datos informatizados en relación a los datos personales que los integran y la información que terceros adquieren de esos datos	211

LECCIONES

Kalinsky, Beatriz, Los testigos son los ojos de los jueces. La formación de creencias en los procesos penales orales	223
Mordoglia, Roberto Mario, Elementos de derecho constitucional económico	235
Valladares, Gabriel Pablo - Consigli, José Alejandro, La Comisión Internacional de Encuesta y la aceptación de su competencia por parte de la República Argentina	273

ENSAYOS

Birman, Fernando A., Historia y etnografía en la constitución de una teoría del Estado: el pensamiento de Giambattista Vico	297
Folguero, Hernán L., Principio de inmediatez: hacia una fundamentación epistemológica	307
Macías, María Angélica, La instrucción por el Ministerio Público	315
Namer, Sabrina, El concepto de peligrosidad y la limitación temporal a la medida de internación	333
Sonoda, Juan, Pérdida de chances de curación y sobrevida	349

UNIVERSITARIAS

Falcón, Susana Beatriz, El ritual	369
Ubertane, Fermín Pedro, Las tesis doctorales en derecho en la Universidad de Buenos Aires (1929-1960)	375

DE NUESTRA REDACCIÓN

Espiga, Diego S. - Mollar, Marcos Nello, El medio ambiente en América: la Cumbre de Santiago de Chile	395
---	-----

¿LO SABÍA?

La división de poderes según la Corte Suprema de Justicia de la Nación	405
--	-----

DOSSIER:
RESPONSABILIDAD CIVIL

LAS IDEOLOGÍAS EN EL TRATAMIENTO DE LA LIMITACIÓN CUANTITATIVA DE LA RESPONSABILIDAD

ATILIO ANÍBAL ALTERINI*

I. LA LIMITACIÓN CUANTITATIVA DE LA RESPONSABILIDAD EN EL SISTEMA VIGENTE

Los límites cuantitativos de la indemnización no son extraños al sistema¹. El Código Civil trae algunas hipótesis nítidas en materia de obligaciones: cuando se estipula una cláusula penal, porque "el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente" (art. 655); en las obligaciones dinerarias, en las cuales la responsabilidad del deudor consiste en el pago de "los intereses" (art. 621). En materia de hospedaje, el posadero sólo responde del valor de los objetos corrientes introducidos por el pasajero, pero si éste "trajese consigo objetos de gran valor, de los que regularmente no llevan consigo los viajeros, debe hacerlo saber al posadero, y aun mostrárselos si éste lo exige, y de no hacerlo así, el posadero no es responsable de su pérdida" (art. 2235, Cód. Civ.). Conforme al Código de Comercio, el transportador terrestre sólo responde por el valor declarado del "dinero, alhajas o efectos de gran valor y documentos de crédito" (art. 173); y la indemnización es "tasada por

* Profesor titular de Obligaciones Cíviles y Comerciales y de Contratos Cíviles y Comerciales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Me he ocupado del tema general en otros trabajos: *La Limitación Cuantitativa de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; "Los accidentes de la circulación en la teoría general de la responsabilidad civil", en *Compass*, año IV, nro. 14, mayo 1997, pag. 14; "Limitación de la responsabilidad, ¿sólo para las autotransportistas?", *L. E.*, 1997-E-1333. Muchas de las ideas de este artículo han sido anticipadas en ellos.

peritos según el valor que tendrían los efectos en el lugar y tiempo de la entrega" (art. 179), lo cual excluye la reparabilidad de otros daños.

Los límites cuantitativos también resultan de diversas leyes especiales.

a) *Legislación laboral*. En materia de infortunios laborales, a partir de la ley 9688 (1918) se estableció un tope indemnizatorio que, en la actualidad, es de \$ 55.000 para el caso de incapacidad o muerte (ley 24.557, arts. 14, inc. 2°; 15, inc. 2°; y 18, inc. 2°). Este máximo rige "con la sola excepción de la derivada del artículo 1072 del Código Civil" (art. 39, inc. 1°), es decir, cuando el empleador causa el daño a sabiendas y con intención de dañar.

En cuanto a la indemnización por despido, sólo estuvo liberada de topes durante la vigencia de la ley 23.697 (entre septiembre de 1989 y diciembre de 1991). En la actualidad está sujeta a lo dispuesto en el artículo 245 de la ley de Contrato de Trabajo 20.744 (L.A. decreto 390/76), modificada por la ley 24.013, que la limita cuantitativamente tomando como referencia las remuneraciones promedio de cada convenio colectivo de trabajo.

b) *Personal militar*. La ley 19.101, modificada por ley 22.511, establece que el personal militar está sujeto a una indemnización máxima consistente en "el haber mensual y suplementos generales máximos del grado inmediato superior" y, si no lo hay, "el haber mensual íntegro del grado, bonificado en un 15 %" (art. 76, inc. 2°, a) y b)). Si se trata de un soldado conscripto, se lo resarce con el importe correspondiente a treinta y cinco haberes mensuales del grado de cabo o cabo segundo (art. 76, inc. 2°, d)); igual disposición se aplica a los incorporados al servicio militar voluntario (art. 17, ley 24.429).

c) *Daños nucleares*. La Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1963 (ratificada por ley 17.048) limita la responsabilidad a "5.000.000 de dólares de los Estados Unidos por cada accidente nuclear" (art. V, inc. 1°).

d) *Navegación aérea*. En materia de navegación aéreas en el territorio nacional, el Código Aeronáutico (ley 17.285) dispone que la responsabilidad por daños sufridos por el pasajero queda limitada a 1.000 argentinos oro (art. 144², pudiéndose pactar un monto mayor (art. 146). Para los daños causados a terceros en superficie, "la indemnización en caso de muerte o lesiones no excederá de 2.000 argentinos oro", con un máximo por accidente que depende del peso de la aeronave (art. 160).

² Un argentino oro (ley 1130) equivale a 7,2581 gramos de oro fino. Su cotización oscila alrededor de \$ 85 la unidad.

Para igual hipótesis de daños sufridos por el pasajero, el tope cuantitativo para la navegación aérea internacional, conforme al Convenio de Varsovia 1929 según Protocolo de La Haya de 1955 (ratificado por ley 17.386) es de 250.000 francos oro (art. 22)³.

Para el transporte interno de mercancías y equipajes, el límite cuantitativo es de 2 argentinos oro por kilogramo de peso bruto, salvo que el expedidor declare el valor "mediante el pago de una tasa suplementaria eventual"; y de 40 argentinos oro "en lo que respecta a los objetos cuya guarda conserva el pasajero" (art. 143, Cód. Aeronáutico).

Para el transporte internacional, ese límite es de 250 francos oro (art. 22, 3da. parte, Convenio de Varsovia).

e) *Navegación por agua.* La ley 20.064 de Navegación por agua fija un máximo de 1.500 pesos argentinos oro "por daños resultantes de muerte o lesiones corporales de un pasajero" (art. 331)⁴.

La navegación marítima internacional está regida por el Convenio de Atenas de 1974, con su correspondiente protocolo (ratificado por ley 22.718). La responsabilidad por muerte o lesiones corporales del pasajero queda limitada a 700.000 francos oro (art. 7º).

La ley 20.064 fija el límite para las pérdidas o daños que sufran las mercaderías, en 400 pesos argentinas oro por cada bulto o pieza o, en su caso, por cada unidad de flete, salvo que "el cargador haya declarado, antes del embarque, la naturaleza y valor de la mercadería". Ese tope no se aplica si el dano resulta de un acto u omisión del transportador "realizado con la intención de provocarlo, o bien temerariamente y con conciencia de la probabilidad de producirlo" (art. 278). Con relación al equipaje del pasajero, los máximos son de 150 pesos argentinos oro para el guardado en bodega, y de 100 pesos argentinos oro para el llevado en cabina, así como de 350 pesos argentinos oro para los vehículos y el equipaje ubicado dentro de ellos (art. 337). En todo caso, "el transportador no es responsable de las pérdidas o sustracciones de especies monetarias, títulos, alhajas u objetos de gran valor pertenecientes al pasajero, que no hayan sido entregados en depósito" (art. 335).

El Convenio de Atenas de 1974 establece estos límites: 12.500 francos oro para el "equipaje de camarote"; 18.000 francos oro para el equipaje en bodega; 50.000 francos para vehículos, incluyendo al equipaje que lleven (art. 8º).

³ Un franco oro equivale a 65,5 miligramos de oro con ley de 900 milésimas (Convenio de Varsovia, art. 22, inc. 4º; Convenio de Atenas, art. 7º, inc. 1º).

⁴ La expresión peso argentino oro no resulta de la ley 1130, que menciona al "peso oro", pero es entendida como sinónimo de argentino oro; Ctes. Nac. Fed. Civ. y Com., Sala I, L.L., 1985-A-438.

La limitación de la responsabilidad prevista por el artículo 175 de la ley 20.064 (hasta la concurrencia del valor del buque, los fletes o pasajes y los créditos nacidos durante el viaje), no rige si el capitán o un miembro de la tripulación actuaron "con intención de provocar el daño" o "conscientemente de que su conducta pudo provocarlo" (art. 181). Los topes indemnizatorios previstos por el Convenio de Atenas de 1974 no se aplican si los responsables obraron "con la intención de causar esos daños, o temerariamente y a sabiendas de que probablemente causarían tales daños" (art. 13, 1er. párr.).

f) *Transporte multimodal*. En el Mercosur, el Acuerdo de Transporte Multimodal Internacional (Decisión del Consejo del Mercado Común 15/94) se aplica al "porte de mercaderías por dos modos diferentes de transporte, por lo menos" (art. 1, inc. a)). De él resulta una limitación cuantitativa: "salvo que la naturaleza y el valor de las mercaderías hayan sido declarados por el expedidor antes que el operador de transporte multimodal los haya tomado bajo su custodia, [...] el operador de transporte multimodal no será ni podrá ser tenido por responsable en ningún caso de la pérdida o el daño de las mercaderías por una suma que exceda del límite de responsabilidad que establezca cada Estado parte" (art. 13), salvo que el evento "se haya producido en una fase determinada del transporte multimodal respecto de la cual un convenio internacional aplicable o una ley imperativa en ese país establecieron otro límite de responsabilidad" (art. 15). La responsabilidad por el "retraso en la entrega" o por "cualquier pérdida o daños indirectos distintos de la pérdida o el daño de las mercaderías", tiene como límite el "equivalente al flete" (art. 16).

Conforme al Anexo I de ese Acuerdo, Argentina determina el límite "de 400 pesos argentinos oro por kilogramo del volumen o pieza afectada, o de 10 pesos argentinos oro por kilo del volumen o piezas afectadas, si este valor fuera superior".

g) *Transporte marítimo de materiales nucleares*. El Convenio de Bruselas de 1971 relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares (ratificado por ley 22.456) mantiene el régimen de limitación cuantitativa de la responsabilidad del artículo V, párrafo 1ro., de la Convención de Viena de 1963 (*supra*, punto e)).

h) *Fideicomiso*. La ley 24.441 dispone que, en el fideicomiso, la responsabilidad objetiva del fiduciario se limita al valor de la cosa fideicomitada si "no pudo razonablemente haberse asegurado" (art. 14). Por lo cual, si no pudo tomar un seguro, su responsabilidad es limitada al valor de la cosa; pero si, pudiendo haberlo hecho, no lo hizo, esa limitación no rige.

II. PROYECTOS DE REFORMAS

La cuestión fue abordada en proyectos sectoriales de reformas, así como en proyectos de reforma integral del Código Civil.

a) *Proyectos sectoriales en materia de transporte terrestre.* En el Parlamento se tramitan dos proyectos de ley tendientes a limitar la responsabilidad por los daños resultantes —a pasajeros y a terceros— del autotransporte público de pasajeros. Uno, en la Cámara de Diputados de la Nación, suscripto por varios legisladores, encabezados por Edmundo del Valle Soria, que fue presentado el 25 de septiembre de 1996. Otro, en el Senado de la Nación, del doctor Eduardo Bauzá, que fue presentado el 7 de noviembre de 1996.

En el proyecto en trámite ante la Cámara de Diputados, en lo pertinente, se prevé: 1) Un tope legal, para "los daños a la persona de la víctima, incluido el agravio moral o los sufridos por terceros damnificados como consecuencia de su fallecimiento", equivalente a "un mil quinientos argentinos oro para muerte o incapacidad total, y proporcionalmente para daños inferiores" (art. 1°). 2) La posibilidad de exceder ese tope cuando "el daño sea imputable a dolo del dueño o guardián, o de sus dependientes" (art. 2°). 3) La posibilidad de que, por disposición del juez o a pedido del damnificado, la obligación resarcitoria sea sustituida por la de "contratar una renta vitalicia en aseguradoras habilitadas, cuyo valor actual será igual al resarcimiento impuesto" (art. 1°).

En el proyecto en trámite ante el Senado, en lo pertinente, se prevé: 1) La sujeción de la indemnización de los daños "ocasionados a la víctima, o los sufridos por terceros como consecuencia de su fallecimiento" (art. 1°) a "las tablas que establezca el Poder Ejecutivo Nacional", y a un tope legal "por todos los conceptos involucrados en la indemnización" equivalente a "un mil argentinos oro" (art. 3°), para los casos "de muerte o incapacidad absoluta" (art. 4°). 2) La posibilidad de exceder ese tope cuando el daño sea "imputable al accionar doloso del dueño o guardián de los automotores, o de sus dependientes" (art. 2°). 3) La posibilidad de que, a pedido del damnificado, la obligación resarcitoria sea sustituida por la de "contratar en compañías de seguro de retiro una renta vitalicia a favor del damnificado o sus derechohabientes" (art. 5°). 4) La creación de un fondo de garantía del seguro automotor (arts. 9 - 12).

Por otra parte, en el penúltimo considerando del decreto de necesidad y urgencia 260/97 —que dispone una ojetable moratoria a favor de las empresas de autotransporte público de pasajeros y sus aseguradoras⁴—, el Poder Ejecutivo anuncia su propósito de remitir al Parlamento

⁴ Alberdi, Atilio Aníbal, "Moratoria para los autotransportistas", *L.L.*, 1997-B-1293.

"un proyecto de ley tendiente a limitar el alcance de la responsabilidad civil contractual y extracontractual derivada de los daños a las personas y cosas, causados por vehículos afectados al autotransporte público de pasajeros en ocasión de la prestación de dicho servicio".

b) *Proyecto de Código Único de 1987*. El Proyecto de Código Único de 1987 —que fue sancionado por ley 24.032, a la que votó íntegramente el Poder Ejecutivo mediante decreto 2719/91— prevé un tope indemnizatorio para los casos en los que se aplica la responsabilidad objetiva, de 2.000 argentinos oro (art. 1113), equivalentes a alrededor de \$ 180.000.

c) *Proyecto de Código Civil de 1998*. El proyecto de reforma integral de los Códigos Civil y Comercial —redactado por la Comisión creada por decreto 685/96⁶— también ha regulado el tema.

Estos son los textos pertinentes, que han sido aprobados por la Comisión:

Artículo 1634.— Límite cuantitativo en algunos casos de responsabilidad objetiva. En los casos previstos por los artículos 1662, 1663 y 1665, la reparación del daño queda limitada a la cantidad de trescientos mil pesos (\$ 300.000) por cada damnificado directo, que se reduce proporcionalmente si hay liberación parcial conforme al artículo 1666.

El responsable no tiene derecho a prevalerse de la limitación:

a) Si actuó sin diligencia y, en especial, si no adoptó las medidas de prevención razonablemente adecuadas.

b) Si razonablemente debió haber asegurado ese riesgo y no lo hizo.

c) Si tomó un seguro y la aseguradora no pone a disposición del damnificado la indemnización que corresponde en el tiempo oportuno para la liquidación del siniestro conforme a la legislación de seguros, a menos que interpelado el responsable, ponga a disposición de aquél esa indemnización dentro de los treinta (30) días.

d) Si se convino una indemnización mayor.

Si el damnificado directo sufre gran discapacidad el tribunal puede aumentar el máximo indemnizatorio hasta el triple.

⁶ Puso a cargo de esa Comisión Honoraria "el estudio de las reformas que considere necesarias a fin de dar conclusión a un texto homogéneo en todo el referido cuerpo legal"; a cuyo fin le incumbió: a) "proyectar la unificación del derecho privado y su reforma y actualización, de manera integral", en consonancia con los dos proyectos de unificación de la legislación civil y comercial de 1993; b) incorporar "las instituciones que se consideren convenientes para acompañar el proceso de modernización que ha emprendido el país"; c) atender a la reforma de la Constitución Nacional de 1954, y a los Tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 23, Const. Nac.) en cuanto contienen "disposiciones relativas a materias de los derechos civil y comercial". La Comisión comenzó sus tareas el 1.º-VI-1995 y el proyecto fue firmado por los profesores Héctor Alegria, Jorge Horacio Altarini, María Jesús Mander Costa, Julio César Rivera, Horacio Reisman, y el que escribe.

Las disposiciones de este artículo dejan a salvo lo establecido por la legislación especial.

Artículo 1665. — Autorización al Poder Ejecutivo nacional. El Poder Ejecutivo nacional queda autorizado para aumentar la cantidad indicada en el artículo anterior, teniendo en cuenta el poder adquisitivo del dinero y la situación económica general.

Artículo 1662. — Cosa riesgosa. Se considera cosa riesgosa a la que tiene en sí misma aptitud para causar daños frecuentes o graves, por sus propias calidades, o por las circunstancias en que es utilizada.

Artículo 1663. — Supuestos comprendidos. Están comprendidos en el artículo anterior los residuos industriales actual o potencialmente peligrosos, y los radiactivos. Se considera guardián de tales residuos, en los alcances del artículo 1664, a quien tiene a su cargo su generación, manipulación, transporte, o tratamiento y disposición final.

Artículo 1664. — Sujetos responsables. El guardián es responsable del daño causado por la cosa riesgosa. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, un poder de hecho sobre la cosa, o se sirve de ella.

El dueño responde concurrentemente si se ha desprendido voluntariamente de la guarda y la cosa es usada conforme a su voluntad expresa o tácita.

Artículo 1665. — Actividad especialmente peligrosa. Quien realiza una actividad especialmente peligrosa, se sirve o obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, es responsable del daño causado por esa actividad.

Se considera actividad especialmente peligrosa a la que, por su naturaleza, o por las sustancias, instrumentos o energía empleados, o por las circunstancias en las que es llevada a cabo, tiene aptitud para causar daños frecuentes o graves.

Queda a salvo lo dispuesto por la legislación especial.

Artículo 1666. — Liberación del sindicado como responsable. Quien está sujeto a responsabilidad conforme a los artículos 1662, 1663 y 1665 sólo se libera de ella, total o parcialmente, si prueba que la causa del daño es la culpa del damnificado.

No son invocables como eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, el cumplimiento de las técnicas de prevención, el caso fortuito, el hecho de un tercero, ni cualquier otra causa ajena.

Entre las modificaciones legislativas contempladas en el Proyecto se prevé:

Artículo 11. — Sustitúyese el artículo 118 de la ley 17.418, por el siguiente:

Artículo 118. — Acción directa del asegurado. En los seguros por responsabilidad civil el damnificado tiene acción directa contra el asegu-

rador. Son competentes los tribunales del lugar del hecho o del domicilio del asegurador.

Época del pago. El artículo 49 se aplica a los seguros por responsabilidad civil. Si el asegurador no pone la indemnización a disposición del damnificado en las oportunidades allí establecidas, queda obligado a pagarle intereses resarcitorios calculados al doble de su tasa, sin perjuicio de sus otras responsabilidades.

Citación de terceros. En el plazo para la contestación de la demanda, pueden ser citados como terceros reconvivantes, el responsable civil por el asegurador, y el asegurador por el asegurado.

Cosa juzgada. La sentencia será ejecutable contra el asegurador en la medida del seguro. En el juicio, o en la ejecución de la sentencia, el asegurador no podrá oponer contra el damnificado las defensas nacidas después del siniestro, sin perjuicio de su acción de regreso contra el asegurado.

Privilegio del damnificado. El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de éste, aun en caso de quiebra o liquidación.

III. LAS ARISTAS DEL DEBATE

La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil es generalmente aceptada por la doctrina nacional⁷, y tuvo acogida en numerosos congresos jurídicos en los que fue tratada la cuestión.

⁷ Llamblán, Jorge J., proyecto de despacho en la Comisión 6 del IV Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1969; *Actas del IV Congreso Nacional de Derecho Civil*, t. I, Córdoba, 1971, pág. 408; Brebbia, Roberto H., *ibid.*; Moussat de España, Luis, *Estudios de Derecho Civil, Cursos y Ponencias*, Córdoba, 1982, pág. 89; López Cabana, Roberto M., "Limitaciones a la íntegra reparación del daño", en Alterini, Attilio A. - López Cabana, Roberto M., *"Las formas de Responsabilidad Civil"* Buenos Aires, 1985, pág. 133, ap. 11; *Minima* de Estrella Gutiérrez, Graciela M., *La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica*, 1ª ed., Buenos Aires, 1989, pág. 169; Lombardi, César A., "Limitación de la responsabilidad objetiva", ponencia presentada en las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al Doctor Jorge Bustamante Alsina (Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, junio de 1990); Ghersi, Carlos A., op. cit. en nota 15; Rivera, Julio César (h), "Responsabilidad civil y economía", *Compass*, año IV, nro. XIV, mayo 1997, pág. 39, ap. 4; Videla Escudé, Federico, "Los topes indemnizatorios en el derecho aeronáutico", en *Responsabilidad por Datos en el Tercer Milenio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 286, ap. 11; Ray, José D., "Topes indemnizatorios en el derecho marítimo", *ibid.*, pág. 294, ap. VIII; Alterini, Attilio A., *Mora, Enriquecimiento sin Causa, Responsabilidad*, Buenos Aires, 1971, pág. 63, nro. 31. Para el daño moral: Zavala de González, Matilde, "¿Cuánto por daño moral?", *J.A.*, 1987-III-222. Para determinados supuestos: Orgaz, Alfredo, *Lo Cívico*, Buenos Aires, 1970, pág. 186; Pizarro, Ramón D., *Daño Moral*, Buenos Aires, 1996, pág. 352, nro. 63. Para el daño ambiental: Seguí, Adela - Arsenábar, María del Pilar - Juguán, María Belén, "Los daños ambientales", ponencia presentada a las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995). Para el transporte en general: Zucchi, Hector A.,

En términos generales, los encuentros de juristas propician "el seguro obligatorio para las actividades de alta siniestralidad, articulado con fondos de garantía y con mecanismos de pronto pago" y, consecuentemente, "a fin de facilitar" la aplicación de ese régimen, que sean establecidos "criterios cuantitativos para la atribución objetiva del deber de reparar, sobre la base de topes, tablas o baremos, u otro mecanismo idóneo"⁸. En especial, se requiere el seguro forzoso para los daños causados por automotores, y la consiguiente tarificación de la responsabilidad, "sin perjuicio de que la víctima pueda pretender la diferencia hasta lograr la reparación plena por la acción común que pudiese corresponder"⁹; así como "para la efectiva tutela de los derechos de los consumidores", con un límite para "la responsabilidad, sin perjuicio de su ampliación en caso de incidir un factor subjetivo"¹⁰. La necesidad de poner topes a la indemnización, a fin de posibilitar los seguros forzosos para los daños causados por automotores y por productos de consumo, ha sido reiterada en otras jornadas¹¹.

El tema está maduro para que sean adoptadas las soluciones legales pendientes: se viene propiciando "un debate acerca de la limitación cuantitativa de la responsabilidad objetiva que, entre otras cuestiones, tenga en cuenta la actual situación socioeconómica del país, el costo de los accidentes, la duración de los litigios y la necesidad de proveer al pronto pago de la indemnización"¹², y se aconseja analizar, en una futura refor-

"Transporte multimodal", L.L., 1999-C-925, ap. V; "Análisis del Proyecto de ley aprobado por el Senado de la Nación", en Zucchi, Héctor A. et al., *Transporte Multimodal*, Buenos Aires, 1997, pág. 113, nro. 29. Como corolario del seguro forzoso: Morello, Augusto M., "Las reformas al Código Civil en materia de responsabilidad extrcontractual y su incidencia en el contrato de seguro", *Revista de Derecho de Seguros*, nro. 1, La Plata, 1971, pág. 14; Trigo Represas, Félix A., "La responsabilidad civil en el anteproyecto de ley de unificación de la legislación (civ) y comercial de la Nación", L.L., 1967-C-695, ap. 4; Parellada, Carlos A., "El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales", L.L., 1967-D-977, ap. 3-B; Stiglitz, Rubén S., "Seguro obligatorio de responsabilidad civil automotor", *Revista de Derecho de Seguros*, año I, nro. 3, La Plata, 1971, pág. 28; "Bases para una ley común panamericana sobre seguro obligatorio de responsabilidad civil automotor", *Revista de Derecho de Seguros*, nro. 3, La Plata, 1971, pág. 31; *Derecho de Seguros*, T. II, Buenos Aires, 1997, nro. 672, pág. 404; Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., *Seguro Automotor Obligatorio*, Buenos Aires, 1999, pág. 15; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., *op. cit.*, pág. 268. Como corolario del seguro forzoso en los "daños calamitosos o catastróficos": Bustamante Alsina, Jorge H., "Algunas aclaraciones críticas al proyecto de unificación legislativa civil y comercial", L.L., 1967-E-863 (esp. pág. 867).

⁸ VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 1994).

⁹ Jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1985, Tema A-11).

¹⁰ IV Jornadas Boplatenses de Derecho (Punta del Este, 1986, Comisión D).

¹¹ II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguro (Mar del Plata, 1992, Comisión 3).

¹² Jornadas de Responsabilidad por Daños en Homenaje al Profesor Jorge Bustamante Alsina (Buenos Aires, 1990).

ma, la conveniencia de incorporar a la ley "un tope máximo al resarcimiento en la responsabilidad objetiva"¹³.

Como se advierte, los criterios dominantes siguen esta cadencia argumental: en las actividades de alta siniestralidad en las que rigen factores de atribución objetivos, el seguro debe ser forzoso, para lo cual corresponde limitar cuantitativamente la responsabilidad, sin perjuicio de la ampliación del monto indemnizatorio hasta la reparación plena en caso de concurrir un factor de atribución subjetivo. Además de la limitación cuantitativa de la responsabilidad ha sido sugerida su tarifación, que implica determinar qué porcentaje de incapacidad produce cada uno de los daños sufridos, como lo hizo, en materia laboral, el decreto del 14 de enero de 1916, reglamentario de la ley 9.688, y resulta actualmente de la tabla de evaluación de incapacidades laborales del decreto 659/96 reglamentario de la Ley sobre Riesgos del Trabajo 24.537, y de las normas para la evaluación, calificación y cuantificación del grado de invalidez del decreto 1290/94, reglamentario del artículo 52 de la ley-24.241.

En apoyo de las limitaciones cuantitativas de la responsabilidad se sostiene que "tienen su sentido y proyección, pues permiten operar al agente económico con certidumbre en la generación de costos/tasa de ganancias", mientras que el régimen actual "atenta y desequilibra el sistema"; por otra parte, el damnificado "deberá afrontar también riesgos que el hombre común asume", los cuales no se ven reflejados en los fallos judiciales, pues "pareciera que se hicieran en un sistema económico teórico/ideal"¹⁴.

Los criterios de limitación cuantitativa de la responsabilidad tienen, además, el apoyo de la doctrina extranjera más moderna y prestigiosa¹⁵.

¹³ VIII Encuentro de Abogados Civilitas (Santa Fe, 1994).

¹⁴ Ghersi, Carlos A., "La disfunción social del sistema de reparación de daños", L.L. 1992-D-430, nota. V. Este autor, en las Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, 1989) señaló, respecto de la reparación integral, que "procedera siempre y cuando dicha indemnización integral satisficga una función social".

¹⁵ François Virey, Geneviève, *Introduction à la Responsabilité*, 2^a ed., Paris, 1986, nro. 65, pág. 108; *La Responsabilité Effets*, Paris, 1988, nos. 25 y sigs., págs. 36 y sigs.; Tunc, André, "Le visage actuel de la responsabilité civile dans une perspective de droit compare", en *Développements Recents du Droit de la Responsabilité Civile*, Zurich, 1991, págs. 21-40; España: Fernández Martín Granizo, Mariano, *Los Daños y la Responsabilidad Objetiva en el Derecho Positivo Español*, Pamplona, 1972, pág. 172; De Angel Yáñez, Ricardo, *Algunas Reflexiones sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil (Con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, 1996, pág. 114; Pantaleón Prieto, Fernando, "Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas", citado por De Angel Yáñez, R., *op. cit.*, pág. 170; Suiza: Nicole, E., "Le point de vue du magistrat civil", en *Droit Privé et Affaires Sociales*, Fribourg, 1990, págs. 197-204, citado por De Angel Yáñez, Ricardo, *op. cit.*, pág. 138; Derecho sajón: Sun, B., "Civil Liability for Injurious Consequences of Potentially Hazardous Activities: the Need for Uniform Law", *Uniform Law Review. Revue de Droit Uniforme*, vol. 1, 1985-3, Berna, 1996, pág. 483.

Ahora bien. Es posible discrepar acerca de muchas cuestiones, y de distintas maneras. Si uno cree que hoy es lunes, y el otro cree que hoy es martes, hay un sencillo desacuerdo de creencia que deriva de una diferente información; basta con preguntar a un tercero, fijarse en el copete del diario, mirar un reloj con calendario. Pero si uno prefiere algo, aspira a algo, tiene interés en algo, y el otro no, entre ambos hay un desacuerdo de actitud. Este tipo de discrepancia, que no es meramente técnica sino que ingresa en el terreno de lo subjetivo, es habitual entre los hinchas de fútbol cuando discuten sobre los méritos de los equipos de su afición. El debate sobre la limitación cuantitativa de la responsabilidad civil suele desarrollarse en el ámbito de los desacuerdos de actitud, que contienen "una alta dosis de carga emotiva"¹⁶, por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque se supone que perjudica a las víctimas; en segundo, porque viene encajado en el cuestionamiento de una concepción perversa del mercado.

IV. CATÁLOGO DE OBJECIONES

Las objeciones a la limitación cuantitativa de la responsabilidad han sido expresadas a veces con mucho énfasis.

Sobre ellas, es de señalar, antes que todo, que se suele entender la reparación integral en una de sus acepciones, la de reparación total, esto es, de todo el daño, lo cual no resulta posible: lo integral, en el caso, es la reparación en otra de sus acepciones, la de reparación global, vale decir, la que "toma en conjunto" a los daños que el sistema admite como reparables; es preferible, pues, reemplazar aquella expresión por la de reparación plena. Pero se trata de la plenitud propia de cada uno de los ordenamientos jurídicos singulares, porque los sistemas tienen sus reglas específicas para asignar responsabilidad a uno o a otro sujeto; para excluir el derecho a la reparación, en el todo o con relación a ciertos daños; para negar legitimación a algunas víctimas; para modular los factores de atribución y las causas de irresponsabilidad; para mitigar la reparación, etcétera¹⁷.

Los ordenamientos jurídicos, sin excepción alguna, limitan cualitativamente la indemnización¹⁸, las disposiciones pertinentes están en ellos desde siempre, las hemos aceptado —o, por lo menos, tolerado—, pero la

¹⁶ Sobre los desacuerdos de actitud, Carró, Gerardo R., *Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, 1990, pág. 110, quien cita a Ch. L. Stevenson.

¹⁷ Alterari, A. A., *La Limitación...*, cit., Capítulo I.

¹⁸ Alterari, A. A., *La Limitación...*, cit., nos. 24 y sigs.

cuestión se agita cuando se sugiere limitarla también cuantitativamente. En el debate no puede ser pasado por alto que los topes indemnizatorios están incorporados al Código Civil (*supra*, nro. 1), ni que dichos topes indemnizatorios son corrientes en el derecho comparado²⁰.

La responsabilidad objetiva derivó de la "dificultad de la reconstrucción de la acción humana" y de "la existencia de daños anónimos y estadísticamente previsibles"²¹. Y la limitación cuantitativa de la responsabilidad en esa área ha sido justificada como contrapartida del deber de resarcir el daño que se impone a quien lo ha causado sin culpa: la atribución objetiva favorece a la víctima, pues facilita la actuación de su derecho pero, a cambio, se le pone un techo a su indemnización²², a fin de que "las cargas no pesen íntegramente sobre ninguno de los dos sujetos"²³.

Por otra parte, la limitación cuantitativa de la responsabilidad no afecta en su esencia ni al derecho de propiedad, ni al derecho de la persona, ni a la igualdad, ni al derecho a la jurisdicción: -

a) El derecho de propiedad del damnificado (su crédito indemnizatorio) es, en definitiva, el que le asigna la ley. Los topes indemnizatorios son una cuestión atinente a la política jurídica²⁴, porque no se discute que "el Derecho puede limitar o restringir el contenido normal del daño", y "este límite puede consistir en una cifra dineraria fijada por la ley"²⁵, aplicando un criterio mediante el cual "la 'lotería forense' es sustituida por la intervención legislativa"²⁶.

b) El derecho de la persona lesionada injustamente siempre es reparado de manera necesariamente incompleta y forzosamente distorsionada: el equilibrio entre el dolor y el dinero, entre la frustración del goce de bienes de la vida y el dinero, entre la pérdida de un brazo y el dinero, es sólo una estimación racional —que se condice con el ser de las cosas—, determinada por la imposibilidad de procurar el restablecimiento al

²⁰ Alterini, A. A., *La Limitación...*, cit., nro. 48.

²¹ Rodeta, Stefano, "La responsabilit  civile e i suoi criteri", en Zatti, Paolo - Alpa, Guido, *Lettere di Diritto Civile*, Padova, 1990, pág. 601.

²² Acosta Anzorrena, Arturo, "Estado actual de la doctrina en materia de responsabilidad civil extracontractual", en *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, La Plata, 1963, pág. 35, con apoyo en René Demogue y Joseph Charrasat. Para el derecho del trabajo, Devesh, Mario, *Licenciamientos de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1988, pág. 41. Conf. Larroumet, Christian, *Réflexions sur la Responsabilit  Civile. Evolution et Problemes Actuels en Droit Compar *, Montréal, 1983, pág. 71.

²³ Meussel de Espanés, L., *Estudios...*, cit., pág. 89.

²⁴ Roujou de Bueb e, Marie-Eve, *Essai sur la Notion de Reparation*, Paris, 1974, pág. 313.

²⁵ De Cupis, Adriano, *El Daño*, trad. A. Martínez Serr as, Barcelona, 1978, pág. 414, ars. 61.

²⁶ Alpa, Guido, *Compendio del Nuovo Diritto Privato*, Torino, 1988, pág. 411.

afata quo ante el daño por otros medios²⁶. La manera idónea de proteger el derecho de la persona es evitar a toda costa que sea lesionado, lo cual constituye materia específica de la prevención.

Los límites cuantitativos, en definitiva, sólo vienen a agregarse a otros que ya existen en el sistema, que son propios de su estructura, y con los cuales convivimos más o menos en paz.

c) Los límites cuantitativos tampoco ponen en compromiso la igualdad, pues las categorías que actualmente abarcan no resultan haber sido establecidas con efectos discriminatorios. No será el mismo caso, ciertamente, si son llevados adelante los proyectos de limitar cuantitativamente la responsabilidad, pero sólo a favor de la actividad de autotransporte público, tanto para las relaciones con sus pasajeros como para los accidentes de la circulación en los que intervengan vehículos afectados a ese servicio.

d) En fin, los límites cuantitativos de la responsabilidad tampoco equivican a la jurisdicción judicial. Por lo pronto, porque los jueces deben aplicar las leyes (art. 15, Cód. Civ.), y es competencia del legislador regular los alcances de la responsabilidad (art. 75, inc. 12, Const. Nac.; *supra*, a), como lo ha hecho hasta ahora, tanto en cuanto a sus límites cualitativos como a los cuantitativos; y, si bien el derecho a la indemnización emana de la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional²⁷ —y, seguramente, del art. 33—, los poderes reglamentarios del legislador sólo tienen como límite la razonabilidad y la adecuación a un cierto sentido de justicia (art. 28, Const. Nac.²⁸). Por otra parte, la indemniza-

²⁶ La función de satisfacción del dinero consiste "en que el juez concede al demandante una suma de dinero en vista de la lesión de su derecho por parte del demandado, no como equivalente en sentido económico [...] sino como satisfacción de un sentimiento jurídico lesionado, como equivalente por el perjuicio causado en sus intereses no económicos". Ihering, Rudolf von, "Del interés en los contratos", en *Tres Estudios Jurídicos*, trad. A. González Posada, Buenos Aires, 1950, pág. 23.

²⁷ La Corte Suprema de Justicia de la Nación predica que "el principio del *alterum non laedere* tiene raíz constitucional (art. 19, Ley Fundamental)" autos "Santacoloma, Luis Federico v/E.F.A.", sentencia del 2-VIII-1946, *Fallos*, 308:1167, E.D., 129-651, considerando 7°. En autos "González, Fernando Raúl v/ Estado Nacional", sentencia de la misma fecha, *Fallos*, 308:1139, considerando 14, fue más allá "el principio del *alterum non laedere*, intrínsecamente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional, y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades conexas no los arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino consuetudinario en los arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica". Vid. Leonardi de Herbol, Hebe M., "La regla *alterum non laedere* en el Derecho Constitucional", en *Actas del IV Congreso Catana-Boharno de Directores de la Responsabilidad Civil. Homenaje al Profesor Doctor Anodoro H. Goldenberg*, Buenos Aires, 1959, pág. 88.

²⁸ Vid. Biffaré Campos, Germán J., "Principios constitucionales del derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis", T y S. S., 1961-62.

ciones están sujetas a la autonomía de la voluntad pues, en general, pueden ser convenidas por los interesados²⁹, transadas (art. 842, Cód. Civ.) y sometidas a arbitraje (art. 763, Cód. Proc.) o a juicio de peritos (art. 57, ley 17.418), y están alcanzadas por la mediación obligatoria (arts. 1° y 2°, ley 24.573).

Es cierto que, si la ley tarifa el daño mediante baremos fijos, la tarea judicial de alguna manera se desluce. Pero no lo es menos que los regímenes que los establecen dejan márgenes para aplicarlos al caso conforme a lo que sea justo. De cualquier manera, es preciso aclarar debidamente que, en este trabajo, no propicio el tarifamiento del daño, sino únicamente la limitación cuantitativa de la responsabilidad.

Por lo demás, como no se trata de la reparación automática del daño por un monto prefijado, el tribunal tiene que resolver antes que todo si el demandante está legitimado para reclamar la indemnización de los daños que pretende y si el demandado es responsable o no lo es, establecer después la extensión de su deber de reparar conforme a las reglas de la causalidad adecuada y, recién al final, aplicar el límite cuantitativo y, en su caso, los baremos. Asimismo, como el derecho indemnizatorio de todos los damnificados, directos e indirectos, debe ser satisfecho con un monto máximo, también incumbe al tribunal precisar en qué proporciones concurren unos y otros sobre ese monto.

el Disminuir la litigiosidad es un *desiderátum*. Pero también lo es, y fundamentalmente, que existan los mecanismos legales necesarios para que las víctimas cobren, rápida y efectivamente, una indemnización razonable y predecible: "las partes debieran poder predecir con cierta medida de exactitud el monto que probablemente será sentenciado en un caso particular, para que los casos puedan ser arreglados pacíficamente y no llevados al tribunal, lo cual satisface al bien público"³⁰. Al igual que los contratos, los acuerdos privados extrajudiciales referidos a la indemnización tienen "una condición necesaria para el éxito, que es llegar a un monto, con el cual ambas partes concluirían que el acuerdo incrementaría su bienestar" y, "por lo tanto, las negociaciones de arreglo fracasarán, y sobrevendrá el litigio, sólo si el mínimo monto que el acreedor está dispuesto a aceptar para transar su reclamo, es mayor que el máximo monto que el deudor está dispuesto a pagar para satisfacer ese

²⁹ No obstante, están prohibidas ciertas cláusulas: la dispensa anticipada del dolo (art. 827, Cód. Civ.); las cláusulas limitativas de responsabilidad en la hotelería (art. 1232, Cód. Civ.) el transporte terrestre (arts. 162 y 164, Cód. Com.), la ruina de obra (art. 1646, Cód. Civ., según ley 17.711), el transporte por agua (ley 20.094, arts. 289 y 346), el transporte aéreo (art. 146, Cód. Aeronáutico), los infernos laborales (ley 24.557, art. 11, inc. 1°).

³⁰ Lord Denning, en "Ward vs. James" (1966) 1 QB 213 299.

reclamo³¹. "Es preciso, antes que todo, que los riesgos sean atribuidos claramente, a fin de que ninguna de las partes de que se trata tenga sorpresas"³². Cuando una de las variables del conflicto —el monto máximo del reclamo del damnificado— resulta del tope cuantitativo, sólo queda en discusión si el responsable se aviene a pagarlo, y ello, indudablemente, hace más fácil que se llegue al acuerdo extrajudicial.

En síntesis, los topes indemnizatorios, articulados con el seguro y con arbitrios de pronto pago, no generan, por sí, una litigiosidad mayor. Por lo contrario, la disminuyen.

Es verdad que se da lugar a una controversia judicial cuando el sistema admite que el tope indemnizatorio pueda ser excedido si el responsable actuó sin diligencia, o que la indemnización sea menor si la víctima incurrió en cierto modo de culpabilidad³³, pero la posibilidad de esa controversia existe también en los casos en que la indemnización es plena: cuando la responsabilidad se asienta sobre el factor de atribución subjetiva, la discusión sobre la existencia o inexistencia de culpa es inexcusable; y, cuando se apoya sobre el factor de atribución objetiva, siempre está abierta a debate la incidencia de una causa ajena (según los casos, culpa o hecho de la víctima, culpa o hecho del tercero, caso fortuito o fuerza mayor genéricos o calificados, causas ajenas calificadas, etc.)³⁴.

Por cierto, hay sistemas en los cuales la litigiosidad es mínima, o nula: uno es el de la seguridad social, muy diverso del régimen de la

³¹ "Por ejemplo, si el acreedor no quiere arreglar por menos que \$ 10.000 y el deudor no quiere arreglar por más de \$ 5.000, las negociaciones fracasarán" Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 3ª ed., Boston-Toronto, 1986, § 21.3, pág. 523.

³² Turc, André, "Rapport de synthèse générale", en *La Responsabilité des Fabricants et Distributeurs*, París, 1978, pág. 410.

³³ Álvarez, Gladys S. - Gregario, Carlos G. - Highton, Elena E., "Limitación de la responsabilidad por daños. Un enfoque socio económico", L.L., 1997-C-1048, sostienen que los topes indemnizatorios darían lugar a "un traslado de la litigiosidad por montos a los incrementos de la litigiosidad sobre la atribución de responsabilidad", pero entienden —con razón— que "los riesgos de una conducta delictiva no pueden ser transferidos" a la víctima (ap. IV), aunque, en tal situación, la litigiosidad "para establecer una conducta intencional" se incrementa (ap. III). Por otra parte, también admiten que "la litigiosidad que surge de cuestionar la culpa o participación de la víctima es reducida" (ap. I).

³⁴ Vid. desarrollo de la cuestión en Altieri, Adlio A., "Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual", L.L., 1988-B-247, y en Altieri, Adlio A. - López Cabana, Roberto M., *Derecho de Daños*, Buenos Aires, 1992, pág. 135; "El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual", *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, ser. 1, Buenos Aires, 1990, pág. 35, y en *Derecho de Daños*, cit., pág. 153; "La presunción legal de culpa como regla de favor victimas", en Buenos, Alberto J. (dir.), *Responsabilidad por Daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alzueta*, T. 1, Buenos Aires, 1990, pág. 126. Altieri, Adlio A. - López Cabana, Roberto M., "Carga de la prueba en las obligaciones de medios (Aplicación a la responsabilidad profesional)", L.L., 1989-B-943, y en *Derecho de Daños*, cit., pág. 271.

responsabilidad civil pues, "muy inteligentemente, ha atenuado el principio de una indemnización 'integral' en beneficio de una indemnización general". Sólo en la seguridad social, al estilo de la *Accident Compensation Act* neozelandesa de 1974 —en la cual hay límites cuantitativos, y el Estado toma a su cargo la cobertura de las víctimas no satisfechas por los fondos—, la indemnización es pagada sin dilaciones, sin cuestionamientos, y sin posibilidad de controversia judicial alguna, porque no está sujeta a los vicisitudes de la responsabilidad civil. La contracara es que la seguridad social sólo otorga "prestaciones mínimas, pues no se debe confundir solidaridad con igualdad", a las "que el rico paga por el pobre, y el soltero por el encargado de familia numerosa"²⁶; es, de alguna manera, el caso de la Ley de Seguro Nacional de Salud, 23.661, que se propone "procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país" (art. 1°), a través de un "servicio de asistencia social de interés público" (art. 33) con alcances de "seguro social" (art. 1°) y con "un criterio de justicia distributiva" (art. 2°), mediante un fondo al que aportan, fundamentalmente, las obras sociales y el Estado (art. 21).

La seguridad social, ha dicho Tunc, "es la respuesta, no sólo la más moderna sino también la más racional y la más práctica [...], a este fenómeno tan fundamental del accidente"²⁷, agregando que ella "no permite que un hombre sea dejado en el desamparo", que "a toda víctima de accidentes deben serle asegurados los cuidados y un mínimo de recursos", que "no hay razón para tratar mejor a quien cae bajando de una acera que a quien toma frío y contrae una pleuresía", y que "por lo tanto, la protección del hombre debe ser asegurada contra esta clase de accidentes en un marco de seguridad social"²⁸.

Pero ese género de ideas no es actualmente viable entre nosotros. Como están las cosas, los pleitos sólo pueden ser evitados, y los engorros judiciales pueden ser soslayados, si la víctima cobra, con certeza, prontamente, y sin zozobras, cierta indemnización; y los límites cuantitativos coadyuvan apropiadamente a este propósito.

²⁶ Tunc, André, *La Responsabilité Civile*, Paris, 1981, pág. 147, nro. 176.

²⁷ Lambert-Faivre, Yvonne, *Droit des Assurances*, 9° ed., Paris, 1993, pág. 17, nro. 21. En el sistema neocelandés, la indemnización por daños no económicos tiene un máximo equivalente a US\$ 12.500; Alpa, Guido, *Compendio del Nuovo Diritto Privato*, Torino, 1985, pág. 446, nota 75.

²⁸ Tunc, André, *La Responsabilité...*, cit., pág. 83, nro. 89.

²⁹ Tunc, André, "Responsabilité, assurance et solidarité sociales dans l'indemnisation des dommages" en *Travaux et Recherches de l'Institut de Droit Comparé de Paris*, vol. XXXIII (VIII Congrès International de Droit Comparé, Pescara, 1978, Contributions françaises), *Études de Droit Contemporain (Nouvelle série)*, Paris, pág. 67, nro. 24.

Otro sistema de liquidación rápida del daño es el adoptado por la ley de infortunios laborales 24.557: el empleador toma un seguro (art. 3º), que tiene el respaldo de un fondo de garantía (art. 38), y de tal modo se "exime" de la responsabilidad personal por accidentes del trabajo y por enfermedades profesionales, salvo que haya actuado a sabiendas y con intención de dañar al trabajador (arts. 6º y 39, inc. 1º). Uno de los objetivos del sistema es "reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos del trabajo" (art. 1º, inc. 1º-a), y arts. 4º y 5º) pero, desde que el empleador no está precisado a asumir responsabilidad personal alguna frente a la víctima cuando desatiende las normas de seguridad, en los hechos, el cumplimiento de los deberes de diligencia para evitar daños suele relajarse, y ello afecta a su eficiencia (ver ap. sig.).

V. CRITERIOS DE SOLUCIÓN

La limitación de la responsabilidad, en definitiva, es un tema de política jurídica. Hoy resulta corriente en el discurso de los juristas procurar dar auxilio a la decisión política mediante la teoría económica, para fundamentar conceptualmente el funcionamiento del sistema jurídico, y establecer "qué decisiones económicas han determinado la introducción de los principios jurídicos, o qué efectos jurídicos tienen los principios vigentes", así como "poner a punto instrumentos económico-jurídicos integrados, que pueden ser utilizados por los responsables políticos cuando se presente la necesidad de opciones de gran relevancia social, que exijan la consideración de complejas series de variables"³⁹. La referida teoría económica tiene como eje el principio de eficiencia, que tiende a optimizar los recursos, y lograr, con costos menores, beneficios mayores.

No hay acuerdo sobre la eficiencia o ineficiencia de los límites cuantitativos de la responsabilidad. Para afirmar su ineficiencia se sostiene que los topes indemnizatorios implican "una transferencia de riesgos a la víctima"⁴⁰. Pero, en sentido conceptual inverso, se arguye que atribuir injustificadamente el deber de reparar el daño ajeno "sería como imponer un tributo por vía analógica"⁴¹.

Tampoco lo hay respecto del seguro. Algunos sostienen "que un seguro directo sobre la vida y contra los accidentes, o todavía un seguro de

³⁹ Radetz, Stefano, Prólogo a Calabresi, Guido, *Costo degli Incidenti e Responsabilità Civile. Analisi Economico Giuridica* (trad. italiana de *The Cost of Accidents*, New Haven - London, 1970), Milán, 1975, pág. VIII.

⁴⁰ Álvarez, Gladys S. - Gregorio, Carlos G. - Nighton, Elena I., *Limitación...*, cit., Cap. IV.

⁴¹ Ferrioli, Paolo, *Responsabilità Civile*, Padova, 1983, pág. 80, nra. 6.11.

daños patrimoniales, tomado por la víctima potencial, sería una solución oportuna en numerosos casos⁴², pues este *first party insurance*, "dejado a la libre iniciativa de la víctima, presenta la ventaja de la flexibilidad, pudiendo ser modulado el grado de protección según la necesidad de seguridad de cada uno"⁴³. Otros entienden que es eficiente el seguro de responsabilidad civil (*third party insurance*)⁴⁴. Otros, que ambos podrían ser ineficientes⁴⁵.

Pero el análisis del costo-beneficio para adoptar una decisión de política jurídica no puede resultar sólo de la ecuación de ganancias y de pérdidas económicas, individuales o sociales. "Una pérdida de belleza natural" no puede ser medida en dinero, y "la posibilidad de valorar el resultado del costo-beneficio respecto de otros objetivos siempre está abierta para quien debe decidir", incluso "de modo que tenga en cuenta alguna concesión de justicia o equidad", y quien está precisado a "tomar la decisión debe tener cuidado de controlar si han sido evaluados todos los costos y los beneficios"⁴⁶. Pero, claro está, "el sistema jurídico no puede cubrir, en general, todos los objetivos", por lo cual "puede hacerse preciso conciliar el objetivo de propiciar la eficiencia y el de propiciar la equidad"⁴⁶.

Los topes indemnizatorios sirven para instar a que quienes realizan actividades que tienen aptitud para causar daños tomen seguros de responsabilidad civil. También se considera que optimizan el precio de las primas: en la Exposición de Motivos de la Ley Modelo Uniforme estadounidense para daños al consumidor del año 1979 se expresó que la incertidumbre acerca de los montos resarcitorios suele ser alegada por los aseguradores "para justificar el establecimiento de tasas que, en realidad, pueden no reflejar el riesgo objetivo".

En el mercado de seguros, en la denominada póliza por responsabilidad civil menor para vehículos particulares (res. gral. S.S. 19.498) —usada para vehículos antiguos— los límites de la cobertura son de \$ 100.000 para daños personales, de \$ 30.000 para daños materiales, y de \$ 200.000 para la totalidad de los reclamos, y el precio final para el asegurado (premio) es de \$ 330 anuales. En la póliza por responsabilidad civil mayor

⁴² Jourdain, Patrice, *Les Principes de la Responsabilité Civile*, Paris, 1992, pág. 21.

⁴³ De Trazegnies, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, T. II, Liriat, 1988, págs. 165 y sigs., nota. 430 y sigs.

⁴⁴ Calabresi, Guido, *El Coste de los Accidentes*, trad. J. Bisbal, Barcelona, 1984, pág. 284.

⁴⁵ Desgupta - Pearce, *Análisis Costi-Beneficio*, citado per Alpa, Guido - Bonozzi, Mario, *La Responsabilidad Civile*, Vol. II, Milán, 1993, págs. 168 y 167.

⁴⁶ Mitchell Polinsky, A., *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, trad. J. M. Álvarez Flórez, Barcelona, 1985, pág. 137.

(res. gral. S.S. 22.187) —que es la más común—, la cobertura llega a un total de \$ 3.000.000, y el premio es de \$ 600. Ello significa que un aumento de quince veces de la cobertura incide en el precio en menos del doble, porque la siniestralidad efectiva está concentrada en rangos bajos, y la compañía aseguradora suele tomar un reaseguro a partir de \$ 200.000. En los seguros para el transporte público de pasajeros (res. gral. S.S. 24.833), en la Capital Federal y el Gran Buenos Aires, con una cobertura total de \$ 10.000.000, el premio es de \$ 7.900 anuales, que se reducen a \$ 3.950 si se pacta una franquicia de \$ 40.000⁴⁷.

De lo cual se sigue que el tope cuantitativo de la responsabilidad no necesita ser exiguo para que el seguro por responsabilidad civil pueda ser tomado sin costos prohibitivos. El valor de la prima tiene relación con la franja indemnizatoria en la que se concentra la siniestralidad, porque las indemnizaciones mayores son reaseguradas, y el costo del reaseguro no se relaciona directamente con el monto de la cobertura que excede esa franja de concentración.

Los topes cuantitativos son asimismo eficientes cuando no funcionan como un techo inesorable para la indemnización, porque en tal situación puedan ser combinados con mecanismos de prevención, satisfaciendo de ese modo la importante función del sistema de la responsabilidad civil de evitar la producción de daños.

Inversamente, la incertidumbre en cuanto a los montos indemnizatorios es, sin dudas, económicamente ineficiente en términos de la teoría del mercado, porque "la seguridad jurídica, al condicionar las decisiones de los agentes, se relaciona con la competitividad"⁴⁸. ¿Qué grado de certeza pueden tener los justiciables, es decir, tanto la víctima como el responsable, con disposiciones como ésta, que pertenece al novísimo Código Civil holandés de 1992?: "el juez evalúa el daño de la manera que mejor corresponda a su naturaleza" (Libro 6, art. 97), y el daño extrapatrimonial, "según la equidad" (art. 106.II. En la realidad de las cosas, los daños son compensados "demasiado a menudo de un modo arbitrario, quizá caprichoso. La gente recibe sumas globales en vez de los pagos que necesita. Y suele recibir su dinero mucho después del accidente. Además, el talento de los abogados, el comportamiento de los actores, la firmeza de los demandados, y la idiosincrasia de la composición de los jurados, se combinan para entregar a víctimas similares resultados por completo desiguales"⁴⁹.

⁴⁷ Las referencias técnicas en fueros administradas por el director académico de la Asociación Argentina de Productores-Asesores de Seguros, licenciado Jorge M. Castro.

⁴⁸ Boza Scotta, María E., "Riesgo, seguridad y competitividad. Las perspectivas de la empresa", en Boza, María E. - Pérez Perdona, Rogelia (comp.), *Seguridad Jurídica y Competitividad*, Caracas, 1998, pág. 27.

⁴⁹ "Spartan Steel and Alloys Ltd. vs. Martin & C^o (Contractors) Ltd.", 1973 1 QB 27, 37.

VI. LA IMPRONTA ECONÓMICA

Buena parte del apoyo a la limitación cuantitativa de la responsabilidad civil resulta de dos razonamientos mezquinos: que disminuye los costos, y que es coherente con la necesidad de apoyar el desarrollo económico.

Pero la economía es una ciencia que enlaza en el marco de la ética; los razonamientos éticos, por lo tanto, son propios de los economistas apropiadamente dichos. No es posible tolerar, pues, que los economistas —que son a la economía lo que los científicos a la ciencia, y sólo se preocupan por el lucro, desatendiendo toda consideración axiológica—, hagan triunfar sus puntos de vista arrasando a la justicia.

La preocupación por los costos en el mundo de los negocios es plenamente comprensible. La formación del precio depende de ellos, en cuanto inciden como mano de obra, insumos, amortizaciones, tributos y, en lo que atañe al tema, como costo de la indemnización de accidentes. Cuanto menor sea el monto indemnizatorio, menor será el costo empresarial.

Pero no es posible consentir el regreso a los criterios que campearon en los tiempos de esplendor de la era industrial. Buen ejemplo de ellos es la sentencia pronunciada por la Corte de Nueva York en el año 1873²⁶, que rechazó una pretensión de daños con la idea de *compensatio damni cum lucro*, argumentando que la industria procura ventajas sociales, y que el daño individual queda compensado con la ventaja que obtiene la víctima al recibir el beneficio resultante del desenvolvimiento económico de la sociedad a la que pertenece.

Ahora bien, ¿es razonable que, arguyendo la mala raíz de algunos razonamientos que apoyan la limitación cuantitativa de la responsabilidad, se pasen por alto las ventajas que comporta, incluso para la víctima?

A mi juicio, ese sistema condice con la justicia, bajo ciertas condiciones: 1) Si el monto indemnizatorio es adecuado; 2) Si se le garantiza a la víctima el cobro de la indemnización, y ésta es pagada sin dilaciones; 3) Si el tope cuantitativo no rige cuando el responsable omite cumplir los deberes de prevención del daño.

Nadie puede ignorar la fuerte tendencia actual del *favor victimae* o de la regla *pro domino*. Pero, si se dan puntualmente las condiciones

²⁶ Causa "Lessee vs. Buchanan", 1873, 31 N.Y. 476-49. Superman, Stephen D., "Doing Away with Personal Injury Law", en Rubin, Robert L., *Perspectives on Tort Law*, 3^a ed., Boston - Toronto - London, 1980, pág. 151.

que se acaban de enunciar, el sistema propuesto, antes bien que perjudicar a las víctimas, las favorece. Y favorece también los intereses generales de la comunidad, pues, al alentar la prevención, pone el acento en soluciones *ex ante* de evitación de daños, que sin dudas son socialmente preferibles a las clásicas soluciones *ex post* que se contentaban con indemnizar —si acaso— los daños ya producidos (ver *infra*, nro. 7-b).

VII. EL DERECHO *IN FINE*

De cualquier manera, más allá de toda discusión teórica, es muy probable que el legislador adopte topes indemnizatorios y, de ser así, tendrá que tomar partido en diversas cuestiones. Es de esperar que elija las alternativas adecuadas, sin sucumbir ante la presión de los lobbies economicistas.

a) Un punto primordial de decisión concierne a la cuantía del tope indemnizatorio, el que debe ser razonable. Se ha visto que el artículo 1113 del Proyecto de Código Único de 1987 previó que "la indemnización se limitará a un equivalente a 2.000 argentinos oro por cada damnificado directo", que representaban aproximadamente unos \$ 170.000; y que el Proyecto de 1998 eleva sustancialmente ese límite, fijándolo en \$ 300.000 (*supra*, nro. 2-b) y c). Como, según vimos, el precio del seguro por responsabilidad civil no tiene relación directa con la cobertura en cuanto supera la franja en la que se concentra la siniestralidad, ello permite considerar topes sustancialmente —o por lo menos relativamente— mayores.

b) También debe privarse del derecho de invocar esa limitación al responsable que no actuó diligentemente.

Es razonable suponer que esto constituirá un incentivo para que el dueño o el guardián de la cosa riesgosa, o el explotador de la actividad peligrosa, adopten medidas preventivas apropiadas, las cuales concierne(n) al interés general de evitar que los daños se produzcan, que es primordial en el sistema de responsabilidad civil²¹. Porque la evitación de daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el puro punto de vista macroeconómico: por ejemplo, cuando resultan daños personales de la circulación de vehículos, los costos sociales au-

²¹ Tunc, André, *La Responsabilité...*, cit., pág. 86, nro. 63; Le Tourneau, Philippe, "La valeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nro. 3, julio - septiembre de 1988, pág. 505, ap. B-1; Vinay, Geneviève, *Introducción a la Responsabilité*, cit., nos. 45 y sigs., págs. 64 y sigs.

mentan por la mayor utilización de hospitales públicos, y por la mayor actividad de los servicios de policía y de administración de justicia⁶².

Los Proyectos sectoriales mencionados *supra*, número 1-b), sólo autorizan a exceder de los topes indemnizatorios en caso de dolo. Este criterio coincide con el de la ley de riesgos del trabajo (art. 6°, inc. 3-a), ley 24.557), pero es indebidamente estrecho⁶³. Sugiero algo extremadamente distinto, que avenge la asimilación entre culpa y reproche moral: todos los sujetos tienen el deber social de obrar de tal modo que eviten causar daños a los demás, obrando con diligencia apropiada a las circunstancias; lo decisivo debe ser la falta de diligencia, aunque no provenga de un acto moralmente reprochable (como en la versión tradicional de la culpa), por lo cual corresponde transitar un camino paralelo al de la culpa objetiva francesa, que se configura con la conducta desarreglada, aunque no se trate de un acto voluntario⁶⁴.

c) Por otra parte, es de interés general instar al aseguramiento —teniendo presente que “para evitar descabros está el seguro, y para evitar insolencias, el seguro obligatorio”⁶⁵—, como lo intentó el citado Proyecto de Código Único de 1987⁶⁶. Es cierto que podría imponerse el seguro forzoso para las actividades de alta siniestralidad, pero ello no parece adecuado por dos razones. Por lo pronto, porque la experiencia no es buena: la ley nacional de tránsito 24.449 consagra el seguro forzoso para cubrir “eventuales daños a terceros, transportados o no” (art. 68), y dispone, como requisito para circular, que el conductor debe tener consigo “el comprobante de seguro, en vigencia” (art. 43, inc. c); el artículo 92 de la ley 11.430 de la Provincia de Buenos Aires establece, a su vez, que el conductor puede ser detenido si carece de ese comprobante (art. 4°, inc. 4°), y es sabido que estas disposiciones no son cumplidas puntualmente. Además, es improbable que la ley capte la totalidad de las actividades cuyos niveles de siniestralidad imponen razonablemente el aseguramiento y, en todo caso, parece preferible que cada responsable potencial cuide de sus propios intereses.

⁶² Mihán, E. J., *Falacias Económicas Populares*, trad. R. Pérez Pita, Buenos Aires, 1964, pág. 93.

⁶³ Vid. Alterini, Attilio A., *La Limitación...* (c)l., sup. 54.

⁶⁴ Mazeaud, Henri y Léon - Tunc, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil*, T. I, Vol. II, trad. L. Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1962, pág. 45, nro. 390.

⁶⁵ Cavallero Mugica, Santiago, *Responsabilidad Civil y Protección del Consumidor*, Palma de Mallorca, 1985, pág. 190.

⁶⁶ Vid. López Cabana, Roberto M., “Limitaciones a la íntegra reparación del daño”, en Alterini, Attilio Anibal - López Cabana, Roberto M., *Temas de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 1995, pág. 133, y “La atribución objetiva del deber de reparar con indemnización limitada en la proyectada unificación de la legislación civil y comercial”, en Alterini, Attilio Anibal - López Cabana, Roberto M., *Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 1988, pág. 319, sus citas y referencias.

El punto de inflexión del razonamiento es, sin embargo, el caso del insolvente, que opta por no asegurarse. Su cálculo de costo-beneficio es éste: si se asegura, debe pagar la prima, que representa, "aproximadamente, el precio del accidente que 'causaría'. Si, en cambio, no se asegura, no tendrá que pagar ni siquiera el accidente que realmente cause; sería pedir peras al olmo"⁵⁷.

d) La indemnización, para no agregar nuevas afeciones a los intereses de la víctima, debe serle liquidada rápidamente. En el derecho comparado, la ley francesa de tránsito 85-677 dispone que el asegurador "debe presentar en un plazo máximo de ocho meses a contar del accidente una oferta de indemnización a la víctima que ha sufrido un daño a su persona" o, en su caso, a sus derechohabientes (art. 12); si no efectúa tal oferta, el asegurador debe "de pleno derecho interés al doble de la tasa de interés legal" (art. 16); y si la oferta es "manifiestamente insuficiente", debe aportar al fondo de garantía "una suma extra igual al 16% de la indemnización debida, sin perjuicio de los daños e intereses debidos por ese hecho a la víctima" (art. 17). La ley española 30/95 sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (Disposición adicional novena) considera en mora al asegurador cuando no cumple su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro, o no paga el importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro, salvo causa justificada o que no le es imputable. La falta de liquidez no obsta a la mora, y sus efectos consisten en el pago de una penalidad consistente en "un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50%", a partir de "la fecha del siniestro". Pero, "transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20%" (art. 17).

Es el criterio que adopta el Proyecto de 1998, según se ha visto (supra, nro. 2-c).

e) Correspondería, también, establecer fondos de garantía. Estos fondos son operativos en los casos en que el autor es desconocido, no está asegurado o está infraasegurado; de insolvencia de la aseguradora; o de daños superiores a los cubiertos por la póliza⁵⁸.

f) El límite cuantitativo no debe ser aplicable al caso de los grandes discapacitados, esto es, quienes necesitan "la asistencia continua de otra

⁵⁷ Calabresi, Guido, *El Costo de los Accidentes*, cit., pág. 23.

⁵⁸ Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al Doctor Roberto H. Brobbia (Rosario, 1986, Comisión 3); I Congreso Internacional de Derecho de Daños en Homenaje al Doctor Jorge Massot Iturrage (Buenos Aires, 1989, Comisión 4); II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, 1992, Comisión 2).

persona para realizar los actos elementales de su vida" (art. 10, ley 24.557). La justicia estaría mejor servida si la gran incapacidad abriera una compuerta para exceder los límites cuantitativos de la responsabilidad, porque genera necesidades de compasión, servicios o cooperación por parte de terceros, propias de la "especie de destierro de la vida" que significa⁴⁰. Por ahora, el artículo 17 de la ley 24.557 sólo les reconoce el pago de sumas mensuales equivalentes a tres veces el AMPO, como lo define el artículo 21 de la ley 24.241, vale decir, tres veces el monto del "aporte medio previsional obligatorio".

g) Hay que decidir asimismo cuál es la causa ajena que tiene derecho a invocar en su descargo quien es sindicado como responsable por un factor de atribución objetiva: si puede argüir útilmente la culpa o el mero hecho de la víctima o del tercero⁴¹, o si son necesarios a ese efecto el dolo o la culpa grave de la víctima⁴², o alguna circunstancia especial⁴³.

Como vimos, el Proyecto de Reformas de 1998 sugiere confinar esa causa ajena a "la culpa del damnificado", y establece que "no son invocables como eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, el cumplimiento de las técnicas de prevención, el caso fortuito, el hecho de un tercero, ni cualquier otra causa ajena" (*supra*, nro. 2-c).

Cuando se reduce de tal modo el catálogo de causas ajenas que tienen eficacia para liberar al sindicado como responsable, se extiende el derecho de la víctima a ser indemnizada, y esta ventaja también compensa de algún modo la existencia de topes indemnizatorios (*supra*, VI).

⁴⁰ Gamarrá, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXIII, Montevideo, 1991, pág. 210.

⁴¹ Alterini, Atilio A., "Incidencia del mero hecho en la ruptura de la relación causal", en Alterini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M. (directores), *La Responsabilidad Civil. Mensaje al Profesor Doctor Inodoro H. Goldemberg*, cit., pág. 339.

⁴² Como resulta, en materia de accidentes de tránsito, de la ley 24.448, que dispone, como ventaja para el peatón, el "beneficio de la duda y presunciones a su favor, en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas de tránsito" (art. 64, 3er. párr.).

⁴³ En algunas situaciones la liberación del sindicado como responsable depende de la prueba de una causa ajena estrictamente calificada: en materia de infortunios laborales, es preciso que haya existido dolo de la víctima, o fuerza mayor estricta o la explotación (art. 6º, inc. 3º-af, ley 24.557); en materia de daños nucleares, es menester la ocurrencia de culpa o dolo de la víctima, o de fuerza mayor consistente en "conflicto armado, guerra civil, hostilidades o insurrección" (art. IV, párr. 3º, Convención de Viena de 1963, ley 17.046), la cual amplía la responsabilidad al excluir la calificación como fuerza mayor de otros hechos imprevisibles o inevitables (terremoto, maremoto, huracán).

RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO, DEL ESCRIBANO Y DEL JUEZ

AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

I. LÍMITES DE ESTAS REFLEXIONES

El tema propuesto (en realidad, tres) es amplio y complejo. Comprende las responsabilidades de los llamados "operadores del Derecho", tanto los que ejercen una típica función pública (jueces), como los que tienen funciones mixtas (escribanos) y los que desarrollan básicamente una función privada (abogados). Me limitaré a esbozar las líneas básicas e ideas fuerza que dominan la materia (las de los profesionales en general y la de cada uno en particular) según el llamado "derecho vivo"; es decir, analizaré la cuestión a la luz de la interpretación y aplicación jurisprudencial de la última década¹. Esta metodología es conveniente en la materia por dos razones significativas:

1. Generalmente, los códigos no contienen normas específicas (o son muy escasas), por lo que los grandes principios se han forjado a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia.

¹ He publicado dos artículos breves sobre los daños causados por abogados ("Reparación de los daños causados por abogados", *Revista del Foro de Cuyo*, nro. 1, Mendoza, 1991, págs. 23 y sigs. y "Daños causados por abogados y procuradores", *J.A.*, 1993-III-704); a la responsabilidad de los jueces me he referido tangencialmente en la obra *Responsabilidad de los Jueces y del Estado por la Actividad Judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1988, en colaboración con los Dres. Jorge Masot Iturzaogoye y Carlos Parrillada; también en "Reparación de los daños causados por la prisión preventiva", *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4, nro. 1, febrero de 1994, págs. 45-58. Estas líneas deben considerarse la continuación de todos estos artículos. He intentado no repetir conceptos, salvo aquellos que resultan absolutamente indispensables para la mejor comprensión de los que formulo en el texto. Ruego al lector tener presente lo dicho en esos trabajos anteriores y la doctrina y jurisprudencia allí citada.

2. Hay cierto consenso en aceptar la existencia de un "deber de conocer la jurisprudencia", que alcanza a todos los sujetos implicados en estas reflexiones².

Finalmente, aclaro que no abordo el fascinante tema de la responsabilidad del Estado por los daños causados en la actividad judicial, que tanta dimensión ha tomado en la Europa Comunitaria cuando estas conductas vulneran derechos humanos, en especial, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas³, el derecho a la identidad sexual, etcétera. Entiendo que esta materia escapa a la propuesta y se rige, además, por principios más favorables a las víctimas.

II. PUNTO DE PARTIDA

1. Responsabilidad civil y protección de los consumidores

Las responsabilidades profesionales comienzan a ser analizadas desde una nueva perspectiva: la del derecho del consumidor; en efecto, el paciente, el cliente del abogado, del arquitecto, etcétera, son considerados consumidores del servicio profesional (de la salud, del servicio de justicia, etc.). Esta nueva visión es trascendente en varios ámbitos, desde que, como es sabido, el consumidor es considerado la parte débil de la contra-

² Cf. Volinini, Giovanni, "Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza", *Rivista di Diritto Civile*, anno XL1, no. 2, marzo-aprile 1993, pág. 193, quien costaría haber "robado" el título a Gino Galia, en cuyo homenaje escribe.

³ La bibliografía en tema al Convenio Europeo de Derechos Humanos es inagotable. Véase, entre otros, González Rovin, Juan José, "Consideraciones sobre el art. 8.º párrafo 1.º, apartado 1.º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: referencia a reciente jurisprudencia sobre el indicado precepto", en "Diez Años de Desarrollo Constitucional, Estudios en Homenaje al Profesor Luis Sánchez Agesta", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1989, pág. 509. Así, p. ej., Francia fue condenada por la Corte Europea de los Derechos del Hombre, el 26-II-1992, a pagar 100.000 francos a un transexual a quien impidió la rectificación de su partida de nacimiento (*Le Semaine Juridique*, année 63, no. 48, 25-II-1992, pág. 415 con nota de Garé, Thierry, "Condamnation de l'Etat français pour refus de modification de l'état civil d'un transsexual", País, la responsabilidad por la dilación indebida de los procedimientos, *cf.*, entre otros, Cour Européenne des Droits de l'Homme, 31-III-1992, "A.E. X o France" (condena a Francia por dilatar indebidamente los reclamos administrativos de los transexuales con sangre contaminada que contrajeron sida), *Le Semaine Juridique*, année 63, no. 31, 29-VII-1992, pág. 381, con nota de Apostolida, Charalambos, "Une période de deux ans entre une demande d'indemnisation formée par une personne transitive et le jugement du tribunal administratif dépasse le délai raisonnable au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme"; Itan Delgado, José, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado por Dilaciones Indebidas en el Funcionamiento de la Administración de Justicia*, Eiete, Valencia, 1997.

tación y, consecuentemente, la que merece ser amparada con regímenes que alivien la carga de la prueba⁴, que combatan las cláusulas abusivas, que impongan obligación de informar a la otra parte, etcétera⁵. Buen ejemplo de esta corriente es un fallo de primera instancia del prestigioso magistrado argentino Roberto Vázquez Ferreyra: "El particular que recurre necesaria y obligadamente a un escribano para otorgar un acto de disposición de un inmueble, es un inexperto que debe ser por ello correctamente informado y asesorado por el experto, que en este caso no es otro que el escribano. Quien posee la calificación técnica que le da superioridad es el profesional escribano y por ello pesa sobre la cabeza de éste la obligación de orientar al cliente, informarlo, asesorarlo y evitar que ocurran irregularidades provenientes del incumplimiento de sus funciones"⁶. En la misma línea una sentencia de la Audiencia de Oviedo, España, dice: "Ninguna responsabilidad puede imputársele al actor, persona lega en derecho que precisamente por tal circunstancia debe ser dirigido en el proceso técnicamente por un letrado, no siéndole exigibles conocimientos procesales tales como que los procuradores de Gijón no están habilitados para actuar ante los tribunales en Oviedo..."⁷.

No obstante esta nueva visión, la dificultad de la generalización está a la vista, dada la heterogeneidad de prestaciones a cargo de los profesionales. Esta diversidad es, entre muchas, una de las causas por las cuales la Europa comunitaria, no obstante haber dictado hace más de una década una directiva sobre productos elaborados, no logra un acuerdo para regular las responsabilidades profesionales⁸. De cualquier modo, no

⁴ P. ej. la reciente ley chilena 19.696 de protección de los consumidores, de 1997 dispone que, tratándose de productos o servicios peligrosos los daños y perjuicios que de su consumo provengan, serán de cargo solidariamente del productor, importador y primer distribuidor o del prestador del servicio en su caso. Con todo, se eximirá de la responsabilidad contemplada en el inciso anterior quien prueva las buenas o pronte las servicios cumpliendo con las medidas de prevención legal o reglamentariamente establecidas y las demás caudales y diligencias que impone la naturaleza de aquéllas.

⁵ *Conf. Desormes, Jean Paul, "Y a-t-il une limite à la responsabilité notariale?", en Droit et Anthropologie de la Complexité, Mélanges Dédicés à Jean Mes, Economica, Paris, 1996, pág. 118; Trigo Represas, Félix A., "Responsabilidad civil de los abogados", J.A., 1994-III-636.*

⁶ 1° XI-1994, "Corín, Juan y otros obsesores de Gregorio Anasías", J.A., boletín del 11-VI-1997.

⁷ Audiencia Provincial de Oviedo, 19-VI-1995, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1995-4-167.

⁸ Para esta cuestión, me remito al artículo de mi autoría, "La responsabilidad profesional en las directivas de la Comunidad Económica Europea", en *Las Responsabilidades Profesionales. Libro Homenaje al Dr. Luis O. Andueza, Plateros, La Plata, 1992, págs. 279-303*. En Brasil, no obstante que el Código de Protección de los Consumidores incluye las prestaciones a cargo de los profesionales liberales, la responsabilidad civil de éstos se rige por pautas subjetivas (cf. Siebenlistler de Andrade, Fábio, "La responsabilidad civil

debe olvidarse que más allá de los debates políticos y económicos, la protección de los consumidores es uno de los objetivos esenciales de la Unión Europea y de allí la preocupación de los países que la conforman por encontrar principios básicos comunes que sirvan para armonizar las legislaciones internas.

Esta visión obliga al juez a analizar cuidadosamente la culpa de la víctima como eximente de la responsabilidad profesional; no es lo mismo un cliente conocedor del campo donde se mueve que un profano. Un ejemplo de esta actitud judicial es el fallo de un tribunal entrerriano que rechazó la demanda iniciada por un dirigente sindical a su abogado; el sindicalista acusaba al letrado de no haberlo defendido correctamente en el juicio que inició contra la empresa donde trabajaba, luego de haberse dado por despedido, expresando esta voluntad mediante un telegrama redactado por el abogado; el juicio se perdió y el dirigente sostuvo que el profesional debió darse cuenta de que no tenía prueba suficiente para triunfar. El tribunal tuvo en cuenta, entre otros factores, el hecho de que el actor era autoridad sindical y, consecuentemente, persona conocedora de las leyes laborales y sus diversas interpretaciones⁹.

2. Las garantías constitucionalmente amparadas

La jurisprudencia comienza a analizar la responsabilidad civil desde la perspectiva de los valores implicados, que en muchos casos tienen rango constitucional; así, por ejemplo, al abogado se lo juzga a la luz del derecho constitucional a la defensa en juicio y al acceso a la Justicia¹⁰; al médico, apuntando al derecho a la salud; al notario, merituando la seguridad jurídica, etcétera¹¹. En esta línea, la Comisión de reflexión número 5

de los abogados. La culpa y causas de exclusión", en obra colectiva, dirigida por Carlos Ghersi, *Los Nuevos Doctos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 342; en la misma obra, pág. 375, Barberis, Eduardo A., "La responsabilidad civil del abogado por el deber de información al cliente".

⁹ Cám. Civ. y Com. de Paraná, Sala Ira., 21-II-1996, *Jurisprudencia de Entre Ríos*, 1996, no. 72, pág. 239.

¹⁰ El art. 120 de la Constitución del Brasil de 1988 reputa al abogado persona indispensable para la administración de la justicia, siendo inexcusable por sus actos y manifestaciones en el ejercicio de la profesión, en los límites de la ley (cfr. Siebenhücher de Andrade, Fábio, op. cit., pág. 340).

¹¹ En tal sentido ha dicho la Corte Suprema de Justicia, aunque esta vez en beneficio del notario: "No obstante que la imputación de irregularidades a los escribanos en el ejercicio de la función notarial reviste a cuestiones de hecho y de derecho local y común que, como regla, son ajenos a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no impide la apertura del recurso federal cuando el tribunal a quo ha fundado insuficientemente su decisión y tal inobservancia afecta de modo directo e inmediato garantías que coexisten con amparo constitucional (CSJN, 33-47-1992, "Colegio de Escribanos s/verf. de libros de requerimientos de firmas del escribano R. J. Garrido", *Doc. Ad.*, 1993-3-325).

del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1993, declaró: "califica especialmente la responsabilidad del abogado su carácter de auxiliar de la justicia y su intervención indispensable para la administración de justicia"¹².

Esta nueva actitud produce importantes consecuencias, tales como:

a) Hay una tendencia general a ser más severo en el juzgamiento de la conducta profesional. No es lo mismo la violación de un derecho infraconstitucional, que se mueva en los campos de la simple legalidad y de la convencionalidad, que la de un derecho o un valor al que se da rango constitucional.

b) La Corte Federal argentina, por la vía pretoriana de la arbitrariedad, justifica su intervención y revoca sentencias dictadas en la materia por los jueces de grado, con el argumento de que carecen de fundamentos lógicos y razonables¹³.

c) La jerarquía constitucional de los derechos implicados justifica que la Corte Federal haya declarado constitucionalmente válidas las leyes que disponen, como medida cautelar, que el órgano de control suspenda preventivamente al notario, sin ejercicio de la profesión, inter tanto se sustancia el juicio penal, siempre que éste no se dilate excesivamente¹⁴; también las que prevén como sanción la exclusión de la matrícula; ha dicho la Corte: "La atribución o concesión de delicadas facultades a los escribanos tiene su necesario correlato en las exigencias y sanciones que la reglamentación contiene, en el sentido de revocar aquel atributo cuando su conducta se aparte de los parámetros que la ley establece para tutelar el interés público comprometido; no es, entonces, el Estado quien a su capricho puede retirar la facultad asignada, sino el sujeto quien voluntariamente se margina al dejar de cumplir los deberes a su cargo"¹⁵.

¹² Las autoridades de la Comisión fueron: presidente: Dr. Roberto López Cabana; vicepresidente, Luis Andarae y secretario, Eduardo Baber. Cf. J.A., 1993-III-943, *Zera*, 63-D-67 y *Jurisprudencia Provincial*, 1993, pp. 10, pág. 363.

¹³ Me remito a la citada en mis artículos "Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica", J.A., 1992-II-615 y "Daños causados por abogados y procuradores", J.A., 1993-III-705. Pero el tribunal debe advertir alguna arbitrariedad; de lo contrario, afirma que "los agravios referentes a la responsabilidad atribuida a un letrado patrocinante por deficiente labor profesional remiten a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, materia propia de los tribunales de la causa y ajena —como regla y por su naturaleza— a la instancia del art. 14, ley 48, reexiste cuando el fallo cuenta con fundamentos suficientes de igual carácter que, más allá de su acierto o error, impiden su descalificación como acto jurisdiccional" (CSJN 6-III-1994, "Pichinao de Manarba y otros c/Mauro, Abia", J.A., 1994-II-31).

¹⁴ Vid., entre otros, CSJN, 5-III-1996, J.A., 1996-IV-322.

¹⁵ CSJN, 23-VI-1990, "Colegio de Escribanos", J.A., 1990-III-96 y *Doc. Jud.*, 1993-3-328 (aunque en el caso, la mayoría del tribunal consideró, equivocadamente en mi opinión, que la sanción era excesiva).

3. *La unidad y diversidad de responsabilidades dentro del ordenamiento jurídico y la unidad del régimen de la responsabilidad civil*

La responsabilidad de estos "operadores del derecho" juega, como otras responsabilidades profesionales, en diversos ámbitos: administrativo, civil, penal, ético, etcétera. Algunas, incluso, han generado algunos problemas respecto a cuál es la autoridad competente para juzgarlas. Así, por ejemplo, en Argentina, según el tipo de falta ética cometida, un abogado puede ser sancionado por el juez interviniente en la causa¹⁶ o por el organismo que tiene a su cargo el juzgamiento de las conductas (normalmente, el Colegio de Abogados).

En cuanto al ámbito de la responsabilidad civil, cabe recordar que la doctrina argentina brega, desde hace varias décadas, por un régimen único de reparación de daños, que no distinga cuál sea el origen de la obligación incumplida o defectuosamente cumplida¹⁷. No obstante, ese anhelo no se ha concretado normativamente, por lo que cada caso debe analizarse a la luz de los principios que rigen el respectivo ámbito. Como es sabido, esta diversidad produce discriminaciones odiosas tratándose de plazos de prescripción, extensión de la reparación, competencia judicial, etcétera.

4. *La antijuridicidad*

Normalmente, el primer presupuesto de la responsabilidad es la antijuridicidad, es decir, la conducta del sujeto implicado debe ser contraria al ordenamiento, visto éste en su totalidad.

Cabe preguntarse si las reglas de la deontología de cada ámbito profesional integran el marco de la juridicidad; o dicho de otro modo, si basta la violación de los llamados "códigos de ética", aunque no estén aprobados por ley formal, para tener por cumplido el primer requisito.

¹⁶ La Corte Suprema de la Nación ha dicho que "las facultades disciplinarias reconocidas a los jueces por el Código Procesal no se superponen ni se confunden con las atribuciones de idéntica naturaleza conferidas al Colegio Público de Abogados por la ley 23.387". Por otro lado, ha negado al Colegio Público legitimación para representar a los letrados sancionados; así el abogado sancionado está legitimado para recurrir la sanción (CSJN 15-V-1996, "H.A.", Doc. Jud., 1997-1-384). Con idéntico criterio, afirmó que el Colegio no tiene legitimación para comparecer en un juicio en que se demanda por daños y perjuicios a una abogada en el cual el punto de discusión era exclusivamente si había o no actuado con culpa (CSJN, 27-X-1992, "Pudoviro c/Nostra", Doc. Jud., 1993-2-581 y J.A., 1993-IV-611; conf. CSJN, 4-V-1995, "Del Sai, Percy", J.A. 1996-11-5, con nota de Roque Carriera y Otilia Rosenkranz, "Las facultades disciplinarias de los jueces y las faltas de ética de los abogados").

¹⁷ Cf. de mi autoría, "La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI (La responsabilidad civil en el proyecto de reformas del Código Civil de 1993)", J.A., 1993-II-817, artículo en el que cito prestigiosa doctrina nacional que comparte esta idea.

La doctrina comienza a dar respuesta afirmativa. Así, por ejemplo, la Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1993, recomendó que "debe juzgarse el comportamiento profesional de acuerdo a las normas éticas y legales que regulan la actividad, especialmente calificando por el deber de comportarse con probidad, lealtad y buena fe"¹⁸.

5. Los factores de atribución. ¿Una culpa profesional autónoma?

Excepcionalmente la responsabilidad de un operador del derecho podrá fundarse en un factor objetivo de atribución (tales como la garantía legal, la equidad, etc.). Pero son supuestos cuantitativamente insignificantes, por lo que abordaré exclusivamente algunos temas discutidos respecto a los factores subjetivos de atribución.

Mucho se ha debatido sobre si existe una culpa profesional diferente a la culpa en general. No ingresaré en la profundidad de esta discusión, sino sólo en sus aspectos esenciales. El Código peruano podría ser incluido, según cual sea la interpretación que se dé a sus textos, entre los partidarios de la autonomía. En efecto, el artículo 1762 (al igual que su fuente, el 2236, Cód. Civ. italiano) dispone: "Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable".

El artículo 2236 ha dado lugar a una amplia bibliografía¹⁹; es menester recordar que el sistema italiano se integra también, entre otros, con el artículo 1176 que dispone: "En el cumplimiento de las obligaciones el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia. En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valerse con relación a la naturaleza de la actividad ejercida"²⁰.

Con base en estos textos, la Casación italiana parece haber trazado una línea entre los problemas técnicos de especial dificultad y los que no lo son. En tal sentido ha dicho que, "salvo los supuestos de problemas técnicos de especial dificultad, la responsabilidad del profesional se configura toda vez que el abogado no ha desarrollado la actividad inherente

¹⁸ Cfr. recomendaciones en J.A., 1993-III-943.

¹⁹ Viancini, Giovanna, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, Cedam, Padova, 1996, pág. 288; Marinelli, Fabrizio, "Le nuove frontiere della responsabilità professionale dell'avvocato", *La Nuova Giurisprudenza Civile Contemporanea*, anno X, no. 2, 1994, pág. 276.

²⁰ Para una acerba crítica a la aplicación del criterio del buen padre de familia a la responsabilidad contractual en general, ver Viancini, Giovanna, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, cit., Cap. III, págs. 73 y sigs.

al mandato o lo ha desarrollado sólo parcialmente o no ha informado al cliente la imposibilidad de cumplirlo"²¹.

También en la doctrina francesa se oyen voces en favor de la autocomprensión: "si bien la responsabilidad profesional supone una culpa, los parámetros que permiten individualizarla son tan diversos y mutables según las circunstancias, que las distinciones clásicas entre obligaciones de medio y de resultado, entre culpa delictual y contractual, entre responsabilidad por culpa o sin culpa, ya no tienen razón de ser. La culpa, como la obligación y la responsabilidad son de naturaleza profesional". Y con cita de Serlooten se dice: "el escribano no es responsable en tanto contratante, ni siquiera, en tanto hombre, sino en tanto profesional"²².

En España también se afirma que "la intensidad de la diligencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto; en tal sentido, la defensa de los derechos e intereses de los clientes debe ser cumplida con el máximo celo y diligencia, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídicas; la actuación diligente es aquella que se desarrolla de modo cuidadoso, exacto y activo"²³.

En mi opinión, la culpa es una: consiste en la omisión de las diligencias debidas según las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 512 del Cód. Civ. argentino). Un texto que expresa una síntesis tan magnífica, permite eliminar todas las dificultades, sin necesidad de acudir a un concepto diferente de culpa; dentro de las "circunstancias" hay que tener en consideración que mientras en la órbita de la conducta del hombre común no hay mayores discrepancias en orden a cuáles conductas son defectuosas, en el campo de la ciencia, suelen presentarse dudas; en esta área hay culpa cuando se sale de la órbita de la opinabilidad; una conducta es imperita, negligente, cuando desconoce lo comprobado. En tal sentido, el proyecto argentino de código único de 1993 decía: "El profesional deberá realizar la tarea comprometida con ajuste a las reglas de la técnica, de acuerdo a los conocimientos requeridos para efectuarla eficazmente y conforme a la actualización en la ciencia y técnica correspondientes a su profesión".

²¹ Cassazione Civile Sez II, 18 giugno 1994, *Danno e Responsabilità*, no. 1, gennaio-febbraio 1997, pág. 123, comentado por Antonella Bará y Agelo Spirito, entre otros fallos, en la sección Repertorio di legittimità.

²² Decrps. J. P., op. cit., pág. 128.

²³ Audiencia Provincial de Barcelona, 2-XI-1995, *Revista General del Derecho*, año LII, no. 612, abril 1996, Valencia, pág. 4193. Por aplicación de estos principios sostuvo que es culpable la actuación de un abogado que, en lugar de una acción procesal administrativa ordinaria, interpuso un procedimiento sumario de protección de los derechos invocando la vulneración de derechos fundamentales y, rechazado éste, aunque la sentencia dejó a salvo la posibilidad de iniciar las acciones ordinarias, nunca las inició.

En suma, quizás podría generalizarse lo dicho en un voto de la Corte Federal argentina: si bien cuando están en juego valores constitucionales como son la vida, la libertad, el patrimonio, etcétera, "hay una natural predisposición a juzgar con severidad y rigor la actuación profesional, lo que, en principio, no es objetable, no debe perderse de vista que también la ciencia tiene sus limitaciones"²⁴.

5. Los seguros contra la responsabilidad civil profesional

En algunos países europeos se ha generalizado el seguro contra la responsabilidad profesional de abogados y notarios.

Así, por ejemplo, se considera que la garantía profesional colectiva ofrecida por los notarios en Francia es única en el mundo; recuérdese que este país ostenta una larga tradición en la materia desde que organizó los fondos para reparar los daños causados por la actividad notarial en su vieja ley del 25 de enero de 1934²⁵; en España, muchos Colegios de Abogados han contratado seguros colectivos que cubren los daños y perjuicios que se irrogan a un tercero como consecuencia del actuar negligente en el ejercicio de la abogacía; muchos fallos hacen expresa mención a estos seguros²⁶.

La existencia de un fondo de garantía o un seguro no sólo incita al damnificado a alcanzar un real acceso a la Justicia (lo que es bueno y justo) sino que a veces, lamentablemente, motivó a los jueces a ser más benévolo y crear responsabilidades profesionales donde el sistema normativo no las impone, produciendo un aumento indirecto del costo de los servicios.

III. DAÑOS CAUSADOS POR ABOGADOS

1. Ámbito de la responsabilidad

Los perjudicados por las conductas de los abogados y procuradores pueden estar unidos a estos profesionales por vínculos contractuales o

²⁴ Voto del Dr. Fayt, 28-XII-1985, "Lipocare o/Utazquer", J.A., 1990-12-443. El juez de la Corte Federal se refiere a la ciencia médica.

²⁵ Cfr. los antecedentes y la legislación actual en Aubert, Jean Luc, *Responsabilité Professionnelle des Notaires*, 3^o ed., Rep. du Notariat Détrénois, Paris, 1981, págs. 134 y sigs. Para la situación de los notarios en Francia, Decroix, J. P., *op. cit.*, pág. 118.

²⁶ Vot., Audiencia Provincial de Barcelona, 16-III-1995, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 424, oct. 1995, Valencia, pág. 10.430; Audiencia Provincial de Valencia, 1^o-X-1993, *Revista General del Derecho*, año L, nro. 593593, feb. 1994, Valencia, pág. 819; Audiencia Provincial de Madrid, 30-VI-1993, *Revista General del Derecho*, año L, nro. 58090, octubre-noviembre 1993, Valencia, pág. 10.521; Audiencia Provincial de Salamanca, 2-V-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 604, marzo 1995, Valencia, pág. 2812; Audiencia Provincial de Orléans, 19-VI-1993, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1995-4-167.

ser terceros ajenos a la contratación. Las conductas atribuibles pueden o no configurar el incumplimiento de obligaciones de origen convencional, desarrollarse dentro o fuera del proceso, estar implicado sólo el abogado u otros participantes del litigio, etcétera. Consecuentemente, el deber de responder puede encuadrarse, según los casos, en una y otra órbita.

Un caso resuelto por la Corte Federal argentina muestra un supuesto de responsabilidad conjunta extracontractual: Los actores en un juicio por colación de herencia habían trabado embargo sobre el inmueble que había sido adjudicado en el sucesorio al heredero demandado; paralelamente, en otro juzgado se hizo lugar a la demanda por escrituración interpuesta por un tercero contra el mismo heredero vencido en el juicio de colación; el juez que intervino en el juicio por escrituración dispuso el levantamiento del embargo ordenado por el juez de la colación "al solo efecto de escriturar"; merced a esa orden, el comprador inscribió a su nombre, enajenó a un tercero y los coherederos se quedaron sin garantía pues el heredero demandado carecía de otros bienes. Se condenó al Estado por el hecho del juez, pero también estaban implicados, el abogado que petitionó la cancelación de un embargo a un juez que no lo había dispuesto y el director del Registro, que dispuso el levantamiento ordenado por un juez diferente al que había dispuesto la traba²⁷.

Quizás, una jurisprudencia rigurosa que extendiera el campo de la responsabilidad extracontractual del abogado en favor de personas distintas al cliente (piénsese, p. ej., en el litigante contrario), produciría una disminución en las dilaciones del procedimiento que encuentran su causa en conductas desleales de los abogados. En esta línea, se lee en una sentencia española: "es propio de la incumbencia profesional de quien ejerce la abogacía el conocimiento cabal de los hechos en que se fundamenta el derecho al que presta su asistencia y de la prueba en que estos se justifican; consecuentemente, cabe responsabilizar al abogado, desde que un atento examen de la documentación que acompañó a su presentación le hubiere permitido advertir la falta de razón de su patrocinado; sobre todo, porque el incidente que planteó intentaba anular todo un procedimiento prácticamente agotado; esta circunstancia imponía al letrado la adopción de criterios de conducta extremadamente cuidadosos y prudentes"²⁸.

Las acciones más frecuentes configuran típicos casos de responsabilidad contractual. Las disputas sobre la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre el abogado y su cliente son tradicionales en todos los

²⁷ CSJN, 16-XII-1996, "Echeverry, Luisa y otros c/País de Bs. As.", 16-XII-1996, L.L., 1967-B-255.

²⁸ Cám. Civ. y Com. de San Martín, Sala II, 9-IV-1994, "Raimonda, Marcelo c/Protosom S.R.L.", año 3, tom. 8, septiembre 1995, pág. 607.

países. En la jurisprudencia española prevalece la tesis de que se trata de un contrato de prestación de servicios²⁹. En Argentina, en cambio, jerarquizada doctrina sostiene que el contrato celebrado por el abogado con su cliente es *multifurmas*; no sólo comprende los servicios, sino que a veces es mandato, otras locación de obra, etcétera³⁰.

2. El factor de atribución

a) La regla

Tratándose de la responsabilidad del abogado, hay que aplicar, en principio, el viejo adagio "*pas de responsabilité sans faute*" (no hay responsabilidad sin culpa).

En esta línea de pensamiento, la Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, 1993, recomendó: "es presupuesto de la responsabilidad civil del abogado la existencia de una culpa, calificada por la impericia o negligencia".

Obviamente, el solo hecho de la pérdida del pleito no es suficiente para condenar al abogado, del mismo modo que no basta la muerte del paciente para responsabilizar al médico. En tal sentido, la jurisprudencia española tiene dicho que "no todo detrimento económico derivado de un pronunciamiento puede ser incluido en el concepto de daño indemnizable; para ello hay que demostrar que la resolución judicial ha sido la consecuencia de la incuria, deficiente actuación o desconocimiento de las normas profesionales del letrado encargado de la defensa y que el resultado del juicio habría sido distinto si la defensa del cliente hubiera sido acorde con la *fer artis* propia de un abogado de diligencia normal"³¹.

b) La noción de culpa y la discusión científica

Como en toda responsabilidad profesional, la discusión científica excluye a la culpa³². Sin embargo, si de dos alternativas posibles, el profesional elige la que hace correr a su cliente el riesgo de la pérdida del

²⁹ Ver jurisprudencia de las Audiencias Provinciales citadas a lo largo de este trabajo.

³⁰ Conf. Andueza, Luis, "La responsabilidad civil de los abogados", *Revista Comptos*, año II, nro. VIII, septiembre 1995, pág. 12.

³¹ Audiencia Provincial de Alicante, 13-II-1996, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 619, abril 1996, Valencia, pág. 4662 (en el caso, el actor atribuía a su anterior abogado el haber sido vencido en un juicio en el cual se atribuyó la inercia del hijo menor a la madre. Conf. con el grado de diligencia exigible, mayor que la del hombre común. Audiencia Provincial de Salamanca, 2-V-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 606, marzo 1995, Valencia, pág. 2612.

³² Bustamante Ahijón, Jorge H., *Tratado General de la Responsabilidad Civil*, 3a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, nro. 1344.

derecho, ha actuado negligentemente, aún cuando pretenda fundar su irresponsabilidad en un cambio de jurisprudencia operado durante la gestión. En efecto, el letrado debe adoptar la postura menos arriesgada para los intereses de su cliente. En tal sentido, comparto la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que resolvió que "la diligencia exigible a un abogado en el ejercicio de su función no es la exigible a un hombre medio, sino otra superior, que hace surgir su responsabilidad cuando ante la duda suscitada en torno a la inhabilidad del mes de agosto para el ejercicio de la acción de despido, no salvaguarda el derecho de su cliente y presenta la demanda sobre la inhabilidad discutida de dicho mes, provocando que se declare la caducidad de la acción"³³; también es correcta la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que entendió que existía culpa del letrado que no solicitó el 20% de intereses previsto en la ley que regula los accidentes de la circulación, no obstante que a la época en que la demanda se interpuso existían dos posiciones encontradas sobre el tema³⁴.

c) Incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la obligación asumida. La prueba de la culpa

La jurisprudencia española y argentina es concorde en que el abogado en ejercicio no promete el éxito de la gestión encomendada y, consecuentemente, sólo puede exigírsele una conducta conforme a la *lex artis ad hoc*.

Por eso, en los supuestos de responsabilidad por infracción de deberes profesionales la inversión de la carga de la prueba no es de aplicación generalizada. En otros términos, no puede partirse de una presunción de negligencia³⁵, pero este punto de partida no niega que el abogado asuma ciertas obligaciones de resultado; así por ejemplo, puede comprometerse a entregar un contrato redactado en una fecha determinada, a suscribir y presentar los escritos en término, etcétera³⁶.

Además, en muchos casos, la culpa surge de los propios hechos (*res ipsa loquitur*). Así por ejemplo, la Corte Nacional, si bien admite que "no debe llevarse la responsabilidad del abogado al límite extremo de hacerlo

³³ Audiencia Provincial de Madrid, 30-VI-1993, *Revista General del Derecho*, año L, nro. 58390, octubre-noviembre 1993, Valencia, pág. 10.523.

³⁴ Audiencia Provincial de Málaga, 13-I-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 619, abril 1996, Valencia, pág. 4725.

³⁵ Ver, entre muchas, sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 16-III-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 624, setiembre 1996, Valencia, pág. 10.430; Audiencia Provincial de Lérida, 31-VII-1993, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 622623, julio-agosto 1996, pág. 9321.

³⁶ Para estos supuestos, consultar, por todos, Trigo Represas, Félix A., "Responsabilidad civil de los abogados", J.A., 1994-III-677.

cargar con toda la falta de veracidad en los planteos de su patrocinado, pues no puede exigírsele que se transforme en un investigador exhaustivo de los hechos que aquél le narra y que, generalmente, no son de su conocimiento personal³⁷, ha dicho que, a veces, ese conocimiento surge del propio hecho, como es el supuesto de una contestación de la demanda que niega el carácter de inquilino, pero no explicita por qué se encuentra en el inmueble; en el caso, sigue diciendo el tribunal, el abogado debió preguntarle a su cliente en virtud de qué título legítimo ocupaba el inmueble para luego poder ensayar una defensa procesal³⁸.

Los casos más frecuentes de culpa "cantada" son normalmente aquellos en que el proceso se pierde por caducidad de instancia. Permitir que se produzca la caducidad de instancia —ha dicho con toda razonabilidad un tribunal argentino— configura una omisión grave en el cumplimiento de las obligaciones profesionales³⁹; "el abogado patrocinante, aunque no tenga la representación directa del cliente ni esté sujeto a las reglas del mandato, debe ejercitar el patrocinio o la defensa de los intereses de éste, ya sea conduciendo el pleito bajo su dirección o aconsejando las soluciones legales que considere pertinentes; por tanto él también es responsable cuando deja que se perima la instancia"⁴⁰.

d) Tipos de culpa

- Generalidades

El abogado, como el médico, puede errar en el diagnóstico (p. ej., afirma que el cliente tiene jurídicamente razón en un caso en que el ordenamiento no concede legitimación para actuar), en el tratamiento (p. ej., pretende reclamar el derecho de su cliente por la vía ejecutiva pero carece de título) en su ejecución (p. ej., por su inactividad, se declara la caducidad de instancia en el juicio, bien iniciado, por la vía que corresponde, en favor de su cliente que jurídicamente tiene razón); en esta última incurre también el abogado que teniendo que controlar el expediente en el que el demandado llegó a un acuerdo con el actor, efectuó pagos parciales y logró la suspensión de la ejecución, no obstante lo cual, el actor solicitó y el juez dispuso la subasta del inmueble sin que el demandado impugnara, a través de su abogado, que la notificación había sido realizada de modo intempestivo⁴¹.

³⁷ CNCiv., Sala F, 30-V-1994, "Eren s/A.L.A.", L.L., 1995-E-146.

³⁸ Cám. Naz. Fed. Cont.-Adm. Sala IV, 26-XI-1993, L.L., 1994-C-643.

³⁹ Cám. 1ª de Apelaciones Civ. y Com. de Lanús de Zárate, Sala II, "Quilones s/Vilmaril", *Revista de Jurisprudencia Provincial*, tomo 4, nro. 5, junio de 1994, pág. 435, con nota agrobaterista de Jorge Massat Iturrigaray, "Responsabilidad del abogado patrocinante. Caducidad de la instancia. Dirección del proceso".

⁴⁰ Trib. Bona. 27-XI-1992 y comentario de Marinelli, Fabris, "Le nuove frontiere della responsabilità professionale dell'avvocato", *Le Nuove Giurisprudenze Civili Contemporanee*, tomo X, nro. 2, 1994, pág. 267.

- La actualización permanente

La complejidad creciente de la ciencia del Derecho obliga al abogado a estar permanentemente actualizado; él no debe tomar asuntos referidos a ámbitos que desconoce; por eso, es justa la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que condenó a un "abogado que contrató la prestación de sus servicios con una entidad mercantil cuya vida societaria era azarosa, cuya documentación presentaba múltiples irregularidades y que, decidida a normalizar su situación jurídica, tanto en relación con los socios como frente a terceros, recabó los servicios profesionales del demandado, a quien no sólo le faltaba preparación en el ámbito mercantil, rama del ordenamiento jurídico cuyo conocimiento era necesario para la correcta prestación de los servicios que se le recababan, sino que denotó una actuación descuidada y negligente en la normal ejecución del contrato"⁴¹.

- Violación del deber de informar

La mayoría de los códigos de ética establecen el deber de los abogados de "proporcionar a su cliente información suficiente acerca del tribunal u organismo donde tramite el asunto encomendado, su estado y marcha, cuando así se lo solicite en forma y tiempo adecuados".

Además de este deber, existe el de explicar al cliente las diferentes vicisitudes que el caso puede presentar; las variantes posibles y la conveniencia o no de acudir a los estrados tribunales u a otros métodos alternativos de resolución de conflictos, etcétera.

Con alguna exageración, se ha dicho que "actualmente, la palabra abogado es sinónima de consejero: con la profusión de leyes es común que el más simple particular golpee la puerta del abogado en vista de instrucciones. De la misma manera que Virgilio guía al Dante en los círculos del infierno, cabe al profesional orientar al cliente en la verdadera selva oscura que es actualmente el ordenamiento jurídico"⁴².

Más allá de las exageraciones, respecto de los abogados, como de los médicos, la doctrina y la jurisprudencia insisten en el deber de informar.

El dictamen de la Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, 1993, dedica varios párrafos al deber de información; se lee:

"4. El conocimiento, diligencia y prudencia que debe el abogado en el ejercicio profesional se integra con el deber de información al cliente, especialmente referido al amparo jurídico de la pretensión, indicando las posibilidades, sin dar certeza sobre el resultado".

⁴¹ Audiencia Provincial de Barcelona, 18-III-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, no. 624, setiembre 1996, Valencia, pág. 10.430.

⁴² Cfr. Siebenlistler de Andrade, *Falas*, op. cit., pág. 343.

"5. El deber de informar adecuadamente se integra de tal forma con el deber de dar consejo y con mayor razón si se tratara de especialistas".

"6. Debe apreciarse el deber de información teniendo en cuenta la condición del cliente, armonizándolo con el deber de requerir información a cargo del cliente".

En suma, "no se trata de atarigar al cliente con tecnicismos, descripción de estructuras procesales, fórmulas sacramentales o enunciados de diligencias secundarias"⁴³, sino de transmitirle los conocimientos mínimos para que comprenda la situación en la que está inmerso.

- Demandas interpuestas después de cumplido el plazo de prescripción

Uno de los presupuestos para que prospere la pretensión de daños y perjuicios contra el abogado a quien se imputa haber dejado prescribir la acción por no interponer la demanda dentro de los plazos legales, es la prueba de que el encargo fue hecho.

El estudio de la jurisprudencia debe ser muy cuidadoso en el análisis de las circunstancias fácticas que rodean cada caso; de otro modo, corre el riesgo de creer que enfrenta contradicciones donde no existen.

Así, por ejemplo, son correctas las siguientes sentencias:

La que rechazó la demanda interpuesta contra un abogado a quien sólo se le había encomendado asistir al acto de conciliación administrativa, sin que posteriormente se le otorgaran poderes para seguir con la tramitación judicial, ni se le adelantaran gastos. El tribunal afirmó que si bien, por lo general, "el encargo realizado a un abogado lo es también para todas las actuaciones posteriores, en el sublite debe llegarse a la conclusión contraria por tratarse de actos de naturaleza preparatoria (conciliación) sin que posteriormente se hayan desarrollado otros contactos"⁴⁴.

La que calificó de culpable la conducta del abogado que, habiendo promovido el acto de conciliación (que fracasó) interpuso la demanda cuando ya había caducado el plazo⁴⁵.

La que declaró que el simple silencio del cliente no puede inducir al profesional a dar por extinguido el mandato; por el contrario, entre sus diligencias, está la de interpelar formalmente al propio mandante con el fin de conocer si quiere continuar con la obra o no, pues de otro modo sus

⁴³ Barbier, E. A., *op. cit.*, pág. 382.

⁴⁴ Audiencia Provincial de Barcelona, 4-VII-1995, *Revista General del Derecho*, año LII, ars. 615, diciembre 1995, Valencia, pág. 11.827.

⁴⁵ Audiencia Provincial de Málaga, 17-VI-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, ars. 610/11, julio-agosto 1995, Valencia, pág. 9414.

derechos estarán seriamente comprometidos, como efectivamente ocurrió en el caso en que el abogado no realizó ningún acto interruptivo por lo que prescribió la acción por los daños y perjuicios sufridos durante un accidente de tránsito⁴⁶. En ese caso, el abogado había recibido un poder para llegar a un acuerdo, incluso extrajudicial. La compañía aseguradora de la contraparte se puso en contacto con él, pero luego, ni las llevó adelante ni inició juicio; cuando retomó las conversaciones, la compañía invocó exitosamente la prescripción.

- Omisión de recurrir, interposición de recursos extemporáneamente, inasistencia a la audiencia para informar el recurso

Se ha dicho que "el mero hecho de no recurrir una determinada resolución judicial no puede constituir un incumplimiento contractual ya que no existe una norma de conducta que obligue al abogado a recurrir todas las resoluciones judiciales sino que tal hecho debe ser valorado técnicamente para apreciar la oportunidad de la interposición del recurso"⁴⁷. Tampoco hay culpa si el abogado no comparece a la vista de causa de un recurso de apelación siendo éste parte apelada, por que de esta ausencia no se deriva daño alguno para el cliente dada su posición procesal⁴⁸.

Sin embargo, el abogado que se obligó por contrato a apelar la sentencia desfavorable y no lo hizo pensando que el recurso era inútil, no puede adoptar una actitud meramente pasiva, dejando precluir el plazo, sino que debe informar al cliente e incluso apartarse de la defensa del asunto para permitir al cliente buscarse otro letrado que proceda a la interposición del recurso⁴⁹.

No exime al abogado, es una mera excusa, un argumento inconsistente, afirmar que, habiendo intervenido recién en la segunda instancia, etapa en la que fue contratado para redactar la expresión de agravios, no fue informado de la fecha en que los clientes fueron emplazados para comparecer ante la audiencia y, por tanto, no podía conocer cuándo finalizaba el plazo de diez días que el tribunal les concedió para comparecer con un nuevo procurador⁵⁰.

⁴⁶ Cass. Civ., 29-IV-1994, en *Responsabilità Civile e Presidenza*, vol. LXX, nro. 4-5, luglio-ottobre 1994, pág. 6356, con nota de Rata, Simona, "La responsabilità dell'avvocato: alcune considerazioni in margine ad una riaffermazione della Suprema Corte".

⁴⁷ Audiencia Provincial de Barcelona, 23-XI-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 608, mayo 1995, Valencia, pág. 5655.

⁴⁸ Audiencia Provincial de Barcelona, 12-VI-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 613/14, octubre-noviembre 1996, Valencia, pág. 12.145.

⁴⁹ Audiencia Provincial de Salamanca, 2-V-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 606, marzo 1995, Valencia, pág. 2812.

⁵⁰ Audiencia Provincial de Valencia, 1^o-X-1993, *Revista General del Derecho*, año L, nro. 593/593, febrero 1994, Valencia, pág. 819.

Cabe también apoyar la decisión del Supremo de España que confirmó —por no ser revisable en la instancia casatoria— la sentencia de la Audiencia de Valencia que condenó a reparar el daño moral a un procurador que traspapeló la expresión de agravios que el abogado le remitió desde Madrid, quedando desierto el recurso de la clientela común⁵¹.

3. La relación de causalidad adecuada

a) La dificultad del tema. Pautas generales

Como en la mayoría de las acciones de daños y perjuicios, es necesario acreditar que existe relación causal adecuada entre la conducta culposa del profesional y el daño producido; en otros términos, el juez debe verificar si la actuación negligente del profesional fue o no la causa de que el cliente no ganara el pleito, o, en general, de que el legitimado sufriera el daño.

Desde antiguo, se señala la especial dificultad de esta materia en el ámbito de la responsabilidad profesional del abogado; basta remitirse al fallo de 1891 de la Casación italiana que resolvió una acción interpuesta contra un abogado que había apelado tardíamente; dijo que esta conducta comportaba un incumplimiento contractual que daba lugar a la restitución de las sumas entregadas a título de gastos y compensación, pero no al resarcimiento de los daños derivados del vencimiento. La *ratio decidendi* puede ser resumida del siguiente modo: "siendo el producto del fenómeno judicial, o el resultado de la litis, el fruto del concurso de múltiples y normalmente imponderables factores (la conducta procesal de las partes, la energía puesta en la conducción de la litis, la opinión personal del juez, el estado de la doctrina y de la jurisprudencia en el tiempo y en el lugar en el cual el juez es llamado a pronunciarse, etc.), de hecho, es imposible efectuar una estimación preventiva"⁵².

Sin perjuicio de advertir la dificultad, doctrina y jurisprudencia tienen hoy una posición menos "trágica"; sus formulaciones, aunque no absolutas, sirven para guiar al intérprete.

Así, por ejemplo, se ha resuelto que corresponde rechazar la demanda si "no existe la menor base para entender que la sentencia penal hubiera sido más favorable a la actora con otra defensa"⁵³; si no obstante haber interpuesto tardíamente una demanda, se ha determinado que la preten-

⁵¹ Tribunal Supremo de España, Sala I^a, 20-V-1896, *Actualidad Aranzadi*, diario del 30-V-1896.

⁵² Citado por Costantino, Nicola, "Colpa professionale dell'avvocato e chance di vittoria del cliente", *Danno e Responsabilità*, nro. 3, setiembre-octubre 1996, pág. 645.

⁵³ Audiencia Provincial de Lleida, 21-VII-1956, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 622-623, julio-agosto 1956, pág. 8293.

sión hubiese sido, de cualquier modo, rechazada en el fondo⁵⁴; si a pesar de la dilación de los procedimientos, el demandado hacía tiempo que estaba en insolvencia, por lo que de cualquier modo el actor no hubiese podido percibir el crédito⁵⁵.

b) La culpa de la víctima (normalmente, el cliente)

A veces, el daño tiene causa adecuada en la falta de colaboración del cliente; por ejemplo, no proporciona los datos de los testigos, no concurre a la audiencia fijada para absolver posiciones, etcétera, no obstante que el abogado ha cumplido eficientemente con su deber de información. La Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, 1993, especificó: "Para apreciar el nexo de causalidad entre la culpa y el daño no pueden obviarse los supuestos de inestabilidad jurídica y el obrar del cliente reticente".

Por aplicación de estos principios se ha resuelto que el abogado que no ejerció el derecho de retracto dentro del plazo legal no debe responder si el cliente no acredita que le dio el dinero para hacer el depósito en tiempo propio⁵⁶; si el abogado presentó la petición de ejecución de la sentencia que declaraba nulo el despido fuera del plazo de caducidad (previsto legalmente para ejecutar la sentencia), pero la otra parte no invocó la caducidad operada ni el juez tampoco por lo que quedó firme la resolución que dispuso el pago de la indemnización correspondiente, el abogado no debe responder aunque luego la patronal se presentara en quiebra y cuando el obrero pidió se le pagara la indemnización, le opusieron la caducidad y en lugar de discutir en el expediente que ya había otra decisión que había pasado en autoridad de cosa juzgada que le otorgaba el derecho a la indemnización, inició un juicio contra el abogado⁵⁷.

c) El error de hecho y el de derecho. La relación causal y el "iuris novit curia"

Se afirma con frecuencia que el error de derecho tiene menores consecuencias que el de hecho por cuanto puede quedar subsanado por aplicación del principio *iuris novit curia*.

⁵⁴ Corte de Casazione, Sez. III Civile, *Il Foro Italiano*, año CXXI, nro. 78, 1996, pág. 2386.

⁵⁵ T.S. España 28-XII-1996, *Revista General del Derecho*, año LIII, nro. 631, abril 1997, Valencia, pág. 3747.

⁵⁶ Audiencia Provincial de Lleida, 24-V-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 628/29, enero-febrero 1997, Valencia, pág. 1015 (en sustancia, el retracto se asume el derecho que los códigos procesales argentinos denominan sobreseimiento del juicio ejecutivo).

⁵⁷ Audiencia Provincial de Pontevedra, 23-I-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 615, diciembre 1996, Valencia, pág. 34273.

El acerto, sin embargo, no es absoluto, pues el juez puede cambiar el derecho invocado, pero no la acción deducida. Así, por ejemplo, el error de derecho puede ser decisivo si entre diversas vías posibles, el profesional elige equivocadamente una, proscribiendo *interferente* la acción correspondiente a la correcta⁵⁴.

4. Las acciones de responsabilidad contra el abogado y la cosa juzgada

En la responsabilidad del abogado, análogamente a lo que ocurre con la del juez (ver *infra* IV.5.a.), podría parecer que, en algunos casos, el acogimiento de la demanda requiriese la previa "destrucción" de una decisión anterior que ha pasado en autoridad de cosa juzgada. Por ejemplo, si una persona afirma que fue condenada porque su abogado la defendió mal y no supo probar la existencia de legítima defensa, parecería que la procedencia de la acción requiriese analizar si la condena fue o no correcta.

Éste ha sido uno de los argumentos esgrimidos en Inglaterra para declarar la inmunidad del *barriester* (abogado de litigio)⁵⁵. En Argentina, algún voto también razona de modo similar; véase el siguiente: un abogado que intervino en el convenio de disolución y liquidación de la sociedad conyugal inició luego, en representación de su cliente (la esposa), un juicio por nulidad de ese acuerdo fundado, entre otras razones, en un vicio de la voluntad. La nulidad fue rechazada. La cliente inició, entonces, un juicio contra el abogado; en ese proceso se rindió prueba sobre los vicios de la voluntad denunciados en el juicio por nulidad (error y lesión). En uno de los votos que rechazó la demanda contra el abogado se lee: "toda la prueba fue innecesaria y extemporánea porque ya hubo una sentencia que pasó en autoridad de cosa juzgada que impide plantear nuevamente lo ya resuelto en un decisorio que reviste la calidad de firmeza e inmutabilidad"⁵⁶.

La formulación, por su excesiva latitud, me parece equivocada; a diferencia de lo que sucede en los supuestos de responsabilidad del juez, cuando se juzga la del abogado no se intenta modificar los alcances de la cosa juzgada; no se afirma que la sentencia es equivocada, sino que a ese resultado (el correcto legalmente de acuerdo a lo que muestra el expediente) se llegó porque el abogado no aportó otra prueba, o no planteó la defensa que correspondía (por ej., la prescripción). Para rechazar la demanda bastaba, entonces, como surge del voto del otro juez interviniente, analizar la conducta del abogado en el juicio; en el caso, el letrado había

⁵⁴ Bustamante Alsina, Jorge H., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, 676-1345.

⁵⁵ No se duda, en cambio, en principio, de la responsabilidad del solicitante, es decir, el abogado que presta servicios fuera del litigio (p. ej., asesoramiento). Ver nota 107.

⁵⁶ Cám. Apel. en lo Civ., Com. y de Minería de General Roca, provincia de Río Negro, *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4, nro. 8, septiembre 1994, pág. 368.

asumido todas las diligencias y la causa del daño estaba en la actitud de la propia clienta, culpable del divorcio por adulterio que, para evitar que esta situación fuese conocida por sus hijos, consintió todas las imposiciones del marido (pese a los consejos de su abogado) en un proceso por mutuo consentimiento, en el que perdió casi todos sus bienes propios.

5. El daño. Una regla con excepciones: la indemnización de chances

Cuando la conducta a la que se le atribuye el daño ha acaecido en un juicio (sea por acción, sea por omisión), normalmente, lo que se indemniza son las chances y no la totalidad de lo petitionado en ese pleito, desde que se desconoce cuál habría sido el resultado de la acción si se hubiese iniciado, del recurso si se hubiese interpuesto, de la prueba si se hubiese rendido, del juicio si no hubiese concluido por caducidad de instancia, etcétera.

Salvo casos de excepción, "no es posible asegurar certeramente que mediante una acción profesional irreprochable se hubiera logrado una sentencia favorable en un 100%. Esto plantea la necesidad de medir la cuantía de la indemnización en función de la efectividad del daño sufrido, que no es la frustración de lo pedido en la demanda sino la privación de una probabilidad de ganancia o chance, susceptible de grandes variaciones según las circunstancias de cada caso y la ponderación del criterio que habría tenido el tribunal de haber tenido la posibilidad de expedirse en otras condiciones, que es lo que frustró la culpa del abogado con la declaración de la caducidad de instancia"⁶¹.

En suma, el Tribunal ante el cual se dirime el juicio por responsabilidad, debe analizar el caso "si no al modo de un tribunal de revisión, si haciendo un análisis de su prosperabilidad y de la prudencia o temeridad de su interposición y aun en estos términos, de obligada relatividad"⁶².

Bien se ha dicho que "debe valorarse la frustración del derecho de acceso a un recurso, debiendo recordarse que el derecho más progresista en cuanto a cobertura de riesgos viene incluyendo últimamente el resarcimiento de la simple "pérdida de oportunidades reales", expresión tomada del Derecho sajón y recogida por la jurisprudencia del TEDH en los casos Goddi del 8 de abril de 1984 y Colozza del 12 de febrero de 1985"⁶³.

⁶¹ Cám. Iª de Apelaciones Civ. y Com. de Lomas de Zamora, Sala II, "Quitones o Villamil", *Revista de Jurisprudencia Provincial*, tomo 4, nro. 5, junio 1994, pág. 435.

⁶² Audiencia Provincial de Barcelona, 10-VI-1994, *Revista General del Derecho*, tomo LI, nro. 6943, febrero 1995, Valencia, pág. 1050.

⁶³ Audiencia Provincial de Oviedo, 18-VI-1995, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1995-4-167. En el caso, el tribunal tuvo también en consideración que el abogado había informado a la parte de la muy difícil procedencia de la pretensión, por estar prescrita la acción.

Por lo demás, aunque el incumplimiento no constituya *per se* un perjuicio, a veces, el daño se visualiza como necesariamente derivado de los hechos base del incumplimiento; en otros términos, surge *in re ipsa*, como es el caso del abogado que no presentó la demanda e hizo perder la acción del cliente en una cuestión que no daba lugar a ninguna duda, ni de hecho ni de derecho⁶⁴; o el del abogado, a cuyo empleado se le traspapeló la orden de embargo, por lo que la cautelar ordenada no fue trabada y luego el deudor transmitió el único inmueble que tenía, impidiéndose de este modo cobrar su deuda⁶⁵. Igual solución corresponde respecto del abogado que no renueva la cautelar trabada dentro de los plazos de caducidad permitiendo de este modo la venta del inmueble por parte del demandado.

En estos casos, la cuestión no reside en la existencia del daño en sí mismo, sino en su cuantificación. No siempre es el monto del crédito que el cliente del abogado tenía contra el tercero, ni el del valor del inmueble ilegítimamente sacado del patrimonio, pues puede suceder que el valor de ese bien no coincida con el crédito; puede ser mayor o menor; en el primer caso (el inmueble embargado es de un valor superior al crédito), la indemnización debida por el abogado negligente no puede superar el valor del crédito que su cliente no pudo cobrar; en el segundo (el monto del crédito es superior al valor del bien), no puede superar el valor del inmueble que salió ilegítimamente del patrimonio, pues su conducta negligente no causó el daño sino hasta el valor de ese bien⁶⁶.

Hay, sin embargo, un daño que no puede ser discutido: el de las costas que el damnificado debió pagar por la conducta negligente del abogado.

IV. DAÑOS CAUSADOS POR NOTARIOS

1. Normativa

A diferencia de lo que acontece con los abogados, en el Código Civil argentino existe el artículo 3671 que se refiere, específicamente, a un

⁶⁴ Cfr., Audiencia Provincial de Barcelona, 34-V-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, ars. 603, diciembre 1994, Valencia, pág. 13.297.

⁶⁵ Audiencia Provincial de Barcelona, 14-XII-1993, *Revista General del Derecho*, año L, ars. 596, mayo 1994, Valencia, pág. 5232.

⁶⁶ En su sentencia del 17-XI-1995, la Sala 1ª del Supremo sostiene que para la determinación del daño debía tenerse en cuenta el valor real de los inmuebles y no el otorgado en la subasta de los mismos en la que había resultado adjudicatario el ejecutante y que no pudo inscribirse porque en el ínterin habían salido del patrimonio del ejecutado por no haberse renovado la anotación del embargo. Sentuvo el tribunal que en este caso lo que el ejecutante perdía realmente fue la propiedad de tales bienes, que hubieron pasado a su patrimonio si no hubieran salido por haber caducado la anotación del embargo (Claridad Anunciada, boletín del 30-XI-1995).

supuesto de responsabilidad del escribano: la de quien tiene en su poder o en su registro un testamento de cualquier especie, por los daños y perjuicios que ocasione su omisión en ponerlo en conocimiento de las personas interesadas luego de morir el testador.

2. Tipos de notariado⁴⁷

a) Sistemas:

La profesión notarial está regulada de diversos modos. Con trazos excesivamente gruesos, pueden enumerarse los siguientes sistemas:

- *Notario profesional* (imperante en Inglaterra, Estados Unidos de América, Suecia). Al igual que los abogados, pueden ejercer esta profesión en número ilimitado. Tienen función certificante y no legitimadora y, por eso, el instrumento que emiten tiene sólo el valor de la prueba escrita.

- *Notario funcionario estatal* (rige en Andorra, Dinamarca, etc.). El escribano es designado y pagado por el Estado. A veces, es un funcionario judicial, otras, pertenece a la Administración.

- *Notario profesional investido de función pública*. Admite dos variantes:

- 1) Libre: hay ilimitado número de plazas (Uruguay).
- 2) Latino puro: la profesión está regida por el *numerus clausus*.

b) El sistema argentino

Desde hace muchos años, la doctrina discute a cuál sistema adhiere el ordenamiento argentino. No pretendo transar la disputa pero al parecer, la opinión mayoritaria se inclina por entender que el escribano es un *profesional del Derecho que cumple una función pública*. Así lo declararon las Jornadas Sanjuanas de Derecho Civil (1952) y las Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes, provincia de Buenos Aires, 1981⁴⁸.

c) Sujeto al que se destinan estas reflexiones

Limito estas reflexiones al llamado "escribano de registro", o sea, al que "poseyendo título o diploma profesional obtenido luego de cursar y aprobar los estudios universitarios, se desempeña, previa habilitación de la autoridad competente para el ejercicio de la fe pública o función fedante, como titular o adscripto de un registro de escrituras públicas, pu-

⁴⁷ Para esta cuestión ver, fundamentalmente, Bueres, Alberto, *Responsabilidad Civil del Escribano*, Hammarabi, Buenos Aires, 1984, págs. 3 y sigs.

⁴⁸ Las recomendaciones de estas encuestas se transcriben en Bueres, A., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, págs. 143 y sigs.

diendo autorizar el otorgamiento de éstas, las que constituyen instrumentos públicos"⁶⁸.

d) Características de la función del escribano de registro

- El escribano de registro ejerce una función pública delegada por el Estado (dar fe).

No desconozco que esta tesis ha recibido embates importantes; un argumento significativo es que, a diferencia de lo que acontece con la función pública en general, no hay relación jerárquica entre el notario y el Estado. Sin embargo, en Argentina, la cuestión parece haber sido zanjada por la Corte Federal quien tiene dicho que "la facultad que se atribuye al notario de dar fe a los actos que celebre conforme a las leyes constituye una concesión del Estado acordada por la calidad de funcionario o de oficial público que corresponde a los escribanos de registro"⁶⁹.

- Su libertad para contratar está restringida. A diferencia del abogado, el escribano de registro no "elige de modo totalmente libre a sus clientes" sino que, en principio, debe prestar los servicios que se le reclaman siempre que no sean contrarios al ordenamiento, la moral y las buenas costumbres.

3. Naturaleza de la función y de la responsabilidad frente a los celebrantes y frente a los terceros

Sea o no un vínculo contractual el que une a los celebrantes del acto con el notario, su responsabilidad se rige por las normas que dominan el ámbito de la responsabilidad contractual, aunque el escribano haya sido propuesto por una sola de las partes y el daño lo invoque el que no lo propuso⁷⁰.

En algunos países (Francia, p. ej.) se ha llegado a sostener, con alguna exageración, que la jurisprudencia es tan rigurosa con los notarios que la responsabilidad ya no se funda en la culpa sino en el riesgo profesional⁷¹.

En otros, en cambio, según la opinión mayoritaria, la responsabilidad es de tipo subjetivo, siendo suficiente la culpa.

⁶⁸ Trigo Represas, Félix A., "La responsabilidad del escribano público", en *Las Responsabilidades Profesionales. Libro Homenaje a Luis G. Anderson*, Platense, La Plata, 1992, pág. 336.

⁶⁹ CSJN, 23-VI-1992, "Colegio de Escribanos s/verif. de libros de requerimientos de firmas del escribano Enrique Garrido", *Iber. Jud.*, 1993-2-329 y J.A., 1993-II-56.

⁷⁰ Trigo Represas, Félix A., "Responsabilidad notarial por omisión de los procedimientos inscriptorios de actos que requieren publicidad", J.A., 1982-IV-41.

⁷¹ Decarua, J. P., *op. cit.*, pág. 127. En Italia, parece compartir este criterio, Visintini, G., *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, cit., pág. 273.

Por lo demás, es factible la absolución penal de un escribano, por no configurar su conducta un tipo penal y, sin embargo, responder civilmente. Así por ejemplo, se absolvió a un notario, a quien se imputaba haber protocolizado un acta sin verificar fehacientemente la documentación aportada por dos personas, que se presentaron como presidente y director de una sociedad anónima sin serlo, lo que permitió que en otra escritura de la misma fecha se concretara una operación inmobiliaria que había sido rechazada por una asamblea de la sociedad⁷².

4. Antijuridicidad y culpa. Algunos casos especiales

La contrariedad de la conducta con el ordenamiento y, consecuentemente, la omisión de las diligencias debidas presentan determinadas características en ciertos deberes impuestos a los notarios. Me referiré a algunos casos particulares:

a) El deber de consejo e información

Se ha dicho que el deber de consejo del notario ha sido, hasta ahora, "de geometría variable"; mientras el cliente es menos experimentado, mayor es su extensión; consecuentemente, durante mucho tiempo, la experiencia profesional de un comprador o de un vendedor en el campo inmobiliario permitió atenuar la responsabilidad, desde que "un experto no es lo mismo que un profano". Sin embargo, los tribunales franceses, con la Corte de Casación a la cabeza, han modificado esta posición, dándole a la obligación de consejo una envergadura que algunos autores han calificado de "impresionante"; así por ejemplo, se ha acogido la demanda interpuesta por un banco contra un escribano que no verificó la situación hipotecaria del inmueble, o no le advirtió que el mutuario era una sociedad que aún no se encontraba inscrita en el registro⁷³.

Respondiendo a la tendencia que amplía la responsabilidad profesional, se afirma que el deber de consejo del notario se extiende a los elementos instrumentales que pueden implicar pérdida de un derecho. Así por ejemplo, en Francia, se hizo responsable a un escribano que dejó constancia en la escritura pública que el precio se cancelaba con un cheque, sin especificar que éste se recibía *pro solvendo* y no *pro soluto*, es decir, que si no se cobraba subsistía el precio de la venta.

⁷² Cám. Mac. Crim y Carcer., Sala 4ª, 29-III-1995, "Reynolds, Juan", J.A., 1995-IV-574. El caso, a no dudarlo, hubiera dado lugar a la condena civil si hubiera habido constitución de actor civil en el proceso penal.

⁷³ Decarps, J. P., op. cit., pág. 130. En Argentina, en cambio, la Corte Federal liberó de responsabilidad al Estado por el error registral en un caso en que una entidad financiera había dispuesta al escribano de hacer el estudio de títulos y de verificar el estado pasivo (cf. CSJN, 11-XII-1986, "Invernia s/Feis. de Bs. As.", J. L., 1987-C-144 y J.A., 1987-II-105).

b) La redacción de las escrituras públicas y actas conforme a la ley

Un fin esencial de la función notarial es dar seguridad jurídica a los celebrantes; para lograr esa finalidad, debe tener los conocimientos técnicos necesarios para que los instrumentos que autoriza sean redactados conforme a las disposiciones legales; por eso, debe responder, por ejemplo, por la declaración de nulidad de un testamento por instrumento público que adolece de defectos de forma. Comparto, consecuentemente, la doctrina francesa que afirma que el notario debe ser un jurista, y un buen jurista y debe poner todos sus esfuerzos para asegurar la eficacia jurídica del acto que instrumenta⁷⁵.

Comparto esta posición el despacho de las primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982) que dice: "la obligación del escribano de autorizar una escritura instrumentalmente válida es una obligación de resultado".

c) La fe de conocimiento

- La fe de conocimiento y el juicio de identidad

Algunos autores españoles distinguen la *fe de conocimiento* (el escribano declara conocer a la parte celebrante) del *juicio de identidad* (el escribano dice que le justificaron la identidad con documento nacional de identidad). Sin embargo, de la distinción no parece derivarse diferente régimen. En Argentina, en cambio, Bueros propone sustituir la expresión *fe de conocimiento* por *fe de identificación*⁷⁶; de cualquier modo, la opinión dominante entiende que "aunque el escribano recurra al control del documento de identidad que se le exhibe para iniciar y completar la formación de un juicio de conocimiento debe, además, efectuar un análisis de los elementos y datos que del documento surgen en relación a los restantes elementos vinculados al negocio que se ha de instrumentar, debiéndose extender tal análisis a circunstancias que rodean a la operación y que de un modo o de otro, pueden contribuir a formar convicción sobre la identidad de las partes"⁷⁷; con idéntico criterio se ha resuelto que "el escribano que da fe de conocimientos del otorgante de un poder, debe analizar con diligencia, escrúpulo y prudencia, no sólo el documento de identidad que se le exhibe, sino también la totalidad de los elementos

⁷⁵ Aubert, Jean Luc, *Responsabilité Professionnelle des Notaires*, 3^o ed., Rep. du Notariat Défensio, Paris, 1981, pág. 82.

⁷⁶ Bueros, Alberto, *Responsabilidad Civil del Escribano*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984, pág. 93.

⁷⁷ Cám. Civ. Com. Crim. y Correccional de Neuquén, 18-III-1994, "Coronel o Torres Parayra", L.L.C., 1994-728 (en el caso, se obstante verificarse la culpa de la escribana, la demanda se rechazó por falta de legitimación activa).

precisos y coherentes con los que puede formar un acabado juicio de certeza"⁷⁹.

En la misma tendencia, las primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982) dijeron:

"La denominada obligación de dar fe de conocimiento exige al escribano un juicio de certeza cuya inobservancia genera responsabilidad. La sola exhibición de un documento de identidad no es suficiente para que el escribano dé fe de conocimiento. El notario, cuando no conoce a las partes, puede autorizar la escritura y dar fe de conocimiento, si previamente adquiere la convicción sobre la identidad de los otorgantes, sin necesidad de recurrir a los testigos de conocimiento (art. 1002. Cód. Civ.). Cuestionada la fe de conocimiento por un tercero:

"Despacho A: es a cargo del notario la prueba de los hechos que lo llevaron a la convicción sobre la identidad de los otorgantes.

"Despacho B (sostenido exclusivamente por el notario Ahumada): es a cargo del tercero la prueba en razón de la fe pública que inviste a sus actos y que se prueban por sí mismos".

- Algunas normas especiales

El artículo 23 de la Ley del Notariado española dice: "El notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes inducido a error sobre la personalidad de éstos por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo. Pero será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados".

La Dirección General de los Registros Notariales ha interpretado que de esta norma no se deduce una responsabilidad civil automática del notario sino que es menester que haya culpa del escribano, por aplicación de los principios generales. O sea, según el criterio de este prestigioso organismo, la responsabilidad penal exige dolo; la responsabilidad civil culpa, y ésta no se presume.

Un ejemplo de este criterio es la decisión que liberó al notario que no dio fe de conocimiento, sino que dijo que la identidad se había acreditado con un documento de identidad, que finalmente resultó falsificado por el compareciente (usó el documento del propietario, que había muerto, cambiándole la foto); el fallo no libera porque el artículo transcrito hace responsable al que había dado fe de conocimiento y en el caso mediaba

⁷⁹ CNCiv., Sala A, 7-IV-1968, "Bco. Comercial del Norte S.A. o/Kohan", L.J., 1968-E-291.

sólo un juicio de identificación, sino porque en opinión del sentenciante no se había probado la culpa del notario, quien fue engañado, merced a la falsificación del documento⁷⁹.

- La fe de conocimiento y la responsabilidad del notario por el adscripto

Según algunos fallos, dar fe de conocimiento es una actividad personalísima; por eso, el escribano titular no respondería del incumplimiento de las normas relativas al deber de fe de conocimiento por parte del adscripto. En tal sentido se ha dicho: "El escribano titular responde genérica y objetivamente por las incorrecciones o errores provocados por negligencia del adscripto sólo cuando sean susceptibles de su apreciación y cuidado, mas no cuando se trata de actos que no puede verificar ni controlar, mas lo es la prestación de la fe de conocimiento, en cualquiera de sus variantes, que es una afirmación personal del adscripto"⁸⁰.

No comparto esta opinión, aunque reconozco que cuenta con muchos adeptos. Explicaré por qué:

En Argentina, el artículo 23 de la ley nacional 12.990 dice: "Los escribanos adscriptos, mientras conserven ese carácter actuarán dentro del respectivo registro con la misma extensión de facultades que el titular y simultáneamente e indistintamente con el mismo, pero bajo su total dependencia y responsabilidad y reemplazarán a su regente en los casos de ausencia, enfermedad o cualquier otro impedimento transitorio. El escribano titular es el responsable directo del trámite y conservación del protocolo y responderá de los actos de sus adscriptos en cuanto sean susceptibles de su apreciación y cuidado".

Creo que la ley es bastante clara; por mucho que se argumente y distinga, en mi opinión, este artículo hace responsable al titular por las negligencias del adscripto⁸¹.

d) Constatación de la capacidad del otorgante y de su estado de familia

Para un importante sector doctrinal no pesa sobre el escribano el deber de requerir al otorgante documentación relativa a su estado. En otros términos, el notario tiene la facultad de requerir este instrumental, pero no el deber; por tanto, quedaría fuera del ámbito de la identificación

⁷⁹ DGBN R, 13-IX-1995, *Revista Jurídica Española La Ley*, tom. 4, 1995, pág. 412.

⁸⁰ CNCiv., Sala A, 16-II-1996, "Figueroa, Carlos o/Figueroa", J.A. 1996-II-381 y L.L. 1996-B-55, con nota de Gualt Post, Jaime, "Responsabilidad del escribano titular por la actuación de su adscripto", idem, 7-IV-1998, "Rev. Comercial del Norte S.A. o/Kahan", L.L. 1998-E-297.

⁸¹ Buzza, A., *Responsabilidad Civil del Escribano*, cit., pág. 121.

lo atinente al estado de familia, capacidad, estado mental del individuo, etcétera⁸². No comparto esta posición; si bien es cierto que el notario no es un perito médico para poder determinar si una persona está o no mentalmente sana, ha alcanzado o no cierta edad, etcétera, en ciertos supuestos, un criterio mínimo de razonabilidad le imponen exigir ciertos elementos corroborantes de su convicción inicial. Recuérdese, una vez más, la figura abierta que define a la culpa en el Código Civil argentino: "la omisión de las diligencias debidas según las circunstancias...". Por lo demás, la eficacia y vigencia efectiva de algunas normas protectoras de la vivienda familiar requieren el control del escribano (tal lo que sucede, p. ej., con la exigencia del asentimiento conyugal para vender el inmueble donde asienta el hogar familiar, aunque sea propio de uno de los cónyuges, si existen hijos incapaces⁸³).

e) Estudio de títulos

La jurisprudencia italiana resuelve, desde 1959, que el notario está obligado a cumplir el encargo que las partes le han confiado "con la diligencia propia de un profesional suficientemente preparado y avezado" (*diligenza del professionista sufficientemente preparato ed avveduto*); por lo tanto, su obligación se extiende a la actividad preparatoria y sucesiva, llamada "visado" (*visura*) catastral e hipotecario, necesaria para individualizar exactamente el inmueble y verificar su estado, obligación de la cual puede ser exonerado, por motivos de urgencia o por otras razones, solo por acuerdo y expresa dispensa de las partes⁸⁴.

Se razona del siguiente modo: Es obvio que quien adquiere un bien desea realizar una adquisición válida y plenamente eficaz. En vistas a tal resultado, no se puede pretender, indudablemente, que el notario prevea todas las posibilidades de conductas de modo tal que la adquisición sea impugnable e inatacable bajo cualquier aspecto (si así fuera, debería verificar, por ejemplo, la solvencia del vendedor, para saber si está o no en el período de sospecha). Pero, frente a las declaraciones de las partes de enajenar y adquirir un bien libre de todo gravamen, no excede del límite de la diligencia ordinaria y responde a una elemental exigencia,

⁸² Bueres, A., *Responsabilidad Civil del Escribano*, cit., pág. 103.

⁸³ Para este cuestión, me remito a mi obra *Protección Jurídica de la Vivienda Familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1985, pág. 304.

⁸⁴ Ver jurisprudencia citada por Petrelli, Gaetano, *Visura Ipoteccaria. Responsabilità Civile del Notaio. Limiti del Danno Rimovibile*, Giuffrè, Milano, 1994, pág. 7. El autor explica que el criterio jurisprudencial transcrito es obra de una evaluación sociológica de la función del notario, pues antes de 1959 la Casación se ponía sobre el notario el deber de estudiar las antecedentes registrales y catastrales del título y sin embargo, la legislación no ha cambiado.

exigir que el notario, valiéndose de los medios usuales que el ordenamiento jurídico presta a tal fin, deba previamente verificar si el bien está libre, siempre que las partes, por razones de urgencia o por cualquier otra razón no lo hayan expresamente dispensado previamente. La investigación preventiva catastral y registral, hace, normalmente a la preparación del acto y por eso constituye un presupuesto necesario del cumplimiento de la obligación profesional⁸⁵.

La jurisprudencia que vengo reseñando funda el deber del notario de estudiar los antecedentes registrales y catastrales en:

- El principio de buena fe;
- Los usos integrativos del contrato de servicios⁸⁶.

Por aplicación de estas reglas la Casación italiana condenó, fundada en el artículo 1176 del Código Civil italiano ya citado, al notario que, consultado en la etapa preliminar, redactó un contrato cuyo contenido había sido predispuesto por las partes y no propuso al adquirente hacer el visado registral con el fin de determinar que el inmueble objeto de la promesa de transferencia estaba libre de gravámenes. El actor (el adquirente) le imputaba al escribano haber redactado el contrato y haber ocultado, conociéndola, la existencia de una hipoteca. El tribunal tuvo en cuenta para la condena, la circunstancia de que la hipoteca había sido autorizada por el mismo escribano poco tiempo antes⁸⁷. Ciro de Lorenzo ha criticado la solución; entiende que el tribunal ha sido excesivamente severo al no considerar relevantes dos hechos fundamentales: que se trataba de un preliminar y que el contenido del negocio había sido proporcionado al notario. Afirma que los escribanos se encontrarán, frente a esta sentencia, como el protagonista del delicioso libro de Zanelli, titulado *“Il Turbamenti de un Giovanni Narnio”*, publicado en 1993. No comparto esta crítica; estimo que más allá de la discusión que encierra a los autores italianos sobre si en su ordenamiento positivo existe o no la obligación de pedir el certificado, en el caso, como bien lo ha señalado Quaranta al anotar el fallo bajo comentario, la circunstancia de haber sido el mismo escribano quien confeccionó la hipoteca anterior, justificaba sostener que éste había actuado en contra del principio de buena fe y sin examinar las diligencias que el caso requería⁸⁸.

⁸⁵ Petrelli, G., *op. cit.*, pág. 20.

⁸⁶ El argumento originario de la Corte de Casación, luego rectificada, era que la venta de una casa gravada era nula y que el notario estaba obligado a realizar todo lo posible para que los actos celebrados por las partes fuesen válidos y no nulos (*cf.* De Lorenzo, *Ciro, “Contratto preliminare e visure ipotecarie non consigliate”*, *Danno e Responsabilità*, nro. 2, 1998, pág. 226).

⁸⁷ Cassazione Civile, Sez. II, 18-X-1993, *Danno e Responsabilità*, nro. 2, 1998, pág. 208.

⁸⁸ Quaranta, Adelaide, *“Stipulazione del contratto e responsabilità del notaio”*, *J. Casuarii*, 1996-3-237.

El mismo tribunal, en cambio, confirmó una sentencia de los jueces de grado que rechazaron la acción contra el notario que sólo mencionó en la escritura la existencia de "una hipoteca y una inscripción de fecha...". La última expresión hacía referencia a la inscripción de un embargo, que luego causó la subasta del inmueble. Los adquirentes iniciaron un juicio contra el escribano; sostuvieron que era obligación del profesional advertir y precisar a los compradores que la adquisición era inoponible al embargante, explicarles en términos laicos y comprensibles qué significaba la referencia a la inscripción. Los tribunales de grado extrajeron, de las constancias de la escritura, la presunción de que la cuestión había sido discutida entre las partes y liberaron al profesional, pues de los términos del documento se derivaba que los adquirentes no podían ignorar el contenido real de la expresión usada (*inscripción de fecha...*). La Corte, aunque confirmó la decisión por tratarse de cuestiones de hecho expresó una idea muy importante: "aunque se trate de una obligación de medios, el profesional debe desplegar los medios necesarios en vista a la obtención del resultado querido por las partes con la diligencia media de un profesional suficientemente preparado y advertido, pues su obra no puede reducirse a la de un pasivo registrador de la declaración de otro, sino que debe extenderse a una actividad preparatoria adecuada"⁸⁹.

En Argentina, con razonable rigor, se ha resuelto que "el estudio de títulos configura una típica obligación de resultado. Siendo así, su incumplimiento generador de daños da origen a una responsabilidad de tipo objetivo, con fundamento ya sea en la idea de garantía, tutela especial del crédito o riesgo creado. Por ende, el deudor incumplidor sólo puede eximirse de responsabilidad probando la causa ajena, comprensiva tanto del caso fortuito en sentido estricto como de culpa de la propia víctima o de un tercero por quien no debe responder"⁹⁰.

En la misma tendencia, los autores presentes en las primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1992) declararon que la función del escribano no se limita a la faz instrumental sino que comprende el asesoramiento idóneo y actualizado a las partes, orientando a la validez sustancial del negocio. Son obligaciones del escribano: "tramitar los certificados exigidos por la ley 17801 con anticipación suficiente al acto escriturario y noticiar a los otorgantes de cualquier restricción al dominio o a la libre disponibilidad que informe el registro".

⁸⁹ Caso. Civ. 26-V-1993, con nota de Bata, Simana, "La diligencia del notario tra obblighi e diritti moderni", *Responsabilità Civile e Procedura*, vol. LIX, nro. 3, 1994, pág. 326.

⁹⁰ Fallo de primera instancia del Dr. Vázquez Ferrerpa del 1º-XI-1994, confirmado por la Cám. Civ. y Com. de Rosario, Sala 2ª, 24-IV-1996, "Cervia Juan y otros otorgadores de Gregoria Anzalone", J.A., boletín del 11-VI-1997.

*β Otros actos complementarios de las escrituras públicas**- Tener a la vista los certificados de "libre deuda"*

Se ha estimado que no es deber del escribano la obtención de los certificados administrativos de libre deuda de impuestos y tasas, ya que el escribano puede escriturar teniendo a la vista los recibos justificativos del pago de tales obligaciones, asumiendo una responsabilidad personal frente al Fisco nacional, provincial o municipal por la deuda que resulte impaga⁸¹.

- Pedir el certificado para lograr prioridad extrarregistral

La legislación registral argentina regula el certificado de prioridad, figura jurídica a través de la cual se produce el mal llamado "bloqueo registral" cuyo efecto es otorgar prioridad extrarregistral al acto de transmisión sobre otros actos jurídicos que puedan afectar el inmueble objeto del negocio. No obstante los estrictos términos de la ley⁸², prestigiosa doctrina sostiene que el registro no puede denegar la inscripción de un título expedido sin certificado; lo que sucede, es que la prioridad recién se ganará con la inscripción (prioridad directa)⁸³ y no tendrá efecto retroactivo al momento de la certificación (prioridad indirecta). En consecuencia, si por no haber solicitado el certificado, las partes del negocio transmisor pierden la prioridad y deben soportar alguna cautelar u otro tipo de gravamen, el notario responderá por este daño, salvo que los celebrantes le hubiesen dispensado expresamente de la obligación de solicitarlo.

- Obligación de rogar la inscripción de los títulos en los registros respectivos

a) Algunos ordenamientos (p. ej., la ley francesa) prevén expresamente la obligación a cargo del notario de inscribir el título autorizado por ante el registro respectivo; frente a estos textos, la doctrina no duda en calificar de conducta omisiva culposa el incumplimiento de esta obligación legal cuya consecuencia es el deber de reparar los daños causados⁸⁴.

⁸¹ CNCN, Sala C, 31-III-1976, "Escalera o/Arrechátegui", *J. D.*, 63-485 (aclaro que la frase no fue pronunciada en un juicio de responsabilidad civil del escribano sino en uno por escrituración).

⁸² El art. 23 de la ley 17.821 dispone: "Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consignó el estado jurídico de la finca y de las personas según las constancias registradas. Los documentos que se otorgan deberán consignar el número, fecha y constancias que resultan de la certificación".

⁸³ El art. 25. 2do. párrafo de la ley 17.821 dispone: "Esta certificación producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado".

⁸⁴ Aubert, Jean Luc, *Responsabilité Professionnelle des Notaires*, 2^e ed., Rep. de Notariat Défensiois, Paris, 1981, pág. 78.

b) Aun en los países en que no hay disposición expresa, la doctrina mayoritaria afirma la existencia de esta obligación en cabeza del notario, con estos argumentos:

- La ley no es la única fuente del derecho; la costumbre también genera obligaciones y hay una conciencia generalizada de que el notario no concluye su función autorizando el título, sino que debe rogar su inscripción en el registro pertinente;
- El notario debe actuar con imparcialidad y en beneficio común de las partes que celebraron el negocio;
- El resultado práctico de no imponer la obligación a los notarios es el aumento de inexactitudes registrales, tornando inseguro el registro⁸⁰, etcétera.

En esta línea de pensamiento, las Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982) declararon que: "es obligación del escribano entregar el título debidamente inscripto ante el registro y organismo respectivo, respondiendo en caso de omisión o inscripción tardía".

c) En opinión de Moisset de Espanés la obligación de inscribir no es de resultado, sino de medios; consecuentemente, el escribano se libera si prueba que presentó el título pero se perdió (o traspapeló) dentro del registro⁸¹. Para otros autores, en cambio, se trata de una prestación compleja de resultado⁸², razón por la cual, probado el incumplimiento, el factor subjetivo de imputación se descarta e incumbe al deudor la prueba del caso fortuito.

En mi criterio, no hay una verdadera obligación "de inscribir", pues la inscripción, en sí misma, no está a cargo del notario sino de los funcionarios del registro; el contenido de la obligación notarial es *presentar los títulos para su inscripción y realizar las diligencias para salvar los obstáculos que pueda oponer el registro*. De allí que, la obligación de *presentar los títulos* es de resultado; la de *salvar los obstáculos*, en cambio, es de medios.

Confirma este criterio una sentencia que resolvió que si la falta de inscripción permitió que tres de los condóminos volvieresen a vender el in-

⁸⁰ Alberini, Jorge H., su voto, CNCiv., Sala C, 5-XI-1978, "Quiroga, Remedios c/ Viale", E.D., 71-399 y L.L., 1977-B-174. En el caso, se omitió inscribir la escritura hipotecaria y, consecuentemente, el derecho real de garantía no pudo oponerse en la quiebra posterior del deudor.

⁸¹ Moisset de Espanés, Luis, "La obligación de inscribir y la función notarial", *Revista Tribunales*, año II, nro. 4, 1988, pág. 88, conf. Acquarone, María, "Escribanos: carácter de la obligación de reparar", L.L., boletín del 8-VII-1997, comentario al fallo nro. 95.644 de la CNCiv., Sala A, 13-III-1998, que a diferencia de la autora que le comenta se erróla en la tesis de que se trata de una obligación de resultado.

⁸² Trigo Represas, Félix A., "Responsabilidad notarial por omisión de los procedimientos inscriptivos de actos que requieren publicidad", J.A., 1962-IV-48.

mueble enajenado, es insuficiente para eximir al notario que la escritura dijese que "previo a la inscripción la compradora debe pagar los impuestos que recaen sobre el inmueble"; si este tipo de cláusulas fuesen suficientes para liberar al escribano, terminarían por ser incorporadas como cláusulas de estilo⁹⁸.

d) El notario está obligado a hacer conocer a las partes las dificultades u obstáculos que el proceso inscriptorio haya tenido con el fin de que se intenten los recursos pertinentes⁹⁹.

e) El hecho de la privación del protocolo no seguido de suspensión o inhabilitación, no constituye un caso de fuerza mayor por lo que no es causal para liberar al escribano por la no inscripción de las escrituras otorgadas por él con anterioridad a la medida sancionatoria administrativa¹⁰⁰.

5. Causalidad

El notario sólo debe reparar los daños que tienen relación causal adecuada con su conducta. Por eso, no responde si se canceló erróneamente una hipoteca (desde que el compareciente al acto no era el acreedor hipotecario), pero esa conducta no fue la que produjo el daño al acreedor, pues cuando se inició la demanda para cobrar el crédito, éste ya estaba prescrito¹⁰¹; si el escribano omitió inscribir la hipoteca, pero el gravamen era en segundo grado y el primero consumía el valor total de lo obtenido en la subasta, etcétera.

6. Eximentes de responsabilidad

a) El dolo de la víctima

La Casación francesa confirmó la decisión de una Corte de Apelaciones que rechazó la demanda de daños y perjuicios interpuesta por un adquirente contra el abogado y el notario, pues aunque uno y otro incurrieron en una culpa profesional al no advertirle sobre los riesgos de la nulidad del contrato, el comprador intervino fraudulentamente en la venta de un inmueble, no obstante saber que allí tenía la residencia

⁹⁸ Cám. 2ª Apel., Paraná, 3-IV-1993, "Martín o/Battaux", E.D., 161-348, con nota de Cifuentes, Santos, "El incumplimiento del escribano del deber de inscribir la escritura de compra en el registro de la propiedad".

⁹⁹ Malaret de Espinós, L., op. cit., pág. 88.

¹⁰⁰ Cám. Apel. de Junín, 20-V-1982, "Salerno, Oscar o/Dicenta, Rodolfo", J.A., 1982-IV-20.

¹⁰¹ CNCI v., Sala A, 16-II-1995, "Figueroa, Carlos o/Figueroa", I.L., 1995-B-53, con nota de Giraffi Post, Jaime, "Responsabilidad del escribano titular por la actuación de su adscriptor".

familiar la espasa y los hijos incapaces del vendedor, que falleció dos o tres días después¹⁹².

b) Culpa de la víctima

A lo largo de estas líneas he citado muchos supuestos en que los tribunales han rechazado las demandas o reducido sus montos fundados en una culpa exclusiva y notoria de los pretensesores.

V. EL DEBER DE LOS JUECES DE REPARAR EL DAÑO CAUSADO

I. Ideas preliminares

Carmelutti decía hace más de treinta años: "El peligro del error judicial es como una gran nube que oscurece el cielo del Derecho procesal"¹⁹³. A los seres humanos nos gustan los cielos claros; por eso, la idea de que puedan proceder demandas contra los jueces (o el Estado) con fundamentos en el error judicial, perturba los espíritus más serenos.

El tema es extremadamente complejo y "presupone elecciones de fondo y de debate en numerosas direcciones"¹⁹⁴. Estos caracteres justifican la existencia de una profusa bibliografía europea sobre la materia¹⁹⁵.

¹⁹² Cass. Civ. 1^a, 16-VI-1992, *Stu Cangrande Immo, Rivista Delfin Sirey*, nro. 24, 24-VI-1993, pág. 215, con nota de Aubert, Jean Luc, "Fautes desproportionnées et recours entre consorts".

¹⁹³ Citado por Vanni, Roberto, *Novi Profili della Riparazione dell'Errore Giudiziario*, Cedam, Padova, 1982, pág. 85.

¹⁹⁴ Scotti, Luigi, *La Responsabilità Civile dei Magistrati*, Giuffrè, Milano, 1988, pag. 2.

¹⁹⁵ La cuestión de la responsabilidad civil del magistrado ha sido profundamente estudiada en Italia, país donde tampoco faltan excelentes monografías sobre la responsabilidad disciplinaria (véase Mele, Vittorio, *La Responsabilità Disciplinare dei Magistrati*, Giuffrè, Milano, 1987). Para la doctrina anterior al referéndum de noviembre de 1987, "il referendum indipendenza e responsabilità del magistrato", *Atti del Congresso Nazionale Promosso dall'Associazione Nazionale Magistrati, Sezione del Veneto e dalla Giunta Regionale del Veneto*, Venezia, 3-VII-1986, bajo la dirección de Ennio Furlana y Antonio Padellaro, Cedam, Padova, 1987; Cappellotto, Mauro, *La Responsabilità de los Jueces*, trad. S. Amador, Joz, La Plata, 1988 (el título original de la obra es *Wno odpowiedzialności Sędziowskiej*, Coraggio, Luigi P., "Direzione del processo e responsabilità del giudice", *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXXII, Cedam, Padova, 1977, pag. 14; Chiomenti, Filippo, "Il XVI Congresso della Associazione Nazionale Magistrati (Riflessioni su potere e responsabilità del giudice)", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, anno LXXIV, 1978, pag. 168; De Vita, Anna, "A mali estremo, prudenti rimedi: la responsabilità del giudice nel diritto francese tra l'eredità del passato e le sollecitazioni del regime moderno", *Quaderns*, nro. 2, Giuffrè, Milano, 1985, pag. 394; Ferri, Giovanni B., "Responsabilità del giudice e garanzia del cittadino", *Quaderns*, nro. 3, Giuffrè, Milano, 1985, pag. 352;

Algunos plantean el tema como el gran dilema entre garantías procesales y responsabilidad del juez¹⁶⁶:

¿Se quieren garantías procesales? No hay responsabilidad del juez.

¿Se prioriza el derecho de las víctimas a ser reparadas? El juez debe responder.

En mi opinión, la cuestión no debe ser planteada en términos tan absolutos. A lo largo de estas líneas explicaré por qué.

2. Sistemas

Con pautas muy laxas, pueden enumerarse dos sistemas extremos:

a) De la inamidad, o negatorio de la responsabilidad

Se encuentra, principalmente, en los países del *common law*¹⁶⁷.

Martini, Roberto y Rossi, Riccardo, "Giurisdizione e responsabilità (cronaca di un convegno)", *Ministero di Diritto Processuale*, vol. XLII, Cedam, Padova, 1987, pág. 363; Pellegrino, Giuseppe, "La prassi dei tribunali fallimentari e la responsabilità civile del magistrato", *Il Diritto Fallimentare*, annoa LXII, nro. 6, noviembre-diciembre de 1987, pág. 583; Pellegrino, Giuseppe, "L'audienza fallimentare e la responsabilità del giudice", *Il Diritto Fallimentare*, annoa LXII, nro. 2/3, Cedam, Padova, 1987, pág. 342; Pizzanasso, Alessandro, "La responsabilità del giudice", *Quadrimestre*, nro. 3, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 365; Scarpelli, Umberto, "La parte della stella", *Quadrimestre*, nro. 3, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 378; Trimarchi, Pietro, "La responsabilità del giudice", *Quadrimestre*, 1986 nro. 3, Giuffrè, Milano, pág. 366; Vigariti, Vincenzo, "Il problema della responsabilità del giudice tra modelli di *Common Law* e modelli continentali", *Quadrimestre*, nro. 3, Giuffrè, Milano, 1986, pág. 433; Walter, Gerhard, "La responsabilità del giudice nel diritto tedesco", *Quadrimestre*, nro. 3, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 441; Giuliani, Alessandro y Picardi, Nicola, *La Responsabilità del Giudice*, Giuffrè, Milano, 1987. Para la doctrina posterior a la ley 117 del 13-IV-1988, fundamentalmente, obra colectiva dirigida por Nicola Picardi y Ramona Vaccarella, *La Responsabilità Civile dello Stato Giudice. Commentario alla Legge 13-IV-1988*, nro. 117, Cedam, Padova, 1990; Amato, Cristina, "Osservazioni sulla responsabilità civile del pubblico ministero", *Responsabilità Civile e Procedimento*, vol. LVII, nro. 6, 1992, pág. 743 (la autora comenta un fallo de la Cassación Italiana del 8-V-1992 que, sin embargo, no aplicó la ley de 1988 pues los hechos juzgados —casualiter trabada a pedido del Ministerio Público en un juicio penal contra Carlo Forti sobre inmatricias de una sociedad que tenía una personalidad diferente, sin haber corrido "el velo de la personalidad"—, habían sucedido en 1981). Cfr. también: Vidoni, Giovanna, "La responsabilità civile dei magistrati", *Contratto e Impresa*, nro. 2, Cedam, Padova, 1990, pág. 421; Pellegrino, Giuseppe, "L'audienza fallimentare e la responsabilità del giudice", *Il Diritto Fallimentare*, annoa LXII, nro. 3/3, Cedam, Padova, 1987, pág. 342; Senni, Luigi, *La Responsabilità Civile dei Magistrati*, Giuffrè, Milano, 1988.

¹⁶⁶ Agostino, Viviato, "La responsabilità del giudice. Le ragioni di una battaglia", en *Giornale Processuale o Responsabilità del Giudice*, a Cura di V. Ferraro, Franco Angeli, Milano, 1981.

¹⁶⁷ En EE.UU. hay tendencia a aplicar la tesis de la inamidad judicial a los árbitros (cfr. Mostler, Andrea, "Inamidad versus responsabilidad en el proceso arbitral", *RDCO*, año 25, 1992, pág. 356). En Inglaterra, la regla de la inamidad se ha extendido,

El caso más paradigmático de este siglo es, quizás, "Stamp o/Sparkman", de 1978, que rechazó la demanda deducida contra un juez que había ordenado la esterilización de una menor de 15 años, con problemas mentales, omitiendo las más elementales garantías procesales (designación de un curador, audiencia de la parte, etc.)¹⁶⁸.

Esta posición se funda en los siguientes argumentos:

- La inmunidad favorece la independencia del juez, quien de este modo puede actuar libre del temor a equivocarse.

- Normalmente, faltará la antijuridicidad, primer presupuesto de la responsabilidad; en efecto, "el derecho es lo que los jueces dicen que es", por lo que el juez siempre actuará conforme a derecho.

- El error judicial es inevitable. De no ser los magistrados imunes a sus errores, sólo siendo mendigo o tonto, se aceptaría ser juez¹⁶⁹.

- Los que acuden a la Justicia asumen el riesgo del posible error, desde que los jueces son hombres y, consecuentemente, la Justicia es falible.

- Normalmente será extremadamente difícil atribuir eficacia causal a la conducta del juez, porque los pleitos se ganan o se pierden, fundamentalmente, por el modo como las partes han planteado las cuestiones.

- Lo justo es que responda quien organizó el servicio, es decir, el Estado.

- La acción enfrenta un valladar insuperable: la cosa juzgada. Decir que el juez se equivocó implica destruir toda posibilidad de seguridad jurídica; el juicio contra el juez se convierte en una instancia no prevista

como he explicado, a los barristers. Uno de los casos reiteradamente citados por la doctrina es el del 20-X-1866, en que un tribunal de apelaciones de Inglaterra rechazó la demanda interpuesta por una persona contra su abogado, a quien acusaba de que, por haberlo defendido mal (no interrogó a los testigos de debida forma) no pudo probar que había actuado en defensa propia cuando en realidad así había sido y fue condenado a pena de prisión. El tribunal sostuvo la tesis de la inmunidad fundada en que: a) sólo con esta teoría el abogado puede cumplir su misión sin temor y con independencia, impidiendo que sus actos sean perturbados por acciones vejatorias. b) El abogado es un elemento de la administración de justicia, al igual que el juez: el hacer lugar a la demanda implicaría un nuevo juicio del asunto planteado inicialmente; no hay que autorizar el espectáculo montado por algunos declarados culpables, que pretenda ser resarcido de un daño, con la afirmación de ser inocente (caso citado por Rodríguez Aguilera, *Costares, La Realidad y el Derecho*, Bosch, Barcelona, 1974, pág. 161, nro. 29). Cfr. igualmente, Jackson & Powell, *Professional Negligence*, Sweet & Maxwell, London, 1992, pág. 431, nros. 507 y sig.; Weir, Tony, *A Campbell on Tort*, 8ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1996, pág. 15; Markesinis & Deakin, *Tort Law*, 3ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1985, pág. 132.

¹⁶⁸ Cfr. por Tawil, Guido S., *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 179, nota 585.

¹⁶⁹ "Miller o/Slepe", citado por Tawil, Guido S., *op. cit.*, pág. 176.

por los ordenamientos procesales para dejar sin efecto un pronunciamiento que ha devenido firme.

b) Réplica a la tesis de la inmunidad

- El argumento de la independencia prueba demasiado, pues lleva de la mano a sostener la irresponsabilidad de todos los profesionales que afrontan cuestiones técnicas de especial dificultad; un médico, por ejemplo, puede afirmar que el temor a la responsabilidad lo presiona de modo similar a una espada de Damocles que le impide ejercer libremente su profesión. Como bien ha dicho el Tribunal Supremo de España, "la situación de los jueces no tiene por qué merecer una sola perspectiva o un solo punto de vista. Los jueces se encuentran arropados jurisdiccionalmente por el manto de la independencia que nada tiene que ver con la dependencia que a los mismos atañe como consecuencia de su carácter de funcionarios"¹¹⁰.

- Aunque se acepte el principio según el cual "el derecho es lo que los jueces dicen que es", la juridicidad de la conducta del juez desaparecería cuando su decisión es revocada.

- La afirmación de la inevitabilidad del error lleva a asimilarlo a un verdadero caso fortuito, conclusión que la lógica rechaza.

- Sostener que los litigantes han asumido el riesgo implica tener un concepto desdeñable de la Justicia, reducida a un mero servicio, sin justificación ética frente a la sociedad.

- Es verdad que los daños causados pueden obedecer a diferentes causas, pero es función del jurista desentrañar las diferentes co-causas y establecer su incidencia en el resultado final¹¹¹.

- La responsabilidad del Estado no debe excluir la del juez si se han detectado conductas individuales que, de acuerdo a las circunstancias del caso, merecen ser reparadas por quien las ha causado. Si la víctima debe tener frente a sí a dos responsables, o si sólo responde el Estado sin perjuicio de la acción recursoria, es un problema de estricta política legisla-

¹¹⁰ Tribunal Supremo de España, 11-III-1996, *Revista General de Derecho*, año LII, no. 694, septiembre 1996, Valencia, pág. 10-812. En Argentina, el carácter de funcionario público del juez está expresamente reconocido en la nota al art. 1112 del Cód. Civ.

¹¹¹ Por eso, en materia de responsabilidad del Estado, hay coincidencia en que debe distinguirse según los actos judiciales defectuosos se hayan producido en un proceso predominantemente inquisitivo o predominantemente dispositivo. En este último, la responsabilidad del Estado (y a fortiori la del juez) está muy atenuada, pues el Estado actúa como tercero que dirime una contienda patrimonial entre partes, siendo estas quienes llevan el control del proceso a través del ejercicio de sus respectivas acciones y excepciones, en tanto que en el primero, el control está a cargo del Estado y no del imputado (verf. Cám. Nac. Fed., Sala I, Civ. y Com., 12-XI-1976, "Causanza o Gobierno Nacional", E.D., 71-328).

tiva. En muchos supuestos, la acción requiere la eliminación de la cosa juzgada; pero a este efecto se llega a través de los medios procesales creados para ello (recurso de revisión; acción para atacar la cosa juzgada fraudulenta, etc.).

3. Breves datos históricos de los sistemas reseñados y grandes líneas en el derecho comparado

a) El tema en discusión, sistemáticamente expuesto, se remonta al Código Procesal Civil francés de 1806; los artículos 515 y 516 regulaban la llamada *prise à partie*; conforme a esta figura, el juez respondía sólo en casos de dolo; se excluía cualquier responsabilidad culposa del juez, por grave y grosera que fuese la negligencia¹¹².

b) La solución fue seguida, casi al pie de la letra por el Código Procesal Civil italiano de 1865, según el cual el magistrado respondía en casos de:

- dolo, fraude o concusión.
- denegación de justicia, entendiéndose que ésta existía si transcurrieran dos meses sin que el juez proveyera algún asunto del proceso, después de haberle instado dos veces a hacerlo¹¹³.

Otras limitaciones a la demanda eran:

- La competencia por razón de la materia pertenecía al juez inmediato superior al juez demandado;
- Se exigía una autorización para proceder, un filtro preventivo consistente en que el mismo tribunal competente debía autorizar o rechazar la demanda, tras una deliberación secreta y sin oír a las partes.

El sistema nunca tuvo aplicación práctica; Mortara decía: "es necesario rendir tributo a la verdad y admitir que esta institución es la más inútil e ilusoria de las contenidas en el Código".

Posteriormente, el llamado "Código Rocco" (1930) autorizó una indemnización a cargo del Estado, de carácter asistencial y no reparatorio, si se cumplían estos recaudos:

1) un error judicial nacido de una sentencia condenatoria firme, que había sido dejada sin efecto en virtud de un juicio de revisión;

¹¹² Cfr. Díez-Picazo, Ignacio, *Poder Judicial y Responsabilidad*, La Ley, Madrid, 1990, págs. 185 y sigs.

¹¹³ El problema de la lentitud de la Justicia es un mal que ataca todos los sistemas en todas las épocas; basta recordar el famoso monólogo de Hamlet. Los jueces deberíamos tener presente en todo momento el apremio carcelinario: "Stagla, ma ducidi" (citado por Fernández Estivalgo, Jesús, "Presunción de inocencia, libre apreciación de la prueba y motivación de las sentencias", en II Jornadas de Derecho Judicial, Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los tribunales de Justicia, 1985, pág. 308).

2) privación de libertad de, al menos, tres meses.

El damnificado no tenía un verdadero derecho subjetivo a la reparación; simplemente, el Estado se autoimpone el deber de socorrer a aquellas personas (y sus familias) que hubiesen quedado en un especial estado de pobreza, como consecuencia de una condena más tarde revisada¹¹⁴.

Esta solución parcial debió cambiar con la sanción de la nueva Constitución italiana, cuyo artículo 24, última frase dispone: "La ley determina las condiciones y modos para la reparación de los errores judiciales". Por su parte, el artículo 28 del mismo cuerpo legal dice: "Los funcionarios y los dependientes del Estado y de los entes públicos son directamente responsables según la ley penal, civil y administrativa, de los actos realizados en violación del Derecho. En tales casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicas".

En cumplimiento de estas disposiciones, se modificaron los códigos de procedimientos (penal y civil) que establecieron un verdadero derecho a ser indemnizado, aunque con importantes restricciones.

En cuanto al ordenamiento procesal civil, el artículo 55 decía: "El juez es civilmente responsable sólo: 1) Cuando en el ejercicio de sus funciones se le imputa dolo, fraude o concusión; 2) Cuando sin justo motivo rebusa, omite o retrasa proveer sobre demandas o peticiones de las partes, o, en general, de realizar un acto de su ministerio". El artículo 56 establecía un sistema de autorización previa del Ministerio de Justicia y luego la designación del juez competente por la Corte de Casación. En función de todos estos requisitos, Capalètti decía que para demandar al juez (y también al Ministerio Público) este Código exigía "ir dos veces a Roma" (para que el ministro diera la autorización y luego para que la Casación designara el juez); estas normas resultaban de dudosa constitucionalidad frente al artículo 28 ya transcrito¹¹⁵.

Por eso, tres disposiciones del Código de Procedimientos (los arts. 55, 56 y 74) fueron sometidas a un *referendum abrogatorio*; la intención era que la responsabilidad de los jueces se rigiera por la de los funcionarios públicos en general. La Corte Constitucional declaró constitucional la convocatoria al referéndum¹¹⁶. La pregunta era: ¿Quiere la abrogación

¹¹⁴ Para la evolución del tema en el derecho italiano, Vanni, Roberto, *Nuovi Profili della Riparazione dell'Errore Giudiziario*, Cedam, Padova, 1993, págs. 1 y sigs.; Cirillo, Giuseppe Paolo - Sorrentino, Federico, *La Responsabilità del Giudice*, Jovene, Napoli, 1988, págs. 5 y sigs.

¹¹⁵ Citado por Dico-Picano, Ignazio, op. cit., pág. 204.

¹¹⁶ Sentencia nro. 36 del 16-1-1987; el tribunal fue presidido por Antonio La Pergola. Transcrito en "Il referendum: indipendenza e responsabilità del magistrato", *Annali del Consiglio Nazionale Promossa dall'Associazione Magistrato Maggiorati*, Sezione del Veneto e dalla Giunta Regionale del Veneto, Venezia, 6-VI-1986, bajo la dirección de Enrico Ferrara y Antonio Padavan, Cedam, Padova, 1987, pág. 227f.

de los arts. 55, 56 y 74 del Código de Procedimiento Civil aprobado por decreto del 28 de octubre 1940, 1443? La respuesta fue "sí".

El referéndum generó una polémica altamente politizada desde que, lo que realmente se ventilaba, era el papel de la magistratura italiana; ciertos grupos políticos tenían — y tienen — desconfianza en una magistratura que devino "demasiado independiente"¹¹⁷.

Como resultado de ese referéndum, el 13 de abril de 1988 se sancionó la ley 117 referida al "resarcimiento de los daños causados en el ejercicio de la función judicial y a la responsabilidad civil del magistrado", considerada reglamentaria del artículo 24 de la Constitución¹¹⁸. La ley "nació de una profunda tensión y de un sufrido camino parlamentario"¹¹⁹.

Según el nuevo ordenamiento "quien ha sufrido un daño injusto por efecto de un comportamiento, un acto o un proceso judicial, desarrollado por el magistrado con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones o por denegación de justicia puede demandar al Estado para obtener el resarcimiento de los daños patrimoniales y también de los no patrimoniales que deriven de la privación de la libertad personal" (art. 2°).

Para algunos, la ley violó la voluntad popular porque:

- impide al particular interponer demanda contra los jueces, salvo el caso del delito criminal¹²⁰; en efecto, la víctima tiene acción contra el Estado, no hay acción directa contra el juez, quien sólo puede ser demandado por el Estado mediante una acción recursoria (*azione di rinvio*), salvo que haya cometido un delito en el ejercicio de sus funciones, en cuyo caso, la víctima tiene acción contra el Estado y el magistrado (art. 13); aún más, según el criterio de la Corte de Casación la acción directa contra el juez requiere que el delito penal haya sido previamente declarado¹²¹.

¹¹⁷ Diaz-Ruano, L., *op. cit.*, 1990, pág. 183, nota 4.

¹¹⁸ Antes de la sanción de la ley, la Corte Constitucional había resuelto, el 14-III-1988, *in re* "Fania c/Ma. di Grazia e Giusticia", que los artículos 55 y 74 del Código de Procedimiento Civil que limitaban la responsabilidad del juez y del Ministerio Público sólo a los casos de dolo, fraude y concusión e injustificada omisión o retardo, no excluían la extensión de la responsabilidad civil al Estado en los mismos casos (*Offesione di Diritto Processuale*, vol. XXIV, año 1989, Cedam, Padova, pág. 123, con nota de Segré, Tullio, "Responsabilità per denegata giustizia e rapporto processuale"). O sea, la Corte dijo que el art. 28 de la Constitución italiana también se aplica cuando el funcionario público es un magistrado.

¹¹⁹ Scotti, Luigi, *La Responsabilità Civile dei Magistrati*, Giuffrè, Milano, 1988, pág. 3.

¹²⁰ Nacci, Paolo Giacchi, *La Responsabilità Ricorsoria del Magistrato Prima e Dopo la Riforma: Problemi di Costituzione*, Studi in Onore di Vittorio Ottaviano, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, pág. 1378.

¹²¹ Cassan, Civile, Sez. I, 19-VIII-1995, *Danno e Responsabilità*, nro. 3, 1996, pág. 257. El tribunal declara válida esta filia, como lo hizo antes la Corte Constitucional al declarar la validez de los antiguos filias.

Aclaro que el magistrado cuyo comportamiento, acto o resolución causa el juicio, aunque no puede ser llamado a la causa, puede intervenir, a su propia iniciativa, en cualquier fase o grado. El articulado también dispone que la decisión pronunciada en el juicio promovido contra el Estado no hace cosa juzgada en el de repetición si el magistrado no intervino voluntariamente en el juicio.

- no extendió verdaderamente la responsabilidad, permaneciendo "arrinconados" los escasos supuestos en que procede.

- consagró, de modo demasiado absoluto, la llamada "fórmula de salvaguardia" (art. 2.2) según la cual "no puede dar lugar a responsabilidad, la actividad de interpretación de las normas de derecho ni la actividad de evaluación de los hechos y de la prueba". Se advierte, sin embargo, que en el curso del debate parlamentario se registró acuerdo prácticamente unánime sobre esta cláusula¹²².

- impuso nuevas barreras a la responsabilidad. Así por ejemplo, prevé un proceso de procedibilidad aún para la acción contra el Estado: el tribunal, escuchadas las partes, delibera en la Cámara del Consejo sobre la admisibilidad de la demanda... Si la declara admisible, dispone la prosecución del proceso ante la Corte de Apelación o la Corte de Casación (art. 5); además, la demanda debe ser interpuesta, bajo sanción de caducidad, dentro de los dos años desde el momento en que la acción era ejercible (art. 4.2).

Cualquiera sean las críticas, lo cierto es que la Corte Constitucional de Italia resolvió, mediante sentencia del 19 de enero 1989 que el artículo 2.1. de la ley 117, en cuanto exige dolo o culpa grave, no viola el artículo 28 de la Constitución; los límites se fundan en la tutela a la independencia y a la imparcialidad del juez, y "la irresponsabilidad no se traduce en la deformación de los deberes fundamentales ni en la violación inexcusable de la ley o la ignorancia inexcusable de los hechos de la causa"¹²³. En cambio, el prestigioso tribunal declaró inconstitucional cierta parte del procedimiento establecido por la ley¹²⁴.

c) La ley orgánica 6/1985 del Poder Judicial de España establece que los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando en el desempeño de sus funciones incurrieren en dolo o culpa; están legitimados para demandar los perjudicados o sus causahabientes¹²⁵.

¹²² Scotti, Luigi, *op. cit.*, 1988, pág. 103.

¹²³ Citado y transcrito por Vantini, Giovanni, "La responsabilità civile dei magistrati", *Contratti e Impresa*, nro. 2, 1990, Cedam, Padova, pág. 441.

¹²⁴ Cirillo, G. P. - Sorrentino, F., *op. cit.* (appendice di aggiornamenti), pág. 5.

¹²⁵ Barroso Serra, Eladio, *Estudio sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial, La Responsabilidad en la Función Judicial: Jueces, Tribunales y Estado. Posición del Ministerio Fiscal*, Colex, Madrid, 1989, pág. 303.

La doctrina discute si está o no vigente la Ley de Enjuiciamiento española, cuyo artículo 903 exige para la procedencia de la acción, negligencia o ignorancia inexcusable; para algunos, la respuesta es negativa; consecuentemente, no se requiere que la culpa sea inexcusable; el Supremo Tribunal, en cambio, combina ambas normas y exige "dolo o negligencia o ignorancia inexcusables"¹²⁶. La acción debe interponerse dentro de los seis meses siguientes a que la sentencia se encuentre firme (art. 905, LEC). Estos inconvenientes interpretativos y otros¹²⁷ hacen que en los hechos, la acción personal contra el magistrado sea difícil y los dañados sólo demanden al Estado.

d) En Alemania, el artículo 34 de la Ley Fundamental (G.G.) dice: "Si alguno, en el ejercicio de una función pública a él confiada, comete una violación de un deber de su oficio en relación a un tercero, es responsable primariamente el Estado o el ente público a cuyo servicio se encuentra. En el caso de dolo o culpa grave, es procedente el regreso. Para el resarcimiento del daño y para la acción de regreso no puede ser excluida la competencia del juez ordinario.

Por su parte, el artículo 839 del BGB dispone:

"1) Si un funcionario público comete, con dolo o con culpa, una violación de un deber de su oficio en relación a un tercero, debe resarcir el daño así causado. Si el funcionario público ha actuado sólo con culpa, es responsable sólo si el damnificado no puede obtener el resarcimiento de otro modo.

"2) Si el funcionario público viola su deber al pronunciar una sentencia, responde del daño sólo si configura un delito. Esta disposición no se aplica a la omisión o al retardo en el cumplimiento de los deberes de su oficio.

"3) El resarcimiento no se debe si el damnificado ha omitido, con dolo o con culpa, evitar el daño mediante una vía de impugnación".

Además de estas disposiciones, una ley del 8 de marzo de 1971 sobre indemnización por medidas de persecución penal (StrEG), modificada por leyes del 2 de marzo de 1974, 9 de diciembre de 1974 y 27 de enero de 1987, prevé, entre otras indemnizaciones, la que repara el haber estado en prisión provisional, si luego se decretó la absolución, el sobreseimiento o la denegación de la apertura del juicio oral¹²⁸.

¹²⁶ Hernández Martín, Valeriano, *El Error Judicial*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 65.

¹²⁷ Martín Gascón Fernández, Mariano, "Reflexiones sobre la responsabilidad de jueces y magistrados", en *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, ed. del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, págs. 1367 y sigs.

¹²⁸ Ver estos datos en Montero Aroca, Juan, *Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la Actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 88.

4. Naturaleza de la responsabilidad

La responsabilidad del magistrado es siempre extracontractual desde que no existen vínculos contractuales entre el magistrado y los litigantes y mucho menos con los terceros¹²⁹.

5. Presupuestos de la responsabilidad

a) La gran barrera: la cosa juzgada; comienzo del cómputo de la prescripción

La responsabilidad en cuestión sólo 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 error¹³⁰. En suma, no es posible calificar como ilegítimo en un juicio civil por responsabilidad contra el juez lo que se ha tenido por válido y legal en otro juicio¹³¹. Por eso, en tanto se mantenga la inmutabilidad de la cosa juzgada, no es posible admitir la acción indemnizatoria, la cual sólo será viable implantándose el procedimiento previo de la revisión de la sentencia para comprobar su error manifiesto¹³². Bien se ha expresado: "Si para obtener el resarcimiento de eventuales daños derivados de un pronunciamiento judicial firme —por hallarse consentido, confirmado, ser irrecurrible o no haber sido atacado por los limitados medios que autorizan su revisión— pudiesen otros jueces valorar nuevamente las circunstancias de la causa para determinar si hubo error en la anteriormente tramitada, no se verían estos últimos exentos de la posibilidad de cometer un nuevo error. Como bien ha dicho esta Corte en recordado fallo, si para escapar al peligro del error posible hubiera de concederse recurso de las decisiones de la Corte para escapar a idéntico peligro, habría que conceder recurso de las decisiones del tribunal que padiera revocar las decisiones de la Corte

¹²⁹ Tawil, Guido S., *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 186.

¹³⁰ CSJN, 14-VI-1988, "Vignone c/Estado Nacional", Fallos, 311:1608, L.L. 1098-E-325, E.D. 129-321; conf. CSJN, 19-X-1985, "Balda, H. c/Provincia de Bs. As.", *Rev. Jud.*, 1994-I-233, J.A., 1995-III-152 y L.L. 1995-B-311, con nota aprobatoria de Bustamante Alsina, "Responsabilidad del Estado por error judicial": voto mayoritario de la Cám. Apel. en lo Civil y Comercial de Junín, 12-VIII-1993, *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4, núm. 1, febrero 1994, pág. 26, E.D. 154-543 y J.A., 1994-I-327.

¹³¹ Cám. Nac. Civ. y Com. Federal, Sala 1ª, 21-X-1993, "Valgato, José y otros c/Ministerio del Interior", J.A., 1994-III-109, L.L., 1994-C-523 y E.D. 137-555, con nota laudatoria de Bidart Campos, Germán, "¿Error judicial indemnizable, o qué?".

¹³² Cám. Nac. Fed., Sala I, Civ. y Com., 12-XI-1976, "Casarova c/Gobierno Nacional", E.D. 71-329.

y, de éste a otro por igual razón, estableciendo una serie que jamás terminaría porque jamás podría hallarse un tribunal en que no fuera posible el error. Habría que establecer por consiguiente, la eterna incertidumbre del derecho con la impotencia de los poderes sociales para poner fin a los pleitos; y por temor de un peligro posible se caería en un peligro cierto y sin duda alguna más grave, de una permanente anarquía (Fañón, 12:134)¹²⁹.

Es también el criterio del Supremo Tribunal de España que resuelve: "en las demandas de declaración de error judicial no puede desconocerse la santidad de la cosa juzgada, intentando reproducir las cuestiones ya debatidas y resueltas"¹³⁰.

Esta posición tiene importantes consecuencias en materia de prescripción. En efecto, si la acción no nace mientras no haya caído la decisión errónea, si se trata de daños y perjuicios reclamados por la prisión preventiva, el plazo no comienza a correr sino a partir del dictado de la absolución¹³¹; por la misma razón es también acertada la decisión que resuelve que: "corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la excepción de prescripción si la remisión que efectúa a la naturaleza declarativa de la resolución recaída en un *habeas corpus* constituye una afirmación dogmática, pues lo cierto es que la acción para reclamar los daños y perjuicios derivados de la detención no pudo comenzar a correr mientras no se hizo lugar al *habeas corpus* que declaró la ilegitimidad de la detención"¹³².

El Código Procesal Civil del Perú, en cambio, parece no exigir este presupuesto. En efecto, el artículo 517 dispone: "La sentencia que declara fundada la demanda sólo tiene efectos patrimoniales. En ningún caso afecta la validez de la resolución que produjo el agravio". Insisto en que esta solución genera problemas insuperables, desde que es ilógico afirmar que un juez ha actuado con dolo, culpa inexcusable (incluso presumida por la ley) y, al mismo tiempo, mantener vigente una decisión que el ordenamiento consagra como lo justo para el caso concreto. La ley ha sembrado inseguridad jurídica y la acción de responsabilidad civil contra el juez se ha convertido en un recurso contra una decisión firme.

¹²⁹ CSJN, 19-X-1993, "Balda, M. c/Provincia de Bs. As.", *Doc. Jud.*, 1996-I-993, J.A., 1996-III-155 y L.L., 1996-B-311, con nota aprobatoria de Bustamante Alaña, "Responsabilidad del Estado por error judicial".

¹³⁰ Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 1ª III-1996, *Revista General de Derecho*, año LIII, nro. 628/629, Valencia, enero-febrero 1997, pág. 342, con nota de María Luisa Alcázar Navarro.

¹³¹ CSJN, 19-X-1993, "Balda, M. c/Provincia de Bs. As.", *Doc. Jud.*, 1996-I-993, J.A., 1996-III-155 y L.L., 1996-B-311, con nota aprobatoria de Bustamante Alaña, "Responsabilidad del Estado por error judicial".

¹³² CSJN, 14-VI-1988, "Vignone c/Estado Nacional", *Fañón*, 311:3008, L.L., 1988-E-225, R.D. 129-331.

b) La existencia de recursos

El remedio legal inmediato para el perjuicio que un juez causa con sus resoluciones está en los recursos procesales que la parte agraviada puede deducir en contra de ellas. De allí que como principio, para que quede expedita la acción, es necesario que el damnificado haya hecho uso de los recursos legales¹³⁷; esta es la jurisprudencia del Supremo Tribunal de España¹³⁸ que, en mi opinión, en algunos casos ha llevado demasiado lejos la exigencia al entender que dentro de los recursos previstos en el ordenamiento se encuentra el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, obligando al perjudicado a agotar también esta vía absolutamente extraordinaria¹³⁹.

La solución española se funda en el artículo 806 de la Ley de Enjuiciamiento que dice: "No podrá entablar el juicio de responsabilidad civil el que no haya utilizado a su tiempo los recursos legales contra la sentencia, auto o providencia en que se suponga causado el agravio, o no hubiere reclamado oportunamente durante el juicio, pudiendo hacerlo".

La finalidad del requisito es evidente: "Dado que el ordenamiento establece un sistema de impugnaciones de las resoluciones judiciales, es lógico que se imponga a quien se considere perjudicado, la obligación de intentar que se evite el daño mediante los procedimientos normales previstos al efecto. La falibilidad es inherente a toda empresa humana y, con mayor motivo, a algo tan complejo como administrar justicia"¹⁴⁰.

Por eso, no cabe una interpretación rigurosa del artículo; lo que se requiere es la diligencia procesal, en el sentido de haber intentado evitar el daño durante el proceso; consecuentemente, no se exige interponer recursos que se sabe no serán procedentes o que dilatarán aún más el proceso¹⁴¹.

¹³⁷ Cám. Nac. Fed., Sala I, Civ. y Com., 13-XI-1976, "Cazaova o Gobierno Nacional", E.D., 71-329; conf. voto mayoritario Cám. Apel. en lo Civil y Comercial de Junín, 12-VIII-1983, *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4, n.º 1, febrero 1984, pág. 29, J.A., 1994-1-297 y E.D., 184-843, con nota de Bidart Campa, Germán, "Responsabilidad del Estado por la sustanciación de los procesos penales terror judicial y privación de libertad".

¹³⁸ Trib. Supremo de España, Sala I, 1-III-1966, *Revista General de Derecho*, año LIII, n.º 628-629, Valencia, enero-febrero 1967, pág. 242, con nota de María Luisa Añón Navarro.

¹³⁹ 826 Sales, José, "Responsabilidad patrimonial del Estado por el anormal funcionamiento de la administración de justicia y por error judicial", *Revista General de Derecho*, año LII, n.º 613-614, Valencia, noviembre 1966, pág. 11.239.

¹⁴⁰ Díez-Picazo, I., *op. cit.*, pág. 70. El requisito ha sido exigido en la jurisprudencia nacional para otros supuestos de responsabilidad estatal por actos judiciales (Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, 3-III-1992, "Pizzolato, Juan o Gobierno Nacional", J.A., 1992-III-297. Se reclamaban daños y perjuicios preventivos de una declaración de quiebra fraudulenta); también para la responsabilidad por prisión preventiva y absolución ulterior (Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala III, 11-VIII-1992, "Ferrari, Alfredo y otros o Estado Nacional", L.E., 1993-A-484).

¹⁴¹ Conf. Díez-Picazo, I., *op. cit.*, pág. 71.

Aún más, a veces, las continuas peticiones de libertad provisional, unidas a otras (recausación de jueces, traslado de actuaciones, etc.) son las que provocan las dilaciones indebidas del proceso, configurando, ellas mismas, una eximente de la responsabilidad estatal. Es lo que resolvió el T.E.D.H. en el caso "Ringeisen"¹⁴².

En Argentina, también hay cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial en el sentido que, como regla, la acción es improcedente, si no se han agotado los recursos contra la decisión errónea¹⁴³. En estos casos, la causa adecuada del daño se encuentra en la culpa de la víctima.

En igual sentido, el artículo 513 del Código Procesal Civil de Perú de 1993 dispone: "La demanda sólo puede interponerse luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución que causa daño".

c) Revocación de la decisión errónea. Presupuesto necesario pero no exclusivo. Factor subjetivo de atribución

La Corte Federal argentina ha resuelto que "la mera revocación o anulación de la resolución judicial no otorga derecho a la indemnización; es menester acreditar cuál es la falta de servicio imputado a los órganos estatales, individualizando las circunstancias del caso que indican que el ejercicio ha sido irregular". Con este argumento rechazó la demanda interpuesta por una persona que, en razón de la orden judicial dictada a petición de la Aduana en un proceso de contrabando, no había podido usar la maquinaria objeto de la cautela¹⁴⁴.

Hay casos de responsabilidad del Estado que dejarán inmune al magistrado: por ejemplo, el retraso injustificado en la resolución de los expedientes debido a la falta de medios físicos o materiales, podrá ser imputado al Estado, pero no al magistrado competente para resolver la controversia, en tanto éste haya hecho conocer la imposibilidad o dificultad a las autoridades competentes para solucionar en debida forma el impedimento¹⁴⁵.

La responsabilidad del juez, como se ha visto para el derecho italiano y español, exige culpa y ésta, como reiteradamente he dicho, debe ser

¹⁴² Citado por Díez-Picazo, L., *op. cit.*, pág. 109.

¹⁴³ TSJ Córdoba, "Rancietti c/R. V. de M.", resumen en *Foro de Córdoba*, año III, nro. 13, 1992, pág. 127.

¹⁴⁴ CSJN, 12-X-1994, "Raman c/Estado Nacional", J.A. 1995-I-303 y L.L. 1995-B-437, con nota apertorista de Bustamante Abana, Jorge, "La responsabilidad del Estado en el ámbito de su actividad jurisdiccional".

¹⁴⁵ Tassi, Guido S., *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia*, *cit.*, 1993, pág. 139.

valuada conforme a las circunstancias, entre las cuales debe necesariamente computarse, entre otras razones, que la ley ofrece un marco de posibilidades interpretativas, que la prueba de los hechos no siempre presenta la claridad deseable y que las facultades legalmente otorgadas a los jueces no siempre son suficientes para evitar errores de todo tipo¹⁴⁶.

El artículo 509 del Código Procesal Civil de Perú de 1993 dispone que el juez responde cuando causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca.

La conducta es dolosa si el juez "incurre en falsedad o fraude o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia". El juez incurre en culpa inexcusable cuando "comete un grave error de derecho, hace interpretación insostenible de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado".

La ley peruana no se detiene en estos conceptos de gran latitud; el artículo siguiente da varios pasos adelante sobre la legislación comparada y —llamativamente— establece presunciones de dolo o culpa inexcusable cuando: "1. La resolución contraria su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio. 2. Resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme o en base a fundamentos insostenibles". No deja de sorprender que el juez esté obligado a seguir la opinión del Ministerio Público si no quiere correr el riesgo de que se afirme que sus fundamentos para apartarse del dictamen son insostenibles. Desconozco qué experiencias judiciales vividas en el pasado pueden dar base a esta solución; lo único cierto es su gran originalidad, que como es sabido, en materia legislativa no siempre es de signo positivo.

Las demandas contra los jueces han sido, hasta ahora, muy escasas en Argentina. Incluso, en los juicios por responsabilidad del Estado por los errores judiciales, una importante tendencia jurisprudencial afirma que no corresponde citar al juez interviniente, sin perjuicio de las acciones recursorias que el Estado pueda iniciar ulteriormente¹⁴⁷.

Cabe mencionar, como *corra avis*, una demanda iniciada contra la jueza titular del juzgado, que luego se amplió contra el Estado Nacional; en la sentencia no está claro por qué la parte dispositiva condena sólo al

¹⁴⁶ El art. 2° del Código Procesal Civil de Mendoza parece exigir un plus sobre la culpa, pues prevé la responsabilidad del juez por los daños que causare por mal desempeño de sus funciones cuando se demuestre falta de prohibido en el uso de sus facultades, expresión que "se acerca" a la mala fe y, por ende, al dolo.

¹⁴⁷ Cám. Nac. Fed. Cont-Adm., Sala III, 12-IV-1983, "Tribunale Luis «Gobierno Nacional», J.L.E. 1983 C-497.

Estado, pues todos los razonamientos de los considerandos hacen mención a la actuación arbitraria de la jueza. En el caso, la procedencia de la demanda se funda en que la magistrada actuó caprichosa y arbitrariamente. En efecto, la condenada en costas había depositado los honorarios regulados al perito. Cuando éste solicitó se librara cheque a su orden, la magistrada denegó varias veces su petición, sin fundamentación; en determinado momento, el perito reiteró el pedido de cheque y pidió expresamente que la decisión denegatoria se motivara; al mismo tiempo, planteó revocatoria y apelación en subsidio. En esa etapa, el tribunal, sin decir por qué, cambió de opinión y ordenó librar el cheque. Durante todo el tiempo en que, pese a los reiterados pedidos, se negó a librar los fondos, la moneda depositada se depreció y el tribunal negó derecho a reajuste en contra de los condenados en costas pues-ellos habían depositado en término. El perito inició entonces una acción para ser resarcido de los perjuicios producidos por la actuación arbitraria del tribunal. La demanda fue acogida: "cuando sin causa alguna, ni de hecho ni de derecho, se niega la entrega de un cheque a pesar de que el deudor ha depositado el dinero, y también sin dar explicación se modifica el criterio, y la demora ha producido un daño cierto, debe indemnizárselo"¹⁴⁸.

d) Otros requisitos: remoción del juez de sus funciones; juicios previos de admisibilidad

Algunos autores exigen que previamente se remueva al juez. No comparto esta posición; hay supuestos que justifican la responsabilidad civil pero no la remoción¹⁴⁹.

La ley peruana (art. 512 del Cód. Proc. Civil), dispone que "Antes de proveerse la demanda el Ministerio Público emite dictamen sobre la procedibilidad de ésta dentro de diez días de recibida, bajo responsabilidad".

e) Plazo para interponer la demanda

Como se ha visto, algunas leyes que regulan la responsabilidad del juez fijan plazos para promover la acción generalmente más breve que los que rigen para otras acciones de responsabilidad civil. En la misma línea que el derecho italiano y el español, el artículo 514 del Código Pro-

¹⁴⁸ Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Contencioso-Administrativo Federal Nro. 4, 12-VIII-1993, "Spagnoletti s/Estado Nacional", E.D., 187-565.

¹⁴⁹ Conf. Arce, Roland, "Responsabilidad de los jueces, del Estado y de los abogados", E.D., 360-744. El llamado "antjuicio" ha dado lugar a críticas, algunas exageradas (véase Claretta Alverdi, Juan Manuel, *Antjuicio e Imponidad Judicial: El Caso de los Sentencias Basculantes*, Fuenlabrada, Madrid, 1991). El art. 3º del Código Procesal Civil de Mendoza, Argentina, dispone expresamente que "los perjudicados pueden exigir el resarcimiento sin necesidad de suspensión o remoción previa del inculpaado".

cesal Civil de Perú de 1993 dispone que "la demanda debe interponerse dentro de tres meses contados desde que quedó ejecutoriada la resolución que causó el daño". El momento inicial guarda coherencia con el sistema general de la ley, que parece no exigir la caída de la cosa juzgada. Sin embargo, como he explicado, este modo de regular genera inconvenientes casi insuperables.

6. Un supuesto particular. Las decisiones de los tribunales colegiados

Si la resolución dictada por culpa, dolo o error inexcusable emana de un tribunal colegiado, no responde el que votó en disidencia, desde que él no causó el daño, no fue autor del acto lesivo.

En el sistema argentino no hay problemas porque la sentencia deja constancia de los votos en disidencia. En Italia, país donde la decisión minoritaria no figura en la sentencia, la disyuntiva era: o se los hacía responsables a todos o a ninguno. La solución fue permitir que se guarde, bajo secreto, el resultado de la votación y se la haga saber cuando se presentan problemas de este tipo. De este modo, la sentencia deja constancia si ha sido dictada por unanimidad o simplemente mayoría y los nombres de los disidentes se guarda bajo reserva.

El artículo 316 del Código Procesal Civil de Perú de 1993 parece no distinguir; dice simplemente que "la obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el juez o jueces colegiados que expedieron las resoluciones causantes del agravio". Sin embargo, son aplicables las razones antes expuestas: el juez que vota en disidencia no ha causado el daño; consecuentemente, no debe responder.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

FÉLIX A. TRIGO REPRESAS

I. ENCUADRAMIENTO Y CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

Esta responsabilidad, que forma parte de la de los profesionales *latu sensu*, no constituye más que un capítulo dentro del vasto espectro de la responsabilidad civil en general; es decir el deber de resarcir los daños ocasionados a otros, por una conducta lesiva antijurídica o contraria a Derecho.

Se trata de la responsabilidad en la que pueden incurrir quienes ejercen la profesión de "abogado", al faltar a los deberes especiales que ella misma les impone¹, o sea en suma, de una responsabilidad emergente de infracciones típicas a ciertos deberes propios de esa concreta actividad profesional²; ya que es obvio que todo individuo que ejercita

¹ Andorno, Luis O. "La responsabilidad de los abogados", en *Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Manuel Norberto*, La Rocca, Buenos Aires, 1983, pág. 473, nro. y pág. 478, nro. 3; Trigo Represas, Félix A., *Responsabilidad Civil del Abogado*, Harmanatubi, Buenos Aires, 1991, pág. 161, § 16. IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, 1989, Comisión nro. 3, párrafo 3 de *lago lato sensu*, *El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los Últimos 30 Años*, Universidad Nacional Argentina, Buenos Aires, 1991, pág. 92; SCBA, 22-XII-1992, "Neces o Clínica Central", L.L., 1993-C-212 y J.A., 1993-III-111.

² Alterini, Attilio A. - Ameal, Oscar J. - López Colnago, Roberto M., *Derecho de Obligaciones, Cíviles y Comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 707, nro. 1843; Nicotaud, Henri y Léon - Tunc, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, T. 1, Vol. II, trad. de la 5a. ed. francesa por Luis Alcalá Zamora y Castilla, Ejes, Buenos Aires, 1982, pág. 148, nro. 462 y pág. 163, nro. 507; SCBA, 22-XII-1992, "Neces o Clínica Central", L.L., 1993-C-212 y 22-III-1979, "Becassayag o Carreras", J.A., 1993-III-173.

una profesión debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de ella y obrar, conforme con las reglas y métodos pertinentes, con la necesaria diligencia y previsión³.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

Todavía hoy en día mantiene su interés y trascendencia práctica entre nosotros, el distingo entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, en razón de las diferencias de regímenes existentes entre ambas en nuestro derecho positivo. Aunque en rigor sólo serían dos las verdaderas y efectivas diferencias entre esos dos regímenes de responsabilidad civil, la referida a la medida o extensión del resarcimiento y la atinente a la prescribibilidad de las respectivas acciones resarcitorias.

Respecto de lo primero, si se trata de responsabilidad por incumplimiento contractual se puede afirmar en líneas generales que: si el mismo ha sido culposo, el deber de reparar se limita a los daños que fuesen consecuencia inmediata y necesaria de aquél —art. 420, Cód. Civ.— y que si fue malicioso o doloso dicho deber se agrava y alcanza también a las consecuencias mediatas —art. 521 del mismo Código—. En tanto que cuando la responsabilidad es por hechos ilícitos o extracontractual se responde siempre de las consecuencias inmediatas —art. 903, Cód. Civ.— y de las mediatas previsibles —art. 904, Cód. Civ.—, amén de que en los delitos (hechos ilícitos cometidos con dolo o intención de dañar —art. 1072, Cód. Civ.—) se puede inclusive llegar a responder de consecuencias casuales para la generalidad de los individuos, pero que no lo fueron para el autor del hecho, quien por sus especiales conocimientos las tuvo en sus miras, las previó y las quiso al ejecutarlo —art. 905, Cód. Civ.—, como asimismo por ciertos "casos fortuitos" o consecuencias casuales, que no habrían llegado a producirse de no haber mediado antes la realización del hecho ilícito —supuestos de los arts. 1091, 2435, 2436, etc., Cód. Civ.—.

Y en cuanto a la prescripción, en lo que constituye sin duda la diferencia más trascendente de ambos regímenes: la acción de daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual queda regida, salvo casos especiales, por el término decenal ordinario de prescripción del artículo 4023 del Código Civil; en tanto que la de responsabilidad civil extracontractual se prescribe a los dos años, conforme a lo previsto por el artículo 4037 del mismo Código luego de la reforma de la ley 17.711.

³ CNCiv., Sala A, 22-XII-1977, "Malvasi", L.L., 1978-A-585 y E.D., 81-719, coma. 56 y 1061; id. Sala H, 13-III-1986, "Riscote o/C, D.A.", semanario de J.A. nro. 6036, del 24-IX-1997 (J.A., 1997-III-87); id., Trib. Ética Forense, 7-VII-1983, "J. V.A.", L.L., 1984-A-314, J.A., 1984-I-175 y E.D., 102-402; id., 6-V-1982, "D., J.C.", E.D., 102-462.

Por todo ello constituye un primer punto de necesaria elucidación, el de establecer si la responsabilidad civil del abogado es contractual o extracontractual.

Ahora bien, cuando se trata de los daños causados por el abogado a su propio cliente, con el que previamente habrá celebrado, expresa o implícitamente, un contrato de prestación de servicios profesionales, la responsabilidad civil del abogado habrá de ser, lógicamente, "contractual", en razón de resultar la misma precisamente de la inajudicación o mal cumplimiento de las obligaciones que el profesional asumiera convencionalmente⁴. No obstante pueden darse, asimismo, casos de responsabilidad extracontractual del abogado, como ocurre si no media un contrato previo

⁴ En el derecho nacional: Acuña Anzures, Arturo, "Naturaleza de la responsabilidad médica y término de prescripción de la acción reparatoria", en *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, actualizado por Augusto M. Marella, Platense, La Plata, 1963, págs. 205 y sigs., nro. 8; Anderson, "La responsabilidad...", cit. en *Derecho de Daños*, cit., pag. 477, nros. 2 y nota 11; Aguiar, Hirsch B., *Hechos y Actos Jurídicos en la Doctrina y en la Ley*, T. II, Tea, Buenos Aires, 1950, págs. 396 y sigs., nro. 60, y págs. 404 y sigs., nro. 62 y sigs.; Alberini, A. A. - Arsal, O. J. - López Cabrera, H. M., op. cit., pag. 788, nro. 1847; Aloia Atienza, Dalmiro A., "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de media y obligaciones de resultado", J.A., 1958-III, págs. 567 y sigs.; Bustamante Aloia, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pag. 503, nro. 1332; Calamita, Leonardo A., *Calpa Agrariorum (Culpa Agraria)*, 2ª ed., Tea, Buenos Aires, 1947, págs. 264 y sigs., nro. 91; Ghersi, Carlos A., *Responsabilidad de los Abogados y otras Incurtencias Profesionales*, Victor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1990, pag. 31 y sigs., nro. 1; Gullischniat, Roberto, "Alrededor de la responsabilidad civil del médico", L.L., 69-273, nro. II y pag. 378, nro. IV; Hornelmajer de Curtucci, Aida, "Daños causados por abogados y procuradores", J.A., 1933-III-705, nro. 1.3; Lafaille, Néstor, *Tratado de las Obligaciones*, T. II, Ediar, Buenos Aires, 1950, pag. 468, nro. 1393; Mezzes Inarraque, Jorge, *Responsabilidad por Daños*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1971, págs. 396 y sigs., nro. 115-b; Rezzonico, Luis María, *Estado de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil*, T. II, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1941, pag. 1514; Salvat, Raymundo M., "Responsabilidad civil de los médicos", L.L., v. 8, sec. doctr., págs. 9 y sigs.; Salvat, Raymundo M. - Acuña Anzures, Arturo, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones*, T. IV, 2ª ed., Tea, Buenos Aires, 1958, págs. 311 y sigs., nros. 2897 y 2898 y notas 11-a in fine y 11-c; Trigo Represas, Félix A., *Responsabilidad...*, cit., págs. 173 y sigs., 1 21; Vázquez Ferrero, Roberto A., "Responsabilidad civil de los profesionales médicos y abogados", J.A., 1969-III, págs. 931-935, nro. VIII; Cám. 1ª Civ. Com. San Isidro, Sala I, 24-XII-1991, "A. y P. R. s/ A. G.", J.A., 1993-III-118, etc. En el derecho extranjero: De Aguiar Dias, José, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, T. I, trad. de Juan Aguado o Ignacio Hoyano, México - Lima - Buenos Aires, José M. Cajiao (s.), 1957, págs. 311 y sigs., nro. 114, págs. 384 y sigs., nro. 123 y págs. 391 y sigs., nro. 127; Hoc, Théophile, *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*, T. VIII, P. Pichon, Paris, 1894/95, págs. 555 y sigs., nro. 419; Manesú-Tusc, André, op. cit., T. I, vol. 1, págs. 205 y sigs., nro. 148; pag. 391, nros. 206-2, y T. 1, vol. II, págs. 164 y sigs., nro. 508; Planiol, Marcel - Ripert, Georges - Esmein, Paul, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, T. VI, trad. Mario Díaz Cruz, Cultural, La Habana, 1948, págs. 487 y sigs., nro. 493; Savatier, René, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, T. II, 2ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1978, págs. 376 y sigs., nro. 776, etc.

entre profesional y cliente, lo cual acaece por ejemplo en los casos de nombramientos "de oficio" por el juez como tutor o curador especial —art. 397, 471, 475 *in fine*, Cód. Civ.—, o si debe patrocinar o representar a un declarado pobre —art. 6º, inc. b), ley 23.187—, etcétera; y también si el damnificado es un tercero extraño al contrato entre abogado y cliente, aunque el perjuicio provenga de su ejecución, tal como ocurre verbigracia en los supuestos de embargo trabado por error contra un tercero o abusivo contra el propio demandado —art. 268, CPCCN—, o de pedido doloso o con culpa grave de una quiebra luego revocada por improcedente —art. 99, ley 24.522—, etcétera.

III. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

La tendencia doctrinaria dominante en la materia considera que son sólo cuatro tales elementos: un hecho que infringe un deber jurídico o conducta impuesto por el ordenamiento jurídico —antijuridicidad o ilicitud—, que además provoca un daño a otro; la relación de causalidad entre aquel hecho y el daño, mencionados supra; y un factor de atribución de la responsabilidad⁵. Y siendo la responsabilidad del abogado un mere apartado o capítulo especial dentro de la temática genérica de la responsabilidad civil, va de supyo que para su configuración se requiere igualmente la concurrencia de esos mismos presupuestos⁶; lo que se pasan a considerar a continuación.

⁵ En la doctrina nacional: Alterini, A. A. - Arnes, O. J. - López Cabeza, R. M., *op. cit.*, pág. 158, nos. 371 y pág. 689, nos. 1681; Bonda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. II, 8ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 236, nos. 1309; Bustamante Alana, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, *cit.*, pág. 108, nos. 170; Remalajar de Carluzzi, Aida, en *Código Civil y Leyes Complementarias*, Comentada, Anadido y Clasificado, de Belluscio, Augusto C. - Zanoni, Eduardo A. (coord.), T. 5, Astrea, Buenos Aires, 1984, págs. 27 y sigs., art. 1967, § 1; idem, "Doctos...", *cit.*, J.A., 1990-III-707 y sigs., nos. II y sigs., *cit.*; Llanéras, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. III, Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 1242; Trigo Represas, Félix A., *Responsabilidad Civil del Abogado*, *cit.*, págs. 51 y sigs., § 10-et; Vázquez Ferreyra, Roberto A., *Responsabilidad por Daños (Elementos)*, Depalma, Buenos Aires, 1993, págs. 111 y sigs., nos. 9. En el extranjero: Alessandrí Rodríguez, Arturo, *Teoría de las Obligaciones*, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1934, pág. 129, nos. 80; Arriaga, Juan J., *Culpa Aquiliana. Lecciones del Curso de Derecho Civil*, Montevideo, Escuela Nac. de Artes y Oficios, 1914, pág. 18; Hademann, J. W., *Derecho de las Obligaciones*, trad. de Jaime Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 512, nos. 63; Pezzano Fajó, Jorge, *Responsabilidad Extracontractual*, Tormis, Bagdad, 1979, pág. 213, nos. 126; Santos Briz, Jaime, *La Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Montecorvo, Madrid, 1977, págs. 23 y sigs., nos. I et c.

⁶ CNCiv., Sala II, 13-III-1986, "Rissotto c/C., D.A.", semanario de J.A., nos. 6056 del 24-X-1987 (J.A., 1987-III), pág. 67 y sigs., con nota de Trigo Represas, Félix A., "La responsabilidad civil del abogado por dejar prescribir una acción", págs. 62 y sigs.

1) Antijuridicidad

La antijuridicidad o ilicitud consiste en un obrar contrario a Derecho: la conducta que contraviene deberes impuestos por el ordenamiento jurídico. Cuando la responsabilidad civil es contractual, la antijuridicidad resulta de la transgresión de obligaciones pactadas en un convenio previamente concluido entre el letrado y su cliente, que tiene fuerza de ley para ellos —art. 1197, Cód. Civ.— e integra por lo tanto el ordenamiento jurídico, aunque su obligatoriedad esté circunscripta a sólo las partes contratantes. Tratándose en cambio de responsabilidad extracontractual, la antijuridicidad se configura por la violación de la ley en sentido material, y en particular de las normas de los artículos 1068 y siguientes, 1074 y siguientes, 1109 y siguientes y concordantes del Código Civil.

Pero sin perjuicio de lo que antecede, la ilicitud puede producirse también por infracción a específicas normas relativas al ejercicio de la profesión de abogado, como ser, entre otras: el patrocinio y defensa del cliente, obrando con lealtad, probidad y buena fe profesional —art. 6º, inc. e), ley 23.187—¹. Tal deber comporta también: el de no abandonar intempestivamente la intervención en el juicio —art. 50, Cód. Proc. Civil Com. de la Nación y de la Pcia. de Bs. As.—, y el de no patrocinar o asesorar simultánea o sucesivamente a ambas litigantes en un mismo pleito o aceptar la defensa de una parte si ya hubiese asesorado a la otra —art. 10, inc. a), ley 23.187 y 61, inc. 2º, ley 5177, pcia. de Buenos Aires—; como asimismo el de no asegurar el éxito en los juicios —Regla 24-a de las Normas de Ética de la Federación Argentina de Colegios de Abogados y 27 de las Normas de la Provincia de Buenos Aires, que tiene fuerza legal por virtud de lo dispuesto en el art. 25, inc. 8º de la ley 5177—, siendo en su virtud que se sancionó a un abogado que hacía publicidad asegurando el cobro del 100% de capital, intereses y costas². Como también, ya en función de apoderado, a: interponer los recursos pertinentes contra toda sentencia adversa, concurrir al tribunal los días de notificaciones en la Oficina o Secretaría, suscribir y presentar los escritos necesarios, asistir a las audiencias judiciales, y en general activar el procedimiento —arts. 11, ley 10.996 y 59, inc. 8º y 90, ley 5177, pcia. de Buenos Aires; etc.—.

2) Relación de causalidad

Igualmente constituye un requisito ineludible de la responsabilidad civil, la existencia de una vinculación causal "adecuada" entre el proce-

¹ CNCiv., Sala I, 15-VI-1996, "Carabajal o Fronteras", L.L., 1996-A-15.

² CNFEd. Cont.-Adm., Sala IV, 25-06-1987, L.L., 1987-E-004.

der del profesional y el perjuicio sufrido por el damnificado, de forma tal que el abogado no sería responsable pese a la incuria incurrida, si el perjuicio igualmente se habría producido; tal como sucede por ejemplo si pese a no haberse contestado una demanda, la condenación del cliente era de todas formas inevitable, atento que él mismo era deudor de lo reclamado y ello estaba suficientemente acreditado.

Pero en el caso del abogado el problema resulta mucho más complejo, atento que el *factum* sindicado como dañoso es un hecho científico o técnico, "*cuyo dominio pertenece al profesional y no al cliente... El abogado es quien diseña la estrategia jurídica del caso que presenta o defiende, conoce las opiniones doctrinales y tendencias jurisprudenciales... El cliente del profesional es —normalmente— un ignorante del campo científico, técnico..., en que se mueve su cocontratante*"⁹².

En general se acepta que la prueba de la existencia de una relación causal adecuada entre la conducta del abogado y el daño, queda a cargo del damnificado⁹³. Pero ello no es así en los casos de las llamadas "presunciones de causalidad", en los que es en cambio el sindicado como presunto responsable, quien debe demostrar la inexistencia del vínculo causal para poder eludir tal responsabilidad, es decir acreditar que el daño provino de otra causa ajena con relación a él: un caso fortuito, el hecho de un tercero extraño, el comportamiento de la propia víctima; por cuanto entonces no existirá responsabilidad en razón de no mediar una relación de causalidad adecuada entre el hecho en sí y el perjuicio sufrido por el damnificado⁹⁴. Esto último es lo que sucede en distintos casos de responsabilidad "objetiva" y en las denominadas "obligaciones de resultado", que a veces son asumidas por los abogados, las que encajan sin duda dentro del marco conceptual de aquel tipo de responsabilidad⁹⁵.

⁹² Parellada, Carlos A., *Daños en la Actividad Judicial e Informativa desde la Responsabilidad Profesional*, Astrea, Buenos Aires, 1990, pág. 93, § 27 y nota 57.

⁹³ En Argentina: Bueres, Alberto J., *Responsabilidad Civil de los Citicistas y Esteblecimientos Médicos*, Abaco, Buenos Aires, 1981, pág. 223, ara. 41-3; Bustamante Alzina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, cit., pág. 519, ara. 1290; Goldenberg, Isidoro H., *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984, págs. 223 y sigs., § 61; Koenigsmaier de Castorri, A., "Daños...", J.A., 1993-III, pág. 721, ara. IV-1, cit.; Trigo Represas, Félix A., *Responsabilidad Civil del Abogado*, cit., pág. 137, § 34. En el extranjero: Inquierto Tolosa, Mariano, *La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal*, Ranz, Madrid, 1969, pág. 333, ara. 99-3.

⁹⁴ Goldenberg, I. H., op. cit., pág. 227, § 60; Orgaz, Alfredo, *La Culpa Meroa Nihilistae*, Lerner, Buenos Aires, 1970, pág. 163, ara. 58 y pág. 163, ara. 60; Stiglitz, Gabriel A., *La Responsabilidad Civil Nueva Ficticia y Propietaria*, La Ley, Buenos Aires, 1984, pág. 9, ara. 4.

⁹⁵ Bueres, Alberto J., *Responsabilidad Civil del Escribano*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984, págs. 55 y sigs., § 16; id., *El Acto Fictio*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, págs. 54 y sigs. y nota 75; id., "Responsabilidad contractual objetiva", J.A., 1989-II-977, ara. VI-C y pág. 978, ara. VII-4 y 7; Geramdi, Daro Mariano, *Responsabilidad Civil*.

Va de suyo que establecer cuándo se produce el fraccionamiento de un nexo causal, constituye una cuestión de hecho a dilucidarse en cada caso planteado. Aunque cabe aceptar *a priori* que media interrupción del nexo causal, cuando el cliente abandona a su primer abogado y se confía a otro profesional, "habida cuenta de que la estrategia profesional del caso puede no haber sido suficientemente comprendida por el colega que continúa la causa"¹².

3) El factor de atribución de la responsabilidad

a) Introducción

A los fines de toda responsabilidad civil, es asimismo necesaria la concurrencia de un factor de atribución de la misma, subjetivo u objetivo, que la ley repunte apto o idóneo para sindicar en cada caso quién habrá de ser el sujeto responsable.

La responsabilidad del abogado lo es por su hecho propio o personal, razón por la cual el factor de atribución ha de ser, en principio, subjetivo: la imputabilidad por culpa, o en su caso por dolo, del agente del daño. O sea que es necesario que el autor material del perjuicio causado (*imputatio facti*), pueda además ser tenido como culpable del mismo (*imputatio iuris*). Y para ello resulta imprescindible que el accionar del agente haya sido "voluntario", es decir realizado con discernimiento, intención y libertad —arts. 897 *in fine* y 900, Cód. Civ.—, y a la vez que hubiese sido "dolosa" (intencional) o al menos "culpable", tal determinación voluntaria.

Nuestro Código Civil contiene en su artículo 512 una impecable definición de la culpa que ha merecido unánimes elogios de la doctrina: la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Se puede decir entonces que existe culpa cuando por negligencia, descuido, falta de precaución o imprudencia, no se obró como habría debido hacerse, provocándose un daño; pero sin que mediase ningún propó-

Factores Objetivos de Atribución. Relación de Causalidad. Ghersi-Carozza, Buenos Aires, 1987, pág. 41, nra. V; Kornblum de Carlucci, Aida, Código Civil., cit., T. 5, pág. 538, § 60; Lorenzetti, Ricardo Luis, "Responsabilidad objetiva contractual", J.A., 1989-II-894 y sigs., en especial págs. 899 y sigs., nra. V; Merello, Augusto M., "Responsabilidad aquiliana o contractual", J.A., 1988-V-124; Stiglitz, Gabriel A., Daños y Perjuicios, Buenos Aires, La Rocca, 1987, págs. 37 y sigs., nra. 3-bi; Trigo Represas, Félix A., "La responsabilidad civil del Abogado en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", L.L., 1989-B-671; Massad-Tanz, op. cit., T. 1, Vol. I, pág. 104, nra. 90-2 y págs. 213 y sigs., nos. 121 y sigs.

¹² Parrella de, Deiros., cit., pág. 103, § 217-dt; Trigo Represas, F., Responsabilidad Civil del Abogado, cit., pág. 125, § 24.

sito deliberado en tal sentido por parte del agente. O sea que la culpa viene a caracterizarse por dos notas igualmente negativas: está ausente o falta la voluntad o intención de perjudicar, pero igualmente media omisión, por cuanto no se adoptan (*fallan*), las diligencias adecuadas para evitar la producción del daño.

La culpa a su turno puede presentarse bajo distintas formas. Como *negligencia*, que es en verdad lo específicamente contemplado en la mencionada definición del artículo 512 del Código Civil, la que consiste en la omisión de cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso; es decir: *no se hace o se hace menos de lo debido*. Como *imprudencia*, cuando por el contrario se obra precipitadamente, sin prever cabalmente las consecuencias que podían derivarse de ese obrar irreflexivo: *se hace lo que no se debe, o en todo caso más de lo debido*¹⁴. Y, específicamente con relación a los profesionales, como *impericia* o desconocimiento de las reglas y métodos propios de la profesión de que se trate, ya que, según se dijera, todos los profesionales deben poseer los conocimientos teóricos y prácticos pertinentes y obrar con previsión y diligencia con ajuste a los mismos.

Ahora bien, cuando se trata de apreciar la culpa profesional, no se puede ocurrir sin más ni más al modelo del *buenos pater familias*, o sea del hombre prudente y diligente término medio; sino que muy por el contrario será necesario recurrir al arquetipo del "buen profesional" de que se trate. Y, así como se exige de los deudores comunes que pongan en el cumplimiento de sus obligaciones "todos los cuidados de un buen padre de familia", cabrá pretender del deudor "profesional" que ponga en el cumplimiento de la suya "todos los cuidados de un buen profesional de su especialidad"¹⁵; ya que no puede compararse con el hombre medio prudente y diligente a quien se desempeña como abogado, y como tal posee, sin duda, conocimientos o aptitudes superiores a las del común denominador de la gente¹⁶. O sea que para apreciar si ha mediado o no culpa del

¹⁴ Alterini, Attilio A. *Responsabilidad Civil. Límites de la Reparación Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, págs. 94 y sigs., nro. 103; Alterini, A. A. - Amal, O. J. - López Cabana, R. M., *op. cit.*, pag. 183, nro. 439; Liambias, J. J., *op. cit.*, T. III, págs. 696 y sigs., nro. 3275; Masot Barriagán, J., *op. cit.*, T. I, págs. 69 y sigs., nro. 28.

¹⁵ Massad - Taux, *op. cit.*, T. I, vol. II, pág. 129, nro. 486 y pág. 438, nro. 705; Derogée, René, *Traité des Obligations en Général*, T. III, Arthur Rousseau, Paris, 1928, pag. 428 y sigs., nro. 256; Flaminí - Ripert - Ersmén, *op. cit.*, T. VI, págs. 528 y sigs., nro. 379; CNFed, Sala I, Civ. y Com., 27-X-1970, "Villachi o Instituto Servicios Sociales Baccarini", L.L., 143-873 (24.856-S); Cám. Civ., Com. y Minería San Juan, Sala I, 31-VIII-1969, "Allende de Galvani o L. A. A.", D.J., 1994-1-362.

¹⁶ Flaminí - Ripert - Ersmén, *op. cit.*, T. VI, pág. 716, nro. 513; Sales, Anselmo E., *Código Civil y Leyes Complementarias Anotadas*, T. I, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1971, pág. 361, art. 513, nro. 5.

letrado, habrá que comparar su comportamiento con el que habría tenido un profesional prudente, munido del bagaje científico que era dable exigir, en las mismas circunstancias; teniendo en cuenta que el error de orden científico no es constitutivo de culpa si resulta excusable¹⁷. Así en un caso concreto se decidió que si existe jurisprudencia vinculante respecto de plazos de caducidad para la promoción del proceso contencioso administrativo, su desconocimiento por el letrado importa culpa y compromete su responsabilidad, y que entonces el abogado desconoce el derecho que profesa y practica, da consejos a la ligera sin el conocimiento previo del asunto y el estudio del derecho que lo rige, y no advierte a su cliente de los peligros de una situación en la que puede verse envuelto, todo lo cual no puede menos que ser calificado como negligencia¹⁸. Y también se ha resuelto que el profesional que ejerce la abogacía debe adecuar su actuación al derecho vigente y esencialmente a los principios de lealtad, buena fe y probidad procesal, y que existe negligencia de parte del letrado que plantea un incidente de nulidad que intentaba anular todo un procedimiento prácticamente agotado, sin haber examinado debidamente la documentación que acompañara y los títulos dominiales antes agregados por la actora, lo que "le hubiera permitido advertir la falta de razón de su patrocinado y evitar así incurrir en el error que ahora invoca, el cual no era excusable, por su condición de técnico del derecho"¹⁹.

En este sentido, nuestro régimen general de la responsabilidad civil aporta directivas que complementan y deben ser interpretadas armónicamente con las del precitado artículo 512 del Código Civil, tales como las del artículo 902, que establece mayor responsabilidad cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas²⁰, y para el ámbito contractual solamente, la del artículo 909, que establece que en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes, es decir en los contratos *intuitu personae* a los que aluden los artículos 626 y 730 del Código Civil, el grado de responsabilidad se habrá de estimar por la condición especial de las partes. En efecto, el adiestramiento específico que exige la condición de "profesional", comporta un especial

¹⁷ Cám. Civ. Com. y Minería San Juan, Sala I, 31-VIII-1993, "Alfonso de Galvani c/ L.A., A.", J.A., 1994-I-455 y D.J., 1994-I-363.

¹⁸ Fallo citado en este precedente.

¹⁹ Cám. Civ. Com. San Martín, Sala II, 9-IV-1996, "Raimundo c/ Tobocem S.R.L.", L.L., 1996-866, folio 1919.

²⁰ Altarini - Arrial - López Cabana, op. cit., pág. 767, nro. 1843; Bustamante Alsina, Jorge, "Responsabilidad civil de los resultados en el ejercicio de un profesión", L.L., 1975-C, pág. 45, nro. II y en Responsabilidad Civil y otros Estudios, Abogado Parrot, Buenos Aires, 1984, pág. 448, nro. II; Roxasina, L. op. cit., T. II, pág. 1518, CMCv., Sala G, 6-VI-1983, "Dominguez c/ Jakko", E.D., 107-171; Trib. Ética Forense, 3-III-1983, "G., V.A.", L.L., 1984-A-314, J.A., 1984-I-83 y E.D., 105-660.

deber de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas en los términos del artículo 902 del Código Civil²¹; y en lo atinente al artículo 909 del mismo Código resulta obvio que la competencia extensible, a veces declarada, de ciertos profesionales: especialistas, profesores, etcétera, justifica una exigencia mayor a su respecto que con relación a los profesionales comunes, en tanto y cuanto tales condiciones han sido tenidas en cuenta y gravitadas en la celebración del respectivo contrato²².

Además en ello habrá de influir, siempre, el contenido de la prestación a cargo del letrado, según sean las por él asumidas obligaciones de medios o de resultado.

b) El distingo entre obligaciones de medios y de fines

En el caso de los abogados, la obligación que los mismos suelen asumir en general es de medios, dado que no se pueden comprometer a ganar un juicio o litigio, sino únicamente a poner de su parte todos sus conocimientos, aptitud, empeño y dedicación en procura del resultado esperado pero no asegurado²³. No obstante también pueden obligarse a un resultado, tal como sucede por ejemplo, si el abogado se compromete a redactar un contrato o un estatuto societario, o a realizar una partición, etcétera; considerándose en general que el abogado se encuentra asimismo obligado a una prestación de este tipo, con relación a los actos procesales de su específica incumbencia²⁴, tales como: suscribir y presentar los escritos pertinentes, concurrir a secretaría al menos los días asignados para "notificaciones en la oficina", asistir a las audiencias que se

²¹ Alberini - Ansel - López Cabana, op. cit., págs. 767 y sigs., nro. 1844.

²² Colombo, Leonardo A., *Culpa Aquiliana (Cuasidelictos)*, 3ª ed., Teo, Buenos Aires, 1947, págs. 269 y sigs., nro. 93-7; CNCiv., Sala G, 8-VI-1983, "Dominguez c/ Gallo", E.D., 167-170; ídem, Sala H, 13-III-1998, "Bassola c/C., D.A.", semanario de J.A., nro. 6058, del 24-IX-1997 (J.A., 1997-III), pag. 57; Trib. Etica Forense, 3-III-1983, "G., V.A.", L.L., 1284-A-314, J.A., 1984-I-49 y E.D., 105-668; Cam. Civ. 1ª Cap. Fed., 30-VI-1938, "García González c/Sanson", J.A., 62-102 y L.L., 11-125.

²³ CNCiv., Sala H, 13-III-1998, "Bassola c/C., D.A.", semanario de J.A., nro. 6058, del 24-X-1997 (J.A., 1997-III), pag. 57; Cám. Civ. Com. y Minora San Juan, Sala 1ª, 31-VIII-1998, "Allende vda. de Cabana c/Lerpe Arrendatari", J.A., 1894-I-455 y D.J., 1894-1-382.

²⁴ Alberini - Ansel - López Cabana, op. cit., págs. 771, nro. 1853; Bonasi Benucci, Eduardo, *La Responsabilidad Civil*, trad. de Juan V. Fuentes Lejo y José Peré Rabey, Barcelona, Bosch, 1958, pag. 313, nro. 94; Bustamante Albina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, cit., págs. 503 y sigs., nro. 1294 y sigs.; Trigo Represas, F., *La Responsabilidad Civil del Abogado*, cit., págs. 184 y sigs., § 25-B12; CNCiv., Sala D, 15-V-1962, "Pedraza Ltda. S.A. c/ Palacios", L.L., 107-15, J.A., 1962-II-29 y E.D., 3-312; ídem, Sala E, 28-XII-1991, "Pabreiro de Materas c/Nostro", L.L., 1233-A-64; ídem, Sala F, 27-VII-1976, "Pedro Bachellet S.A. c/P., M.E.", J.A., 1977-I-755; ídem Sala H, 13-III-1998, "Bassola c/C., D.A.", semanario de J.A., nro. 6058, del 24-IX-1997 (J.A., 1997-III), pag. 57; Cám. 1ª Civ. Com. San Isidro, Sala I, 26-XII-1991, "A. y P., R. c/A.G.", J.A., 1993-III-118.

celebren, interponer los recursos legales contra toda sentencia adversa a su parte y, en general, impulsar el procedimiento en la forma de ley —arts. 11, ley 10.996 y 59, inc. 8° y 90, ley 5177 de la pcia. de Buenos Aires—.

c) La responsabilidad objetiva del abogado

Ha de insistirse que en las obligaciones de *finis*, según ya se anticipara, el factor de atribución de la responsabilidad deviene objetivo; razón por la cual en estos casos se tiene al profesional por responsable de los daños que se deriven de la frustración del resultado, sin necesidad de la prueba de su culpa²⁵. O sea que la acreditación de la circunstancia objetiva de la no obtención del resultado perseguido *desplaza a la culpa*, no porque no exista, sino porque en las obligaciones de "finis" la misma carece de interés y queda fuera de la cuestión, en razón de que la prestación tenía por meta un objetivo determinado concreto²⁶.

d) Responsabilidad del abogado por culpa

El incumplimiento no se configura por la sola circunstancia de la no obtención del fin esperado, cuando la obligación asumida por el abogado es de medios y sólo se ha comprometido de su parte a una prestación idónea de sus servicios profesionales —emplear todos sus conocimientos, diligencia, pericia y prudencia— en procura de un resultado favorable, cuya obtención no puede, sin embargo, garantizar —v. gr. ganar un pleito o lograr la absolución de su defendido en una causa penal, etc.—. Por ello es que en estos casos quien pretenda del abogado una indemnización, deberá demostrar que la frustración del éxito esperado acaeció por "culpa" del profesional, porque, por ejemplo, actuó descuidadamente en el estudio de la causa, articulando defensas impropias, infundadas o

²⁵ Anderson, op. cit., pág. 481, nro. 3-c; Alberici - Arceál - López Cabrera, op. cit., pág. 771, nro. 1863; Basso Benazzi, op. cit., pág. 313, nro. 34; Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, cit., págs. 503 y sigs., nros. 1335 a 1338; Karmelrajer de Carlacci, "Daños...", cit., J.A., 1993-III-715, nro. III-c Trigo Raposo, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, cit., pág. 146, § 24-B.2; CNCiv., Sala F., 27-VII-1974, "Pedro Basbella S.A. c/P. M.E.", J.A., 1977-I-755; idem, Sala H., 13-III-1986, "Rissola c/C. D.A.", comentario de J.A., nro. 4068, del 24-IX-1997 (J.A., 1997-III), pág. 57; SCBA, 1°-III-1943, "Torres", L.L., 1943-B-646, E.D., 104-467 y D.F.B.A., 124-317.

²⁶ Buenos, *Responsabilidad Civil de los Chirinos...*, cit., págs. 156 y sigs., § 30; id., *Responsabilidad Civil de los Médicos*, T. 2, 2° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1994, págs. 83 y sigs., § 50, nros. 3 y 4; Bustamante Alsina, Jorge, "La prueba de la culpa", L.L., 93-889 y sigs. y en *Responsabilidad Civil y otros Estudios*, Abelardo Ferrat, Buenos Aires, 1984, págs. 430 y sigs., nros. 24 a 27; Viqueza Ferreras, "Responsabilidad...", cit., J.A., 1989-III-983 y sigs., nro. V y pág. 935, nro. VIII; id., "La responsabilidad contractual objetiva", L.L. 1988-B-1001, nro. V y pág. 1023, nro. 5-VII y VIII.

absurdas, o por no haber tenido conocimiento de lo que un profesional de su jerarquía habría debido y pedido saber³⁷, o sea, actuó con negligencia, imprudencia, impericia y/o desidia.

Por lo demás, aun sin acudir al distingo entre obligaciones de medios y de resultado, buena parte de nuestra doctrina entendió que cuando el abogado actuaba patrocinando a su cliente o ejerciendo la dirección letrada del juicio, la responsabilidad no podía tenerse por configurada por la mera circunstancia de no haber prosperado en la litis la pretensión de su parte, siempre que la postura técnica asumida tuviese razonable apoyatura en alguna de las fuentes del derecho vigente; de forma que sólo se compromete la responsabilidad del profesional cuando el fracaso obedece a una actuación negligente o a errores jurídicos inexcusables³⁸.

Sin embargo, hoy se admite en general con relación a la prueba de la culpa, que rige el principio de las "cargas probatorias dinámicas", con andamento en lo dispuesto por el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el artículo 375 de su similar de la provincia de Buenos Aires³⁹, conforme al cual el onus probandi habrá de recaer sobre quien se encuentre en mejores condiciones para probar, *a priori* precisamente los propios profesionales cuando se trata de su responsabilidad civil⁴⁰.

³⁷ Andorno, *op. cit.*, págs. 479 y sigs., nro. 3-8; Bonasi Bruschi, *op. cit.*, pág. 313, nro. 84; Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, cit., pág. 504, nros. 1339 y sigs.; CMCiv., Sala D, 8-V-1986, "Manserv. Cap. o/Es", J.R., L.L., 1986-D-333 y E.D. 119-623; ídem, Sala C, 8-X-1986, "Huiz o/Carce", L.L., 1987-C-212; id., 22-XII-1977, "Matras", L.L., 1979-A-585; Sala D, 13-XII-1978, "Fernández o/Nicossa", E.D. 87-137; id., 4-V-1979, "Minauzi de García Huergo o/Alameda Acamburo", L.L., 1979-D-21 y E.D. 88-520; Sala E, 23-X-1976, "Narsedin o/Raconino de Salum", E.D. 72-669, L.L., 1977-D-768 y D.J.R.A., 124-317.

³⁸ Aguilar, *op. cit.*, T. II, pág. 421, nro. 63 bis-1; De Gámpari, Luis - Morello, Augusto M., *Tratado de Derecho Civil*, T. IV, Tom. Buenos Aires, 1984, págs. 489 y sigs., nro. 1873-b; Palacios, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, T. III, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1976, págs. 185 y sigs., nro. 343-a; Podetti, J. Ramiro, *Tratado de los Actos Procesales*, Ediar, Buenos Aires, 1955, págs. 89 y sigs., nro. 23; Salvat - Acuña Anzorrena, *op. cit.*, T. IV, págs. 323 y sigs., nro. 2900 y nota 14-a.

³⁹ Morello, Augusto M., "La responsabilidad civil de los profesionales liberales y la prueba de la culpa (a propósito del art. 1825 del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial)", L.L., 1986-E-889 y sigs.

⁴⁰ Kermelmaier de Carlucci, "Datos...", cit., J.A., 1993-III-715, nro. III-a). Con relación a la responsabilidad civil de los médicos puede verse sobre el tema: voto de la Dra. Berda de Radelli en fallo de la CMCiv., Sala I, 25-X-1990, "Favillo o/Peñero", E.D. 141-595 y L.L., 1990-D-114; CMCiv., Sala D, con voto del Dr. Alberto J. Buenos en fallos del 24-V-1990, "Calzaverra o/Muniz. Cap. Fed.", L.L., 1991-D-489 y 8-VIII-1989, "Fernández Russo o/Hosp. Buenos Mejía", J.A., 1990-II-1969 y L.L., 1990-E-416; y con voto del Dr. Salgado en fallo del 13-V-1990, "Sica o/Entel", L.L., 1992-D-581, con nota coincidente de Jorge Bustamante Alsina, "Prueba de la culpa médica", L.L., 1992-D-582 y sig. nros. V y VI; Vázquez Freyreya, *Prueba de la Culpa Médica*, cit., págs. 106 y sigs., § 12. En la presentación nota, sostiene Bustamante Alsina que en el marco normativo del Cód. Proc. Civ. y

e) Las cuestiones de hecho y de derecho

En lo atinente a la culpa o negligencia del abogado, se ha formulado un distinción de trascendencia, entre las cuestiones de "hecho" y de "derecho".

Al letrado le corresponde la selección de los hechos, normas y desarrollos argumentativos, por lo que no puede limitarse simplemente a reproducir las circunstancias fácticas que le fueran expuestas por el cliente, sino que debe aprehenderlas y valorarlas a la luz de las preceptivas e instituciones jurídicas, para así escoger de entre todas ellas. *"Los hechos en base a los cuales 'constituird', 'organizard' el caso, preparard la prueba, desarrollard la teoría aplicable y elaborard la argumentación destinada a convencer a los jueces de la razón que asiste a su cliente"*²⁰. Por ello es que se ha decidido que la responsabilidad del abogado puede nacer aun antes de que exponga en un escrito judicial los hechos que le indique su cliente, ya que primero debe examinar y apreciar su verosimilitud, como también la viabilidad de la acción a deducir sobre la base de los mismos²¹, dado que los profesionales en derecho no son meros encausadores procesales de las pretensiones de sus clientes, sino expertos que deben advertirlos sobre la improcedencia de presentarse en los estrados judiciales cuando para ello sólo los guía una conducta teñida de mala fe, es inadmisibles que los abogados de quien ha litigado temeraria o maliciosamente puedan desligarse de responsabilidad por la promoción del proceso alegando que sólo acataron las directivas de su cliente, ya que era su obligación disuadir al mismo de su actitud y no embarcarlo en una aventura judicial condenada no sólo al fracaso sino también a la sanción²²; e igualmente que es responsable por la falta de claridad en la exposición de los hechos,

Com. y principios que informan la doctrina procesal, se puede exigir al médico una amplia colaboración en la elucidación de los hechos controvertidos, puesto que ambas partes deben actuar en el proceso con buena fe; y que el mérito probatorio de los elementos arrojados habrá de permitir al juez, al fallar, determinar las presunciones de culpa contra la parte que observó una conducta pasiva para demostrar su no culpa, cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo (usar probatorienus), que al accionante a su vez para probar la culpa de aquél.

²⁰ Anderos, op. cit., pág. 480, nro. 3-bi Cuest. Res. Julio C. "El buen abogado litigante", L.L., 1988-C-715 y sigs., nro. 11-d. En prolegio de la incumbencia profesional del abogado, el conocimiento cabal de los hechos en que se fundamenta el derecho e interés jurídico al que presta su asistencia jurídica (Cán. Civ. y Com. San Martín. Sala II, 9-IV-95, "Reimundo offRobresen S.R.L.", L.L., B.A., 1990, pág. 860, Salo 1510).

²¹ CNCiv., Sala B, 9-VI-1976, "Vredial S.C.A. offSestepa", E.D., 75-638, nro. 3, Cam. Trab. San Francisco, 27-III-1979, "Burgos offUnión Corcah S.R.L.", J.A., 1980-12-275.

²² CNCCom., Sala A, 14-VIII-1986, "Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. offFundación Centro Infantil para Rehabilitación Impedidos Neuromusculares Carmen Offredí", E.D., 167-565.

aunque hubiese repetido lo que le manifestara su cliente, si ello facilitó el triunfo de la otra parte²⁴.

Por el contrario, en punto a las cuestiones de "derecho" nuestra jurisprudencia ha entendido en general que no media responsabilidad del abogado en los casos de errores científicos, aun de haber sido controvertidas las teorías o interpretaciones hechas valer por él mismo en su argumentación; sosteniéndose que sólo existirá culpa profesional en los casos de impericia u olvido de las precauciones que la prudencia ordinaria prescribe, o de las reglas admitidas por todos como ciertas²⁵. Y ello es tanto más así, si se advierte lo complicada que puede llegar a ser la tarea de desentrañar el contenido de las normas jurídicas, máxime teniendo en cuenta "...que las leyes varían... en su sentido, sin cambiar en las palabras, por obra de la jurisprudencia interpretadora, que suele tener períodos vacilantes y oscilatorios, inclusive para consagrar las rectificaciones más opuestas y novedosas"²⁶, lo que es destacado acertadamente por Parellada proponiendo el siguiente ejemplo: "en 1973 un abogado podía dictaminar que era inconveniente iniciar un juicio para reclamar la diferencia entre los valores nominal y de cambio de la prestación dineraria abonada después de caído en mora (el deudor), pues se trataba de un tema sumamente discutible en derecho. No era una conducta culpable sino extremadamente prudente. La misma conducta a partir de 1976 aparece como negligente, en virtud de la evolución y modificación de los criterios dominantes en la materia²⁷. Pero, tampoco puede considerarse culpable la conducta de los profesionales que llevaron adelante los procesos que dieron la oportunidad de que la jurisprudencia evolucionara"²⁸.

Tratándose de errores de "derecho" en un litigio judicial, se ha señalado inclusive que sus consecuencias pueden no ser tan relevantes, atento

²⁴ CNCiv., Sala F, 27-XII-1959, "Piam o'Converti", L.L., 90-616 y J.A., 1960-II-29.

²⁵ CNCiv., Sala B, 9-V-1949, "Munari, Cap. o'Ed.R.", L.L., 1949-D-633 y E.D., 119-622; ídem, Sala C, 22-XII-1977, "Malvasi", L.L., 1978-A-685, ídem, Sala D, 4-V-1978, "Minuzzi de García Huergo o'Alfonso Arambasi", L.L., 1978-D-21 y E.D., 63-520; Cám. Civ. I°, 30-VI-1938, "García González o'Sonnet", L.L., 11-125 y J.A., 62-702.

²⁶ Méndez, Aníbal A., Abogado, Ejes, Buenos Aires, 1960, pág. 102.

²⁷ Alude a la recepción jurisprudencial de lo que se dice en llamar la "indexación" de las deudas dinerarias, en particular a partir del fallo de la CSJN del 23-IX-1976, in re "Vieytes de Fernández o'Fcia. de Buenos Aires" —L.L., 1976-D-341, J.A., 1976-IV-368 y E.D., 49-186—, y otras importantes pronunciamientos dictados luego en su consecuencia: el plenario de la CNCiv. Cap. Federal, del 9-IX-1977, in re "La Amistad o'Fierro" —L.L., 1977-D-1, J.A., 1977-IV-1 y E.D., 74-452—; plenario de la Cám. Nac. en lo Comercial, del 13-IV-1977, "C.N. Apet. Cam. o'desvalorización monetaria en caso de mora" —L.L., 1977-B-186, J.A., 1977-II-338 y E.D., 72-266—; fallo de la SCBA del 21-VI-1977, in re "Mas o'Noll" —E.D., 73-606, J.A., 1977-III-457 y D.J.B.A., 111-213—, etc.

²⁸ Parellada, Doctor..., cit., págs. 81 y sigs., § 26-a); ver CNCiv., Sala A, 26-II-1980, "Terras o'Larraguy", L.L., 1980-C-488.

que tales errores en cuanto al fundamento de la *litis* pueden quedar subsanados por aplicación del principio *in re curia novit*, en cuya virtud el juez puede elegir libremente la norma o normas que conceptualicen el caso sometido a su decisión, con prescindencia de la designación técnica que le hubiese podido dar la parte a la situación de hecho litigiosa³⁹.

f) Responsabilidad del abogado por dolo

Aunque mucho menos probable, también puede darse el caso de responsabilidad por "dolo" del abogado, en los supuestos de consejos dolosos o maliciosos dados por él mismo a su cliente, que puedan derivar en daños a terceros. Así, verbigracia, incurriría en este tipo de responsabilidad el profesional que aconseje deliberadamente a su cliente, pronto a iniciar un juicio de divorcio y disolución de sociedad conyugal, que "vacte" su hogar de muebles y bienes, como así la caja de valores bancaria, etcétera, y los esconda para que no puedan ser hallados e incluidos como parte del acervo conyugal a repartir; o quien sugiera formular una denuncia criminal contra un tercero para que éste no pueda comparecer en el momento que corresponda para cotizar en una licitación o remate, o participar en un concurso, etcétera.

Sobre el respecto se ha dicho que tal responsabilidad puede existir por aplicación de lo establecido en el artículo 1081 del Código Civil, que menciona entre los responsables solidarios de todo delito civil, a los *consejeros*, ya que, entendiéndose por tal a quien da su *paraver* o dictamen para hacer o no hacer algo, dentro de tal concepto puede encuadrarse perfectamente al abogado que dé un consejo doloso o malicioso, "por el cual, y siguiendo el mismo, el aconsejado realiza un acto que ocasiona un daño a la persona, a la honra o al patrimonio de un tercero", en cuyo supuesto "el profesional requerido... reviste la categoría de un verdadero instigador de la conducta asumida por el aconsejado"⁴⁰. Obviamente la prueba del "dolo" es a cargo de quien pretenda su existencia.

A mayor abundamiento, existen algunos supuestos concretos previstos legalmente, en los que de ordinario ha de haber mediado un consejo doloso, o al menos imprudente, por parte del abogado interviniente; tal como ocurre en los casos de: embargos abusivos —art. 208, Cód. Proc.

³⁹ Bustamante Ahuira, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, cit., págs. 325 y sigs., nro. 1345; De Gaspari - Morello, *op. cit.*, T. II, pág. 423, nro. 63 bis-11; Salvat - Acosta Anzorrena, *op. cit.*, T. IV, pág. 324, nro. 2989, nota 14-a).

⁴⁰ Basso, Carlos María, "Responsabilidad de los profesionales por consejos dolosos o imprudentes", *Cuadernos de Doctrina*, nro. 3, Colegio de Abogados del Epto. Judicial de Lomas de Zamora, 1981, pág. 47, letra g); Kesselmajer de Carluzzi, *op. cit.*, J.A., 1993-III-110, nro. III-b); Trigo Represas, F., *Responsabilidad Civil del Abogado*, cit., págs. 170 y sigs., letra c).

Civil y Com. de la Nación y de la Pcia. de Bs. As.—, petición con dolo o culpa grave de una quiebra después revocada —art. 89, ley 24.522—, o, en fin, en los casos de conducta maliciosa o temeraria asumida en el pleito por parte de quien luego lo pierde total o parcialmente —arts. 45, 561, 584, CPCCN y 45, 549 y 592, Cód. Proc. Civ. Com. Pcia. de Bs. As.—. Lo cual es así, dado que: "Al litigante, en la mayor parte de los casos no se le puede atribuir conciencia de la propia sustracción, porque la propia sustracción es, generalmente, una cuestión de derecho, y es precisamente el abogado quien en este aspecto le da consejo, lo asesora"⁴¹. Aunque se ha resuelto que en estos casos el *animus nocendi* debe ser manifiesto o notorio, por lo que se ha considerado inaplicable el precitado artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, si el consejo o procedimiento equivocado pudo obedecer a un *animus defendendi*⁴².

4) El daño

Un aspecto peculiar de la responsabilidad del abogado lo constituye la determinación del daño indemnizable, ya que si bien la frustración de un negocio jurídico debida a un deficiente asesoramiento, o la pérdida de un juicio por omisiones o errores imputables al abogado, configuran un daño cierto, lo real es que en estos casos la indemnización no puede consistir en el importe total de la operación no concretada o en el de la suma pretendida en la demanda desestimada, por tratarse de resultados que de todas formas eran inciertos y dependían de otras circunstancias ajenas al profesional, y por cuanto además ya nunca se podrá saber si en otras condiciones el negocio se habría o no concluido, o si hubiese o no sido favorable la sentencia judicial. Por ello es que el resarcimiento sólo puede consistir entonces en la pérdida de la *chance* o posibilidad de éxito, cuyo mayor o menor grado de probabilidad habrá de depender en cada caso de sus particulares circunstancias fácticas⁴³, que tiene precio por sí

⁴¹ Mizello, Augusto M. - Passi Lanza, Miguel A. - Sosa, Guillerme L. - Bericocco, Roberto G., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. I, Plénesse y Abelardo-Perrot, La Plata - Buenos Aires, 1970, pag. 462.

⁴² CNCiv., Sala D, 27-VI-1978, "Garrido de Piretti c/Miles", E.D., 81-718, *rem. an.*, 57.

⁴³ En Argentina: Acuña Anzorrena, Arturo, "Responsabilidad del procurador y del abogado por dejar permitir la instancia", en *Ensayos sobre la Responsabilidad Civil*, cit., págs. 218 a 222; Caizman, Pedro N., "Daño actual. Daño futuro. Daño eventual e hipotético. Pérdida de chance", en *Temas de Responsabilidad Civil en Honor al doctor Augusto M. Mizello*, Plénesse, La Plata, 1981, págs. 25 y sigs., *arcs.* 10 y sigs.; Colombo, Leonardo A., "Indemnización correspondiente a la pérdida de las probabilidades de éxito en una causa jurídica", L.L., 197-16 y sigs., *arcs.* 2 y sigs.; Karmalmajor de Carlucci, "Daños...", cit., J.A., 1983-III-323 y sigs., *arcs.* V-40, cit.; Ogna, Alfredo, *El Daño Resarcible*, 2ª ed., Bibliográfica Omega, Buenos Aires, 1980, págs. 96 y sigs., *arcs.* 24; Zannoni, Eduardo A., *El Daño en la Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Astron, Buenos Aires, 1987, págs. 74 y sigs., § 24; CNCiv., Sala E, 26-XII-1991, "Pantelón de Materba c/Ovato", L.L., 1992-A-64; *idem*, Sala H, 13-

misma, pero que nunca se identifica con el perjuicio económico perseguido en el juicio frustrado⁴⁴.

Así, si la expectativa fracasada era muy general y vaga, podría quizá no corresponder ninguna indemnización, por tratarse de un daño puramente eventual o hipotético, por lo que se han rechazado demandas de daños dirigidas contra abogados que no recurrieron una sentencia adversa, cuando su parte tenía muy pocas o ninguna posibilidad de triunfar en ese juicio⁴⁵, lo cual ocurre por ejemplo si actuaba como demandada y había reconocido el crédito que se le reclamaba y la procedencia del cobro intentado en su contra⁴⁶. Por el contrario puede suceder que la posibilidad sea bastante cierta o muy fundada, tal como ocurre cuando el demandado por daños resultantes de un accidente de tránsito ha sido condenado en sede penal, ya que entonces es prácticamente ineludible la sentencia civil favorable a la víctima, atento a la no discutibilidad del suceso y de la culpa de su autor en esta última sede, conforme a lo dispuesto por el artículo 1.102 del Código Civil⁴⁷.

Pero ante todo debe estar demostrada la efectiva pérdida de la chance, lo que obliga en primer lugar a acreditar la imposibilidad de promover nuevamente la misma acción, que en principio sería factible si la misma no se halla prescrita y no media cosa juzgada sobre el fondo de la cuestión litigiosa. Ya que si la litis fracasada puede volver a intentarse, estaríamos más bien frente a un daño emergente concreto, con relación al cual la indemnización no podría ir mucho más allá del importe de las costas devengadas en el juicio perdido⁴⁸.

III-1996, "Rianda c/C. D.A.", semanario de J.A., nro. 6096, del 24-IX-1997 (J.A., 1997-III), pág. 57; *id.*, Sala M, 18-III-1994, "Babilón c/Alvarez", L.L., 1995-D-75; Cám. Civ. Com. y Minería San Juan, Sala II, 2-IX-1992, "Quiroga c/Sánchez Bustos", J.A., 1994-I-198 y D.J., 1993-I-737. En el extranjero: De Aguiar Dias, José, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, cit., T. II, pág. 364, nota 1299; Maxaud-Tuzet, op. cit., T. I, Vol. I, págs. 307 y sigs., nro. 215; Pérez Vivas, Álvaro, *Tratado General de las Obligaciones*, T. II 2ª ed., Temis, Bogotá, 1952/53, págs. 283 y sigs., nro. 204; Savatier, René, *Traité de la Responsabilité Civile...*, cit., T. II, págs. 8 y sigs., nros. 465 y sigs., etc.

⁴⁴ Cám. Civ., Com. y Minería San Juan, Sala 2ª, 2-IX-1992, "De Quiroga c/Sánchez Bustos", J.A., 1994-I-198 y D.J., 1993-I-737.

⁴⁵ Fallo citado en nota precedente.

⁴⁶ CNCiv., Sala C, 21-XI-1978, "Administración Mariblan S.R.L. c/Pérez", E.D., 64-124; *id.*, Sala D, 4-V-1979, "Minuzzi de García Buzago c/Alameda Aramburu", L.L., 1979-D-21 y E.D., 83-320; *id.*, Sala F, 9-VI-1977, "Vases c/Lamas y Cia", L.L., 1978-D-666, Jura, Agrup. nro. 3353.

⁴⁷ Colombo, Leonardo A., "Indemnización...", cit., L.L., 103-28, nro. 5; Trigo Represas, *Responsabilidad Civil del Abogado*, cit., pág. 178, § 28; CNCiv., Sala E, 26-XII-1991, "Pérez de Malerba c/Notas", L.L., 1993-A-64.

⁴⁸ Colombo, "Indemnización...", cit., L.L., 103-17, nro. 4; Petrucci Fazio, op. cit., págs. 364 y sigs., nro. 305; Trigo Represas, *Responsabilidad Civil del Abogado*, cit., págs. 178 y sigs., § 28; Zanoni, *El Dolo en la Responsabilidad Civil*, cit., págs. 78 y sigs., § 24; CNCiv., Sala G, 7-VII-1987, "Berger c/Cohen", L.L., 1988-A-346.

**EL ARTE DE JUZGAR
Y LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ
EN RELACIÓN A LAS CLÁUSULAS ABIERTAS ***

JORGE MOSSER ITURRASPE

El título insinuado es harto sugerente.

"El arte de juzgar..." implica una toma de posición en el debate, antiguo y arduo, acerca del rol judicial; si antes se aludía a la "boca del juez que repite las palabras de la ley" —Montesquieu— y ahora mencionamos ese quehacer como un "arte", significa que hemos pasado del "mecanicismo" a la "creación"; de un personaje "repetidor" a otro "artista de lo justo y de lo equitativo". Mucho nos congratulamos que así sea. En palabras de Carnelutti, el juez debe ocupar el centro del escenario jurídico y no los lugares secundarios a los que había sido relegado. Desconfiamos de la crítica fuerte y generalizada sobre los jueces, los nuestros y los de otras latitudes. Nos parece que, detrás de estas críticas, aflora la preocupación por hacer retroceder al Estado, incluso en la labor de brindar la "justicia institucionalizada", reemplazándola por los "medios alternativos".

Esa actividad judicial, calificada con acierto como "arte", viene a cubrir una doble faceta, ajena por completo a la concepción del juez como una simple "máquina de subvención". De un lado, la labor judicial es "creadora de Derecho", en cuanto que integra el ordenamiento jurídico, salvando sus lagunas y contemplando el negocio, y dando así cumplimiento al deber de juzgar que a los tribunales imponen las leyes. Y, por otra parte, posibilita "pronunciar" el Derecho, cumpliendo con la función de aplicación y realización del mismo.

Ahora bien, ¿qué sentido tiene hablar de la "discrecionalidad del juez"? ¿Significa tan sólo aludir al "sano juicio", a la "sensatez", en el cum-

* Con motivo del "Encuentro" de juristas italianos y argentinos - Mendoza, 16 de octubre de 1997.

plimiento de esas labores? Sabemos que el "positivismo", particularmente el de Hart, cuando afirma que los jueces poseen discreción, ubica la voz "discreción" —al decir de Dworkin— en "un contexto de autoridad" y le acuerda dos sentidos: uno débil y otro fuerte. En el sentido "fuerte", que es el que nos interesa, los positivistas afirman que los principios no son obligatorios, vale decir que no proveen al juez de razones justificatorias dotadas de autoridad. Cuando no hay normas o éstas son insuficientes, casos difíciles, los jueces no están sometidos a *standard* obligatorio alguno.

Nosotros no compartimos semejante criterio y, muy por el contrario, pensamos, con Dworkin, en el derecho americano, que los principios son obligatorios y que, por ende, el Derecho se halla compuesto de normas y principios y una teoría del Derecho que deje afuera los principios es parcial e incompleta.

De donde, la "discrecionalidad" mencionada tiene, para nosotros, el sentido de arbitrio o criterio judicial, y no posibilita la exclusión de los principios. En las *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil* —septiembre 1997—, la Comisión número 3, destinada a estudiar la "autonomía de la voluntad", recomendó que en una futura reforma del Código Civil se incluya un Título Preliminar que dé cabida a los "principios generales".

Empero, la inclusión de los principios generales entre las "fuentes del Derecho" no significa desconocer que, en punto a interpretación, muestran un carácter diferente, particularidades que no se dan respecto de las normas legales y de las consuetudinarias. Los "principios" no proporcionan soluciones por simple "aplicación" a los supuestos de hecho —como ha señalado muy bien Puig Brutau— y lo que ofrecen es un punto de apoyo o de partida de un razonamiento que tenga en cuenta los hechos de cada litigio para llegar a una solución que responda a la justicia que proclama el principio general.

Las "cláusulas abiertas" —y llegamos así al centro de nuestra exposición—, no son otras que las "cláusulas generales" o "normas abiertas", que se encuentran en el ordenamiento jurídico y no en los negocios particulares. Las normas abiertas configuran un precepto abarcativo, una estructura de tipo que comprende, con gran generalidad, un determinado campo de hechos a los que alimenta. La ley alemana sobre condiciones negociadas generales de 1976/77 (AGB-Gesetz) incorpora, en su parágrafo 9, la norma abierta sobre buena fe, como herramienta jurídica del control de contenido.

Ocurre que esta "apertura" de las normas o de los principios sólo proporciona al juez una orientación general, señalándole hechos, conceptos o criterios que no quedan determinados en sus notas particulares, para que aquél los investigue y valore en cada caso concreto. Bobbio menciona "un vacío dentro de una norma", o una laguna técnica *intra legem*, cuando la ley o el principio, reiteramos, se limita a dar directivas de carácter general y deja al intérprete la tarea de complementación al aplicar la norma o el principio al caso concreto.

¿Dónde se encuentra hoy el eje del debate en orden a la labor judicial? No dudamos en responder, atentos a la injerencia de la "economía de mercado" en la regulación de los contratos, que se halla en torno a la nulidad parcial de los contratos con condiciones generales ineficaces, por violación a normas imperativas. La "lógica del mercado", el "dejar hacer", por una parte, y el retroceso del ordenamiento del Estado, suplantado por el "orden espontáneo" —procesos de privatización, desregulación y flexibilidad—, se "escandalizan" frente al quihacer de un juez que no sólo declara la nulidad parcial del contrato —muchas veces con invocación de un "orden público" y una "moral social" que la economía "no entiende"—, sino que pretende, además, "integrar el contrato", sustituyendo la cláusula anulada.

La pregunta es ahora: ¿la discrecionalidad en el arte de juzgar se compatibiliza con la integración de un contrato por "vía judicial"? ¿No se cometería un exceso, por violación a la autonomía de la voluntad, a la libertad negocial, principio con base constitucional?

El artículo 37, última parte, de la ley 24.240 dispone: "Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario".

¿Cuándo será necesario o conveniente y cuándo no lo será?

Recordemos que las "normas abiertas", que dan pie a la direccionalidad judicial, son las de los incisos a y b, del artículo 37: a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones y limiten la responsabilidad por daños, y b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.

Y tengamos en cuenta, así mismo, la norma del artículo 1039 del Código Civil, que, partiendo del principio de "separabilidad", consagra la regla de la incomunicabilidad de la nulidad, que se corresponde con el principio de conservación del negocio. Se trata, sin lugar a dudas, de dos decisiones graves que ponen a prueba la discreción judicial: una, menos grave, la de anular la cláusula contraria al derecho imperativo; otra, más grave, la de integrar el contrato, sustituyendo la cláusula separable. Hay aquí una indudable tarea interpretativa e integrativa, de complementación, que debe atenderse a la intención práctica perseguida por quienes declaran su voluntad en el acto jurídico.

Sin embargo, no es una cuestión enteramente novedosa, ni para el derecho argentino ni para el italiano. Tenemos presente la revisión del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente, que procura, al decir de Morello, "desgravar la posición del deudor", recomponer el sentido de la relación contractual, y, en nuestra expresión, "la vuelta al relativo equilibrio originario". El rol del juez en ese proceso de revisión —art. 1198, Cód. Civ.— se juzgó muy importante: decide de acuerdo con su buen sentido y *lógos* de lo razonable, como director del proceso de revisión, la razonable recomposición mediante una valoración discrecional, en vista de la entidad total del contrato. Píno, en la doctrina italiana, recuerda que

ése es el criterio de una corriente doctrinaria, de menor eco en la jurisprudencia: el juez está legitimado para producir un fenómeno de sustitución, en sentido técnico, con los alcances de modificar la relación contractual; una actividad negocial, a cargo del juez, similar a la que generó la relación; el ajuste lo produce, por lo tanto, sobre un plano económico, libre de vínculos jurídicos, actuando según criterios contingentes.

Treinta años después el tema de la revisión judicial, ahora en los contratos de consumo, especialmente, y frente a una negociación sobre la base de condiciones generales predispuestas, más propias de un capitalismo monopolístico u oligopólico que de un capitalismo de competencia, reaparece. La autonomía de la voluntad se muestra como una fórmula vacía si no se integra con una paridad socioeconómica. La nulidad parcial se fundamenta en la necesidad de proteger al adherente frente a las consecuencias negativas que tendría para él la nulidad total del contrato. No está basada en la voluntad presumible de las partes.

Frente a esta integración o interpretación integradora se levanta el temor a la denominada "desproporcionalidad en la intervención estatal". Se teme que el intervencionismo judicial se vuelva "dirigista" y responda a criterios propios, divorciados de los plasmados en el negocio.

Y de allí que, como una garantía de la discreción judicial, en el difícil arte de "recomponer el negocio", se propugne que "la integración se base en los propios acuerdos ineficaces", reducidos en la medida necesaria para preservar la supremacía de la norma imperativa infringida. Este expediente suele denominarse: "reducibilidad del negocio o reducción conservadora de la validez". No habremos de hacernos eco del debate acerca de si existe diferencia práctica o dogmática entre la reducción y la nulidad parcial de una cláusula, tema que ha ocupado largamente a la doctrina alemana. Importante en cuanto un sector de la doctrina otorga al juez la posibilidad de corregir el contenido del contrato, solamente con base en "reducciones", rebajas o reconducciones para adoptar la cláusula impugnada a la ley, pero le niega la posibilidad cuando la corrección se hace a partir de una nulidad parcial.

Más acá de semejantes disquisiciones —distingo entre "cláusulas excesivas" y "cláusulas indiferenciadas", entre "alternatividad acumulativa" y "alternatividad exclusiva"— conviene señalar, liminarmente, y en seguimiento de la doctrina especializada, que la "reducción", como técnica de aplicación de la integración del contrato, no puede ser utilizada, sin más, para resolver cualquier tipo de contradicción entre un pacto contractual y una norma imperativa, sino que su aplicación depende de que al hacerlo se conjuguen adecuadamente los principios de la primacía de la regulación imperativa y de respeto a la autonomía privada.

Y, precisamente, un ámbito en el cual la aplicación de la técnica ha sido seriamente cuestionada es el de la contratación sobre la base de condiciones generales predispuestas. Justamente porque no cualquier

condición general es susceptible de reducción; más aún, diríamos que la mayoría de ellas no son susceptibles de técnica semejante. Pensemos en las cláusulas a) y b), del artículo 37: ¿cómo "reducir" las desnaturalizaciones de las obligaciones o las limitaciones de responsabilidad? ¿Cómo reducir las renunciaciones o restricciones de los derechos del consumidor? Más que reducir, como consecuencia de la nulidad, parece procedente "dejar de lado", excluir u omitir cláusulas semejantes. O bien sustituirlas.

No debemos olvidar que la reducción plantea otros problemas conexos, como los relativos al quantum de esa reducción, y, además, convierte a los tribunales en "procuradores" de los predisponentes, atribuyéndoles una tarea que no es la suya; no es tarea de los tribunales de justicia encontrar la configuración de las condiciones generales —abusivas o excesivas— que dentro de lo admisible legalmente favorezca más al predisponente.

Para el derecho argentino resultaron muy importantes —y en buena medida precursoras— las "recomendaciones" de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en La Plata, en 1981, en cuanto declararon que: "D. Las condiciones generales (abusivas) no derogan los efectos normales o naturales de los contratos típicos, consagrados por normas dispositivas". Ese derecho dispositivo ofrece un camino a la integración justa más razonable que la técnica antes aludida. La doctrina mayoritaria precisa que "la reducción conduce a resultados diferentes a los que lleva la aplicación del derecho dispositivo". Por derecho dispositivo debe entenderse la regulación general de los contratos, las normas generales sobre obligaciones y la regulación específica sobre contratos típicos. De allí su importancia en el tema que nos ocupa, como "régimen sustitutivo de las condiciones generales".

Sin embargo, la doctrina moderna, particularmente la alemana, trata de determinar los supuestos en que es lícito prescindir del derecho dispositivo como fuente primaria de integración, porque existen datos en el contrato concreto que indican que no se corresponde con las expectativas normativas de las partes. Quede claro que se alude a las partes, a ambas, y que estamos frente a contratos por adhesión a condiciones generales predispuestas, con una "voluntad fuerte", la del predisponente, y otra "voluntad débil", la del adherente. De donde esos "datos" no serán fáciles de encontrar ni de interpretación sencilla. Recuérdese que partimos de una "nulidad parcial" por incompatibilidad con el orden jurídico imperativo...

Y, finalmente, encontramos en la buena fe, básicamente objetiva, y en los deberes que ella engendra, con base en su poder jurígeno, el principio o norma abierta, por su indeterminación esencial, fundamental para conciliar el arte de juzgar con la necesaria discreción. La actuación de la buena fe como criterio integrador se realiza a través de la creación

de especiales deberes de conducta, exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella, al decir de Díez-Picazo.

Nos parece, para concluir, que así deben pensar "los jueces que piensan", conscientes de cumplir en el arte de juzgar una "función creadora", al decir de Mauro Cappelletti, no divorciada de las virtudes de prudencia y equidad.

Creemos en el "desarrollo judicial del Derecho", en el llamado "derecho judicial", sea que se aplique el "método del legislador" para desarrollar el Derecho dispositivo, sea que se opte por el método casuístico, frente a supuestos atípicos, estableciendo una regulación adaptada a las peculiaridades del caso.

El pensamiento del Profesor Guido Alpa, relator por Italia del tema propuesto, aparece muy bien expresado en su trabajo sobre "I valori nel diritto contrattuale", publicado en *Rivista Critica del Diritto Privato*, septiembre de 1990, páginas 661 y subsiguientes; allí expresa que el control sobre el contenido del contrato es una realidad presente en los días actuales, que se hace notar incluso en Inglaterra, "una de las rocas fuertes del principio de libertad contractual", donde asume cada vez mayor prestigio la técnica de la construcción sobre el fundamento de la buena fe, que sirve a una interpretación integradora e incide directamente sobre la libertad negocial. Ello ocurre frente a la oposición de los "voluntaristas" que quieren reducir su intervención y aceptarla apenas para la integración del contrato "de acuerdo con aquello que fuera propuesto por las partes". Pero no ocurre así: la utilización de la cláusula de buena fe implica la creación de una norma "para el caso", conforme con los datos objetivos que ella misma ofrece, atendiendo a la realidad social y económica en que el contrato opera, aunque por esa vía salga del "círculo de la voluntad".

LA RESPONSABILIDAD FRENTE AL DERECHO PERSONALÍSIMO DE LOS DATOS PERSONALES

SANTOS CIPUENTES

I. LOS REGISTROS INFORMÁTICOS

Vale la pena insistir sobre el porqué de la actual preocupación en tutelar los datos personales, en una cruzada de los pensadores que todavía no arraiga en el legislador ni en la jurisprudencia de nuestro país, no obstante que esa tutela es *in receptum* en otros Estados y regiones, así como en convenciones, acuerdos y tratados. Quizá pueda decirse que la llamada "globalización" con sus polos regionales, que abarca no solamente el flujo y reflujo de capitales, de intercambios financieros, transferencias y emprendimientos comerciales, las políticas económicas fiscales y mercantiles, sino también la transmisión de informaciones y de datos, muchos de los cuales son de las personas, sus cualidades y proyectos de vida y, desde ya, de sus patrimonios, desnuda un aspecto del ser en el que se pone en veremos la dignidad como valor sustancial y los derechos que de ella provienen¹. El bienvenido —por ser una herramienta del progreso en el conocimiento— *internet*, es la muestra irrecusable de esa "globalización" de la noticia, al que seguramente seguirán otros adelantos puestos también al servicio de la información. Vale decir que las informaciones y los datos se han vuelto, enhorabuena, de todos y para todos, pero entonces debemos fortalecer dicha dignidad humana frente a la expansión informativa que está en condiciones de jaquearla, hasta el extremo de poner a disposición de la persona toda clase de herramientas jurídicas, procesales y

¹ Sobre este tema de la dignidad humana como valor que da fundamento a los derechos personalísimos, me he expresado en "Derecho personalísimo a los datos personales", L.L., 1987-B-1323, trabajo al que me remito.

sustanciales que prevengan y restañen, si es necesario, los perjuicios ocasionados en el uso de tales medios.

¿Por qué antes de la informática semejante reacción defensiva no había aparecido en los anales de los derechos en juego con la peripaciencia y alarma de esta hora? Registros hubo desde hace tiempo en el mundo del papel, el cartón, la ficha y los libros. Errores y comunicaciones fuera de lugar también los hubo. Inscripciones antojadizas, perniciosas, de datos íntimos y que hoy se llaman "sensibles", sin control especial salvo los comunes resguardos que no trascendían, fueron de siempre y de todos los días. Los registros civiles, los prontuarios policiales, las historias clínicas, los libros de los dispensarios, sanatorios, morgues y neuropsiquiátricos, de las parroquias, de los registros de propiedad, los protocolos notariales, el ordenamiento de las entradas de las demandas en tribunales de primera y de segunda instancia, los archivos de los expedientes judiciales, las fichas crediticias y bancarias, guardaban los mismos datos que hoy nos alarma que estén en las memorias computarizadas, datos que a la postre se refieren a la persona en sus múltiples actos, estados, circunstancias y situaciones. Piénsese en dichos archivos judiciales, en donde se guardaban y se guardan, desde la más abstracta información sumaria u objetiva acción ejecutiva, hasta los muy sensibles conflictos de familia, la investigación de los delitos contra las personas, etcétera, etcétera. Entonces... ¿por qué ahora y hace apenas pocos años no?

Esta pregunta permite hacer algún tipo de comparaciones. Así, antes de la fotografía, ese invento de finales del siglo xix, nadie se preocupó por el amparo especial de la imagen de la persona. Había dibujantes, retratistas, caricaturistas, hasta imprenteros gráficos que bien podían manipular la imagen ajena y actores que la imitaban y recreaban en el teatro. Fue necesario captar la peligrosidad de la impresión automática, rápida y fidelísima producida por la máquina fotográfica para que apareciera el "derecho a la imagen" y toda la discusión que en su entorno se produjo, desde la polémica sobre su naturaleza jurídica, derechos del fotógrafo y del fotografiado, hasta los medios de protección admisibles.

Lo mismo ocurrió con la vida privada. La diaria difusión masiva de los periódicos de noticias, puso en la mesa de las elocubraciones, de Brandeis en adelante, la construcción del "right of privacy" o "derecho a la privacidad", que es nuestro "derecho a la intimidad", no obstante que vida privada siempre existió y la intrusión fue posible desde que el hombre es hombre. Naturalmente que esto después se hizo más que evidente con el cinematógrafo, la radio y la televisión. Y aparece últimamente a la vera de aquellos dos derechos que pueden decirse, junto con el del honor, ya clásicos, el "derecho a la identidad", para tutelar a través de la acción del afectado, no solo dichas manifestaciones de la persona, sino también la del perfil verídico, subjetivamente verídico, de la personalidad política, religiosa, profesional, filosófica, familiar, etcétera, de cada uno.

La informática con sus bases de datos abre un panorama y ensancha una brecha que no es la de la imagen, la intimidad, la identidad. No sólo se trata de la transmisión masiva de aquellos datos, sino de la celeridad por segundos en su recolección; la formación de un todo interrelacionado, en el sentido de que una persona puede estar virtualmente presentada al unirse la integridad de sus datos, que antes se asentaban dispersamente en inconectados registros distanciados por su incomunicación entre sí; prefigurar al ser humano al reunir de una sola vez sus sentimientos, figura y circunstancias personales y económicas, mostrándolo en forma instantánea aquí y en muchos lugares; abarcar los tres tiempos sin mayores problemas, es decir el pasado, el fugaz presente y el posible futuro; perpetuar en todos los ámbitos con el silicio de las computadoras datos verídicos y erróneos, creados por la sola fantasía y reales. La creación de la realidad virtual de los hombres y de los grupos, atendiendo a sus gustos, dolencias, inclinaciones, hábitos, puede ser devastadora, cierta, mentas y erróneas, instrumento de un sojuzgamiento como antecesa de la esclavitud.

No voy a repetir todas las combinaciones y peligros que esas bases de datos puedan representar para las personas. Me remito a lecciones que otras publicaciones nos han dado y en donde pueden encontrarse². Pero me parece de primera línea resaltar que ciclicamente y a medida que se avanza en la ciencia, surgen peligros que tienen aristas propias y que nos llevan a emplear a fondo nuestra imaginación para enfrentarlos, sin recurrir al simple e inútil propósito de tratar de suprimir esos avances, de evitarlos o de desmerecerlos en lo que realmente valen.

II. LA BASE DE DATOS PERSONALES, UN DERECHO PERSONALÍSIMO PROPIO Y NUEVO

La recordación que antecede acerca de la imagen, la intimidad e identidad, me pone en la necesidad de explicarme.

Dentro de la bibliografía jurídica de los derechos que comúnmente se llaman de la personalidad o personalísimos, se ha dejado de hablar de

² Pavlinda, Carlos A., *Datos en la Actividad Judicial e Informativa desde la Responsabilidad Profesional*, Astrea, Buenos Aires, 1990, pág. 257; Borda, Alejandro, "Responsabilidad extrac contractual por datos informáticos en las Jornadas en Homenaje a Jorge Bustamante Alena", F.D., 129-906; Lasserre de Hané, María Eugenia, "La intrusión a la intimidad a través de la informática", J.A., 1989-II-916; Aron de Glirberg, Gloria H., "Intrusión a la intimidad a través de la informática y los medios masivos de comunicación", L.L., Actualidad, 23-KI-1989; Rubincovich-Berkman, Ricardo, *Cuestiones Actuales en Derecho Personalísimo*, Dunken, Buenos Aires, 1997, págs. 135, 163 y otros; mis artículos en L.L., 1995-E-293 y 1997-E-1323, entre muchos otros trabajos y ponencias.

un "derecho general de la personalidad", figura que era cara a la teoría alemana de la primera época de la Constitución de Alemania Federal de 1949³, desde la cual habrían de desgajarse diversas facultades del individuo estrechamente vinculadas con su cuerpo y espíritu. Casi sin disidencias se consideran ahora los plurales derechos subjetivos privados personalísimos (dejo de lado los "derechos humanos" que representan una generalización, dentro de la cual puede ubicarse la especie de los personalísimos), clasificados y enunciados no de un modo cerrado y taxativo, sino como manifestaciones de las personas que dan cabida a otras, a medida que se vayan presentando las condiciones de su reconocimiento⁴. Junto con Ricardo Rabinovich-Berkman pensamos que le ha llegado el turno a los datos personales⁵. Que se levanta aquí un nuevo derecho dentro del área de la integridad espiritual, enraizado según aquél en el artículo 18 de la Constitución en cuanto protege a los escritos privados, y, por mi parte, como derecho no enunciado (art. 33) que deriva del valor dignidad.

Reúne este derecho los caracteres de los personalísimos, por ser innato, inherente, necesario, esencial, privado, vitalicio, de objeto interior, relativamente disponible y autónomo. Este último aspecto de su estructura me lleva a diferenciarlo de los ya admitidos y que suelen estar muy cerca unos de otros en la esfera del espíritu.

Derecho innato porque desde el comienzo de la existencia y por el solo hecho de empezar a ser, los datos en nuestras sociedades gregarias se hacen presentes (así el dato filiatorio, los resultados de las ecografías, historias clínicas durante el embarazo en las maternidades, las impresiones plantares, las inscripciones sanatoriales y después las de los registros). **Inherente** porque por su ligazón con el individuo son elementos propios de la persona e intransmisibles por herencia. **Necesario** pues debido al carácter social del ser humano, que bien se ha dicho que es un ente existencial y coexistencial (Fernández Sessarego), no pueden faltar esos datos desde el principio y en casi todas las etapas de su vida. **Esencial y privado** por su importancia y su raíz individual que atañen principalmente al individuo, aun cuando estén en juego intereses públicos en muchos de ellos. **Vitalicio** al transcurrir el conjunto durante la vida, aunque después de la muerte queden efectos de proyección (eso ocurre

³ Concepto que enseñaba incluso Larsen, Karl, "El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1963, pág. 14, y *Derecho Civil. Parte General*, págs. 157, 274 y sigs.

⁴ Sobre la pluralidad de derechos de esta índole ver Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la Identidad Personal*, Astres, Buenos Aires, 1992, pág. 27.

⁵ Rabinovich-Berkman, R., op. cit., págs. 135 y sigs. y Cifuentes, S., "Derecho...". cit., t. I., 1997-D-1323.

con el honor, la imagen, la identidad). De objeto inferior, debido a que los datos, como la imagen, aunque se instalen afuera y se inscriban exteriormente, se relacionan con el sujeto y son sobre el sí mismo, no con carácter de alteridad con otros y frente a otros. Relativamente disponibles al no poder disponerse más que en ajustada medida y algunos aspectos de los datos, modificando el individuo sólo parcialmente su destino. Así por ejemplo renunciando a defenderse de ciertas publicidades o admitiendo el dato erróneo sin protesta, por cuanto si sólo está afectado su interés sería renuncia parcial válida. No puede confundirse con el derecho a la imagen, por cuanto con éste se protege la captación y difusión de la figura individual y sus manifestaciones representativas (incluida la voz). Los datos personales no sólo nuclea muchas otras manifestaciones que no son la imagen, sino que debe protegerse, además de la reserva, la exactitud frente al dato inexacto, captado y expandido intencional o erróneamente. En el fondo puede decirse metafóricamente que es una imagen diversificada, compleja y unitaria de la persona que encierra también lo íntimo y la identidad del sujeto. Se faculta al titular a impedir o no su difusión, y también a reclamar el resarcimiento por la publicación y comunicación no consentida, aunque fuera mera información privada y de persona a persona, especialmente la de los datos sensibles y que están en el área de la confidencialidad, haya o no veracidad en esos datos a desactivar la registración innecesaria no querida y, en ciertos casos, tiene que aceptar la inscripción en registros públicos (no públicos para la publicación en masa, pero sí públicos para lo específicos del conocimiento a interesados directos), pero que no se altere la finalidad de su creación dañando a la persona, ni se publiquen fuera de lo que marca la ley; el bien de la imagen no puede ser ignorado por el titular desde que lo tiene en sí y ante sí, mientras que los datos pueden estar archivados sin que aquél se entere y, entonces, debe poder acceder a la base para conocerlos y controlarlos.

La privacidad no es el único aspecto de la protección frente a la informática. Hay datos no íntimos que deben ser protegidos. Puede también haber falsedad en la base de datos y el amparo requiere que se corrijan, que se saneen esas registraciones. La vida privada se construye con verdades propias que se quieren guardar frente a terceros. La base de datos puede tener verdades o mentiras y, en todo caso, nace el derecho del titular, por ejemplo, si están guardados sin su consentimiento, sea en registros públicos o privados. La intimidad no se actualiza ni requiere que se lo haga, mientras que las bases de datos deben actualizarse para evitar que el pasado, ya sin efecto frente a la actual personalidad del sujeto, reviva y se convierta en un presunto hecho actual dañoso o bien engañoso. Hay pues distancia entre estos dos derechos, por cuanto captan diferentes facetas personales.

En lo que hace al derecho a la identidad, éste se presenta frente a la tergiversación, la falsedad y la desnaturalización. La publicación de la iden-

tividad real no lesiona ese derecho, a diferencia de la difusión de la imagen no consentida que ofende aunque sea la verdadera y real imagen de la persona. Los datos pueden ser ciertos, pero como la imagen y la privacidad, deben poder tutelarse muchas veces por la inconsulta e ilegítima difusión, especialmente de los que son sensibles. Si hay datos que ya no deben estar en la base, que se los cancele y se impida toda comunicación al exterior.

La conformación, pues, de los elementos que caracterizan los datos personales no tiene similitudes con cualquiera de esos otros derechos personalísimos. Y tampoco son iguales las defensas y reclamos. No se olvide lo dicho acerca de que la base de datos puede implicar no sólo el aspecto de la persona, sino la personalidad unitaria, íntegra y virtual, dado que basta el entrecruzamiento del conjunto de datos de una persona para construir lo que es, sea por sus negocios, familia, salud y proyecciones individuales y sociales.

Finalmente, si la Constitución en el artículo 43 ha creado la defensa procesal de *habeas data*, es porque en la sustancia de lo amparado se avizora un derecho del individuo que mueve a considerarlo en especial. El *habeas corpus* ampara la libertad corporal; el *habeas data* los datos personales como entidad específica que se quiere particularmente, y lejos de toda mezcla, resguardar. En el traslado de lo adjetivo de la norma, aparece la sustancia de un derecho nuevo, hoy universalmente considerado como digno de tutela.

III. UTILIDAD PRÁCTICA DE LA NUEVA FIGURA

Si se admite que en la entretela íntima del *habeas data* se perfigura con sus elementos la estructura de un ser protegible, formando parte de los derechos personalísimos no expresamente enunciados pero que se fundamentan en el valor de la dignidad humana, y se comprende que no es posible confundir esa entidad sustancial con las otras ya consagradas por la teoría primero, la práctica después y la norma finalmente, habrá que sostener que no sólo el amparo del *habeas data*, medida procesal limitada y cercada por pautas muy estrechas, es arma legítima para salir en defensa de los datos de la persona. Ese ente jurídico ligado a ella encarnadamente desde que la representa en su matriz virtual, puede ofenderse con el manejo y almacenamiento de lo más entrañable del ser mismo, por lo que debe gozar el titular de todos los medios de defensa y sanción posterior, a la par de los otros derechos subjetivos personalísimos.

En este sentido ha de abrirse el abanico de los medios procesales y sustanciales, ya sea a través del acotado *habeas data* o de otras medidas precautorias que anuncian un juicio de conocimiento posterior, pudiendo acudirse a las acciones de cese o abstención, a las inhibitorias comunes, y

bien a las acciones resarcitorias correspondientes cuando se ha producido el daño.

Así, pongo por caso, que si la jurisprudencia rechaza el amparo específico del hábeas data frente a la difusión de datos patrimoniales u obligacionales que, con verdadero afán de lucro, una persona vende y por medio de tal comercio produce daños de cualquier tipo o carácter, la acción pertinente debe estar abierta adjetivamente, más allá del artículo 43 de la Constitución y de la interpretación retaceante de la jurisprudencia, tal como hasta la fecha se ha dado respecto del hábeas data.

Debe pensarse legítimamente que con los datos personales se proyecta toda la gama de medidas tutelares, como las que se tienen con el honor, la imagen, la intimidad y la identidad. Pero respecto de aquéllos, si se han cumplido las exigencias que la Constitución impone, según repite, esa interpretación retaceante que personalmente no acompaña⁶, hay que convenir que se agrega un medio nuevo de defensa y protección sustentado en el artículo 43 de la Constitución.

El artículo 43 agrega, no suprime. El artículo 43 es una medida rápida y expeditiva que no inhibe al interesado para proponer que se tomen otras de diferente factura pero que son comunes a los derechos personalísimos, bastando que se comprueben los elementos comunes de las responsabilidades respecto del resarcimiento. Dado que se trata de una actividad riesgosa, establecida la relación de causalidad, el factor de atribución es objetivo, aplicándose el artículo 1113 del Código Civil⁷. El daño puede ser material, o también y principalmente moral, al tratarse de un derecho extrapatrimonial. Para el cese y abstención se impone la prueba de la acción perturbadora del tercero y su negativa a restaurar el derecho violado; para la inhibición, las serias amenazas y la próxima consumación del daño. Inclusive sería del caso admitir las medidas cautelares que se adelantan a una acción reparadora, y hasta las innovativas o autosatistactivas si se cumplen las condiciones de estos remedios preventivos.

Desde luego que el afectado es el que elige el camino a seguir para la defensa de su derecho, defensa de la que no descarta la publicidad de la

⁶ Fallos de interpretación restrictiva que han rechazado el hábeas data: CNCiv., Sala C, 10-V-1996, J.A., 197-1-26, con nota de Palazzi, Pablo A., "El hábeas data y el derecho al olvido", *id.*, Sala M, 28-XI-1995, J.A., 1997-1-42; CNCCom., Sala C, 8-IX-1996, E.D., 173-88, con nota de Lorente, Javier Armando - Truffat, Eduardo Daniel, "El derecho a la exactitud de la información y el crédito", CNCiv., Sala A, 8-IX-1997, E.D., 174-680; CNCCom., Sala B, 4-VII-1997, L.L., 1997-F-772; CNCiv., Sala A, 8-IX-1997, L.L., 1998-B-3.

⁷ Parellada, C. A., *op. cit.*, pág. 257; Barón, A., *op. cit.*, pág. 326; Aguilón, María M. - Beragino, Juan C. - Mesa, Jorge A., "Responsabilidad civil por daños causados por el procesamiento electrónico de datos personales", J.A., 1991-3-879; Gianfelice, Mario C., "Responsabilidad civil emergente de la informática", L.L., 1987-D-1188; Stigitz, Gabriel A. - Stigitz, Rosana M., "Responsabilidad civil por daños derivados de la informática", L.L., 1987-E-785.

sentencia por analogía con el artículo 1071 bis del Código Civil, según sea pertinente para una verdadera reposición del derecho violado.

Por otra parte este reconocimiento del derecho personalísimo a los datos personales, a medida que se avanza en la intercomunicación, se va captando como una realidad indispensable. Debemos, pues, los estudiosos del Derecho avizorar de qué manera vamos a precavernos del avasallamiento. Y no parece desacertado poner el centro de la cuestión en la admisión de una figura proteccional que levante las barreras de la incompreensión presente, sobre todo estimando que el derecho de daños está centrado en la protección de las víctimas. Si hemos trasvasado las concepciones preferenciales del mundo de lo patrimonial al mundo de lo personal como meta del orden jurídico, he aquí un nuevo hito en ese entramado de preocupaciones actuales y venideras.

El Estado, por otra parte, debe actuar efectivamente. No sólo, en nuestro caso, está retrasado en la reglamentación del artículo 43 de la Constitución, lo que es de esperar se haga con amplitud de miras y no solamente atendiendo a intereses particulares y áridas posiciones lucrativas, sino que debería pensarse en poner límites o por lo menos reglas a las entidades que aglutinan y manejan los datos públicos y privados, haciendo de ese manejo un comercio peligrosísimo y avasallador. Se ha pensado, y acompaño la idea, que debiera haber un registro de bancos de datos, donde tendrían que inscribirse aquellas entidades públicas y privadas que almacenan datos personales de toda índole, como si se tratara de un banco de datos de los bancos de datos, con el fin de que las personas tengan un medio seguro de conocer en dónde y de qué modo están asentados sus registros, impidiendo que la gran dispersión de ellos dificulte la defensa de los derechos en el control y rescate de los que nos concierne⁸. Quizá la imagen de las novelas 1984 de Orwell y de *Un Mundo Feliz* de Aldous Huxley, entre otras expresiones literarias de la posible opresión de los que ejercen el poder sobre los humanos, nos muestren la necesidad de instrumentar medios de tal índole. Sería un modo de proteger la igualdad, pues se advierte una gran disparidad de situaciones entre los que poseen o tienen acceso al poder informático y los que se hallan marginados de su disfrute⁹.

En suma y conclusión, aun forzando la estructura clásica de las figuras conocidas, viene a ser legítimo arribar a metas de clara raigambre proteccional de este desvalido ser humano individual de la hora actual.

⁸ Rubinovitch-Berkman, R., op. cit., pág. 135.

⁹ Pérez Lajo, Antonio E., "Las generaciones de los derechos humanos", en "Diálogo con la jurisprudencia", *Revista de Crítica y Análisis Jurisprudencial*, año 1, no. 1, Gaceta Jurídica, Miraflores, 1995, Perú, pag. 378.

LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN LOS SERVICIOS DE SALUD

RICARDO LORENZETTI

Nuestro propósito es mostrar los cambios de paradigmas que se producen en relación a la precomprensión normativa de los servicios de salud. Recorreremos nuestro camino a través de problemas, o temas que son los que se constituyen en ejes alrededor de los cuales se produce la mutación. En primer lugar veremos el cambio de escenario en el debate, pasando de lo público-privado al eje ciudadano-prestador. Veremos entonces cómo el derecho constitucional aporta los derechos del ciudadano a la salud y su impacto en la regulación de los servicios, en especial, en los contratos. Luego esbozaremos los lineamientos que adquiere el sector a partir de los prestadores, con el surgimiento de las redes entrelazadas y sus particularidades. Seguidamente, la duración del vínculo en el tiempo, que es un elemento de radical importancia para la regulación, será motivo de análisis. *A posteriori*, consumidor de servicios será el protagonista, y estudiaremos las cláusulas abusivas. Finalmente, haremos un breve desarrollo sobre la responsabilidad civil.

I. LOS SERVICIOS DE SALUD EN LA PERSPECTIVA DEL CIUDADANO

En los últimos cincuenta años se ha discutido si el servicio de salud debe ser público o privado. Gran parte de este debate se ha centrado en el rol que corresponde a la empresa privada, y al tipo de bienes que pueden ser sometidos al mercado. Se trata de un problema de asignación de recursos y de derecho público, en el que están implicados la organización económica y de la salud.

La aparición de la figura del consumidor ha aportado un nuevo punto de vista: las expectativas que debe cumplir el servicio. De este modo, se estudia la relación jurídica entre el prestador, sea estatal o privado, y los

consumidores. A diferencia del enfoque anterior, se incluye aquí el derecho privado, la relación jurídica y los derechos y deberes implicados en ella.

Para completar nuestra perspectiva metodológica, debemos tener en cuenta que el derecho privado muestra una estrecha relación con la Constitución, lo que nos lleva a hablar de un derecho civil constitucional. Por ello, para estudiar el vínculo que se establece entre el paciente y el prestador de salud, debemos afirmar que no se trata sólo de una relación de derecho administrativo o meramente contractual, ya que la misma involucra el derecho a las prestaciones de salud, de rango constitucional.

No se trata sólo de un debate entre el sector público o privado, sino de la incorporación de la perspectiva del ciudadano común y sus expectativas y necesidades.

Siguiendo estos lineamientos comenzaremos mostrando los servicios de salud como una manera de satisfacer las demandas de los ciudadanos y en especial, su derecho a las prestaciones de salud.

II. EL CIUDADANO: EL DERECHO A LAS PRESTACIONES DE SALUD

I. Existencia de un derecho a las prestaciones de salud

Dentro del tratamiento normativo de la salud, podemos distinguir:

- las normas que tratan la salud como bien jurídico público, atinentes a la regulación de la salud pública.
- las normas que tratan la salud como bien jurídico privado, y que otorgan acciones preventivas e indemnizatorias frente a la lesión a la integridad física.
- las normas que tratan a la salud como principio jurídico y como valor, a los fines de ser utilizado como criterio de decisión en conflictos jurídico-privados.
- las normas que confieren al ciudadano un derecho a las prestaciones de salud.

Este último aspecto es el que se vincula con los servicios.

En Argentina, el derecho a las prestaciones de salud está reconocido en la Constitución, en la legislación infraconstitucional, en las leyes 23.660 y 23.661, que establecen el Sistema Nacional de Salud.

En Brasil, la Constitución establece dentro del Capítulo II referido a los derechos sociales, en su artículo 6º, el derecho a la salud. Luego, al tratar la seguridad social, se refiere a la salud como el derecho de todos y el deber del Estado, garantido mediante políticas sociales y económicas para reducir el riesgo de la enfermedad, con un acceso universal e igualitario (art. 196). El Código de Defensa del Consumidor prevé entre los derechos básicos, el referido a la salud (art. 6º, ley 8078). Conforme a

esas disposiciones se establece que la salud es un derecho y un deber, y que existe una garantía a través de las políticas sociales y económicas (art. 186, Const. Nac.).

De manera que podemos afirmar que existe un derecho a la salud de rango constitucional. Seguidamente estudiaremos en qué consiste.

2. Calificación del contenido del derecho

En el caso del derecho a las prestaciones de salud tenemos que:

- es un derecho de operatividad indirecta que produce en el Congreso de la Nación una obligación de garantizar el ejercicio "real" (art. 75).
- que el contenido de ese derecho es una pretensión procedimental para que el legislador organice un sistema de salud (pretensión jurídico-procedimental), con un grado de satisfacción mínimo.
- que se trata de servicios médicos (ley 23.661).

El derecho a las prestaciones de salud no confiere una pretensión relativa al otorgamiento de todas las prestaciones que un ciudadano necesita o desea (goce directo) sino la organización de un sistema de prestaciones. Es el legislador quien debe decidir el grado de satisfacción del derecho constitucional.

En este sentido, el legislador puede establecer un sistema público o privado, y dar a los ciudadanos la totalidad de las prestaciones que necesitan o hacerlo en forma limitada. Esta última es la solución adoptada en la mayoría de los ordenamientos, principalmente en los que tienen un sector privado.

El problema central es determinar si en este último caso hay un piso mínimo que debe garantizar. Siendo la salud un bien público y esencial para el desempeño del individuo en sociedad, habrá que fijar algunos mínimos.

En Argentina, el Estado ha creado el Sistema Nacional Integrado de Salud "a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país" (ley 23.661). Por ley 24.455 y su decreto reglamentario 580/85 se dispone que deben incorporarse como prestaciones mínimas obligatorias la cobertura de tratamientos médico, psicológico, farmacológico, de las personas infectadas por los retrovirus humanos, abarcando a los que padecen del virus HIV y programas de drogadicción. Finalmente, a través de la ley 24.754 se dispuso un mínimo de prestaciones obligatorias para las empresas de medicina prepaga.

Examinando estas normas tenemos que:

- Establece un derecho a las prestaciones de salud.
- Fija un límite a su ejercicio en relación a la calidad disponible (desarrollo progresivo en relación a los recursos).
- Otorga una garantía mínima al mismo tipo de prestación.

- Rigen los principios de justicia distributiva.
- De modo que hay que distinguir:
- El derecho fundamental a las prestaciones de salud.
 - El ejercicio de ese derecho.
 - La garantía otorgada.

Las garantías son mínimas porque se trata de asegurar a un grupo la provisión de un bien mediante la imposición general y para ello se busca un nivel de optimización entre la garantía y la carga que significa. Afectan a los terceros porque requieren la imposición de contribuciones, pero deben sujetarse al principio constitucional de igualdad en la imposición de las cargas públicas.

3. El principio igualitario en las garantías

En cuanto a la garantía, corresponde señalar que está calificada por el principio de igualdad para todos los ciudadanos que se encuentran en una misma categoría identificada por el legislador. El derecho a las prestaciones de salud debe ser igual para todos según lo dispone el artículo 1° de la ley 23.661, en tanto crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud "a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país", siendo uno de sus objetivos el otorgar prestaciones "igualitarias".

La ley establece que las prestaciones serán otorgadas de acuerdo a las modalidades de contratación (art. 27), razón por la cual puede haber distintos tipos de niveles de prestación. De hecho así sucede, puesto que lo propio del contrato es adjudicar recursos mediante las reglas del mercado.

El principio igualitario se manifiesta en el nivel de garantía mínima y en el acceso.

4. Aplicación de las garantías al contrato

En el contrato rige la justicia conmutativa, la correspondencia de las prestaciones, y no es posible dar a todos algo igualitario por la vía de los contratos que es, esencialmente diversa. El contrato opera dentro del mercado y las garantías sustantivas de bienes fundamentales son justamente excepciones.

En el caso del derecho a las prestaciones de salud, se registran casos en que la normativa contractual es modificada por aplicación de este derecho. Ello sucede cuando la negativa a dar prestaciones médicas pone en peligro la vida o la salud de la persona, es decir, cuando queda definido un conflicto entre un bien patrimonial y otro extrapatrimonial, con peligro de una afectación definitiva de este último.

En un caso fallado en Argentina² los actores demandan a Programa de Salud S.A. indicando que eran beneficiarios del sistema de medicina prepaga administrado por la demandada y que esta última dispuso la rescisión unilateral e intempestiva del contrato, con la consiguiente interrupción de la prestación. La determinación de la empresa habría sido tomada porque uno de los miembros del grupo familiar padecía de delicados problemas de salud.

El juez de primera instancia ordenó como medida cautelar innovativa que la demandada restableciera al paciente en su calidad de beneficiario de la cobertura. En la sentencia calificó que la rescisión era intempestiva, incausada y ponía al paciente en una situación delicada, ya que otras entidades de medicina prepaga le imponían un período de carencia para admitirlo, razón por la cual quedaba de hecho sin atención. El juez calificó a la cláusula como abusiva.

En la sentencia de primera instancia se rechaza la pretensión indemnizatoria del daño moral deducida por la actora, la que va en queja a la Cámara. En el tribunal de alzada se sostiene que la sola determinación de rescindir el contrato, con la consiguiente interrupción de la cobertura médica, pudo provocar en los actores un estado de angustia e incertidumbre, agravado por la circunstancia de que uno de ellos padecía de una enfermedad crónica. A ello cabe agregar que la comunicación se dirigió dos días antes y fue recibida el mismo día en que la empresa otorgaba efectos rescisorios a su acto.

La Cámara hace lugar a la pretensión de reparación del daño moral.

Se advierte con claridad que la decisión de receso unilateral que estaba autorizada contractualmente, es descalificada porque su uso pone en riesgo la vida de una persona, al privarla de prestaciones médicas.

III. LOS PRESTADORES: LAS REDES DE PRESTACIÓN

1. Multiplicidad de roles

Hay una multiplicidad de figuras que se deben distinguirse dentro del genéricamente denominado "prestador de servicios de salud":

- *Prestadores indirectos*: las obras sociales, la medicina prepaga, el seguro de salud, son empresas que recaudan el dinero que aportan los afiliados y luego contratan con la clínica que presta directamente el servicio. Si bien muchos de ellas son dueños de clínicas y prestan servicios médicos, lo propio y característico de estas formas organizativas, es el financiamiento y no la prestación médica.

² CNCam., Sala C., "H. M. y otros c/Programa de Salud S.A.", L.L., 30-X-1996.

- *Prestadores directos*: en estos casos, el objeto de la empresa es una obligación de hacer, consistente en la prestación de servicios médicos a terceros. Son los sanatorios y clínicas que prestan servicios a través de médicos que contratan.

- *Profesionales individuales asociados*: En este caso, se trata de prestadores directos ya que dan servicios a los pacientes. Sin embargo, normalmente, actúan dentro de la empresa médica: médicos dependientes, equipos médicos.

- *Empresas médicas especializadas*: algunas empresas médicas son subtipos, en tanto presentan algunas particularidades que no exhiben las demás. Tal es el caso de las que se dedican a la internación psiquiátrica, geriátrica, las que proveen medicamentos.

- *Redes de prestadores*: la organización compleja entre los modos de financiamiento y de prestación médica, funciona en forma de redes, que denominamos "redes contractuales conexas".

El problema, en el presente, es cuál es el vínculo que existe entre el contrato de asistencia médica directa y el que lo hace indirectamente a través del financiamiento, siendo estos últimos los denominados seguros de salud. A ellos se les aplica el régimen general de seguros decreto 73466, artículos 129-135. También para Orlando Gómez son seguros de salud, porque tienden a cubrir el riesgo de la dolencia, con pago de expensas hospitalarias y reembolsos de honorarios médicos², adoptando el mismo criterio de distinción.

Es aceptado entonces que hay prestadores directos e indirectos. Sin embargo, nuestro interés está puesto en señalar el fenómeno que surge de la interrelación de todos ellos y su funcionamiento en redes.

2. Las redes de prestación: vinculación entre contrato y sistema

Un sistema es un conjunto de partes interdependientes, de modo tal que una de ellas no puede existir plenamente sin el concurso de las otras. Cuando hay un "sistema de contratos" ocurre exactamente lo mismo, de modo que hay un problema de convivencia; son contratos distintos, pero no pueden convivir uno sin el otro; no funciona ninguno si el sistema funciona.

Así sucede en el sistema asegurativo, de modo que si se generaliza la falta de pago, o todos los asegurados misenan al contratar ocultando

² Lima Márquez, Claudia, "Abusividade das cláusulas nos contratos de seguro saúde: expectativas legítimas dos consumidores segundo o direito brasileiro", publ. en Congreso Internacional, *La Praxia y el Derecho en el Fin de Siglo*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1998, libro de ponencias.

³ Gómez, Orlando, "Seguro de Salud - regime jurídico", RDP, nro. 76, pág. 250.

enfermedades preexistentes, o todas sobreutilizan las prestaciones, se produce un descalabro. El incumplimiento de las obligaciones contractuales no se agota en sus efectos bilaterales, sino que es perceptible una repercusión en el sistema⁴.

El elemento que une a los grupos de contratos puede ser denominado como "conexidad" y sirve para imputar obligaciones de los miembros del sistema entre sí, y de todos ellos frente a los consumidores. Estas obligaciones no tienen su base en un contrato, sino en la conexidad.

No abundaremos en este tema, y mostraremos sólo un aspecto de la cuestión, referido a la causa sistemática. La causa del contrato hace referencia a un equilibrio entre las obligaciones reciprocas, la causa sistemática alude al fenómeno del equilibrio del sistema de contratos que integran la red.

Las uniones de contratos de este tipo, requieren de una interrelación económica y técnica que debe ser mantenida para su funcionamiento, conformándose el equilibrio objetivo que denominamos causa sistemática. Es incompatible con el mismo, que se impute a la empresa cargas excesivas, que luego volcará sobre los demás contratantes integrantes de la red, como también lo es que la empresa establezca cláusulas abusivas que desequilibren el sistema haciendo que sólo los consumidores soporten los riesgos.

Examinemos el caso tratado en el punto anterior, desde esta perspectiva. La parte actora había celebrado un contrato de medicina prepago. Normalmente transcurre un tiempo inicial de carencia de servicios que es costumbre en la actividad y durante el cual paga pero no recibe nada. Luego del mismo, es habitual que no se requieran grandes gastos al sistema prepago, porque los estudios que se hacen al contratar son bastante rigurosos y es raro que una persona muy enferma sea admitida, si no es a un precio mayor.

Lo cierto es que el solicitante del servicio tiene un tiempo prolongado en el que paga y no recibe servicios. Es el período de mayor rentabilidad de la empresa.

Luego de un tiempo, la persona se enferma. La tendencia se invierte, puesto que la empresa debe comenzar a gastar mucho más dinero del que recibe, por la cuota que va pagando el prestatario.

⁴ Hemos tratado estos temas en *Los Nuevos Fundamentos de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996; "Nuevas fronteras del abuso de derecho (situaciones jurídicas lesivas de libertades: Tutela del mercado y amparo)", L.L. 1995-E-583; "¿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)", L.L., 1995-E-1013; "Contratos modernos: conceptos modernos? Nuevas perspectivas de la teoría del tipo contractual mínimo. Problemas contractuales típicos. Finalidad supracontractual y conexidad", L.L. 1998-E-831.

Como puede advertirse claramente, las curvas de la utilidad marginal son inversas como sucede habitualmente en los contratos de duración.

La empresa percibe una masa de dinero aportada por un grupo, y sólo una parte de ellos gasta, de modo que si se mantiene este equilibrio, puede pagarle a los enfermos, soportar sus gastos y obtener una ganancia. El cálculo probabilístico es el que posibilita este funcionamiento.

El riesgo de la empresa reside en hacer bien o mal ese cálculo, en administrar mejor o peor, en el modo de selección de su cartera, en la diversificación de riesgos. La empresa puede disminuir esos riesgos o aumentarlos, según sea más o menos serbia, más o menos eficiente; lo que no puede hacer es trasladarlos.

Si la empresa no disminuye sus riesgos, sino que los traslada a los consumidores, afectará el equilibrio sistemático. Por ejemplo:

- si mantiene el contrato mientras el paciente paga y no gasta, pero si lo rescinde cuando el paciente se enferma, se rompe el equilibrio. Su deber es absorber estos gastos con las provisiones y con compensaciones con los otros adherentes.
- cuando con el transcurso de los años el paciente comienza a gastar más, la empresa no puede modificar las condiciones. Puede solucionar el problema contratando nuevos adherentes jóvenes que establezcan las compensaciones necesarias dentro del sistema.

Si frente a estas situaciones previsibles no puede reaccionar, es porque hizo mal sus cálculos y debe afrontar ese riesgo empresarial.

La empresa no puede obrar de modo que contradiga esta circularidad de efectos basados en el cálculo probabilístico.

IV. EL TIEMPO: LOS CONTRATOS DE LARGA DURACIÓN

1. *El problema de los contratos de larga duración*

La problemática de los contratos de larga duración ha sorprendido a la doctrina. Los servicios públicos privatizados, los colegios privados, los servicios de salud, los seguros, son vínculos que se extienden en el tiempo.

Relaciones que en otros tiempos eran instantáneas se alangan en el tiempo. La adquisición de bienes industriales se hace a través del *leasing*, lo que transforma progresivamente la adquisición de bienes en una finalidad rentística de larga duración. La adquisición de bienes de consumo sigue el mismo derrotero: comprar un automóvil a través de la locación o del *leasing*; adquirir una vivienda con un plazo de treinta años para el pago. De igual modo sucede con los círculos de ahorro para la adquisición de bienes determinados.

Vínculos de larga duración que plantean muchos desafíos⁵, sobre los cuales no nos extenderemos sino en lo atinente a nuestro tema.

En la génesis del contrato de medicina prepaga, se acuerda una prestación médica conforme a un determinado nivel de calidad, un listado de médicos, un equipamiento tecnológico determinados, contra el pago de un precio. Con el transcurso del tiempo, que puede significar varios años, lo que era bueno se vuelve antiguo, surgen nuevas tecnologías médicas, los médicos envejecen, surgen otros galenos más especializados o actualizados, las posibilidades de curación se incrementan, aparecen nuevas enfermedades, las expectativas del paciente son otras, los costos ascienden, y el precio que se paga como contraprestación puede ser insuficiente.

¿Cuál es el significado de la regla de inmodificabilidad del objeto y del contenido obligacional?; ¿cómo puede ser mantenida la relación de equivalencia?; ¿cuál es el significado de la equivalencia frente a la incorporación de todos los nuevos factores mencionados?

El tiempo es un elemento que ha modificado sustancialmente el modo de apreciar las obligaciones en la contratación moderna. Los contratos denominados de "larga duración" plantean numerosas cuestiones en lo atinente a su etapa de cumplimiento.

La idea de que en el consentimiento, o en la adhesión a condiciones generales de la contratación, se definen de una vez y para siempre el contenido de las obligaciones de las partes, no puede ser sostenida en este tipo de vínculos.

La primera luz de advertencia, en el derecho argentino, la dio el fenómeno inflacionario, que motivó una trabajosa elaboración en vistas a admitir un reajuste permanente del precio pactado en una moneda sujeta a alteraciones en su valor intrínseco. De ello surgió la conocida aplicación de numerosos institutos destinados a preservar la relación de equivalencia, alterada por circunstancias ajenas a las partes⁶.

A posteriori se percibió que, aunque la moneda permanezca inmutable, son numerosas las circunstancias económicas que varían en un mundo donde imperan lo flexible, el aceleramiento de las innovaciones tecnológicas, las mudanzas en las expectativas de los contratantes y las sorprendentes caducidades de los bienes.

En ese contexto, un contrato de larga duración no es sino un acuerdo provisorio, sometido a permanentes mutaciones. La obligación es conce-

⁵ Una excelente descripción sobre esta temática en Lima Márquez, Claudia, *Contratos no Código de Defensa del Consumidor*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pág. 41.

⁶ *Ampliaciones en Mésset Iturraga, J. - Lorenzetti, E., Ernesto Menéndez, Rubinzal-Culzoni*, Santa Fe, 1989, y doctrina y jurisprudencia allí citadas.

bida como proceso⁷ como un continuo, desarrollado en el tiempo que todo lo domina.

Por ello Morello indica que el contrato de duración requiere una permanente adaptación, una cooperación renegociadora continua⁸.

Frente a este fenómeno surge el dilema de encontrar fórmulas que armonicen la necesidad de adaptación a los cambios, la seguridad jurídica de cara a las modificaciones ulteriores de lo pactado, y la prevención de prácticas abusivas que a través de modificaciones unilaterales alteren la relación de equivalencia.

2. Servicios médicos en contratos de larga duración

La obligación que asume la empresa de medicina prepaga es el suministro de servicios médicos. Esta afirmación es sencilla sólo en apariencia, ya que presenta múltiples problemas referidos a la calidad de los mismos, al mantenimiento de esa calidad en el tiempo, y a la mejora de la misma en relación a los cambios tecnológicos.

Con la finalidad de analizarlos conviene distinguir el momento genético y el funcional. En la génesis del contrato surge una obligación de suministrar determinada calidad de servicios que es la contratada según el plan suscripto. Con el transcurso del tiempo, aparece un problema típico de los contratos de duración, que es el de las modificaciones que se suceden con posterioridad.

En el contenido del objeto contractual, es posible discernir entre las obligaciones nucleares y deberes secundarios de conducta, por lo que trataremos separadamente ambos temas.

Seguidamente veremos algunos problemas que se han generado en relación a la obligación de suministro de asistencia médica.

3. El concepto de calidad y precio en los contratos de larga duración: reciprocidad dinámica

El objeto del contrato, concebido como la operación jurídica considerada por las partes, es perenne frente al paso del tiempo, puesto que el pago de un precio determinado en dinero contra la obtención de una prestación de servicios médicos, es una relación que no se modifica.

Tampoco se modifican las obligaciones de dar una suma de dinero y de hacer, de prestar un servicio.

⁷ Conf. De Couto e Silva, Clóvia, *A Obrigação como Processo*, S. Butchinsky, São Paulo, 1976.

⁸ Morello, Augusto, *Contrato y Proceso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, págs. 43 y sigs.

Las alteraciones se producen en el contenido de las obligaciones. El monto dinerario debido puede variar por la depreciación de la moneda, y el de los medios que se usan para cumplir con el servicio pueden alterarse por los cambios tecnológicos y los demás ya descriptos.

En los contratos de larga duración, el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas. Esta cualidad debe ser preservada puesto que de lo contrario, toda fijación produce la inadaptabilidad del contrato.

La cuestión relevante no es el cambio en sí, sino su impacto en la relación de equivalencia. Si la empresa dice que hay una nueva enfermedad, o tecnología, o listado de médicos y suministra atención por un nuevo precio, el conflicto se produce porque se afecta la relación precialidad pactada inicialmente.

Es importante advertir que la relación mencionada no es estática sino dinámica, no es conceptual sino relacional. En un contrato de ejecución instantánea o de duración breve, estamos frente a conceptos nítidos: entregar un inmueble, pagar una suma de dinero a treinta días. Si las partes decidieron que era un buen negocio hacerla, no es necesario hacer nada más.

En cambio, dar un servicio médico a lo largo de treinta años y pagar el precio correspondiente durante todos los meses en ese período, no es un concepto nítido ni estático. Ya sabemos que es dinámico, porque cambia.

La diferencia fundamental con los vínculos no sometidos al tiempo extenso, es que debemos interpretar la conmutividad del negocio mediante un concepto relacional y dinámico.

La empresa no se obliga a mantener la cartilla de médicos, ni a mantener los mismos aparatos de rayos, ni el mismo edificio, sino a dar una prestación de servicios médicos relacionada con el precio pagado.

De tal manera, el contenido de las obligaciones puede ser variado si se mantiene la reciprocidad de las obligaciones y la operación jurídica considerada.

4. El concepto de modificación. Análisis de la reciprocidad relacional

A fin de verificar si se está ante una "modificación" hay que establecer lo modificado y la extensión de esa modificación.

En un primer momento, comparativo, corresponde:

- Describir el objeto y el contenido de las obligaciones conforme lo acordaron las partes en el momento genético.

- Detallar las modificaciones que pretenden hacerse de modo comparativo, es decir, indicando que cambian respecto del sinalagma genético.

Efectuada esta comparación, hay que establecer si hay una afectación de la relación de equivalencia. Puede ocurrir que se cambie el listado de médicos por otro de similar nivel científico, o que se cambie el tomógrafo por uno de otra marca, lo cual no impacta en la conmutatividad.

Si en cambio, se verifica que hay un cambio sustancial que altera esa relación, como el cambio de precio, o de calidad, puede suceder que:

- El cambio produce una mejora en la situación de la otra parte: en este caso no hay ilicitud contractual alguna, ya que lo que se considera abusivo es la modificación unilateral en tanto restringe los derechos de los consumidores (art. 37, ley 24.240).

- El cambio empeora la situación de la otra parte: ello puede ocurrir de un modo perceptible, como cuando se cambian el precio o la calidad, o bien de una manera indirecta, como cuando se alteran las obligaciones accesorias o secundarias impactando de esta manera en el resultado final.

5. Adaptabilidad y test de equivalencia

Si una empresa incorpora nuevas tecnologías, el consumidor podría decirle que no puede cambiarle el precio. A la inversa, si el consumidor quiere una adaptación a los cambios, la empresa podría argumentar que no lo hace porque no está dispuesto a cambiar el precio.

Cada uno a su manera pretende resolver la relación de equivalencia a su favor.

Es una tarea compleja el mantenimiento de la ecuación económica que dio origen al vínculo, a lo largo del tiempo. A ello hay que agregarle el cambio permanente de las relaciones de fuerza entre las partes, la mayor o menor competitividad del mercado y las modificaciones en la conducta de las empresas y los consumidores.

Planteado el conflicto, el Derecho debe responder tratando de lograr la adaptabilidad a los cambios en una relación de equivalencia. Ello significa que los cambios, en tanto necesarios y deseados por una de las partes, deben ser incorporados al vínculo.

Tratándose de un vínculo contractual y de base conmutativa, es preciso que esos cambios no alteren la relación de cambio. Por ello, los cambios deben ser incorporados preservando la relación de equivalencia diseñada en la celebración del contrato.

Evaluar esa relación, luego de varios años de desarrollo del vínculo, no es sencillo. Hay dos herramientas:

- Si el cambio es tal que altera la causa del negocio porque afecta la calidad comprometida de un modo sustancial, puede dar lugar a la calificación de abusividad, o a la rescisión por parte del consumidor.

- La evaluación puede hacerse a través del *standard* del consumidor medio, examinando si un consumidor de esas características contrataría en las condiciones que se presentan. De tal manera, si la empresa quiere

modificar el vínculo porque ofrece nuevos médicos, otras tecnologías, por un precio distinto a una persona con la que tiene una relación contractual prolongada, puede obtenerse un índice de la razonabilidad analizando si un consumidor actual contrataría en esas condiciones.

Pueden adicionarse dos criterios complementarios.

- En Chile⁹ se ha indicado que la facultad de estas empresas de adecuar los contratos de salud a los cambios, no puede ser interpretada de una manera tan amplia que pueda ser en los hechos una sustitución unilateral de un plan por otro, porque se cambian sustancialmente las condiciones del contrato cuya vigencia en el tiempo la propia ley pretende asegurar.

- Otro criterio que agrega la Corte de Santiago es el de la generalidad. Los cambios deben prescindir de las condiciones personales del afiliado y ser generales. No deben ser discriminatorios.

6. *La prohibición de modificación unilateral*

El principio general que rige en el derecho común argentino es que una vez celebrado el contrato, no puede haber una modificación unilateral del objeto, ya que éste debe estar determinado o ser determinable al momento de la celebración. El artículo 1170 del Código Civil establece que "las cosas objeto de los contratos, deben ser determinadas en cuanto a su especie, aunque no lo sean en la cantidad, con tal que ésta pueda determinarse". A su vez, se dispone que la oferta debe tener todos los antecedentes constitutivos de los contratos (art. 1148, Cód. Civ.), por lo que debe tener suficiente determinación, la que al ser aceptada conforma el objeto contractual. También, con referencia al objeto de las obligaciones, se considera que su objeto debe ser determinado o determinable hasta el momento del pago.

El criterio es que el objeto del contrato y de la obligación debe ser determinado o determinable, lo que no se compadece con dejar que una de las partes lo establezca.

En la medicina prepaga, la operación jurídica considerada por las partes, objeto del contrato, es el pago de un precio anticipado a fin de obtener prestaciones médicas adecuadas cuando se produzca la necesidad.

Una de las partes, predisponente, podría incluir una cláusula que lo autorice a modificar unilateralmente el contenido de las obligaciones, como por ejemplo el precio, la calidad, el listado de médicos y otras circunstancias.

⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, "Promepart c/Superintendencia de Instituciones de Salud", 8-IV-1998, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Cuarta de los Tribunales*, t. XCII, no. 1, Jurídica de Chile, 1998, pág. 27.

Este problema debe ser analizado con detenimiento.

Cómo regla general, la cláusula que permite la modificación unilateral del contenido de la prestación, ha sido calificada como abusiva.

Ésta es una constante en el derecho comparado. En la Unión Europea, en la directiva 93-13 se considera abusiva la cláusula que autoriza al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato, los términos del mismo, o cualquiera de las características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar. También lo es el conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa o el servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato (anexo art. 3º, incs. k), l), m)). En la ley portuguesa (dec. 446.85, art. 19, inc. l)), se considera relativamente prohibida la cláusula que autoriza la facultad de modificar prestaciones, sin compensación correspondiente a las alteraciones de valor solicitadas. La ley brasileña (art. 51, XIII) considera abusiva la cláusula que autoriza a modificar unilateralmente el contenido o la calidad, después de la celebración.

De modo que tanto el objeto como las obligaciones y su contenido son en principio inmodificables unilateralmente.

7. Conclusiones de nuestro análisis

En virtud de las argumentaciones desarrolladas podemos concluir que:

- Tanto el objeto del contrato como las obligaciones y su contenido son en principio inmodificables unilateralmente.
- En los contratos de larga duración, esa inmodificabilidad se refiere a la relación de equivalencia que fundamentó el acuerdo inicial. De tal manera, el contenido de las obligaciones puede ser variado, aun unilateralmente en estos aspectos, si se mantiene la reciprocidad de las obligaciones y la operación jurídica considerada.
- La relación de equivalencia puede ser modificada:
 - por mutuo acuerdo.
 - unilateralmente cuando hay circunstancias sobrevinientes extraordinarias e imprevisibles, fuera del alero normal del contrato, que hacen excesivamente onerosa la prestación. Tiene al respecto una pretensión autónoma de revisión o de resolución.
- La cláusula que autoriza la modificación unilateral basada en el mero arbitrio del profesional, es abusiva, salvo que su ejercicio produzca una mejora en la situación del consumidor.
- Las partes pueden establecer, en la celebración del contrato, las causas por las cuales puede ser modificado, con derecho de rescisión por parte del consumidor.
- En todos estos casos, reservar la relación de equivalencia diseñada en la celebración del contrato.

- Si el cambio es tal que altera la causa del negocio porque afecta la calidad comprometida de un modo sustancial, puede dar lugar a la calificación de abusividad.
- Las modificaciones no pueden afectar aspectos sustanciales de modo que el resultado final sea un cambio de plan.
- Las modificaciones deben ser generales, y no referirse a un sujeto particular o ser discriminatorias.
- Puede obtenerse un índice de la razonabilidad analizando si un consumidor actual contrataría en esas nuevas condiciones.

Veremos seguidamente algunos casos particulares.

8. Modificaciones en el listado de los prestadores

En un caso judicial, la demandada tenía déficit operativo, entonces ofreció dar servicios por veinticinco años contra el pago de una suma de dinero que el actor pagó. Luego, la accionada vendió sus establecimientos y siguió dando sus prestaciones a través de otra organización sanatorial, sin contrato escrito, dando a publicidad esa delegación. El actor se opone porque el nuevo sanatorio es demasiado grande y se viola una obligación *in situ personae*. La Cámara estimó que la prestación durante un cuarto de siglo no puede ser personalísima, puesto que "los médicos envejecerán, y serán sustituidos por otros, las técnicas biológicas, químicas y sanitarias serán modificadas y hasta los muebles y aparatos se desgastarán"; hace imposible suponer que el débito de atender a una o varias personas quede fijado de modo intransmisible". Se pronuncia por la cesibilidad¹⁰.

De modo que si el contrato fuera de larga duración, habría que atender a esa fenomenología esencialmente dinámica y el cambio no es abusivo.

9. Modificaciones unilaterales del precio

La reserva unilateral en la fijación de precios es abusiva, en cuanto afecta la determinación del precio (art. 19, Ley Consum.). Ello sin perjuicio de que puedan presentarse situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente.

La variación del precio es lícita siempre que constituya una cláusula de estabilización del precio original, que puede contemplar el ajuste de los diversos servicios conforme a su costo.

¹⁰ CNCam., Sala D. "Zaltman, Alberto c/Sanatorio Metropolitano", L.L., 1983-A-180.

10. La incorporación de cambios tecnológicos

Dicen Ghersi, Weingarten e Ippolito¹¹ que decidir si deben o no asumirse cambios tecnológicos, implica colocar los servicios de acuerdo con el avance del saber científico: "entendemos que ésta es una situación que no puede quedar unilateralmente en manos de la empresa y tratáremos de dar nuestros fundamentos: el primero, es que la atención médica asistencial en sí misma entraña la obligación de utilizar metodologías y técnicas actualizadas, pues de lo contrario se vería seriamente comprometida la responsabilidad del médico y de la empresa, ya que el objetivo de la prestación es actuar, mínimamente, sin la omisión de diligencias en cuanto a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de persona, tiempo y lugar (arts. 512 y 902, Cód. Civ.)".

"En lo atinente al momento en que debe operarse la decisión, si bien ésta es una evaluación muy difícil de hacer en abstracto, podemos señalar como regla general, que la empresa tiene la prioridad de la selección del momento; sin embargo, si ésta no se concreta, entendemos que existe un derecho del usuario a reclamarla, aun con fijación del plazo por vía judicial".

"En cuanto al costo, no nos cabe ninguna duda de que debe ser soportado por la empresa, y de ninguna manera debe materializarse en un incremento valorativo de la cuotas. Esto es así por varias razones: a) está dentro del denominado riesgo-coste empresarial; b) al incorporar al usuario, asumió la obligación implícita de un adecuado servicio, es decir que tácitamente estaba involucrada la actualización tecnológica ("y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión", art. 1198, Cód. Civ.), y c) la incorporación constante de nuevos usuarios, va financiando la incorporación tecnológica. En última instancia, el cálculo actuarial —como en los seguros— demuestra que la expectativa de servicios es menor que la masa de dinero incorporada".

Por nuestra parte entendemos que al momento de celebrar el contrato, se estableció un contenido de la obligación de hacer, según la relación precio-calidad, que generalmente se expresa en el tipo de plan suscripto. El paciente tiene derecho a que ese nivel de calidad se mantenga a lo largo del contrato, conforme a un criterio dinámico y no estático. En virtud de ello, la empresa no cumple con su obligación, si pretende prestar servicios médicos al paciente, utilizando la tecnología médica existente en la celebración del contrato (que podría ser veinte años antes, por ejemplo).

Deben utilizarse la tecnología y los conocimientos médicos vigentes al momento de la prestación, y no de la celebración.

¹¹ Ghersi, C. - Weingarten, C. - Ippolito, S. C., *Contrato de Medicina Prepagada*, Astrea, Buenos Aires, 1990.

El contenido de la prestación se determina conforme a la relación de equivalencia dinámica que hemos descrito en los puntos anteriores.

V. EL CONSUMIDOR: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. Aplicación de las reglas del seguro y de protección del consumidor

Las leyes 23.660 y 23.661 definen el "seguro de salud" y refieren a la responsabilidad de los agentes del seguro, y definen a las obras sociales como "agentes del seguro", y establecen que hacen operativo el "seguro social". Estas menciones han justificado la aplicación analógica de la ley 17.418 en materia de obras sociales¹².

El sistema del seguro tiene elementos análogos. Busca seguridad económica frente a acontecimientos futuros e inciertos; opera mediante una empresa que capta el ahorro en forma masiva en base a una relación técnica establecida entre la prima y el riesgo. Hay un riesgo asegurable, hay pago de prima, hay interés. Se trata de un contrato sinalagmático, oneroso, aleatorio, de tracto sucesivo.

Esta situación se da también en Brasil donde se lo califica como "seguro de salud"¹³.

Es un contrato de adhesión ya que existe una empresa que predispone las cláusulas mediante planes a los que adhiere el consumidor. La prestación asumida por la empresa, ya lo dijimos, no es *indefinita personae*.

Se trata también de un contrato de consumo, puesto que hay un servicio prestado para un destinatario final, siéndole aplicables las disposiciones de la ley 24.240.

2. La interpretación "global" de las cláusulas

La idea de equilibrio, de correspondencia objetiva de las prestaciones que se mantiene como elemento genético y funcional, es esencial al contrato¹⁴.

En la contratación de consumo, la cláusula es abusiva cuando "desnaturaliza" las obligaciones o cuando importan renuncia o restricción de

¹² CNCDiv. y Com. Fed., Sala 3ª, "G., J.A. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", J.A., 3-III-1997.

¹³ Lima Márquez, C., "Abusividade das cláusulas nos contratos de seguro saúde: expectativas legítimas dos consumidores segundo o direito brasileiro", publ. en Congreso Internacional, *La Persona y el Derecho en el Fin de Siglo*, cit., Santa Fe, 1996, libro de ponencias.

¹⁴ Conf. Buenos, Alberto, *Objeto del Negocio Jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, 1968, pág. 111.

los derechos del consumidor o ampliación de los derechos de la otra parte (art. 3º; ley 24.240), lo cual significa que el vínculo debe tener reciprocidad. Más clara aún en este aspecto es la ley francesa 95-96 de febrero de 1995, relativa a cláusulas abusivas, que las califica como aquellas que "tienen por objetivo o por efecto crear, en detrimento de la parte no profesional o consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato".

La idea de equilibrio y correspondencia se ha ido expandiendo.

Durante mucho tiempo se la entendió en el plano obligacional, como "obligaciones recíprocas", porque la prestación de una tiene razón de ser en la prestación de la otra (art. 1138, Cód. Civ.), dando fundamento a un sistema de vasos comunicantes entre obligaciones. Así, el comprador de un inmueble no puede exigir la escrituración si no pago el precio, porque hay correspondencia entre ambas obligaciones¹⁸.

Actualmente hay vasos comunicantes entre obligaciones diversas de un contrato, aunque no estén interrelacionadas entre sí. La calificación de abuso y de interrelación toma en cuenta prestaciones nucleares, deberes secundarios de conducta, accesorios, dando lugar a una "interpretación global", como lo propone la ley francesa en materia de contratos de consumo. La inversión de la carga de la prueba, o la prerrogativa de jurisdicción, pueden dar lugar a un equilibrio contractual, aunque no exista una obligación correlativa específica.

De manera que es importante considerar tanto la obligación nuclear, como los deberes secundarios de conducta, a los fines de captar la noción de abuso.

3. Deberes secundarios de conducta

a) Deber de ofrecer alternativas suficientes

En el caso que reseñamos más adelante consistente en una acción pública en la vara civil de Blumenau, Brasil, el juez indica que la ilicitud contractual de algunas cláusulas podría ser salvada si se hubieran ofrecido alternativas razonables.

Ello significa que si la empresa ofrece varios planes, con distintos precios y calidades, e informa adecuadamente al usuario sobre las diferencias entre ellos, disminuye la inasevalúe del consumidor.

Si se ofrecen varias alternativas claras, el consumidor puede optar, y al hacerlo se incrementa su libertad. De tal manera si se le ofrece un plan que cubre una prestación y el usuario opta por otro plan que no la

¹⁸ Alterini, Alilio A. - Arnesi, Oscar - López Cebana, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Cívicas y Comerciales*, Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1996, pag. 69.

ubre, no puede luego quejarse de esa circunstancia, salvo que sea un límite irrazonable, como lo señalamos *ut supra*.

El fundamento legal de este deber secundario de conducta está en la "libertad de elección" garantizada en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Debe observarse que se trata de un deber precontractual, puesto que se refiere al establecimiento de diversas alternativas para que el usuario pueda optar por una de ellas; el contrato se configura luego, cuando, efectuada la opción, la empresa lo acepta.

b) Deber de cooperación

Este débito también es colateral y derivado de la buena fe. En la medicina prepaga se lo ha relacionado con prácticas abusivas que desarrolla el empresario, como por ejemplo:

- suministrar un lugar de pago distante del domicilio;
- exigir estudios previos perturbadores de la intimidad o riesgosos, a fin de desalentar al consumidor.

Adviértase que estamos frente a deberes de cumplimiento del consumidor, pero que son obstaculizados por la falta de cooperación del acreedor. Estos deberes de colaboración del acreedor en el cumplimiento que debe realizar el deudor, han sido reconocidos en la doctrina como "carga de diligencia"¹⁶.

En estos supuestos, la empresa debe cooperar a fin de no obstaculizar o hacer más difícil ese cumplimiento.

c) Deber de seguridad

El deber de seguridad será tratado más adelante cuando examinemos la responsabilidad de la empresa por los hechos de sus médicos.

4. La interpretación en favor del consumidor

En materia de interpretación se ha aplicado en general la regla de interpretar en favor del consumidor.

En Brasil¹⁷ el apelante manifiesta haber celebrado un contrato con la empresa Golden Cross, acusando a esta última de no haber cumplido con el contrato, y solicitando que se declare al mismo rescindido y se le

¹⁶ Díez-Piçarra, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, Tecnos, Madrid, 1970, pág. 356.

¹⁷ Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro, en. da Eda. C., Ap. 4.065/95, Des Sergio, Cavellon Filho, publ. en *Revista Brasileira de Consumidor*, nro. 18, junio 1998, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, pág. 178.

devuelvan las sumas pagadas hasta el momento. La empresa manifiesta que se había solicitado una cirugía video laparoscópica que era un método experimental y por lo tanto excluido de la cobertura. *A posteriori*, en el proceso se probó que el método no era experimental, sino conocido y usado en el Brasil, por lo que la empresa sostuvo simplemente que no estaba cubierto. El tribunal entendió que las empresas aseguradoras de salud que prestan servicios de asistencia médico hospitalaria están obligadas, por la fuerza de la actividad que explotan, a disponer de mecanismos capaces de poner en movimiento todo el aparato médico asistencial para socorrer al asegurado, en tiempo oportuno, con las más avanzadas técnicas de la medicina. Es importante señalar que la oferta al público realizada por la empresa, se refería a un plan de asistencia médica integral y total, razón por la cual el tribunal entendió que no podía ser parcial. Se resuelve por el progreso de la demanda. -

En un caso fallado en Estados Unidos¹⁸ se interpretaron las reglas contractuales dadas por la propia oferente, la que estableció que se cubre la enfermedad definiéndola en términos amplios y con exclusiones ambiguas.

- La redacción de un texto puede ser exclusiva o inclusiva. Esto último sucede cuando se dice que se cubren enfermedades en sentido amplio, de manera tal que todo lo que no está consignado expresamente como una excepción, queda incluido. De este modo, el texto contractual permite establecer una regla de inclusión: todo lo que no está expresa y claramente excluido y constituye enfermedad, está incluido.

El Tribunal de Justicia de São Paulo dispuso: "la cláusula que excluye el derecho a la internación hospitalaria en letras bien pequeñas, evidencia que la contratada no cumplió con la obligación de dar claridad a las limitaciones del derecho del consumidor"¹⁹.

En un caso fallado en Brasil²⁰ se trataba de una acción iniciada por un usuario contra una empresa prestadora de servicios de asistencia médico hospitalaria, solicitando la anulación de una cláusula que disponía que en ningún caso habrá derecho a una internación superior a sesenta días. La acción de nulidad fue acompañada por una medida cautelar en la que solicitaba que se le mantenga hasta que se resuelva el juicio definitivo. El paciente fallece, pero la acción es seguida por su esposa e hijos. El suceso acontece con anterioridad a la sanción del Código de

¹⁸ *Witcraft vs. Sandstrand Health and Disability Group Benefit Plan*, S.C. Iowa, 1988, 420 N.W. 2d, 785.

¹⁹ Ap. 240-429. 16.C.Rel. Par. Cuiçabá, Ino-RT.719.129.

²⁰ Tribunal de Justiça de São Paulo, Ac. 12, Cam. Civ., Ap. 188.788, relator Des. Erix Ferrera, 28-IV-1992, pub. en *Revista Direito do Consumidor*, nro. 18, junio 1992, Revista dos Tribunais, São Paulo, pág. 194.

Protección del Consumidor, razón por la cual no es aplicable, pero los jueces usaron los principios jurídicos de este último para resolver la cuestión. En primera instancia se hizo lugar a la acción. El magistrado observó que era una cláusula que manifestaba una contradicción con la finalidad de prestación de asistencia médico hospitalaria, y que establecía una desproporción abusiva, incompatible con el deber de buena fe.

En la Cámara se confirma la decisión. El fundamento principal es que el contrato es aleatorio, pero para las dos partes, y no es admitida una cláusula que neutralice el riesgo, lo excluya o lo limite. Si el *alea* queda a cargo de una sola de las partes, y la otra tiene la certeza de ganar, la cláusula es nula.

En este sentido el usuario está obligado a pagar mensualidades y no es lícito que la empresa quede asegurada contra las internaciones más desesperadas.

En Argentina hubo un fallo interesante en materia de interpretación²¹. La actora relata —entre otros hechos— que: "En ocasión de ir a donar sangre para un amigo que debía ser operado se analizó su fluido comprobándose que era portador del virus HIV. Notificada la demanda de dicha circunstancia, mediante evasivas de distinto tipo se le negaron los cuidados por él requeridos. Por ello se inicia la presente causa que tiene por objeto hacer cesar esta situación. Funda su derecho y ofrece prueba. Dice la emplazada que el amparo es improcedente pues lo que en realidad se pretende es la modificación, derogación o nulidad de las cláusulas contractuales que se reputan abusivas, excediendo esta discusión el limitado margen del amparo. Por otra parte, y como existen otros caminos para lograr el fin propuesto, el reclamante no tendría ningún perjuicio".

La sentencia sostiene:

- Que se justifica la vía del amparo, porque "en el presente caso se encuentran cuestionados derechos de gran envergadura como son la voluntad de las partes, el derecho a una adecuada asistencia médica, la discriminación, las cláusulas abusivas de un convenio, la naturaleza y alcances del contrato de adhesión, etcétera, amén de las garantías constitucionales implícitas en ellos (ver. arts. 42 y 43, Const. Nac.), por lo que entiendo que la vía se encuentra por demás justificada".

- Que hay un problema de interpretación sobre la extensión de la cobertura. "En efecto, cuatro son las situaciones clínicas que definen el sida: enfermedad constitucional, encefalopatía por HIV, infecciones oportu-

²¹ *Jur. Nac. Civ. Nro. 70, 1ª Inst. Firm. 26-IX-1995, "T. C.A. Offroad S.A.", J.A. 20-III-1996, con nota de Wengarten, Celis - Ghersi, Carlos, "Sida y medicina prepaga (Un fallo con trascendencia social)".*

tunistas mayores y tumores marcadores (sarcoma de Kaposi, linfoma no-Hodgkin de alto grado o linfoma primario de cerebro)... La enfermedad por HIV es un proceso continuo que se inicia desde el momento del ingreso del virus al organismo, pudiendo progresar a lo largo del tiempo a diferentes cuadros clínicos. El paciente averigua si está infectado al efectuarse un test de laboratorio... Ninguna prueba de laboratorio hace diagnóstico de sida. Este diagnóstico es un acto clínico que efectúa el médico en su consultorio al constatar la presencia de las enfermedades marcadoras ya descritas (conf. éste y los tres párrafos anteriores, Cahn, Casiro, Maglio, Mangone, Pagano y Sumay, *Sida. Un Enfoque Integral. Psiquiatría, Psicopatología y Psicosomática*, 1ª reimp., Paidós, Buenos Aires, 1994, págs. 40 y sigs.⁷⁷).

En virtud de estas precisiones dice:

"a) nos encontramos ante un paciente asintomático con serología positiva para HIV (escrito de demanda y oficio f. 168).

b) la cartilla de la sociedad (hoja nro. 12) establece que sólo están excluidos de cobertura el sida y todas sus consecuencias.

"Consecuentemente, el paciente sintomático no tiene sida, y por lo tanto no encuentra fundamento de ninguna índole para negar al actor la asistencia que precisa en este tramo de su enfermedad".

También en Brasil hubo fallos referidos a la interpretación del término "sida"⁷⁸. La empresa de medicina prepaga "Amil"⁷⁹ ofrece a sus asociados una cobertura por los gastos médicos derivados del síndrome de inmunodeficiencia adquirida. En la hipótesis de que el cliente no quiera internarse en el hospital que la empresa le indica, deberá cargar con los costos hospitalarios. En la propaganda y en las cláusulas del contrato consta que se ofrece la libre elección con reembolso y que el plan cubre los exámenes, diagnóstico y consultas.

El tribunal aplica la regla de que en caso de duda, debe interpretarse en favor del consumidor, y consecuentemente hace lugar a una medida cautelar, peticionada por el paciente, para la cobertura.

5. Acción civil pública en defensa de los consumidores de salud

Vara Civil de Blumenau, juiz Dr. Newton Janke, "Ministerio Público vs. Sermed Saúde Ltda."⁸⁰.

⁷⁷ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Ap. 3.023/93, pub. en *Revista Direita do Consumidor*, no. 17, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, pág. 234.

⁷⁸ *Revista Direita do Consumidor*, no. 18, junio 1996, Revista dos Tribunais, São Paulo, pag. 209.

La acción civil pública es una pretensión que puede deducir el Ministerio público en representación de intereses colectivos. En este caso, la presentación refiere que se han advertido cláusulas de exclusión de determinados tipos de enfermedades, de algunos tratamientos, y que en un caso específico se constató la negativa de prestación a una mujer que necesitaba una quimioterapia sistémica. La cláusula en cuestión establece la exclusión de cobertura de: hemodiálisis, radioterapia, inmunoterapia, cirugías cardíacas, límites temporales para las expensas médico-hospitalarias de los riesgos cubiertos.

La empresa por su parte, presenta la opinión de Celso Antonio Bandeira de Mello, uno de los más importantes juristas del Brasil, en el ámbito del derecho público. Sus argumentos señalan la prevalencia de la autonomía de la voluntad en tanto que la contratación de seguros de salud es facultativa; que el sistema debe ser mantenido mediante aportes y gastos proporcionales, ya que de otro modo no subsistiría; que la delimitación de los riesgos es una cláusula común, admitida en la contratación civil (art. 1460, Cód. Civ.).

El juez fue muy estricto y duro respecto de la postura de la empresa, diciendo:

- Que la libertad de contratar tiene límites éticos, y en virtud de ellos no se puede limitar o renunciar a las prerrogativas básicas de los consumidores.

- Que los argumentos de que, en ausencia de límites no podría funcionar el sistema, serían apropiados en un empresario automovilístico, pero no en el ámbito de la salud. Que cuando se contrata un seguro de incendio es posible excluir un electrodoméstico de la casa asegurada, pero no se puede excluir un pulmón, el corazón o la cabeza del paciente cuando éste contrata un seguro de salud.

- Que ningún consumidor paga un seguro sabiendo de antemano qué enfermedad va a tener ni los tratamientos que ésta demandará.

- Que ambas partes asumen un cierto tipo de lotería, pero el empresario es un mal jugador si a la hora de cumplir, se vale de cláusulas que lo eximen de responsabilidad.

- Que los riesgos están disminuidos, porque se ha probado que sólo tres de cada diez contratantes usan de algún modo el servicio; que las empresas de salud facturan ocho billones de dólares por año; que hay treinta y tres millones de personas adheridas al sistema, lo que representa un 22% de la población; que es uno de los pocos sectores de la economía que ha crecido.

- Que las exclusiones serían defendibles si se ofrecieran varias opciones que posibilitaran escoger planes que cubran esas expensas. En el caso, las otras opciones se refieren sólo a aspectos accesorios, como habitación privada, con o sin baño.

- Que limitar a diez días el plazo de internación en terapia intensiva es alarmante. No puede pensarse en que se quiere limitar la conducta abusiva del paciente, porque ninguna persona tiene tendencia a vivir en terapia intensiva. No es posible admitir que un politraumatizado con coma cerebral sea removido de la terapia intensiva al día once porque se agotó el plazo de la cobertura.

- El juez concluye afirmando la nulidad de las cláusulas examinadas.

En otro caso, que muestra el activismo de los fiscales de Brasil en el control de cláusulas abusivas, se analizaron varias disposiciones.

2da. Vara Cível de São José dos Campos, juiz Dr. José R. Santini, "Ministerio Público vs. Clínica São José Ltda."²⁴.

Se cuestiona la validez de cláusulas que establecen exclusiones de cobertura en un seguro de salud organizado por una clínica. Las cláusulas cuestionadas son las siguientes:

- Se establece la exclusión de cobertura en casos de partos con anestesia. El juez entiende que es una cláusula inválida porque da la impresión de que los partos normales deben ser realizados sin anestesia, cuando es común utilizarla parcialmente.

- Exclusión de reembolsos por atenciones realizadas fuera de los municipios donde la empresa tiene médicos propios. Esta cláusula le parece razonable al juez porque no se priva de la atención, toda vez que puede presentarse en cualquiera de los servicios propios con una credencial, y ser atendida.

- La exclusión de cobertura en lesiones causadas por embriaguez, tentativa de suicidio, o cualquier otro acto ilícito. En esta exclusión no hay ningún abuso porque se trata de hechos propios del contratante.

VI. LA RESPONSABILIDAD

Se manifiestan aquí las mismas tesis que existen con relación a las clínicas.

Un sector se inclina por la existencia de una estipulación a favor de tercero, estableciéndose una relación de cobertura en beneficio del paciente afiliado al prepago. Éste tiene acción directa contra el prepago y contra la clínica subcontratada.

Por nuestra parte, nos inclinamos por un ajuste a la realidad ontológica. Es una empresa que contrata con particulares, es un vínculo jurídico bilateral, es un contrato entre dos partes mediante el cual una paga el precio y la otra da asistencia.

²⁴ *Revista Direita de Consumidor*, no. 18, junio 1996, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, pag. 209.

Se trata entonces de un contrato de locación de servicios o de obra, según se entienda. Puede existir una estipulación a favor de tercero cuando una persona contrata servicios en beneficio de otra, como sucede con el seguro a favor de un tercero.

Para comprender las numerosas relaciones que se dan, hay que partir de un vínculo base; establecido entre el paciente y la empresa. Ésta es titular de un centro de interés jurídico del que emanan derechos y deberes. Entre éstos últimos está el de prestar asistencia. Para ella puede encargar a sus dependientes la prestación directa o bien subcontratar con otra empresa y en algunos casos hacer emprendimientos en colaboración.

El encargo de la prestación, el subcontrato y la asociación en colaboración explican suficientemente el cúmulo de vínculos.

Recientemente, se ha fundado esta responsabilidad en la obligación de seguridad. Dice Gregorini Clusellas²⁵ que en esta materia hay un criterio referido a que se cumple debidamente su obligación eligiendo profesionales médicos habilitados para ejercer y cuyas personas serán inobjectables en cuanto a idoneidad y competencia. Si cumplido estos recaudos sobreviene una "mala praxis" médica, la misma será responsabilidad del médico pero no de la clínica, ente asistencial o de medicina prepaga, que habrá agotado su prestación brindando la atención. Señala el autor que actualmente la posición mayoritaria ha cambiado. La responsabilidad de los entes asistenciales de medicina prepago o similares, no se agota en proveer atención médica a *praxis* inobjetable, sino que le corresponde además responder sobre la misma. Este criterio ha sido sustentado por Bueres²⁶ en relación a las clínicas y sobre el mismo profundizamos en el capítulo correspondiente a las relaciones entre la empresa médica y los pacientes.

Gregorini Clusellas lo aplica a la medicina prepaga, interpretando que ésta asume una obligación de seguridad, la cual en el caso es excepcionalmente de medios, pues su característica habitual es la de ser una de resultados. Esta obligación acompañará a la obligación médica central, siendo ambas igualmente importantes, aunque una aparezca como principal y otra como anexa en el rango obligacional. La obligación de seguridad será entonces directa no refleja, y la responsabilidad por su incumplimiento objetiva y condicionada al acierto o desacierto de la prestación médica efectuada por los profesionales brindados por el ente para

²⁵ CNCiv, Sala B, 23-III-1995. "A. C. c/ Centro Médico Santa Isabel S.A.", L.L., 21-VI-1996, con comentario de Gregorini Clusellas, Eduardo L., "La obligación de seguridad en el contrato de medicina prepaga".

²⁶ Bueres, Alberto, *Responsabilidad Civil de las Clínicas y Establecimientos Médicos*, Abaco, Buenos Aires, 1981.

ejecutar el contrato. Mediando culpa del médico que atendió al paciente (responsabilidad subjetiva), el ente que por su intermedio cumplió la prestación a su cargo, responderá objetivamente, aun cuando no hubiera incurrido en culpa. En síntesis, su obligación de seguridad únicamente quedará cumplida efectuando una prestación médica técnicamente inobjetable, pues responderá de acreditarse que no fue así.

LOS DAÑOS MORALES COLECTIVOS

MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ

I. NOCIÓN SOBRE DAÑOS SUFRIDOS COLECTIVAMENTE

En sentido amplio, daño colectivo (sufrido colectivamente) es "aquel que afecta a varias personas, simultáneas o sucesivamente"¹.

Dentro de esa noción cabe la suma de daños individuales; es decir, los sufridos por víctimas plurales a raíz de un mismo hecho lesivo, cada una de las cuales ha sido lesionada en un interés subjetivamente diferenciable, aunque sea de índole objetiva más o menos similar. Por ejemplo, los múltiples lesionados en un accidente aéreo, las afecciones a la salud de consumidores por ingerir un producto defectuoso, la mutilación por el Estado de derechos previsionales ya adquiridos... Esta problemática se rige por los principios tradicionales del derecho de daños, aunque con innovaciones tendientes a la acumulación de las acciones y a la propagación de la cosa juzgada hacia todos los interesados.

En otro sentido, técnicamente relevante y todavía poco explorado, *daño colectivo es el experimentado por un conjunto de personas a raíz de la lesión a un interés grupal*. Esta característica social del interés implica una diferencia cualitativa, y permite distinguir los daños colectivos estricto sensu de los daños individuales plurales².

¹ Colombo, Leonardo, *Calpo Aquiliano (Cuestiónes)*, Tea, Buenos Aires, 1947, pág. 344.

² Algunas de las ideas desarrolladas en el presente, ya las expusimos en "El daño colectivo", en *Devolvo de Daños*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 437 y sigs.

En sentido coincidente con la noción administrada en el texto: Agaglia, María Marta - Berogina, Juan Carlos - Maza, Jorge A., "La lesión a los intereses difusos. Categoría de dato jurídicamente protegido", *J.A.*, 1983-III-883 y sigs.

El perjuicio colectivo es único, aunque expandido entre los sujetos, a los cuales llega indivisiblemente, por la inserción en el conjunto, a raíz de una calidad común y significativa en el contexto lesivo: por padecer sida, por habitar en un cierto lugar, por pertenecer a una determinada raza o nacionalidad, por ejercer una específica función o actividad profesional... Por ejemplo, cuando se vierten imputaciones agraviantes contra jueces o periodistas, generalizada e indiferenciadamente; o si la autoridad gubernamental dispone injustificadamente el cierre de una escuela o la suspensión de actividades, con repercusión nociva en todos los educandos y en el personal.

Puede causarse un daño colectivo sin concurrencia de daños individuales: lesión al equilibrio ecológico, que no menoscaba la salud ni el patrimonio de nadie, en cuya hipótesis el interés afectado pertenece a todos los que conviven en el lugar³; expresiones de menosprecio ofensivo, vertidas indeterminadamente contra quienes sustentan una cierta creencia religiosa o política.

También es factible que un mismo suceso genere daños colectivos y daños individuales, como si la conducta arbitrariamente discriminatoria lesiona el interés particular de alguna persona (despido, impedimento para el acceso a locales de diversión...) y, por sus características generalizadas y graves, repercute nocivamente en los que ostentan la misma calidad del afectado. En los actos de profanación de tumbas judías, sufren los familiares de los fallecidos, pero también es reconocible un perjuicio grupal en todos los judíos, además de la repercusión generalizada de la afrenta en la comunidad.

La distinción entre esos perjuicios posee trascendencia práctica: el resarcimiento por daños colectivos procede con autonomía del que puede corresponder por perjuicios particulares; no margina el de estos últimos; las acciones son eventualmente acumulables en el mismo proceso si el suceso lesivo es único; y las situaciones perjudiciales deben ser evaluadas de manera diferente al acordar los respectivos montos indemnizatorios.

II. TITULARIDAD COLECTIVA DEL INTERÉS, AUNQUE EL BIEN NO SEA COLECTIVO

Para que exista un daño colectivo, no es menester que sea colectivo el bien sobre el que ha recaído la lesión, en el sentido de su titularidad

³ Conf. Gianfelici, María, "Responsabilidad civil por contaminación ambiental", L.L., 1983-D-1029; Sciglit, Gabriel A., "Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente", L.L., 1983-A-783; Carnet, Manuel, "Responsabilidad civil por la actividad industrial", Anuario de Derecho Civil, T. II, Alvarado, Córdoba, 1996, pag. 42.

dominial. Aquél surge de la *lesión a un interés de afectación grupal*; es decir, con motivo de la pertenencia social del interés espiritual que satisface el bien. Este último puede ser o no patrimonial; lo importante es que su menoscabo acarrea un *deshmedro existencial a una colectividad de personas*.

En definitiva, no debe confundirse la titularidad del bien con la titularidad del interés, que puede ser moral a pesar de que el primero sea patrimonial; además, es factible que se produzca un daño moral colectivo por la lesión a intereses conectados con bienes de propiedad individual (pública o de particulares), como en el caso de obras de arte que son patrimonio cultural de una nación o de la humanidad, con abstracción de su titularidad dominial. El daño moral colectivo no requiere lesión a "bienes" colectivos, sino a "intereses" de esta índole.

Se suele distinguir entre intereses *colectivos stricto sensu*, referibles a un grupo más o menos organizado y que cuenta con un ente representativo (ligas de consumidores, Comunidad Homosexual Argentina...) e intereses *difusos*, cuando no existe esa vinculación formal, de manera que los miembros y sus canales de actuación son más imprecisos (quienes viven en una zona donde habita una especie animal en vías de extinción).

Sin embargo, no hay diferencia de esencia entre ambos casos (por la cual tampoco la habrá en los daños resultantes) sino sólo en la mediación o no de algún nivel institucional que cohesione y defina el goce del interés, evitando la dispersión en la titularidad. En efecto, tanto los intereses colectivos como los llamados difusos tratan una *realidad grupal*, y estos últimos pueden convertirse en aquéllas si se concreta un lazo asociativo. Además, también en los primeros el goce del interés es difuso, en el sentido que se propaga entre los miembros del conjunto.

III. LA PERSONALIDAD DE LOS DAÑOS COLECTIVOS

En anteriores concepciones, ofuscadas por el individualismo, pareciera que ciertos bienes, por ser de todos o de muchos, no son de nadie. Por eso, quedaban sin protección cabal, pese a que gran cantidad de personas o toda la comunidad estaban interesadas en su preservación. Los árboles no dejaban ver el bosque: se tutelaba cada "árbol" (sujeto), pero no el sistema como tal (el "bosque", conjunto aglutinado de sujetas).

En la actualidad, la masificación y propagación de los peligros, así como su carácter diluido e imbricado, exigen un cambio de enfoque, en cuya virtud el derecho de daños se ocupe no sólo de lo "mío exclusivo", sino también de lo "mío y de otros": "lo nuestro".

Como los intereses compartidos son también propios, un daño personal no equivale siempre a daño exclusivo o individual. Los daños morales "colectivos" son "personales" ... aunque colectivos.

Los perjuicios colectivos no tienen como víctima a algún ente diferenciado de quienes componen el grupo; son éstos los damnificados, aunque el menoscabo no apunta a las personas de modo lineal y diferenciado, sino que se propaga complejamente entre ellas, como miembros de alguna específica realidad comunitaria.

IV. LA CERTeza DE LOS INTERESES LLAMADOS DIFUSOS

Se ha opinado que un interés "difuso" es un interés "simple", sin entidad de derecho subjetivo ni de interés legítimo y que, por ende, no confiere legitimación para ejercer acción personal alguna, sino sólo para petitionar a las autoridades la adopción de las medidas pertinentes de tutela⁴.

Reside allí una confusión conceptual, derivada de la denominación de los intereses como "difusos". Pues los intereses colectivos a tutelar son y deben ser "concretos, ciertos y determinables"; sólo es difusa su titularidad. Por eso, existe un verdadero "derecho subjetivo" a reclamar, a título personal, la protección de intereses de la colectividad, porque dicho interés es también "propio"⁵. De tal modo se ha reconocido en el artículo 43 de la Constitución Nacional, al conferir legitimación inclusive al "afectado" para la promoción de la acción de amparo en salvaguarda de "derechos con incidencia colectiva".

Dicho en otros términos: que los intereses colectivos de goce diluido entre los miembros del conjunto, no significa que resulten abstractos, insabibles o no perceptibles, antes bien, son muy concretos⁶.

En verdad, cuando los intereses son intrínsecamente difusos (y no sólo su titularidad) se trata de "males sociales" que, aunque innegables y vividos con impotencia y dolor comunitarios, no generan un daño moral en sentido técnico, por defecto de certeza del interés lesionado, de la personalidad del daño o de la inexistencia de relación causal con la acción de responsables identificables. Por ejemplo, los males sociales que acrean la corrupción indeterminada de funcionarios públicos, la inserción de mafias dentro del poder, la falta de esclarecimiento de atentados terroristas o de agresiones contra periodistas o contra fiscales que investigan delitos, los excesos burocráticos, la inseguridad ciudadana generalizada.

⁴ Marienhoff, Miguel S. "Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El interés 'difuso'", E.D., 106-122 y sigs.

⁵ Conf. Rodríguez Juárez, Manuel, "La legitimación activa en los llamados intereses difusos", *Semanario Jurídico*, nro. 336, 30-VI-1993.

⁶ Caso, Guillermo J. "Un hito en la historia ambiental argentina", L.L., 1983-D-588.

V. LA NATURALEZA DEL DAÑO MORAL

Se afirma que, al menos en nuestro sistema legal, el daño moral "es, por naturaleza, individual, esto es, ligado a la subjetividad (espiritualidad) de cada damnificado"⁷.

No obstante, aun entendiendo al daño moral como perjuicio espiritual, éste puede afectar no sólo valores aisladamente subjetivos, sino también los que se comparten con otros sujetos, ya que la sociabilidad es una dimensión de la espiritualidad de la persona humana; por eso se reconoce un "matiz social" en el daño moral. Ello es así tanto en perjuicios individuales (como cuando se perturba la vida de relación o el equilibrio social de una persona) como en perjuicios grupales *stricto sensu*.

La repercusión negativa en la subjetividad de los afectados no significa un necesario impacto psíquico sino, más ampliamente, un defecto existencial en comparación con la situación precedente al hecho, sea en la existencia aislada de las personas, sea en su vida comunitaria⁸.

Por consiguiente, el daño moral no se reduce a la alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona sino que se proyecta, además, a la del bienestar espiritual y social de un grupo de personas; es decir, a un defecto existencial colectivo. Se distingue así el daño moral individual por perturbación de la sociabilidad de una o más personas, del daño moral colectivo por lesión de intereses valiosos gozados indivisiblemente por los miembros de un grupo humano.

Sin perjuicio de lo expuesto, el daño moral colectivo puede tener ribetes psíquicos, como se aprecia en expresiones aceptadas y usuales: la afectación del "sentir comunitario", de la "sensibilidad social"... Ahora bien, no se trata entonces de una "minoración anímica y espiritual de la comunidad"⁹, sino de la que experimentan sus integrantes en la vida comunitaria. Como todo daño moral, el de naturaleza colectiva se vincula con la "subjetividad" y "espiritualidad" de los damnificados, aunque no separadamente, sino en conjunto y sin límites difusos entre unos y otros.

Por ejemplo, en las explosiones de proyectiles provenientes de una fábrica militar en la ciudad de Río Tercero (Córdoba) no sólo existieron daños individuales (por muerte, lesiones personales, terror, destrucción de viviendas), sino que también se produjo y subsistió un daño psíquico colectivo, por el solo hecho de ser "habitante" de esa ciudad, con el consiguiente temor a la repetición del siniestro (que en los hechos, se reiteró una vez más).

⁷ Pizarro, Ramón D. *Daño Moral*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pág. 283.

⁸ Zavala de González, Matilde. *Reconocimiento de Daños. Daños a las Personas*, T. 2-C. "Integridad espiritual y social", Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pág. 64.

⁹ Según en cambio lo expresa Pizarro, *Daños...* cit., pág. 283 (la bastardilla es nuestra).

En definitiva, ninguna de las concepciones vigentes sobre el daño es obstativa al reconocimiento de una moral colectiva, ya que aun la tesis que identifica el perjuicio como un resultado disvalioso, permite percibirlo en los miembros de un grupo, de manera colectiva o difusa.

VI. LA INJUSTICIA DEL DAÑO NO PRESUPONE TUTELA NORMATIVA

Se ha opinado que un bien puede reputarse como colectivo y su lesión como fuente de daños colectivos, si tiene "un reconocimiento normativo para que sea calificado de jurídico y susceptible de protección". Dicho "status normativo" colocaría "un límite a la invocación de múltiples bienes colectivos"¹⁰.

Dicha postura entronca con la distinción, ya superada, entre daños "jurídicos" (resarcibles) y "de hecho" (no resarcibles): los primeros son los que provienen de la lesión a un derecho subjetivo o a un interés con reconocimiento legal.

Las ideas de De Lorenzo aportan esclarecimiento definitivo a ese problema: el principio que veda dañar a otro (*alterum non laedere*) opera sin más para decidir la reparación del perjuicio injusto, a cuyo efecto es jurídicamente relevante la lesión a todo interés digno por naturaleza y que merezca cualquier tipo de protección¹¹.

Al margen de que la mayoría de los intereses colectivos relevantes tienen raigambre constitucional, el imperativo jurídico actual reside en "acordar adecuada protección a toda situación (individual y grupal) digna de tutela, en función de la calidad intrínseca de los bienes y valores a defender"¹²; es decir, con prescindencia de algún específico reconocimiento normativo.

VII. LAS RESPUESTAS JURÍDICAS ANTE LOS DAÑOS MORALES COLECTIVOS

Ante daños sufridos colectivamente o la amenaza de que se produzcan, no se discute ya la procedencia de acciones preventivas y de recomposición en especie.

¹⁰ Lorenzetti, Ricardo, "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", *L.L.*, 1996-D-1038 y sigs.

¹¹ De Lorenzo, Miguel F., *El Dato Injusto en la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, una de las mejores obras sobre la materia.

¹² Conf. Stigliitz, Gabriel A., "Mecanismos jurídicos de protección al medio ambiente", *Jurix*, t. 90, págs. 321 y sigs.

En ocasiones, se ha aducido en contra de la existencia misma de aquéllos, la imposibilidad de resarcirlos en dinero, con olvido de que las técnicas para impedirlos y para restablecer la situación anterior implican, como necesario presupuesto, que existan "derechos de incidencia colectiva" (art. 43, Const. Nac.), cuyo menoscabo debe generar consecuencias jurídicas.

En los daños ambientales, se privilegian las técnicas de restitución a la situación anterior, que suelen traducirse en limpieza y restauración. Este objetivo puede lograrse mediante una condena dineraria (abonar el costo para reponer o reinstalar los componentes naturales afectadas) o que imponga adoptar toda medida razonable que mitigue el daño. Inclusive y en caso de imposibilidad, se propician los llamados "intercambios de naturaleza", como medios sustitutivos (aunque no equivalentes) a los recursos ambientales menoscabados, por ejemplo, la creación de un parque natural en una zona próxima al perjudicado.

La prioridad y la trascendencia de los objetivos preventivos y de restablecimiento del estado fáctico anterior, no aparece una subestimación del rol compensatorio de la indemnización dineraria por daños colectivos, tanto para las lesiones no subsanables materialmente, como para los perjuicios comunitarios ya sufridos en el intervalo hasta que se concreta la reparación en especie (la cual siempre actúa para el futuro).

Así pues, en algunas oportunidades, la indemnización dineraria operará como resorte complementario (no último, ni subsidiario) de los remedios restitutorios; en otras y ante perjuicios irreversibles, será el único recurso.

VIII. REFUTACIÓN DE LOS ARGUMENTOS ADVERSOS AL RESARCIMIENTO DINERARIO

a) Imposibilidad de resarcir con dinero perjuicios que no pueden subsanarse

Varios argumentos esgrimidos como adversos a la reparación del daño moral "individual", hoy son resucitados como obstáculos al resarcimiento dinerario de un daño moral "colectivo".

De tal modo y con referencia a los daños ambientales, De Cupis señala que, cuando no es factible una reintegración específica y al margen del resarcimiento pecuniario por los eventuales daños patrimoniales (por ejemplo, por el costo de reintegro o por la pérdida de valor económico de bienes que hacen parte del patrimonio estatal), no cabe indemnización dineraria alguna sino, en su caso, la aplicación de penas: "si no puede remediarse el daño reparándolo, ¿cómo puede hablarse de resarcimiento? Se olvida que el resarcimiento se identifica con la reparación: si no es

posible reparar con dinero el daño, es absurdo emplear la expresión "resarcimiento"¹².

Pero ningún daño moral es "naturalmente" remediable: el dinero no borra las lágrimas derramadas, ni devuelve el brazo mutilado...

La limitación jurídica se agiganta ante algunos daños morales colectivos, como en catástrofes irreversibles, cuyas secuelas perdurarán por un tiempo ilimitado, afectando la calidad de vida inclusive de personas todavía inexistentes (por ejemplo, residuos radioactivos); situaciones de tal magnitud parecen ajenas a toda percepción humana y a respuesta alguna por el derecho. ¿Cómo traducir en dinero esos perjuicios? Cualquier técnica parece imposible y arbitraria. Sin embargo, salvando las diferencias de lesiones, un problema jurídico análogo se presenta ante el dolor incommensurable por la muerte de un hijo querido: desaparición definitiva e irremediable de un ser humano único e irrepetible.

Es cierto que la reparación "natural" (más todavía, "integral") del daño moral constituye un mito o ilusión; tanto desde la perspectiva del perjuicio mismo, que no desaparece, como desde el alcance de la indemnización ya que, por su radical diversidad con los intereses espirituales, el monto que se fija no puede representar la entidad del daño moral. No obstante, más vale "alguna" reacción jurídica, aunque no elimine el problema, que "ninguna".

El resarcimiento no es "jurídicamente" imposible, aunque sí deficiente o imperfecto: el dinero cumple una función de satisfacción, como medio de acceso a bienes o servicios, materiales o espirituales. Así pues, a diferencia del daño patrimonial, en que la indemnización ingresa en lugar del perjuicio, lográndose una equivalencia económica, en el daño moral la indemnización se coloca a su lado, procurando compensar de algún modo a la víctima. Esta óptica resarcitoria es básicamente similar ante una comunidad afectada.

b) El carácter difuso de la legitimación activa

Se aduce la dificultad para admitir una pretensión resarcitoria ejercida por quien o por quienes, eventualmente, pueden no haber sufrido algún daño individual¹³. Igualmente, que la necesaria pluralidad de legitimados activos, su eventual inorganicidad o el real desconocimiento de la cantidad de afectados, torna sumamente riesgoso ponderar la cuantificación y prueba del daño moral¹⁴.

¹² De Capia, Adriano, "La riparazione del danno all'ambiente: risarcimento o pena?", *Revista di Diritto Civile*, nro. 4, julio-agosto de 1988, págs. 401 y sigs.

¹³ Carrasco Perera, Ángel, *El Derecho Civil: Sentas, Injusticias y Paradojas*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 79.

¹⁴ Saus, Eduardo L., "Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva"

Al respecto, enfatiza Bidart Campos sobre la "miopía procesal" que implica negar la legitimación para tutelar intereses difusos "so pretexto de que, por pertenecer a muchos o a todos, no singularizan en cada uno un interés personal que sea diferente al común interés de los demás"¹⁶ (nosotros diríamos que "singularizan en cada uno un interés personal, aunque compartido con los demás").

Por otra parte, la objeción sólo cobra relevancia frente a acciones populares (un miembro cualquiera del conjunto, que invoca la lesión al interés de todos sus miembros), pero no cuando el grupo se encuentra organizado y la acción es ejercida por su ente representativo.

Esta última hipótesis debe ser distinguida del discutido daño moral a la personas jurídicas el cual, aun para quienes lo admiten, se traduce siempre en perjuicios individuales (es decir, de las personas jurídicas afectadas en su buen nombre, reputación, etc.); mientras que aquí estudiamos un perjuicio colectivo, con lesión subjetivamente plural y donde, por ende, la existencia de un canal representativo interesa como recurso práctico para actuar en nombre de todos los miembros del grupo, y no de la eventual persona jurídica que los aglutina.

Por eso, cuando una asociación acciona por daño moral colectivo, no invoca un perjuicio de ella misma, sino de los asociados, con la particularidad de que el interés menoscabado es grupal e indivisible¹⁷.

De allí que no compartimos en su integridad las siguientes afirmaciones: "puede haber un interés que no sea de un individuo, sino de un grupo como tal. El interés grupal importa a la corporación, no a las individuos que la componen. Por ello el titular es el grupo y puede accionar como tal"¹⁸. De manera diversa, estimamos que, en los daños colectivos, son damnificados los integrantes de la corporación, y no esta

dentro del nuevo texto constitucional", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nos. 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, págs. 125 y sigs.

¹⁶ Bidart Campos, Germán J., "Intereses difusos, derecho a la preservación del ambiente y derecho a la salud y a la vida", E.D., 154-719.

¹⁷ De tal manera, en el ejemplo que Zannoni, Eduardo A., *El Dato en la Responsabilidad Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 448, suministra con la intención de demostrar la posibilidad de que personas jurídicas sufran un daño moral difamación contra una asociación civil de protección o cuidado, que malgrado los fines de asistencia y ayuda que persigue. A nuestro juicio y como lo hemos señalado en *Responsabilidad de Daños. Datos e las Personas. Integridad Espiritual y Social*, T. 2-C, Hammurabi, Buenos Aires, pág. 79: "en tal hipótesis, los verdaderos perjudicados son los asociados o quienes actúan el fin perseguido por la persona jurídica... Los fines extrapatrimoniales que pueden perseguir las personas jurídicas, sirven a sus miembros o a terceros en cuanto se trata de fines extrapatrimoniales; en el ejemplo anterior, la asistencia a los discapacitados lo reciben dichas personas físicas".

¹⁸ Lorenzetti, R., "Responsabilidad...", cit., págs. 1958 y sigs. (la destacilla es nuestra).

mismo pues, si así fuera, se trataría de un daño moral individual de una persona jurídica. Distinto es admitir, como técnica pragmática, que el ente representativo de la corporación accione en nombre de quienes la integran, para perseguir un fin resarcitorio de otro modo dificultoso y para procurar un destino social que los satisfaga.

Cuando el interés colectivo afecta a toda la comunidad, reviste naturaleza pública, y entonces la acción puede promoverse por el Estado, "como corolario de su obligación de propender al bienestar de la comunidad"¹⁸.

c) La restricción a la legitimación activa en el Código Civil

En nuestro sistema legal, y salvo el supuesto de muerte de la víctima: "La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo" (art. 1078, Cód. Civ.), lo que ha sido entendido como un obstáculo al resarcimiento del daño moral sufrido grupalmente¹⁹.

Sin embargo, así como la expresión "damnificado directo" (en singular) no impide la indemnización en favor de una pluralidad de damnificados directos individuales, tampoco puede impedirlo por la sola circunstancia de que el interés lesionado pertenezca, sin fragmentación posible, a los miembros de un grupo. Estos pueden ser damnificados directos, por su perjuicio global (expresiones discriminatorias contra discapacitados, homosexuales, etc.), en cuyo caso no existe ningún dique legal al ejercicio de la acción.

Se ha dicho que no existe un vínculo directo entre las personas y los intereses difusos o colectivos, ni relación de inmediatez en el disfrute²⁰. No obstante, la "difusión" en el goce (compartido sin divisiones) no es incompatible con su "inmediatez"; así pues, los habitantes de una ciudad pueden disfrutar "directamente" de las obras que componen su patrimonio histórico y cultural, aunque lo hagan "indiferenciadamente".

El problema de la legitimación se suscita cuando los integrantes del grupo vienen a ser damnificados indirectos; por ejemplo, si sufren por el acto discriminatorio que apunta concretamente hacia uno de ellos, y que tiene virtualidad expansiva mediata sobre la colectividad. Entonces sí existe un escollo legal a la invocación de un daño colectivo (art. 1078, Cód. Civ.) ya que los perjudicados grupales lo son indirectamente. Es preocupación de casi toda nuestra doctrina eliminar, en general, esa restricción a la legitimación activa por daño moral.

¹⁸ Aguilín, M. M. - Boragina, J. C. - Mesa, J. A., "El sistema jurídico vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental", J.A., 1983-IV-808.

¹⁹ Fizarro, *loc. cit.*, pág. 384.

²⁰ En contra: Lorenzetti, R., "Responsabilidad...", *cit.*, págs. 1058 y sigs.

d) El temor a la "catarata" de damnificados

Este argumento ha sido esgrimido, sea para introducir algún condicionamiento normativo en el reconocimiento del interés, sea para demostrar la imposibilidad práctica de resarcirlos, ante el tremendo peso económico que significaría la indemnización.

Esa inquietud se relativiza si se comprende que el daño es único (aunque repartido) y porque la exigencia de su certeza excluye de por sí las pretensiones inapropiadas, exageradas o delirantes: "el requisito de la certeza del daño pondrá un límite importante a esa nefasta consecuencia. En efecto, el daño no sólo debe ser *personal del accionante*, sino también cierto. Es evidente que un sujeto que vive en Jujuy no sufre ningún daño cierto por la contaminación de la ciudad de Comodoro Rivadavia"²².

Además, la preocupación ante la cantidad de damnificados no puede frenar la reacción jurídica ante daños injustos.

e) Función de la condena: ¿pena o resarcimiento?

Se ha sostenido que, en los daños morales colectivos, la condena indemnizatoria constituiría una pena, no un resarcimiento; hablar "de una reparación colectiva de perjuicio espiritual, abstracto y grupal, importa tergiversar la esencia misma del daño moral y presentar, bajo el ropaje de un aparente resarcimiento, a lo que en realidad constituye una *penalidad impuesta por el derecho privado*, un castigo a quien con su actitud desaprensiva agravó intereses colectivos dignos de tutela"²³.

Igualmente, Saux opina que, de ordenarse "un reciclaje de los fondos hacia objetivos vinculados a la protección de los intereses que determinaron la litis", no habría propiamente un resarcimiento del daño moral, y que entonces "quizá sería interesante echar los ojos en la mecánica de los daños punitivos"²⁴.

Sin embargo, no se discute que poseen naturaleza resarcitoria los mecanismos de reparación en especie (art. 1083, 1ra. parte, Cod. Civ.) que eliminan o que disminuyen hacia el futuro el daño colectivo. Por ejemplo: la recomposición del hábitat alterado, los anuncios rectificadores de publicidad inexacta, la publicación compulsiva de sentencias condenatorias o de la réplica ejercitada contra actos discriminatorios, etcétera.

²² Kemelemer de Carlacci, Aida, "La responsabilidad civil por el daño ambiental", en *Libro del Circunstanciaro de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 1981, págs. 160 y sigs.

²³ Pizarro, R. D., *Daño...*, cit., pág. 204.

²⁴ Saux, E. I., "Acceso...", cit., págs. 135 y sigs.

La socialización de las consecuencias de la tutela, consiente también el arbitrio de indemnizaciones dinerarias globales, calculadas en bloque y con destino grupal.

En sentido adverso, se afirma que la aplicación de técnicas de esa índole "desnaturaliza totalmente el rol resarcitorio que el daño moral lleva en su esencia, y se aproxima nitidamente a la vieja idea de la sanción al dañado"²⁵. Esta concepción es congruente dentro de una perspectiva individualista, que únicamente concibe la función resarcitoria cuando las indemnizaciones se destinan a fines particulares de las personas, con olvido de la posibilidad de una satisfacción social.

La idea según la cual "mal de muchos, consuelo para nadie", debe despertar franca resistencia, a la luz del sentido común de justicia.

El objetivo resarcitorio no se satisface a través de indemnizaciones punitivas, pues éstas presuponen la obtención de lueros injustos a través de una actividad dañosa y gravemente antijurídica (los cuales se procura eliminar, sancionando simultáneamente al dañado); mientras que la indemnización de los daños morales colectivos apunta a una compensación grupal, es independiente de las características del hecho lesivo y procede con abstracción de la situación económica ulterior del responsable.

IX. VALIACIÓN DEL DAÑO Y CUANTIFICACIÓN DEL RESARCIMIENTO

La mayoría de los daños colectivos son morales; por eso, debe agudizarse el ingenio para procurar soluciones indemnizatorias congruentes con su naturaleza y susceptibles de cumplir con un fin resarcitorio.

Las dificultades en la materia no pueden empañar la precdencia misma de la indemnización dineraria porque, como lo expresamos reiteradamente, "una incógnita de técnica jurídica no puede revertir en contra de una directiva axiológica: la imperatividad y la justicia de la reparación de todo daño inmerecido"²⁶.

Aun dentro de los tremendos obstáculos en el resarcimiento dinerario de perjuicios espirituales, nuestra mente está más preparada para evaluar los montos por perjuicios individuales, así sean plurales, pues la atención se focaliza caso por caso, víctima por víctima, y después se procede a la suma de los montos antes calculados singularmente.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de Daños Causados a las Personas*, T. 2-A, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pág. 503.

En cambio, el perjuicio colectivo es por esencia complejo (simultáneamente único y fragmentado), consistente en un "daño global al grupo o clase"³⁷. Pues bien, congruentemente, la técnica tiene que variar: no hay posibilidad de adicionar montos, sino de evaluar una indemnización también única, que atienda su daño grupal indivisible³⁸.

En los daños particulares, el principio de "individualización" exige atender a las condiciones de la víctima, que singularizan su perjuicio concreto. En el daño colectivo, también deben valorarse las circunstancias del caso, con la diferencia de que se juzgan desde una perspectiva comunitaria (especialmente, en cuanto a la importancia del interés lesionado y al número posible de afectados). Utilizando la expresión de Ortega y Gasset, la evaluación del daño moral individual parte de "yo y mi circunstancia" (de la víctima), y la del daño moral colectivo de "nosotros y nuestra circunstancia" (de las víctimas que forman el grupo).

Sin embargo, existe aquí la dificultad de una mayor abstracción: se desconoce con precisión la cantidad de lesionados, cuáles son sus identidades personales y la magnitud del perjuicio sufrido por cada uno (esto es imposible, precisamente por no ser delimitable la porción respectiva del goce). Hay anonimato en los interesados, derivado de la masificación de su perjuicio; el juez no puede "visualizarlos", sino sólo en la característica grupal que los une.

No obstante, la mayor o menor cantidad de posibles lesionados por un daño colectivo, así sea a nivel aproximativo o genérico, será un parámetro esencial para mensurar el daño indemnizatorio. Así como el resarcimiento se magnifica si son múltiples los damnificados individualmente, no advertimos por qué no deba ser una guía en el resarcimiento de daños colectivos.

Al momento de fijar la cuantía indemnizatoria por daño moral, suelen naufragar las más sólidas y prolijas construcciones: por eso, aunque parezca secundario, reviste significación el examen de las soluciones concretas.

Y bien, la dimensión social del interés conculcado agrava de por sí el daño moral, ya que lo multiplica o propaga a través de los numerosos afectados difusamente, siquiera por ese factor cuantitativo. Una misma

³⁷ Conf. Venini, Juan C. - Venini, Guillermo, "El dato sociológico (especial referencia a los intereses difusos)", J.A., 1969-IV-852 y sigs.

³⁸ Coincidentemente, observan Agglio, M. M. - Boragna, J. C. - Mesa, J. A., "El sistema...", cit., pág. 908, que, más allá del fraccionamiento (indivisible) "entre quienes particularmente lo han sufrido, el daño se produce globalmente y entonces esa debe ser la dimensión de la condena resarcitoria", aunque pueda dividirse el monto de la condena. "Pero la división se hace por segmentos y no en unidades de medida, y por ello el dato es único o global y no una mera acumulación de perjuicios diferentes y singulares".

lesión espiritual es más seria cuando se sufre por los integrantes de una colectividad, y no únicamente por una o varias personas determinadas.

Igualmente agrava el daño moral la mayor o menor jerarquía que pueda revestir dicho interés social. Por ejemplo, no es igual el menoscabo de una obra del patrimonio cultural comunitario, si se halla emplazada en el centro de una ciudad y se conecta con sus vivencias históricas y cotidianas, que el de otra más o menos ignota y escondida en un museo con acceso a limitados visitantes.

Se advierte así que el principio de evaluación en concreto del daño, funciona no sólo en perjuicios espirituales individuales sino también en los daños morales colectivos.

X. EL DESTINO DE LA INDEMNIZACIÓN

¿Cual debe ser el destino de la indemnización, para que satisfaga colectivamente?

Bajo la premisa de la fragmentación del monto indemnizatorio entre múltiples damnificados, se plantea el interrogante sobre la manera de distribuirlo²⁹. Al respecto, Saux critica la posibilidad de calcular la asignación individual por cada agravio moral y de dividir la suma total obtenida entre los afectados; observa el autor que dicha solución, además de impracticable, parece más propia de un "grupo de dañados"³⁰ (es decir, de múltiples afectados, pero en intereses individuales).

Sin embargo, el reparto de la indemnización entre los damnificados colectivamente es sólo una de las técnicas posibles (y discutibles) para que aquella cumpla un destino social compensador.

Por eso, se opina que, si el monto resarcitorio se destina al patrimonio individual, "no será una compensación dineraria de la pérdida del bien colectivo, sino de la lesión que el individuo sufre como consecuencia de aquélla", por lo que se propone su envío a "patrimonios públicos de afectación específica"³¹. La solución es razonable, por guardar congruencia con la naturaleza colectiva del daño, en cuya virtud la compensación debe operar también a través de una afectación colectiva del objeto de la condena.

²⁹ Carrasco Ferrer, A., *El Derecho...*, cit.

³⁰ Saux, E. J., "Acceso...", cit.

³¹ Lorenzetti, R., "Responsabilidad...", cit.

Para satisfacer el fin resarcitorio, es suficiente esa idoneidad en el destino de la indemnización. Esto también basta en el resarcimiento de daños morales individuales, donde el juez no indaga ni controla la aplicación concreta que hace la víctima del monto indemnizatorio (sin perjuicio de los controles públicos o asociativos, en la indemnización de daños morales colectivos).

Aunque pueda ser conveniente reglamentar el destino social de los fondos indemnizatorios del daño colectivo, no es imprescindible. El objetivo resarcitorio, en especie o en dinero, ya está instituido en el artículo 1083, Código Civil; por tanto, si existe alguna técnica compensatoria apta (dentro de los límites de la indemnización de todo año moral), no existe impedimento legal para instrumentarla.

Destaca Stiglitz la necesidad de prever un "resarcimiento fluído", destinado a alimentar un fondo de garantía, que "permite una política de retorno o reciclaje de los importes de la compensación, en favor de la colectividad interesada, y con miras al cumplimiento de finalidades conexas al interés difuso tutelado en juicio"; especialmente, evitar nuevos daños análogos a los producidos y resarcidos²².

Si el monto indemnizatorio se destina a una finalidad comunitaria, queda satisfecha la función compensatoria del resarcimiento y marginada la interpretación de la condena como sanción ejemplar.

²² Stiglitz, G. A., "Mecanismos...", cit., págs. 321 y sigs. Recuerda el estar la ley brasileña 7347, de 1985, que disciplina la "acción civil pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, así como a cualquier otro interés difuso o colectivo", en la cual se dispone que las indemnizaciones dinerarias se giran a un fondo, con participación del Ministerio público y representantes de la comunidad, y cuyos recursos se destinan a la reconstrucción de los bienes lesionados.

DAÑO AMBIENTAL

GRACIELA N. MEISINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ

I. CONTAMINACIÓN Y DERECHO AMBIENTAL

La revolución industrial fue la causa primordial de la contaminación del aire y del agua, sumada a la etapa agrícola que había agregado desechos derivados del uso de insecticidas, malos olores, basuras... Si bien la industrialización elevó considerablemente el nivel de vida del hombre, al incrementar el consumo aumentaron los contaminantes producidos por cada individuo; al mismo tiempo la demanda de uso exigió mayor producción industrial y consecuentemente el incremento de los residuos industriales¹.

El motivo más importante de polución es el crecimiento demográfico de los últimos doscientos años, producido como resultado del progreso económico y de la ciencia médica que permitió al hombre vivir más tiempo; se estima que el índice de población se duplica cada cinco años, calculándose que llegará a seis mil millones para el año 2000².

La "Sociedad del Futuro Mundial", que hace anticipos sobre lo que puede ocurrir en los próximos años, viene pronosticando desde hace

¹ Las Naciones Unidas estiman en un informe que, la población llegará a seis mil millones a fin del siglo. Si bien se anticipa que la humanidad crecerá en una tasa anual del 1,8% entre 1985 y 1990, las tasas varían considerablemente de una región a otra. Traducido esto a incrementos anuales significa que se agregan dieciocho millones de personas en África, nueve millones en América Latina, quince millones en el este de Asia incluyendo Australia y Nueva Zelanda, y siete millones en los países desarrollados.

² Los seres humanos y la población en vías de rápido crecimiento consumen cada vez mayor cantidad de energía total producida sobre el planeta. Si la población humana aumenta demasiado, los hombres tendrán que convertirse en herbívoros en lugar de omnívoros, porque no se dispondrá de suficiente energía para malgastarla en las cadenas alimentarias más largas, necesarias para criar animales cuya carne sirve de alimento.

tiempo sobre los problemas de la polución: para fines del siglo que viene una sola ciudad podría llegar a tener más de cien millones de habitantes; con la aplicación de la nueva tecnología, las poblaciones irremediablemente deberán crecer hacia abajo como ya lo han hecho hacia arriba, para poder acomodar más gente en un nuevo mundo subterráneo³.

Al comienzo del movimiento ecológico se atribuyó la protesta a alarmistas o excéntricos, pero las sociedades más desarrolladas han comprendido que la supervivencia importa regular legalmente los efectos de la tecnología, convirtiéndose en una cuestión básica de la política⁴.

La prospectiva en el tema de la contaminación ambiental —y su consecuente influencia en el derecho de daños— está dada por el paso de la era industrial a la tecnología limpia, el cambio de una sociedad industrial a una sociedad de la información⁵.

En tanto llegue esa era denominada por Toffler "tercera ola" signada por el ordenador (que reemplazará hasta los medios de locomoción de la era industrial), debemos concientizarnos de los riesgos del daño ambiental, y preguntarnos si el actual sistema de responsabilidad civil es suficiente para atender su reparación.

El ambiente considerado como totalidad, como integralidad es objeto de una nueva rama del Derecho que es el "derecho ambiental".

Persuadidos de la imposibilidad de encontrar soluciones en el sistema de responsabilidad civil, un grupo de juristas con criterios o principios distintos justificaron una disciplina propia. Sus sostenedores afirman y propugnan su independencia en el entendimiento de que el derecho ecológico forma una ciencia distinta que no podría encasillarse ni en el derecho público ni en el privado, pues este último rige relaciones particulares entre los individuos. Como dice Figretti, "el sistema de responsabilidad civil no fue pensado para atender las relaciones del hombre con la naturaleza"⁶.

El derecho ambiental se estructura sobre principios propios⁷ —recién en formación— y consiste en la novísima rama de la ciencia jurídica nacida en los prolegómenos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Hábitat Humano, celebrada en Estocolmo en junio de 1972.

³ Diario La Nación del 21-I-1987.

⁴ Leth, David - Ernst, Morris, *Control Legal de la Nueva Tecnología*, Marymar, 1974, pag. 7.

⁵ Naichitt, Jeta, *Atmósferas*, Métre, Madrid, 1983, pag. 47.

⁶ Figretti, Eduardo, *Derecho Ambiental*, Depalma, Buenos Aires, 1980: "La responsabilidad civil es patrimonial, de hombre a hombre. Por tal razón es difícil concebir la existencia de los denominados intereses difusos, acciones de clases o acciones ecológicas, que suponen una interrelación del hombre con el grupo social y que, en consecuencia, superan la relación patrimonial individual".

⁷ Boffi Boggaro, Luis María, *Trazado de las Obligaciones*, T. VI, Astrea, Buenos Aires, pag. 446.

Cano dice: "No estoy significando con tal afirmación que las normas legales que ahora son materia del derecho ambiental hayan empezado a ser adoptadas recién en esa oportunidad, algunas de ellas son en Argentina un siglo más antiguas pues aparecen en el Código Civil y en otras leyes finiseculares, pero el derecho ambiental como disciplina científica ha nacido en el momento en que se comprendió que el entorno era un conjunto, un todo, cuyos diversos elementos interaccionan entre sí. Ésta es una novedad física y también sociológica sólo percibida y entendida en la última década"⁸.

El bien jurídico tutelado por este derecho del ambiente es la calidad de vida, no sólo referida a la idea de comodidad y de buenos servicios, sino que en sentido amplio incluirá dentro de este derecho los aspectos relativos a la alimentación, los del consumidor en general y de especialidades medicinales en particular. Lo mismo acontece en lo referente al valor de los órganos humanos, el derecho al deporte, a la información y a los aspectos culturales.

El medio ambiente comprende la recíproca influencia e interrelación entre una serie de elementos (los recursos naturales, el patrimonio histórico, artístico, urbanístico, paisajístico, entre otros) que en su conjunto constituyen un valor distinto de la suma de sus componentes singulares, tendientes a satisfacer las necesidades humanas de educación, información, salubridad, paz, etcétera.

Los principios del derecho ambiental —según Figretti— han dejado de ser tales en algunos países iberoamericanos por haber sido incluidos en la legislación positiva. "La nómina de ellos —enunciativa— contiene las siguientes menciones: a) ecitismo y solidaridad humana (incorporados a las Constituciones de Perú, Cuba y art. 45 de la Constitución de España); b) enfoque sistémico de la biosfera; c) participación pública; d) interdisciplina; e) responsabilidad del contaminador; f) protección, mejora, defensa y restauración de la biosfera; g) uso racional del suelo; h) coordinación de actuaciones; i) ordenamiento ambiental; j) calidad de vida (trabajo y ocio); y k) cooperación internacional"⁹.

II. GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO

El derecho a la preservación de un ambiente sano está reconocido por el derecho internacional general y convencional, y, en particular por

⁸ Cano, Guillermo, "Introducción al derecho ambiental argentino", C.L., 154-315.

⁹ Figretti, Eduardo y otros, *La Responsabilidad por Daño Ambiental*, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, pag. 26.

la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ley 28.054, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por ley 23.313 de 1986, ambos con rango constitucional por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

Antes de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la conservación del medio ambiente ya estaba implícito en nuestra Constitución Nacional, en el preámbulo y en particular en los artículos 14, 14 bis y 33, este último por el que se otorga a las provincias la facultad y el deber de proteger la integridad territorial. Atento a este reconocimiento tácito la doctrina reclamaba permanentemente la consagración expresa en la Carta Magna.

Felizmente, la reforma de 1994 lo proclama enfáticamente como derecho y como deber en el nuevo artículo 41:

"Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras y tienen el deber de preservarlo".

Es indudable que se impone a todo habitante en doble calidad: de derecho "...gozan del derecho..." y como obligación "...tienen el deber de preservarlo...".

Se consagra así como un verdadero derecho subjetivo, entendido éste como la prerrogativa dada por el derecho objetivo al hombre y garantizada por las vías de derecho, de disponer de un bien reconocido como de su pertenencia, ya sea como suyo o siéndole debido (Dabín). El derecho a un ambiente sano es un *derecho personalísimo*, y como tal es inalienable, intransferible, absoluto, inviolable, vitalicio...¹⁹.

Como consecuencia de este reconocimiento el eje vector del derecho ambiental debe pasar por la *protección de la persona humana* ²⁰.

Se dan en este tema concordancias manifiestas y tendencias en la sanción de la Constitución Nacional de 1994, referidas a la persona humana, ya que al mismo tiempo que atiende la calidad de vida, lo hace no sólo desde el ambiente, sino consagrando sus derechos como consumidor.

En la era tecnológica los riesgos de empresa consisten justamente en la degradación del medio ambiente, especialmente los daños por residuos

¹⁹ Goldenberg, Hildón H., "Daños a los derechos de la personalidad", en *Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Dr. Jorge Mosser Durvasse*, La Heca, Buenos Aires, 1993, pág. 326 y del mismo autor: *Indemnización por Daños y Perjuicios. Nuevos Perfiles desde la Óptica de la Reparación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, págs. 219 y sigs.

²⁰ Masina de Estrella Gutiérrez, Graciela M., "Daños a la persona en la responsabilidad profesional", en *Las Responsabilidades Profesionales, obra colectiva en homenaje al profesor Dr. Luis O. Anónimo*, Platense, La Plata, 1993, pág. 197.

peligrosos y la prestación de servicios defectuosos que provocan daños al usuario¹².

Entiendo que en el caso de la degradación del ambiente, la empresa es responsable por un factor objetivo de atribución, que es justamente el denominado "riesgo de empresa" que tiene su fundamento en el riesgo provecho¹³.

Los criterios economicistas de costos no pueden prevalecer sobre la protección de la persona humana en toda su proyección¹⁴.

El Derecho vela para que el ambiente sirva al hombre y para que el crecimiento de las empresas garantice el futuro, lo que se denomina *desarrollo sostenible*.

La Declaración de Río de Janeiro sobre este tema recomienda a los Estados "desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la legislación respecto a las víctimas de contaminación y otros daños ambientales", instándolos a "cooperar de manera más decidida para elaborar nuevas leyes internacionales, por los efectos negativos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control en zonas situadas fuera de su jurisdicción" (principio 13). Asimismo el principio 15 dice: "Cuando haya peligro de daño grave o 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 medio ambiente". Todo esto es prevención del daño ambiental.

Resulta prudente que en el derecho argentino vigente la ley 24.467 sobre Pymes (pequeñas y medianas empresas) haya encarado su reconversión en "consonancia con la preservación del medio ambiente y los standards internacionales que rijan la materia, estimulando la utilización de tecnologías limpias compatibles con un desarrollo sostenible"¹⁵.

¹² Las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, 1994, dijeron al respecto: "En el derecho argentino vigente, la actividad riesgosa es factor de atribución en distintas hipótesis atinentes al denominado riesgo de empresa, v.gr., las de responsabilidad por transporte de personas o de mercaderías, por accidentes laborales, y por prestación de servicios en el ámbito del derecho del consumo" (unánime).

¹³ En las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil —Mar del Plata, 1995—, sustenté mi disidencia con el despacho minoritario, en tanto éste entendió que la actividad industrial no es fundamento autónomo de responsabilidad. Por mi parte considero que —al igual que en el derecho italiano— la actividad industrial es un factor de atribución objetivo; el provecho que obtiene la empresa justifica por sí misma la responsabilidad, obrando si ha causado un daño al ambiente (ver en Cap. XII B, la "teoría del riesgo de empresa").

¹⁴ Segundas Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, 1992, despacho unánime de la Comisión 2, "Daño ambiental".

¹⁵ La recomendación de la ley 24.467 fue aprobada como de valor positivo en el reciente Congreso en Homenaje al 50º Aniversario de las Naciones Unidas, "Problemática de los riesgos derivados de la responsabilidad civil: su prevención y tratamiento", organizado por la Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, junio de 1996.

III. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS ECOLÓGICOS O AMBIENTALES

Si bien coincide en la necesidad de protección ambiental de los sistemas vitales, los procesos ecológicos esenciales, la diversidad genética, la preservación de las especies y de los ecosistemas como objetivos del derecho ambiental, considero que en cuanto al *daño ambiental o ecológico*, se debe aplicar el sistema de reparación de daños que surge del Código Civil, con el enriquecimiento que la doctrina ha aportado y alguna reforma puntual como proponen los Proyectos de Unificación Legislativa Civil y Comercial.

Desde las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Mar del Plata en 1983 que tuvieron como tema de la comisión: "Derecho a la preservación del medio ambiente, responsabilidad por daño ecológico" se declaró que: "La reparación de los daños y perjuicios producidos por la degradación del medio ambiente se rige por los principios generales de la responsabilidad civil" (rec. 3b).

En principio se debe establecer si "daño ambiental" o "daño ecológico" responden al mismo concepto. Según Carlos M. Clerc¹⁶ el ambiente comprende a la ecología por ser más amplio pues aparte de la biosfera está compuesto también por los recursos naturales inertes: la tierra, las aguas (hidrosfera), los minerales (litosfera), la atmósfera y el espacio aéreo, los recursos geotérmicos y fuentes primarias de energía, lo que magnifica su campo con relación a la ecología. Ese criterio aconseja utilizar el término "daño ambiental" por ser comprensivo del ecológico.

Hay coincidencia en que la degradación ambiental enrola en la categoría de *daño intolerable*¹⁷. Hoy el derecho de daños entiende que se trata fundamentalmente de los denominados riesgos de empresa, comprendiendo en ellos tanto los que producen la polución así como los perjuicios al consumidor y a los trabajadores a través de los daños laborales. En definitiva, con un enfoque moderno podemos hablar del débil del Derecho frente al profesional o experto¹⁸. Los débiles jurídicos ante la polución somos todos los habitantes de una determinada región, víctimas de esos daños anónimos e inevitables que nos trae el progreso —como decía Orgaz—.

¹⁶ Clerc, Carlos M. - Pigretti, Eduardo. *La Responsabilidad en el Derecho Ambiental*, págs. 71 y sigs.

¹⁷ Segundas Jornadas Marplatenses..., cit., conclusión unitaria.

¹⁸ La XV Jornada Nacional de Derecho Civil —Mar del Plata, 1985— sustentaron que "...resulta urgente armonizar las legislaciones sobre el medio ambiente en el ámbito internacional, y particularmente en el marco del Mercosur".

Pero el Derecho no se desentiende de las consecuencias del crecimiento económico y le pone los límites para que ese desarrollo sea en lo posible sin daños a terceros¹⁹. Por ello fue variando a medida de los tiempos su esquema de responsabilidad civil.

Tradicionalmente ella se interpretaba como la respuesta a:

- un daño ya ocasionado en la persona o en los bienes de otro;
- cuando se lesionaba un derecho subjetivo de la víctima;
- exigiéndose la antijuridicidad que podría estar dada por el incumplimiento contractual o la comisión de un ilícito (delito o cuasidelito).

Hoy la modificación del esquema del derecho de daños nos permite afirmar como tendencias:

- que se da tanta importancia a la prevención como al daño ya verificado;
- que no es necesaria la lesión a un derecho subjetivo sino que se llega a admitir el menoscabo a un interés serio no contrario a Derecho;
- que se concede el resarcimiento, en algunos casos, de daños causados sin ilicitud en el obrar; y
- fundamentalmente en este tema del daño ambiental, que se reconocen los intereses legítimos e incluye los denominados intereses difusos.

a) La prevención del daño ambiental

Se pone el acento en la prevención y evitación de los daños, antes que éstos comiencen a verificarse; la Comunidad Europea y sus directivas ha puesto en marcha programas de información al consumidor, consultas, en definitiva educación...

En nuestro país se resalta la necesidad de acciones preventivas con un nivel de eficacia apropiado a cada circunstancia.

El artículo 41, 2da. parte de la Constitución Nacional proclama:

"Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales".

¹⁹ Las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil —Mar del Plata, 1990— recomiendan: "Dentro de las medidas de prevención, debe incorporarse en una futura legislación el estudio del impacto ambiental como requerimiento previo a la autorización de la actividad industrial con potencialidad contaminante".

El artículo 42 de la Constitución Nacional contiene, también, normas precisas para la protección de la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores de bienes y servicios.

Esta consagración constitucional, contempla también los mecanismos adecuados para hacer efectiva la prevención del daño ambiental.

b) Acciones

Para evitar el daño ambiental son procedentes las denuncias del daño temido como acción de fondo contemplada en el Código Civil y mecanismos procesales:

a) La primera está prevista en el artículo 2499 del Código Civil que dice: "Quien teme que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas procesales".

b) Las acciones procesales preventivas, las medidas cautelares que establece cada régimen procesal provincial o nacional.

c) La acción de amparo ha sido expresamente reconocida en la Constitución Nacional de 1994:

Artículo 43: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley".

La acción de amparo se reconoce "...contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor...".

La Constitución garantiza paralelamente los derechos de la persona frente a la contaminación ambiental y al consumidor, reafirmando, una vez más, la prioridad que el derecho de nuestro tiempo asigna al ser humano, frente al avance de la tecnología.

Junto a este reconocimiento legal a la prevención del daño posible, advertimos que la lesión al derecho subjetivo como recaudo ineludible de la acción ha dejado paso al derecho preventivo, sin necesidad de esperar que haya un derecho subjetivo conculcado.

c) Legitimados activos

Tradicionalmente la responsabilidad civil era un conflicto entre personas individualizadas; hoy se ha ampliado la nómina de actores y la legitimación concierne a:

- el afectado,
- el representante del pueblo (ombudsman en la Capital Federal),

- el Ministerio Público,
- las asociaciones, entidades cívicas que nuclean a la comunidad, tendientes a la protección de los intereses difusos: ésta es la novedad de nuestro tiempo.

Morello y Stiglitz sintetizan las nuevas categorías de legitimados activos, que responden a:

Intereses difusos: los que tiene una comunidad para conservar —por ejemplo— su flora, su fauna, la calidad de su entorno... Los "intereses difusos" son supraindividuales, pertenecen a la comunidad y no tienen por finalidad la tutela del interés de un sujeto en particular sino el provecho general o grupal.

Intereses colectivos: los que detenta un grupo determinado de habitantes, por ejemplo los consumidores, la colectividad de determinado barrio, que pretenden evitar un daño a su interés.

Actualmente se reconocen estas acciones difusas o colectivas que pueden coexistir con un derecho particular conculcado.

El artículo 43 de la Constitución Nacional reconoce expresamente a los legitimados activos colectivos y difusos cuando expresa: "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Otro importante encuentro de civilistas en materia de daño ambiental tuvo lugar en Mar del Plata en 1992 en las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros que, con la presidencia de los Dres. Roberto M. López Cabana y Carlos Parellada, dictaminaron: "En materia de daño ambiental es manifiesta la necesidad de acciones preventivas, con un nivel de eficacia apropiado a cada circunstancia".

IV. DAÑO AMBIENTAL

Cuando la lesión o el menoscabo han comenzado a verificarse, los legitimados activos (particulares o colectivos) pueden requerir la cesación o la reparación del daño, esta última en especie como determina el artículo 1083 del Código Civil, restableciendo las cosas a su estado anterior, o, dinerariamente para recomponer el perjuicio ya inferido.

La degradación del ambiente (que constituye un daño intolerable) puede significar para la persona un perjuicio a su patrimonio o un mal a sus derechos, facultades, en suma, a la persona misma.

Sé-pone en esta instancia en juego las normas y principios relativos a la responsabilidad civil contenidas en el Código, más el enriquecimiento aportado por la doctrina autoral y los fallos judiciales.

La finalidad del sistema de responsabilidad civil tiene justamente su fundamento en recomponer la situación de deterioro como lo prevé el artículo 1083, recurriendo a la función satisfactoria en dinero si la primera no fuera posible.

Este principio tiene ahora, a partir de la sanción de la nueva Constitución Nacional un reconocimiento en la ley suprema, el artículo 41 dice: "El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la ley...".

Aun antes de la recepción expresa en la Carta Magna del derecho a un ambiente sano, se encontraba fundamento en el Código Civil en el artículo 2618 que nos habla de "Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruido, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no debe exceder la *norma de tolerancia* teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas".

Aída Kemelmajer de Carlucci²⁰ entiende que la norma funciona tratándose de vecinos, pero vecindad no significa que los inmuebles deban ser colindantes sino que se requiere *contigüidad*, lo que implica cierta proximidad física que permita la inmisión. La acción por inmisiones no sólo compete al propietario sino también al poseedor, al tenedor, al usufructuario, al usuario y a cualquiera que tenga la cosa con obligación de responder por ella (arts. 1110, 1085, Cód. Civ.).

La jurisprudencia comienza a legitimar a cualquier habitante para reclamar la prevención²¹ y aun la cesación del daño pero ¿sucede lo mismo respecto a la reparación? Agrega la jurista "aun admitiendo la tesis restrictiva de que el daño reparable debe ser personal y lesionar un derecho subjetivo o un interés legítimo, la pregunta sería si cualquier habitante —a quien la Constitución Nacional reconoce el derecho personalísimo de vivir en un ambiente sano— no ve lesionado un interés legítimo para accionar, cuando ese derecho se ve conculcado".

El requisito de certeza que debe cumplir el daño indemnizable pone un límite a los legitimados activos, efectivamente: "un habitante de Jujuy

²⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La responsabilidad civil por el daño ambiental", *separata de Anales del Circulatorio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, año 1991.

²¹ Un fallo ejemplar en la materia fue dado por la Sala II, Cám. 1.ª Apel. de La Plata en autos: "Almada, Hugo Néstor c/ Copetto S.A. y otros s/ daños y perjuicios"; "Trasu, Margarita c/ Copetto S.A."; "Blau, Juan J. c/ Copetto S.A." del 9-11-1993, con voto del Dr. Francisco Héctor Bonseroni. Es un pronunciamiento clave en el que se aplican los mandatos consagrados en la nueva Constitución Nacional sobre todo en lo que hace a la tutela y el amparo de los intereses colectivos y difusos.

ningún daño cierto sufre por la contaminación de la ciudad de Comodoro Rivadavia. En definitiva está legitimado todo el que acredita un daño personal cierto²¹.

Pero un interrogante aún mayor sólo respondido por la moderna corriente procesalista de los intereses difusos concierne a ¿es posible que el patrimonio cultural, ecológico, arquitectónico, que es de todos, pueda no ser cuidado por nadie? El moderno derecho procesal contesta que en la prevención debe legitimarse a aquellos que ostentan un interés, aunque no sea exclusivo, se ampara al interés difuso, el que no pertenece a ningún grupo ni es exclusivo de una persona, sino de todos.

Cuando el daño se genera a un particular, la respuesta está dada por las normas vigentes y la extensión del resarcimiento abarca todas las consecuencias que estén en adecuada relación de causalidad. Si, por el contrario, el daño es colectivo o difuso y la reparación es pecuniaria, no queda claro cuál es la persona de derecho que tiene un crédito de indemnización. La solución más justa, interpretamos que está en darle a esa retribución pecuniaria la finalidad de reparar si fuera posible, o retribuir de alguna manera a la comunidad dañada por el perjuicio sufrido. Si no es posible destinarlo a compensar de esa manera, la doctrina entiende que debe remitirse a un fondo de garantía que serviría a su vez de resguardo ante demandados insolventes.

Los *legitimados passives* también se han ampliado en este tema; se admite que se puede demandar:

- a quien degrade el ambiente;
- al Estado cuando autoriza o consiente la actividad u omite ejercer el poder de policía;
- a los funcionarios públicos, en su caso, por incumplimiento de sus funciones en el marco del artículo 1113 del Código Civil.

Un problema que se presenta en la contaminación ambiental concierne al desconocimiento del verdadero autor del daño, presumiéndose muchas veces la concurrencia de algunos o varios de los agentes contaminantes. En tal caso se posdrán en marcha los mecanismos previstos para el supuesto de *daño colectivo*²².

Respecto al *factor de atribución*, la doctrina entiende que, según los casos, puede tratarse de un fundamento subjetivo, u objetivo. Me inclino personalmente por reclamar en todos los casos por este último factor de atribución basado en la teoría del riesgo, ya que estamos frente a actividades riesgosas con utilización de cosas, como son las que generan las empresas contaminantes²³ (art. 1113, 2da. parte, 2do. párr., Cód. Civ.) y,

²¹ Estos conceptos fueron todos receptados en las II Jornadas Registres de Responsabilidad Civil y Seguros, 1992, comisión sobre "Daño ambiental".

²² Conclusiones de las VI Jornadas Registres de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junin, 1994.

por otra parte, sería prácticamente imposible reclamarle a la víctima que pruebe el dolo o la culpa del que generó el riesgo²⁴.

Para los supuestos excepcionales que se contaminen con culpa, ésta debe presumirse por daño producido por efecto de las cosas. (art. 1113, 2da. parte, 1er. párr., Cód. Civ.). Son cosas, por aplicación del artículo 2311 del Código Civil, la energía, las fuerzas naturales susceptibles de apropiación (fuerza solar, frigorías, energía calórica, las vibraciones, etc.).

Ya en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983, se propició dar entrada a la responsabilidad objetiva de la segunda parte del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil por los daños producidos al medio ambiente con intervención de cosas, y se proclamó la responsabilidad colectiva cuando no pudiera identificarse al autor del daño dentro de un grupo (rec. 6º y 6º a).

Los últimos años han sido trascendentes en materia de reconocimiento de los derechos de la persona, tanto es así que muchas de las páginas de este libro, en su primera edición, han quedado desactualizadas, por el reconocimiento legal a los reclamos que en los encuentros científicos demandábamos, tanto en daño ambiental como en la protección del consumidor, en el reconocimiento que los derechos inalienables del ser, a su vida, a su integridad física.

Y es que nada menos que la Constitución Nacional con su reforma de 1994 vino a consagrar estos derechos personales, amén de las leyes menores que se dictaron en la misma dirección. Todas ellas permiten conectar la *protección del ambiente y la protección al consumidor*.

En realidad la nueva base normativa está protegiendo a la persona de las distintas hipótesis atinentes al denominado riesgo de empresa como la contaminación ambiental y la prestación de servicios en el ámbito del derecho del consumo.

Así, las nuevas normas constitucionales:

- 1. Tienen por finalidad preservar la *calidad de vida*.
- 2. Atienden a la *prevención* antes que al *daño*.
- 3. Ubican al medio ambiente y al consumidor como víctimas dignas de protección frente al riesgo empresarial.
- 4. Reconocen la posibilidad del reclamo individual o colectivo.

Las otras leyes dictadas en los últimos años en la Argentina son congruentes con estos principios. Podrá aceptarse su normativa o criticarlas parcialmente por algunas de sus soluciones, pero lo que es indudable que todas tienden a la protección del hombre garantizando aquéllas.

²⁴ Las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil —Mar del Plata, 1986— confirman que "la responsabilidad civil derivada de daños ecológicos es objetiva".

La ley 24.240 tiene por finalidad la protección de la salud. El estatuto del consumidor protege la vida, la salud, y la integridad contra los accidentes del consumo.

Se relaciona con otras leyes dictadas en los últimos tiempos que tienden a preservar el normal funcionamiento de los mercados en condiciones de transparencia, competitividad, lealtad y calidad.

Se integra con la Ley de Defensa de la Competencia 22.282 y la Ley de Lealtad Comercial 22.802.

Otras normas específicas que integran la protección del consumidor y el medio ambiente son: la ley 24.065 que regula la prestación del servicio público de transporte y la distribución de electricidad; ley 24.076 sobre prestación de gas natural; decreto 1185/92 de prestación de las telecomunicaciones; decreto 999/92 que reglamenta el servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales; y ley 24.051 de Residuos Peligrosos.

V. LEY 24.051 DE RESIDUOS PELIGROSOS

Anterior a la reforma constitucional de 1994 ya manifiesta "se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y los radiactivos" (igual art. 41, Const. Nac.).

La ley 24.051 define al *residuo peligroso* como "todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general" (art. 2°). Parece acertada la definición porque ella localiza la categoría de "peligroso" desde la óptica de la causación del daño. El decreto 83L/93 conceptúa al residuo como "todo material que resulte de desecho o abandono".

Se incluyen:

- a) los residuos enumerados en el Anexo I de la ley (corrientes de desechos),
- b) los que resulten de explosivos, líquidos inflamables, sólidos inflamables, sustancias o desechos susceptibles de combustión, explosivos, inflamables, corrosivos, tóxicos descriptos en el Anexo II,
- c) las sustancias que dan origen a otra que posea características de peligrosidad,
- d) los residuos patológicos (art. 19, ley 24.051).

Se excluyen:

- a) los residuos domiciliarios,
- b) los radiactivos,
- c) los derivados de las operaciones normales de buques.

La *responsabilidad civil* emergente de los daños causados con residuos peligrosos tiene estas características:

a) Se consagra el residuo peligroso como una "cosa riesgosa" a los efectos del artículo 1113, 2da. parte, 2do. párrafo del Código Civil, encuadrándose en la responsabilidad objetiva.

b) Los sujetos responsables: el generador es responsable independientemente de su calidad de dueño o guardián. "Generador de residuos es quien lo produce" (art. 14), y resulta "responsable en calidad de dueño de los mismos" (art. 22). Esta responsabilidad "no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento" de los residuos (art. 46) ni frente a terceros por la transferencia de dominio (art. 46).

Se consideran "guardianes" del residuo peligroso, a los efectos del artículo 1113, 2da. parte, 2do. párrafo del Código Civil, el transportador de los residuos y el titular de la planta de tratamiento y disposición final (arts. 31 y 44).

c) Las eximentes de responsabilidad objetiva contienen un agravamiento a las dispuestas por el respectivo artículo 1113 del Código Civil "El artículo 47 de la ley 24.051 contiene una nueva exigencia, cual es la demostración que de su parte empleó el debido cuidado y atendió todas las circunstancias del caso con el objeto de evitar la acción del extraño"²⁴.

Esta es la nota más destacada de la responsabilidad que dispone la ley 24.051, ya que, "para que la culpa del tercero pueda ser invocada útilmente, debe ser inevitable, vale decir, constituir un caso fortuito"²⁵.

La Ley de Residuos Peligrosos establece pautas de seguridad para los generadores (arts. 14 a 21) y los transportistas (arts. 23 a 32).

La Ley de Unificación Legislativa de 1967 en la redacción del artículo 2619 del Código Civil extiende a toda persona que pueda ser perjudicada, aunque no se trate de vecinos, el ejercicio de la acción prevista en el artículo 2618 del mismo Código, que se refiere a la indemnización por molestias ocasionadas por humo, olores, calor, luminosidad, ruidos, vibraciones o "daños similares". La vetada ley con el artículo 2619, daba entrada en la normativa del Código Civil al reclamo por daño ecológico, legitimando activamente a todo sujeto que "pueda ser perjudicado".

VI. POLÍTICA INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

Con posterioridad a la Conferencia de Estocolmo, e inmediatamente después, en octubre de 1972, se realizó una reunión de jefes de Estado y

²⁴ Jacobo, Gabriel - Rouges, Carlos, *Régimen Legal de los Residuos Peligrosos (Ley 24.051)*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 76.

²⁵ Alberini, Atílio A. - Arenal, Oscar - López Cabana, Roberto M., *Derecho de Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

de Gobierno celebrada en París (Cumbre de París). Se formula una Declaración Política en la que se recoge la preocupación por el medio especialmente en el seno de organizaciones internacionales²⁷.

Declara once principios formulados ya por los ministros del Medio Ambiente reunidos en Bonn en 1972, de los que se destacan: la necesidad de acciones preventivas, la responsabilidad del contaminador y el nivel de acción apropiado.

El 18 de diciembre de 1971 se firmó en Bruselas un Convenio Internacional de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos, creando un capital de garantía para hacer frente a los daños causados por la contaminación ambiental de hidrocarburos, complementario del Convenio por daños que reconocen el mismo origen, celebrado en Bruselas en 1969.

En los considerandos se expresa que la firma del Convenio ha surgido como toma de conciencia del peligro de contaminación que crea el transporte marítimo internacional de hidrocarburos a granel y con el fin de lograr una indemnización adecuada a las víctimas de daños provocados por los derrames de hidrocarburos²⁸.

El Convenio Internacional por Responsabilidad Civil (año 1969) por daños causados por la contaminación de hidrocarburos constituye un avance considerable al incluir dentro de su régimen, tanto a los daños producidos a los Estados contratantes por la contaminación, así como los costes de las medidas preventivas adoptadas en cualquier lugar para evitar o limitar los accidentes.

El Convenio de 1971 establece un fondo de garantía que se destina a la indemnización cuando el responsable es insolvente o por cualquier otro motivo no pueda hacer frente a ella, revistiendo entonces el carácter de subsidiaria. El recurso creado por el Convenio no sólo se aplica a las indemnizaciones de daños causados por la contaminación ambiental sino también a los gastos para prevenir o evitar los daños ecológicos causados por los hidrocarburos.

Como la responsabilidad se basa en un factor objetivo de atribución, la indemnización es tarifada con un tope de cuatrocientos cincuenta millones de francos.

²⁷ Mateu Isturiz, José F. y otros, *La Protección de los Consumidores y el Medio Ambiente en la Comunidad Económica Europea*, Tivium, Madrid, págs. 127 y sigs.

²⁸ Los daños producidos por la contaminación ambiental que tienen su origen en los hidrocarburos son una preocupación constante por la frecuencia con que se producen y la magnitud alcanzada por los perjuicios. Dice *La Nación* en una editorial del 23-I-1983 bajo el título "Contaminación en el Atlántico Sur" que un investigador del Instituto Antártico Argentino ha encontrado altas concentraciones de compuestos químicos derivados del petróleo, en las aguas del Atlántico Sur. Las sustancias en cuestión son peligrosas porque se presentan como cancerígenas aun en concentraciones pequeñas.

En la Declaración de Río "Eco 92" se suscribió por los países latinoamericanos el siguiente compromiso —entre otros—: "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible".

Y en cuanto a las obligaciones de los Estados signatarios: "...Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos...".

El lema que asumieron los países comprometidos propiciaba un *progreso sin contaminación* y se encargaba a los órganos con poder de decisión, la elaboración de un programa de acción en materia medio ambiental.

No podemos dejar de advertir que el daño ecológico sería parcialmente tratado si lo enfocamos desde un punto de vista solamente nacional. No debemos olvidar que la defensa del medio ambiente, por su misma naturaleza, exige una acción conjunta. El hecho de que la contaminación no se detenga en las fronteras, unido a que la política ambiental de un país puede suponer graves perjuicios para el vecino, es una de las razones de su internacionalidad.

Estos principios dieron nacimiento —entre otros tratados— a la política comunitaria del medio ambiente que consta en la Declaración del Consejo de Comunidades Europeas de diciembre de 1978.

El primer programa de acción en materia de medio ambiente ha fijado como objetivos: prevenir, reducir y suprimir —en la medida de lo posible— la contaminación ambiental; mantener un equilibrio ecológico satisfactorio; evitar toda explotación de los recursos y del medio natural; orientar el desarrollo hacia una mejora en las condiciones del trabajo y del marco de vida; buscar soluciones afines con terceros Estados; los costas no pueden prevalecer sobre la protección de la persona humana en toda su proyección.

Falta en nuestro país una urgente armonización de las legislaciones provinciales y de los países del Mercosur. El Tratado de Asunción, fundacional del Mercosur, contempla la "preservación del medio ambiente" (Prelámbulo).

VII. LAS POSIBILIDADES ASEGURATIVAS DEL DAÑO AMBIENTAL

Las exigencias de que la víctima sea resarcida efectivamente aconsejan que, junto con la atribución objetiva de responsabilidad, sea implantado el seguro forzoso para las actividades de alta siniestralidad, articulado con fondos de garantía y con mecanismos de pronto pago²⁹.

²⁹ VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junio 1994 y

Para facilitar el régimen de seguro forzoso sería conveniente la fijación de criterios cuantitativos para la atribución objetiva del deber de reparar, sobre la base de topes, tablas o baremos, u otro mecanismo idóneo, sin perjuicio de su ampliación cuando concurriera un factor de atribución subjetivo.

La doctrina nacional entiende que el seguro es una herramienta efectiva para la prevención, indemnización y recomposición del daño ambiental, pero las soluciones que brinda son necesariamente limitadas. Ello porque no puede constituirse técnica ni fácticamente, un fondo de primas suficientemente importante para satisfacer el costo de eventuales reparaciones.

Los siniestros derivados del daño ambiental revisten gran intensidad y la única manera posible de conciliar seguro y siniestralidad resulta de la limitación cuantitativa de la indemnización prometida.

Alrededor de los años '70 en la Comunidad Europea se asiste a la toma de conciencia de los graves riesgos de la polución, lo que lleva a las compañías aseguradoras a establecer sus recomendaciones en los contratos de seguros de responsabilidad civil de la explotación empresarial siempre y cuando ellos fueran accidentales.

La garantía del seguro enmarcado en la aleatoriedad del siniestro requiere que la contaminación de la empresa provenga de accidentes, es decir, que resulten por ejemplo de la corrosión imprevista de los materiales. Como dice Lambert-Faivre³⁰ "debe estar estrictamente mantenida la exigencia de la imprevisibilidad del hecho causal desde el punto de vista del seguro: nosotros diríamos —agrega Lambert-Faivre— su carácter aleatorio". La polución aceptada y conocida por la empresa no es asegurable en derecho... los aseguradores serían en tal caso los cómplices financieros de los contaminadores impenitentes, a despecho de las políticas de preservación del entorno.

En Francia el 1° de julio de 1977 fue creado el "Grupo de Aseguramiento de Riesgos de Polución y otros atentados al entorno", denominado GARPOL.

GARPOL funcionó desde 1977 hasta 1989 en que se transformó —con cuarenta y nueve empresas aseguradoras— en el grupo denominado ASSURPOL, que a su vez tiene catorce sociedades de reaseguro. Este sistema de pool opera repartiendo los riesgos y las primas a prorrata de la participación de cada sociedad. Tiene una capacidad financiera de ciento treinta millones de francos.

Comprobo en Homenaje al 50° Aniversario de las Naciones Unidas, Universidad del Museo Social Argentino, junio 1985.

³⁰ Lambert-Faivre, *Yvonas, Risques et Assurance des Entreprises*, 3° ed., Pichon Dalloz, Paris, 1981, págs. 667 y sigs.

Un importante sector de la doctrina reunido en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil —Mar del Plata, 1983— propuso en lo que hace a la tendencia socializadora de los daños: "debe implementarse la cobertura asegurativa obligatoria del riesgo de responsabilidad civil por contaminación ambiental, debiéndose también prever la creación de un fondo de garantía y el reconocimiento a la víctima de un derecho propio a la indemnización".

Se recomienda en las reuniones de expertos, sobre la conveniencia de establecer fondos de garantía y *pool* de aseguradoras y fondos de indemnización: "para evitar, entre otras eventualidades, las insolvencias de las compañías aseguradoras, resulta prudente formar fondos de garantía".

"Atento la magnitud del posible daño al medio ambiente cabe propiciar la formación de fondos de indemnización con aportes de las empresas que puedan afectar al ambiente por sus actividades, de manera que permitan encarar la reparación y recomposición debidas"²¹.

²¹ Recomendación del Congreso en Homenaje al 50º Aniversario de las Naciones Unidas, *cit.*

EL ESTADO DE NECESIDAD Y LOS DAÑOS OCASIONADOS

RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO

I. ESTADO DE NECESIDAD. GENERALIDADES

El estado de necesidad tiene en el Derecho diferentes enfoques aunque en esencia constituya un concepto unívoco, es en definitiva una situación sociojurídica que constituye un fenómeno digno de atención.

Para el derecho penal es una causal de justificación de la conducta por exclusión de la ilicitud y, consecuentemente de imputabilidad de su autor. Aunque Soler aclara, siguiendo a Carrara, que su estudio como institución autónoma y sistemática, dista mucho de haber llegado al nivel de perfeccionamiento que alcanzara la legítima defensa; y por otra parte, como principio y en su ubicación en la parte general del derecho penal es obra de la sistemática moderna¹.

De esa manera, en la doctrina penalista española el profesor Cuello Calón enseña que los tratadistas clásicos, especialmente los italianos, no emplean la denominación de "estado de necesidad", ni lo estudian como una causa de exención de responsabilidad, sino como un supuesto de fuerza mayor, o de carencia de libre voluntad, llegándose a identificar con la legítima defensa, ya que la "violencia moral" sería la única causa de ambas situaciones².

¹ Soler, T. I, *Derecho Penal Argentino*, T. I, 1.ª reimpresión, Tru, Buenos Aires, 1981, pág. 419, nro. 33. Cuello Calón, *Derecho Penal*, T. I, revisto y puesto al día por Carraga Hernández, 1.ª ed., Bosch, Barcelona, 1986, pág. 405. Jiménez de Azúa, *El Crimenolista*, T. III, pág. 76. Escobarveras - Niperczy, *Derecho Civil*, Parte General, T. I, Vol. II, 2da. parte, trad. Pérez González y J. Alguar, 3.ª ed. española puesta al día por Hernández Marín y Gels Alonso, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 1026, nro. 241.

² Cuello Calón, *op. cit.*, T. I, pág. 406. Una situación muy particular es la que plantea Soler, al traer la tesis de Menges quien diferencia según la importancia del bien.

En el derecho civil dicha temática tiene otra dimensión: se lo puede observar dando virtualidad a la invalidez de la manifestación de la voluntad, muy cercano a la violencia moral³, o bien (en el aspecto donde se centra este estudio) como un supuesto de causa excusable de la responsabilidad civil⁴.

Tiene sus antecedentes cuando el estado de peligro proviene de la naturaleza, o del "terror ambiental", como lo adjetivizan con maestría el Dr. Roberto Brubbia en nuestro medio y el profesor De Castro en la doctrina española⁵; o bien por un hecho humano que tiene la finalidad de modificar la voluntad del sujeto impidiendo el desarrollo del libre consentir, tal el ejemplo de la jurisprudencia francesa donde se anuló un acto, pues el capitán de un buque en peligro cierto de naufragio, aceptó pagar una suma exorbitante de dinero al dueño de un remolcador para su salvataje⁶.

sacrificando; afirmando que el hecho es lícito si el bien salvado es menos valioso, siendo ilícito en el caso opuesto, e irrelevante cuando los bienes jurídicos son equivalentes. Soler, *J. op. cit.*, T. I, pág. 420.

³ Campagnacci de Caso, *El Negocio Jurídico*, Astres, Buenos Aires, 1992, pág. 307, nra. 101. Brigaglio, *El Estado de Necesidad en el Derecho Civil*, trad. García Amigo, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág. 5. Flour-Aubert, *Essai Les Obligations*, T. I, A. Colin, Paris, 1975, nra. 229, pág. 174. Yacquier de Tolosa, *Responsabilidad Civil Contractual y Extrcontractual*, T. I, Reus, Madrid, 1993, pág. 137.

⁴ El estado de necesidad no se encuentra previsto expresamente en la legislación civil. Se siguió la orientación ideológica de las codificaciones del siglo XIX. Se encuentra legislado en los códigos civiles de Italia (art. 2045), Federal Suizo de las Obligaciones (art. 37) en el alemán (B.G.B. par. 54) en el de Portugal de 1967 (art. 338); en el de Brasil (arts. 1519 y 1520), etc. En Francia, España y nuestro país, es el derecho penal el que surge de guía para el estudio de la figura, con las correcciones que corresponden al derecho privado. Para los antecedentes romanos de la figura Giorgi, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Civil Moderno*, T. V, trad. Elio Inardier, Reus, Madrid, 1923, pág. 260, nra. 165.

⁵ La denominación de "terror ambiental" es interesante y existe, según sus propagadores, cuando el temor o la intimidación por la cual obra el sujeto proviene de una amenaza producida por el medio ambiente en que actúa, ante una situación de temor dada por el "ambiente revolucionario", muchas veces más fundada en el comportamiento delos de quien pretende aprovecharse de un estado determinado, que en el temor insuperable existente en el espíritu del damnificado. Brubbia, *Hechos y Actos Jurídicos*, T. I, Astres, Buenos Aires, 1979, pág. 454, coment. al artículo 940, señala el profesor que este concepto no surge en nuestro derecho, ya que el artículo 937 del Cód. Civ., exige las amenazas injustas provenientes de otra persona. La CSJN rechaza reclamos fundados en el "terror ambiental" ante reclamos de anulación de una donación hecha antes de 1955, a una fundación vinculada al Gobierno nacional de esa época, ante el incumplimiento de las resoluciones previstas en los arts. 937 y 938 del Cód. Civ. (CSJN, E.D., 8-367, *Ateneo Cam. 3° ed., La Plata, Sala II, E.D., 22-390*). Castro y Bravo, *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 141, nra. 183, señala que el Supremo Tribunal Español ha rechazado reclamos de anulación de contratos realizados en ambientes "intelectuales o hostiles" pero no se había probado la intimidación directa y concreta del acto impugnado (S.T.E., senta. del 4-VII-1944, 10-VI-1947 y 28-X-1947).

⁶ Caso fallido por la Corte de Casación francesa que invalidó el acuerdo, considerando que el consentimiento estaba viciado por el estado de necesidad. *Dalloz*, 1868-1-263.

En cambio, cuando se causa un daño a otro que tuvo como objetivo evitar un mal mayor, entramos en el terreno de la responsabilidad extracontractual y el consiguiente interrogante sobre el elemento justificante del accionar u omitir dañoso⁷. El problema, como señala Acuña Azorena, queda planteado en el debido interrogante de si corresponde o no a la resarcibilidad de los perjuicios ocasionados en estado de necesidad⁸.

II. CONCEPTOS

Si bien se han brindado muchos conceptos de la figura podríamos decir que: "Es una posición jurídica de quien, para evitar un mal mayor a su persona o bienes, causa un daño a otro que no es autor del peligro".

Savatier define al estado de necesidad como "una situación que aparece como único medio para evitar un mal más grande o igual, causando un mal menor o igual"⁹. Y entre nuestros juristas, Liambias dice que hay estado de necesidad, como causa eximente de responsabilidad, "...cuando alguien para evitar un mal grave e inminente al que ha sido extraño, causa un daño a otro; en tal caso él no incurre en responsabilidad si el perjuicio ocasionado es incomparablemente inferior al evitado y no ha habido otro medio para impedir éste último"¹⁰. Orgaz afirma: "Es una situación en que

Carbonnier, *Derecho Civil*, T. II, Vol. II, trad. Zorrilla Ruiz, Bosch, Barcelona, 1960, pág. 298. Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico*, trad. Martín Pérez, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 345, autor que tras la referencia del artículo 127 del Código de la Marina Mercante Italiana, que decreta no valer vinculado a las relaciones o promesas de necesidad por asistencia o salvamento cuando sean hechas en el momento del siniestro o en el medio del mar.

⁷ Savatier, R., "L'état de nécessité et la responsabilité civile extracontractuelle", en *Études de Droit Civil à la Mémoire d'Henri Capotoni*, Dalloz, Paris (separata), pág. 710. De Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, T. II, 7ª ed., Ferense, Rio de Janeiro, 1963, pág. 348, nro. 217. Vinay, G., "La responsabilité conditionnelle", en Gaustin, *Traité de Droit Civil*, T. IV, L.G.D.J., Paris, 1962, pág. 680, nro. 648. Borda, *Traité de Derecho Civil. Obligaciones*, T. II, 3ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1971, pág. 240, nro. 1235. Colombo, *Código Aquilano*, T. I, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1963, pág. 174, nro. 75.

⁸ Acuña Azorena, "El estado de necesidad en el derecho civil", en *Estudios de la Responsabilidad Civil*, Platense, La Plata, 1963, pág. 133. Liambias, *Traité de Derecho Civil. Obligaciones*, T. III, 3ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 640, nro. 2230. Rezzonico, *Estudio de las Obligaciones*, T. I, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1964, pág. 187.

⁹ Savatier, "L'état...", cit., págs. 729 y sigs.

¹⁰ Liambias, op. cit., T. III, pág. 640, nro. 223. Cassaux, P. - Trigo Represas, F., *Derecho de las Obligaciones*, T. I, 3ª ed., Platense, La Plata, 1967, pág. 712, nro. 629. Alterini - Amal - López Calzava, *Curso de Obligaciones*, Vol. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, pág. 179, nro. 385. Acuña Azorena, "El estado de necesidad en el derecho civil", L.L., 11-24, Sec. Doc., y en *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, Platense, La Plata, 1963, pág. 133. Rezzonico, op. cit., T. I, pág. 187. Saboni - Acuña Azorena, *Traité*

se halla una persona que, para apartar de sí o de otra un peligro inminente que amenaza sus bienes personales o patrimoniales, causa legítimamente un mal menor a un tercero que no es autor del peligro¹¹.

Por su parte Trigo Represas lo define así: "ante la existencia de una situación fáctica de peligro grave e inminente que amenaza a una persona o a sus bienes y que sólo puede ser conjurada para salvar a los mismos, ocasionando un daño a otra o a un tercero"¹².

III. ESTADO DE NECESIDAD Y LEGÍTIMA DEFENSA

El estado de necesidad tiene un cercano parentesco con la legítima defensa, incluso algunos autores sostienen que esta última es una de sus especies. En ambas figuras alguien reacciona para salvar a otro o a sí mismo, de un mal cercano, inminente y grave; en la legítima defensa el origen es una agresión humana, en el otro supuesto puede ser también obra de las fuerzas naturales¹³.

Siempre, el derecho que deriva y es consecuencia de la protección que da el estado de necesidad, tiene una dependencia inmediata con los resultados objetivos; de allí que, como enseña Von Tuhr, si alguien cree hallarse en estado de necesidad (putativo), o toma una medida exagerada e innecesaria (exceso), el acto es ilícito y se expone a la legítima defensa del titular del bien atacado¹⁴.

de Derecho Civil Argentino. *Formas de las Obligaciones*, T. IV, 2ª ed., Trea, Buenos Aires, 1958, pág. 43, nro. 3725. Moscoso Iturrigaray, *Responsabilidad por Daños*, T. III, Editor, Buenos Aires, 1980, rep. 85. Fariñas Evarín, *Responsabilidad Extracontractual*, Buenos Aires, Ramos, Montevideo, 1964, pág. 260, nro. 140.

¹¹ Orgaz, *La Necesidad*, Lerner, Buenos Aires, 1974, pág. 127, nro. 5. Carranza, "El llamado estado de necesidad en el derecho civil", J.A., 1967-V-300.

¹² Carreras, P. - Trigo Represas, F., op. cit., T. I, pág. 712, nro. 525. Trigo Represas, *Tratado General de la Reparación Civil: las Eximentes (Responsabilidad Civil)*, Arca, Córdoba, 1997, pág. 302. Kozminskaja de Carlacci, en *Código Civil Comentado*, T. V, Belluscio (dir.) - Zanoni (coord.), Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 7. Alterias - Ameal - López Cabana, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 163, nro. 385. Baff Buggers, *Tratado de las Obligaciones*, T. II, Astrea, Buenos Aires, 1973, pág. 101, nro. 398. Von Tuhr, *Derecho Civil*, T. III, Vol. II, trad. T. Ravé, Depalma, Buenos Aires, 1968, pág. 305, nro. 97. Latou-Auzard, *Traité Pratique de la Responsabilité Civil*, 6ª ed., Dalloz, Paris, 1962, pág. 225, nro. 302.

¹³ Llambras, op. cit., T. III, pág. 641, nro. 3350. Acuña Anzorrena, op. cit., pág. 136. Barón, op. cit., T. II, pág. 242, nro. 1337. Orgaz, op. cit., pág. 131. Von Tuhr, *Tratado de las Obligaciones*, trad. W. Kozers, T. I, Reus, Madrid, 1934, pág. 271.

¹⁴ Von Tuhr, *Derecho Civil*, op. cit., T. III, Vol. II, pág. 309, nro. 97, quien hace saber que, tanto la legítima defensa como la justicia por mano propia o autoayuda, no dependen —como en el estado de necesidad—, de una relación entre dos valores sobre los bienes en juego. Véase en Encarnación - Nipcedey, op. cit., T. I, Vol. II, pág. 1096, nro. 241. Bruggio, op. cit., pág. 48.

IV. CASOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

Para ejemplificar sobre la necesidad se brindan hechos de lo más variados: alijar un buque o un avión para evitar un accidente; el hurto familiar; la rotura de una puerta para auxiliar a alguien en un incendio; operaciones quirúrgicas donde, para salvar la vida de alguien, se sacrifica la de otro; en los accidentes de tránsito como el caso del lesionado en el transporte porque el conductor del autobús para evitar arrollar a un menor embiste a un árbol; etcétera.

También refiere Lalou algunos casos juzgados por la jurisprudencia francesa: daños producidos por los bomberos a una finca para impedir la propagación del fuego; o que la crisis de vivienda no exoneró de responsabilidad a una asociación que propició la ocupación violenta de un local; o el caso de quien por razones de urgencia ejerce ilegalmente la medicina para curar a un herido grave; o el ejemplo que también trae Savatier, del médico que para salvar a la madre sacrifica al niño; o el amenazado de quemarse que utiliza y deteriora una lona o una manta ajenas¹⁵.

V. ELEMENTOS DEL ACTO NECESARIO

Los elementos que lo configuran son los siguientes: a) el peligro actual de sufrir un daño en un bien jurídico; b) que la situación de necesidad no haya sido causada por la persona amenazada; c) que no exista otra vía para eludir el peligro; y d) que el daño que se ocasiona sea menor al que se evita¹⁶.

a) Peligro de daño

El peligro del daño debe ser actual, tomándose ello con un sentido de inminencia en la posibilidad de provocarse el evento dañoso. Si fuera fu-

¹⁵ Lalou-Auzard, *op. cit.*, pág. 225, nro. 301. Savatier: "L'État.", *cit.*, pág. 352. Mazeaud - Tunc, *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil*, trad. Alasá Zamora, de la 3ª ed. francesa, T. I, Vol II, Ejes, Buenos Aires, 1981, pág. 141, nro. 452. Weil - Terré, *Droit Civil, Les Obligations*, DeBos, 3ª ed., Paris, 1980, pág. 109, nro. 527. Giorgi, *op. cit.*, T. V, pág. 263, nro. 145.

¹⁶ Soler, *op. cit.*, T. I, pág. 424. Carreras - Trigo Represas, *op. cit.*, T. I, pág. 713, nro. 530. Borda, *op. cit.*, T. I, pág. 240, nro. 1835. De Angel Yáñez, *La Responsabilidad Civil*, Detoto, Bilbao, 1988, pág. 193. Mazeaud - Tunc, *op. cit.*, T. I, Vol. II, pág. 140, nro. 499. Neumair, *Doctrina General del Contrato*, T. II, trad. de Fontanarrosa, Sentis Melenda y Valtierra, Ejes, Buenos Aires, 1985, pág. 250. García Amigo, *Instituciones de Derecho Civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, pág. 279.

turo, inmediato o próximo el amenazado podría válidamente recurrir a otros medios para evitarlo.

Interesa que la posibilidad del daño sea real y no imaginaria, aunque habrá que analizar cómo se lo ha representado el sujeto actuante; es en definitiva una valoración que se realiza y emerge en virtud de ciertos elementos objetivos como son los valores y la proporcionalidad entre el bien a destruir y el bien a salvaguardar¹⁷.

Asimismo, se ha planteado si el mero peligro putativo, es decir, cuando el error sobre su existencia puede ser excusable, lleva a un estado de necesidad cubierto por los principios jurídicos. Al respecto Bonasi Benucci refiere un fallo de la Corte de Casación italiana que sostuvo: "Para considerarse como necesario un comportamiento imprudente y culposo, no basta que el peligro sea meramente imaginario, sino que precisa que el mismo efectivamente exista con base en circunstancias objetivas y que sea racionalmente previsible"¹⁸.

Es muy importante la contemporaneidad con el acto que se reprocha al defendido, ya que la mera hipótesis de peligro, o sólo amenazas, o riesgos remotos, impiden invocar la figura¹⁹.

Y que la amenaza lo sea a un bien jurídico que debe ser protegido, o como bien señala Mossot Iturraspe, es necesario tomar en consideración una situación de necesidad, que plantea una característica singular, encontrarse en presencia de un conflicto entre dos intereses, que considerados separadamente, merecen tutela jurídica²⁰.

Claro está que, no existe opinión uniforme en el objeto digno de protección. Para algunos autores, debe tratarse de un bien que tenga contenido patrimonial²¹; y para otros —postura a la que adhiero—, los bienes a cuidar pueden estar vinculados a la vida, al honor, a la integridad

¹⁷ Briguglio, *op. cit.*, T. II, págs. 4748, nro. 9. A su vez, el Tribunal Supremo Español ha juzgado: "Todo deriva lógico y naturalmente de una conciencia que hubo de formarse ante la presencia de los mencionados requisitos, y que moviera a la voluntad a transgredir la ley y a vulnerar el derecho ajeno" (S.T.E., sent. del 23-VI-1955). Los Marescaud brindan un criterio más objetivo, ya que exigen valorar el comportamiento tal como hubiera obrado un individuo normal en similares circunstancias. Marescaud - Tunc, T. I, Vol. II, pág. 143, nro. 493. Esméin en Planol, M. - Ripert, G., *Tratado Francés de Derecho Civil Francés*, T. VI, trad. Diaz Cruz, Cultural, La Habana, 1945, nro. 567. *Idem*, Mossot Iturraspe, *op. cit.*, T. III, pág. 86.

¹⁸ Corte de Casación italiana, fallo del 2-VII-1954 (3279). Bonasi Benucci, *La Responsabilidad Civil*, trad. Fuentes Lajo y Ferré Raley, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 117.

¹⁹ Recánico, *op. cit.*, T. I, pág. 196. Mossot Iturraspe, *op. cit.*, T. III, pág. 88. Viney, *op. cit.*, T. IV, pág. 622, nro. 508. Ennescoerus - Nipentey, *op. cit.*, T. I, Vol. II, parte 2^a, pág. 1098, nro. 241.

²⁰ Mossot Iturraspe, *op. cit.*, T. III, pág. 86.

²¹ Briguglio, *op. cit.*, pág. 21; SCBA, L.L., 31-456.

física, a la libertad, al pudor, al nombre, etcétera, y también a las cosas de su pertenencia. A ello se incluye también el posible daño a terceros²².

Además, las amenazas deben tener el carácter de "injustas", es decir, tal como enseña Soler: "El mal que se pretende evitar debe ser un mal que el sujeto no esté jurídicamente obligado a soportar, sea que la obligación derive de la ley o de la acción del individuo²³, cuestión que reafirma Brigaglia al decir: "puede decididamente afirmarse que quien comete un hecho dañoso con el fin de salvarse del peligro de un daño grave a la persona, no debe estar vinculado por una obligación de afrontar tal peligro"²⁴.

b) Situación no causada por el mismo agente

Otro de los requisitos es que la situación de riesgo no haya sido concausada por el mismo que produce el perjuicio menor²⁵, a lo que algunos autores agregan que no haya obrado con culpa o negligencia para ello²⁶.

De allí que Lambiás insiste en sostener: "Si a ese estado llegó por su culpa o negligencia no puede alegar que obró privado de su libertad, ya que era libre al iniciarse la actividad (*actio libera in causa*)"²⁷.

Así algún pronunciamiento judicial ha sostenido que el estado de necesidad requiere "que el mal que se trata de evitar sea injusto, que no surja con la conducta intencional del sujeto, debiendo serle extraño"²⁸.

²² Orgaz, *op. cit.*, pág. 142. Saraccharus - Nijerdey, *op. cit.*, T. I, Vol. II, pág. 1098, nro. 241, quien reafirma que tal como en la legítima defensa, no es necesario que el peligro amenace al propio agente, ya que la facultad de realizar el acto en estado de necesidad se otorga también para proteger a un tercero. *Mem. SCBA, Ac. y Sent.*, 1940-III-72. El artículo 2045 del Código habla de daño grave a la persona, y algunos autores italianos lo vinculan solamente con la persona física. Así Degni, "La persona física e il diritto della personalità", en *Tratado de Derecho Civil de Vasallo*, Torino, 1939, pág. 161. Giampiccola, "La tutela giuridica della persona umana e il diritto alla riservatezza", *Revista Trimestrale de Diritto Civile*, 1958-474. Hoy se sostiene que el criterio debe ser ampliado, tal como se debe entender el concepto de persona. Al respecto Buzzelli, "Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona", en *Datos*, Depalma, Buenos Aires, 1961, pág. 45.

²³ Soler, *op. cit.*, T. I, pág. 424. Vasquero Talada, *op. cit.*, T. I, pág. 117. Cassau - Trigo Represas, *op. cit.*, T. I, pág. 713, nro. 53. De Ángel Yagüez, *op. cit.*, pág. 103.

²⁴ Brigaglia, *op. cit.*, pág. 54.

²⁵ Mosset Iturraspe, *op. cit.*, T. III, pág. 89, dice *in fine* autor que se trata de un supuesto de involuntariedad, a pesar de dicho, que "el estado de necesidad no debe haber sido provocado por el agente". *Idem*, *Resistencia*, *op. cit.*, T. I, pág. 197. *Cienc. I*° La Plata, Sala I, J.A. 1948-III-374. Colombo, *op. cit.*, T. I, pág. 176, nro. 75.

²⁶ Acuña Anzorrua, *op. cit.*, pág. 136. Cassau - Trigo Represas, *op. cit.*, T. I, pág. 713, nro. 530. Borda, *op. cit.*, T. II, pág. 240, nro. 1335. Mastrand - Turc, *op. cit.*, T. I, Vol. II, pág. 144, nro. 493. *Cienc. Fed. La Plata, Sala I, R.D.*, 15-253.

²⁷ Lambiás, *op. cit.*, T. III, pág. 648, nro. 2237.

²⁸ *Sup. Corte Tucumán, L.L.*, 16-386. Mastrand - Turc, *op. cit.*, T. I, Vol. II, pág. 143, nro. 494. *Leontani, Derecho de Necesidad*, Astoria, Buenos Aires, 1980, pág. 21. Cassau - Trigo Represas, *op. cit.*, T. I, pág. 713, nro. 530. *Resistencia*, *op. cit.*, T. I, pág. 197.

c) *Inevitabilidad del daño ocasionado*

Es un requisito trascendente pues permite analizar que el perjuicio ocasionado fue fruto de la imposibilidad de elegir otra vía. Evitar no implica impedir, sólo se le exige al agente haber obrado de manera tal que previera el daño²⁰.

Si el autor del hecho no tenía otro camino lícito a tomar, y lo que hizo fue la única posibilidad de evitar el mal, queda justificado su comportamiento y el acto toma el carácter de "necesario"; en el caso contrario no es posible invocar la figura²¹. Viney, en la doctrina francesa, entiende como necesario y caracterización más importante que el acto dañoso presente una verdadera "utilidad social", ya que los intereses en disputa deben quedar objetivamente justificados²¹.

Vinculado a ello algunos juristas ven que dentro de la multiplicidad de situaciones que brinda la experiencia cotidiana se pueden observar diferentes tipos²²: actos altruistas, como cuando alguien para evitar embestir a un menor colisiona a otro automotor detenido; o actos necesarios (*acte de détournement*) el que ninguna relación tuvo en los hechos y para salvar a los que están en una casa incendiándose, rompe la puerta y los socorre; o actos egoístas (*acte égoïste*), como el del naufrago que está sobre una balsa e impide subir a otros que se acercan golpeándoles las manos con elementos cortantes²³; y por último, los llamados actos de sacrificio o

²⁰ Carr. 1° La Plata, J.A., 1948-511-574. Viney, op. cit., T. IV, pág. 682, nro. 567. Savatier, "L'état...", cit., pág. 731. Pérez González y Alguer, anotadores de la obra de Emerich de Lippert, op. cit., T. I, Vol. II, parte 3da., pág. 1102. Borda, op. cit., T. II, pág. 240, nro. 1335.

²¹ Berman en Planiol - Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil...*, cit., T. VI, pág. 779, nro. 587. Savatier, *Traité de la Responsabilité Civile*, T. I, 2° ed., L.G.D.J., París, 1951, pág. 129, nro. 104. Borda, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. II, 3° ed., Ferrot, Buenos Aires, 1971, pág. 240, nro. 1335. De Góspert - Morello, *Tratado de Derecho Civil. Responsabilidad Extracontractual*, T. IV, Tea, Buenos Aires, 1964, pág. 216, nro. 1822. Llambas, op. cit., T. III, págs. 648/649, nro. 2237. Cám. Fed. Cap. Fed. Sala Crim. y Correccional, L.L., 24-313.

²² Viney, op. cit., T. IV, pág. 684, nro. 570.

²³ Este desarrollo lo hacen los autores franceses con precisión y con admirable manera de relatar las situaciones jurídicas, tan atrayente y con un evidente sentido literario. Savatier, *Traité...*, cit., T. I, pág. 129, nro. 104. Del mismo autor: "L'état...", cit., pág. 731. Viney, op. cit., T. IV, pág. 684, nro. 570. Massad - Tuna, op. cit., T. I, Vol. II, pág. 141, nro. 492. Storch, *Essais d'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile Contractuelle et de double Forcette de Garantie et de Peine Privée*, Rodière, París, 1847, págs. 98 y sigs.

²⁴ En el supuesto de los actos egoístas que encajan perfectamente en la figura bajo estudio, el célebre y famoso cuadro pintado por Daliacris "La Mignonnète", muestra una cruda visión de la realidad.

de abnegación que quedarían un poco fuera de estos supuestos, cuando alguien aun peligrando su integridad física interviene para salvar a otro²⁴.

d) Desproporción entre el daño amenazado y el causado

El daño causado debe ser siempre menor que el que amenazaba a la persona del agente, sus bienes, o a ciertos terceros²⁵. Si bien la afirmativa es sencilla, no lo es tanto su entendimiento.

Clarificando la cuestión, enseña Mosses Iturraspe que la diferencia en la jerarquía debe ser tomada en cuenta con relación a la categoría a la cual pertenecen los bienes, por ejemplo un derecho de la personalidad con un derecho patrimonial (derecho a la vida o al honor, con un derecho real u obligacional); en cambio, cuando tengan la misma categoría debe acudirse a una valoración de tipo objetivo²⁶.

Ésa es una vía adecuada para realizar el razonar comparativo y establecer el distingo entre ambos supuestos.

Una temática que tiene su propio debate es la que disputa dos vidas en juego. El peligro que recae sobre la vida del necesitado y sólo se salva con la vida ajena. Es el caso del naufragio que arrebató la tabla a otro para salvarse. En ese caso dice Soler que es lícita dicha acción, pues la vida propia es el bien mayor y más preciado²⁷.

²⁴ Sobre el acto de abnegación: Savatier, *Traité...*, cit., T. I, pág. 197, nro. 148. Trigo Represas, "El acto de abnegación", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año 1, nro. 2, págs. 149 y sigs..

²⁵ Vives, *op. cit.*, T. IV, pág. 684, nro. 530, indica con precisión que se trata siempre de una comparación a los intereses en conflicto. Lo que realiza el autor del acto es para él así, la mejor forma de evitar el mal mayor que lo amenazaba, o a un tercero, o a la colectividad toda. — Esa consideración permite apreciar si estuvo o no bien fundada la elección—. También en Acuña Anzorrena, *op. cit.*, pág. 137, quien insiste en que la relación entre ambos daños debe ser considerada, no sólo en sus aspectos "cuantitativos", sino también "resolutivos". Adem en Castroux - Trigo Represas, *op. cit.*, T. IV, pág. 714, nro. 530. Reséndon, *op. cit.*, T. I, pág. 197. Borda, *op. cit.*, T. II, pág. 240, nro. 1335. Liambias, *op. cit.*, T. III, pág. 648, nro. 2237 d).

²⁶ Mosses Iturraspe, *op. cit.*, T. III, pág. 87. Massad - Tena, *op. cit.*, T. I, Vol. II, pág. 143, nro. 493. Savatier, *Traité...*, cit., T. I, págs. 125/126, nro. 109. Orgaz, *op. cit.*, pág. 145, quien con claridad meridiana asevera que la comparación no es sobre los bienes en sus valores objetivos sino sobre los males, que resultan de la conservación de uno de los bienes a costa del que se sacrifica. Para el mismo jurista "... la posición del mal mayor no se detiene en la consideración de la naturaleza y del valor abstracto de los bienes en juego, ella requiere con particular atención el examen de la total situación de los interesados y de las posibles repercusiones del acto necesario en la respectiva situación. La comparación se hace objetivamente y en concreto en función de las circunstancias del caso", cit., pág. 141. Sup. Trib. Santa Fe, Sala I, *Juris*, 19-228.

²⁷ Soler, *op. cit.*, T. I, pág. 428, nro. VIII.

Es necesario aclarar que para algunos autores nunca puede juzgarse que alguien consciente de sus deberes no sacrifica la vida ajena para salvar la propia, ni lesiona los de sus semejantes para dejar indemnes a los suyos³⁸; y otros juristas, eligiendo un camino más sencillo, consideran que el daño causado solamente puede ser de naturaleza patrimonial³⁹, porque —según esta corriente— el derecho civil sólo tiene como objetivo contemplar el ataque a los "bienes ajenos" pero no a la persona, es decir a su integridad física en general⁴⁰.

Creo que la cuestión no es tan simple ni puede dársele una solución unívoca. Pueden surgir supuestos en que los derechos de la personalidad que tengan la misma categoría aparezcan en conflicto, como el derecho a la vida. Se da como ejemplo el de los dos naufragos que se disputan el único salvavidas, y allí no es posible pensar en actitudes altruistas o heroicas, y ante la similar relevancia que tienen en la conciencia social no dudo que es posible aplicar los principios de la excepción de necesidad. Diversa es la situación en derecho de esa categorización, como puede ser que el derecho moral de autor, pueda oponerse a la vida de otro, como ejemplifica Briguglio no es lícito sacrificar una vida humana para reafirmar la paternidad intelectual de una obra⁴¹.

VI. NATURALEZA JURÍDICA

Establecer la naturaleza jurídica del estado de necesidad es, como en todos los supuestos en que se pretende dar ubicuidad a un instituto, una tarea compleja y ardua. Los puntos de mira son distantes y abordan razonamientos que parten de premisas diferentes. En estos casos hay siempre un daño causado, un sujeto que actúa dentro de los marcos legales, y situaciones fácticas que imponen cierto comportamiento.

³⁸ Mazeaud - Tunc, *op. cit.*, T. I, Vol. II, pág. 143, nro. 483. Vinay, *op. cit.*, T. IV, pág. 645, nro. 570, considera como dudoso juzgar no culpable el sacrificio de la vida ajena por la propia, ya que entiende que no es lícito admitir que la solución del derecho civil difiere de la del derecho penal.

³⁹ Cassaux - Trigo Represas, *op. cit.*, T. I, pág. 718, nro. 320. Liambias, *op. cit.*, T. III, pág. 647, nro. 2337.

⁴⁰ Así lo resuelve el B.O.B., art. 304, el *Código Italiano*, art. 2045; el *Código Suizo de las Obligaciones*, art. 52. De Gasperi - Morello, *op. cit.*, T. IV, pág. 268, nro. 1795. Liambias, *op. cit.*, T. III, págs. 651-652, nro. 2337. Zavala de González, *Responsabilidad por el Daño Necesario*, Astrea, Buenos Aires, pág. 49. Trigo Represas, *Teoría...*, *cit.*, pág. 303.

⁴¹ Briguglio, *op. cit.*, pág. 118. Orgaz, *op. cit.*, págs. 143 y sigs. Sea digno de detenido análisis los razonamientos del maestro Orgaz, que daada la óptica del derecho penal transcienden a todo el derecho (civil).

Por ello la doctrina gira en derredor de considerar que son: a) situaciones ajuridicas; b) actos ilícitos no imputables; c) o actos lícitos con algunos efectos. Hay otras posturas que han tenido menor difusión a las que hago sucinta referencia⁴².

a) Situación ajurídica

Especialmente los autores del derecho penal como Binding, Fichte y Scaturro, sostienen la irrelevancia jurídica del estado de necesidad, ya que estos hechos no son lícitos ni ilícitos sino que se encuentran fuera de la previsión legal⁴³. Tiene fama la frase de Unger: "La necesidad no conoce ley" para dar un carácter fáctico al hecho de que estas circunstancias se encuentran más allá de todo aspecto legal y no pueden valorarse de conformidad a esos principios⁴⁴.

Esta postura debe rechazarse. Todo aquello que cae bajo las normas, si es aceptado se le da el carácter de lícito, o bien, cuando es repelido, se lo considerará ilícito; aunque, en ambas circunstancias, todo lo fáctico se tiñe de juridicidad⁴⁵. El estado de necesidad tiene la particularidad de encontrarse en situación intermedia y, a veces, sustituye los principios dados para los supuestos corrientes⁴⁶.

b) Acto ilícito

En el campo del derecho se ha difundido la caracterización del acto necesario como un hecho ilícito. Chironi enseña que nadie tiene derecho a sacrificar bienes ajenos, aun cuando sea para evitar perjuicios propios⁴⁷, y ello constituye un acto antijurídico.

⁴² Liabias, *op. cit.*, T. III, pág. 641, nro. 2231. Alberici - Amsal - López Cabana, *Curso...*, cit., Vol. I, pág. 178, nro. 265. Colombo, *op. cit.*, T. I, pág. 174, nro. 70. Orgaz, *op. cit.*, pág. 136, nro. 4. Peirano Faco, *Responsabilidad...*, cit., pág. 242, nro. 141. Escrocera - Nisperoy, *op. cit.*, T. I, Vol. II, parte 2da., pág. 1095, nro. 341.

⁴³ Cazeaux - Trigo Represas, *op. cit.*, T. I, pág. 714, nro. 632. Rescénico, *op. cit.*, T. I, pág. 187. Ferrini, "Delitos y cuasidelitos", *D.G.J.*, t. IX, pág. 788. Acuña Anzorua, *op. cit.*, pág. 134.

⁴⁴ De Aguilar Díaz, *op. cit.*, T. II, pág. 769, nro. 316. Cazeaux - Trigo Represas, T. I, pág. 716, nro. 532.

⁴⁵ Carlotto Ferrera, L., *El Nigorio Jurídico*, trad. Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1958, pág. 18, nro. 8. Betti, *Teoría...*, cit., pág. 12, nro. 2. Compagnoni de Casa, *El Nigorio...*, cit., pág. 14, nro. 2.

⁴⁶ Liabias, *op. cit.*, T. III, pág. 642, nro. 2235. Acuña Anzorua, *op. cit.*, pág. 134. Chironi, *La Culpa en el Derecho Civil Moderno*, T. II, trad. Bernaldo de Quirós, 2ª ed., Reus, Madrid, 1938, pág. 383. Trigo Represas, *Teoría...*, cit., pág. 304.

⁴⁷ Chironi, *op. cit.*, T. II, pág. 187, nro. 522. Lainez Agard, *Tratado Práctico de la Responsabilidad Civil*, 6ª ed., Dallos, París, 1962, págs. 225 y sigs., nro. 302. Vinay, *op. cit.*, T. IV, pág. 685, nro. 571. Aguilar, *Hechos y Actos Jurídicos*, T. III, Tea, Buenos Aires, 1950, nro. 208 bis.

Algunos juristas han agregado que si bien se trata de un acto ilícito, tiene la característica de su falta de culpabilidad o la inimputabilidad del autor⁴⁸.

Es corriente ver dicha afirmativa entre los juristas franceses, así Mazeaud y Tunc, Savatier, Flour y Aubert, entre otros, explican que la ausencia de culpabilidad justifica suficientemente el acto necesario⁴⁹. Los Mazeaud, tal como lo expuse anteriormente, insisten en que el juzgamiento debe ser hecho en "abstracto" y considerándose si una persona normal en las mismas circunstancias hubiera obrado de manera similar⁵⁰. En definitiva recurriendo a los criterios objetivos para juzgar la existencia de un acto culpable o no en el agente.

c) Acto lícito

Una numerosa corriente doctrinaria entiende que el acto necesario es conforme al ordenamiento y por lo tanto un acto lícito.

La actividad realizada fue una especie de camino sin salida, donde no existió ni se planteó un conflicto con el derecho objetivo, y aun abundando, tampoco es razonable entender que se actuó con culpa o dolo. Mediante una causa totalmente ajena y extraña al agente, es impensable ingresar otras calificaciones que la de estar ante un acto "lícito".

Esta tesis satisface plenamente el sentimiento de justicia y una elaboración racional del instituto. Por ello la postura prevalece entre los autores y es la que tiene mayor arraigo⁵¹.

Es necesario también aclarar que si la ley consagra el principio de la "ilicitud objetiva"⁵² el acto no está prohibido sino, por el contrario, debé-

⁴⁸ Tedeschi, "Legittima difesa, stato di necessità e compensazione delle colpe", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1931-I-738.

⁴⁹ Mazeaud - Tunc, op. cit., T. I, Vol. II, pág. 143, nro. 483. Savatier, R., *Traité...* cit., T. I, pág. 123, nro. 98. Savatier, "L'état...", cit., pág. 729. Flour y Aubert, *Droit Civil. Les Obligations*, cit., T. II, pág. 129, nro. 617. Vinay, op. cit., T. IV, pág. 464, nro. 570, hace un importante razonamiento y con un gran contenido moral, diferenciando entre los actos altruistas y los egoístas, sin ingresar en fundamentaciones concretas, aunque criticando la tesis de Savatier.

⁵⁰ Mazeaud - Tunc, op. cit., T. I, Vol. II, pág. 143, nro. 483.

⁵¹ García Amigo, op. cit., pág. 729. De Angel Yáñez, op. cit., pág. 104. Larena, *Derecho de Obligaciones*, T. II, trad. Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 93. Mederian, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, T. III, trad. Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 530. Mazeaud - Tunc, op. cit., T. I, Vol. II, págs. 140 y sigs., nro. 492. Von Tuhr, *Tratado...* cit., T. I, pág. 294, nro. 48. Giorgi, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Civil Moderno*, T. V, pág. 359, nro. 164. Acuña Astoriza, op. cit., pág. 138. Colombo, op. cit., T. I, pág. 175, nro. 75. Orgoa, op. cit., pág. 137. Pizarro Faeis, op. cit., pág. 282, nro. 141. Berda, op. cit., T. II, pág. 340, nro. 1338. Carranza, "El huracán...", cit., J.A., 1963-V-909. Sec. Dec. Compagnoni de Casa, "Adquiriridad y culpa", *Rev. Notarial*, pág. 963, nro. 845.

⁵² Compagnoni de Casa, "Antijuricidad y culpa", *Rev. Notarial*, pág. 963, nro. 845.

damente autorizado "en sí mismo", como con claridad meridiana enseña Orgaz. Aclarando este mismo autor que la impunidad no tiene como base un aspecto de la subjetividad (culpa), sino en su propia objetividad al no infringirse ninguna norma legal²³.

Al igual que en la legítima defensa el impedimento de no dañar a los demás que prevé el artículo 1109 del Código Civil, se encuentra totalmente justificado en el acto necesario²⁴.

d) Otras tesis

Se ha considerado que constituye un acto involuntario. En ese sentir dice Llambías que quien obra constraído por circunstancias ajenas se lo debe asimilar a un estado de violencia objetiva, y esa privación sustancial de libertad hace que el acto carezca de voluntariedad. Para el distinguido jurista, deben ser de aplicación los efectos previstos en el artículo 907 en su primera y segunda parte, y mediante esa concepción se evita la cualificación de lícitud o ilicitud²⁵.

Pienso que no es posible sostener que el acto sea involuntario, porque aun los realizados mediante violencia no lo son. Moderna y actualizada doctrina sostiene que la violencia es un vicio de la voluntad de declarar, y no un vicio de la voluntad; de todos modos hay voluntad aunque deformada o incoincidente²⁶.

Otros autores han hablado de una especie de "expropiación por causa de utilidad o necesidad privada", pues ello justificaría la consiguiente indemnización ante un accionar inculpaible²⁷. La teoría también recibió agudas críticas, ante lo poco sostenible por la ausencia de fundamento legislativo, y la imposibilidad de considerar que el expropiante obtenga algún bien como contrapartida del daño causado²⁸.

Entre nuestros juristas, Carranza sostiene que se trata de una "solución solidarista", ya que tanto el dañado como el agente son víctimas de

²³ Orgaz, *op. cit.*, pág. 157, nota 20.

²⁴ Enneccerus - Nigroley, *op. cit.*, T. I, Vol. II, pág. 1100, nro. 241, quienes afirman la legitimidad fundada en el comportamiento permisible que se configura en el estado de necesidad. Compagnucci de Case, *Manual de Obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 269 y sigs., nro. 142. Trigo Represas, *Teoría...*, *cit.*, pág. 304.

²⁵ Llambías, *op. cit.*, T. III, págs. 643/648, nro. 3235.

²⁶ Compagnucci de Case, *op. cit.*, pág. 267, nro. 101. Caciota Ferrara, *El Negocio Jurídico*, trad. Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1945, págs. 453/454. Albaladejo, *El Negocio Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1963, pág. 104, nro. 64.

²⁷ Demogue, *Traité des Obligations en Général*, T. III, Rousseau, Paris, 1925, nros. 340 y 368. Piras, *Scie sul Comportamento Necessitate nel Diritto Privato*, Sassari, 1948, pág. 904.

²⁸ Brugglio, *op. cit.*, pág. 137.

un hecho que les es extraño, y del cual deben soportar sus resultados⁶⁰. Si bien no puede controvertirse el magno afán de atribuir a un sentido ético y de cooperación social el fundamento del acto necesario, pareciera un argumento en demasía genérico para poder identificar la figura, y además, aplicable a numerosos institutos, lo que lo desdibuja y ensombrece.

VII. REPARACIÓN DE LOS DAÑOS

Otro de los debates que trae la figura en estudio, es si ante el acto necesario se debe reparar el daño causado. Ella es una de las causas de separación de la figura en su apreciación en el derecho penal, de su visión en el derecho civil. E incluso más, en este último cambió la procedencia del resarcimiento tiene una conexidad inmediata con los fundamentos que le son aplicables; a lo que se une el interrogante de si la indemnización debe regirse por los principios de la reparación integral, o bien, es necesario aplicar otras pautas de juzgamiento⁶¹.

Asimismo parece necesario indicar que cuando el acto tiende a proteger la persona o bienes del agente, no se abrigan dudas en la procedencia de la indemnización; en cambio, en los supuestos en que se lo hace para la protección de los derechos de un tercero el tema toma su propio rumbo, y muchos autores entienden que no proseda el reclamo resarcitorio.

Es posible efectuar una neta división entre quienes entienden que el daño así ocasionado no es resarcible, de quienes piensan lo contrario. Es sobre esta última corriente, que lleva mayoría de opiniones, donde se han brujado diferentes argumentaciones y razones para justificar el deber de reparar⁶².

a) La irreparabilidad

Para quienes consienten en que el acto necesario es "ajurídico" o "lícito", es de pura lógica que puedan sostener que a sus agentes nada les obliga a reparar los daños⁶³. Si el acto es conforme a la ley y ésta lo auto-

⁶⁰ Carrasco, "El llamado...", cit. J.A. 1967-V-902, Sec. Dec. De Gáspari - Morella, op. cit., T. IV, pág. 315, nro. 1822. Si bien estos autores sostienen la tesis del "acto lícito", entienden que la solidaridad social es la que impone reparar al perjudicado.

⁶¹ Acuña Anzorregui, en Salvo - Acuña Anzorregui, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones*, T. IV, 2ª ed., Tes. Buenos Aires, 1958, pág. 69, nro. 2725 h). Liabón, op. cit., T. III, pág. 553, nro. 2234.

⁶² Explican en detalle las diferentes tesis Trigo Represas, op. cit., T. I, pág. 735, nro. 549; Liabón, op. cit., T. III, págs. 653 y sigs., nros. 2238 y sigs.; Orgaz, op. cit., pág. 148/149; Peñarza Peña, op. cit., pág. 264, nro. 142; Brignoli, op. cit., págs. 180 y sigs.

⁶³ Ferrás, op. cit., T. IX, pág. 289; Bonasi Bonacci, *La Responsabilidad Civil*, trad. Fuentes Lajo y Pere Ribaí, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 117/118. Este autor vincula

riza, o bien queda fuera de todo criterio legal, no engendrará responsabilidad civil alguna.

Paradójicamente otros autores que insisten en la "ilicitud" sin culpabilidad, también y por esta última circunstancia justifican la irreparabilidad⁴³.

Hay nadie permite que el acto quede sin resarcir, las opiniones en contrario han caído en desuso y, podría afirmar casi sin hesitar, que toda la doctrina, aun cuando emita diferentes argumentaciones, se atiene al criterio resarcitorio⁴⁴.

b) El resarcimiento

El joven y brillante profesor español, Yzquierdo Tolsada, explica que el estado de necesidad genera la ausencia de ilicitud y por lo tanto no hay tampoco una responsabilidad civil en sentido propio, sino alguna otra cosa. Trae como ejemplo al Código italiano de 1942, que en el artículo 2045 refiere a la *indennità*, no al *risarcimento* que es la noción propia de la responsabilidad civil. También el Código Civil Suizo de las Obligaciones en el artículo 52-1 no habla de la reparación sino de la *équitélement* o la suma que equitativamente fijen los jueces⁴⁵.

En esa misma corriente de pensamiento Brigaglia señala que no es posible confundir "indemnización" con "resarcimiento", puesto que la obligación de resarcir es consecuencia de un ilícito civil y de un daño "injusto", en cambio indemnizar tiene un contenido más general que

suficientemente la culpa de un tercero con el estado de necesidad. Tras un caso fallado por la Corte de Apelación de Milán, dando se rechazó el pedido de indemnización contra un conductor de autobuses que al frenar bruscamente para evitar un choque se lesionó un pasajero. El Tribunal consideró que el comportamiento fue lícito y obligado, a más de inspirado en el interés general, incluso es el del propio demandante a quien el choque podría haberle producido un daño mayor.

⁴³ Chireni, op. cit., T. II, págs. 386/389, nro. 322 bis y ter. El jurista italiano no es tan asertivo como parecen indicarlo las que lo citan. Chireni dice que para alguna jurisprudencia la acción sería inerte cuando el peligro sea común, en iguales condiciones de lugar y tiempo atacase a muchas personas y cosas, porque en igual posición frente al peligro, de iguales facultades a cada uno para que otro como pueda, para su salvación y la de las propias cosas. Pero ello no lo juzga correcta, e insiste en que, si se aplica el principio del "estado de necesidad" o la "gestión de negocios" o el "mandato tácito", debe indicarse que hay que participar en los daños consiguientes. La responsabilidad deberá reducirse en la medida de la injuria objetiva.... pág. 389.

⁴⁴ Acuña Anzorrena, op. cit., pág. 138. Llambías, op. cit., T. III, pág. 653, nro. 3239. Salvat - Acuña Anzorrena, op. cit., T. IV, pag. 67, nro. 3725 g). Casarax - Trigo Represas, op. cit., T. I, pág. 728, nro. 541. Vinay, op. cit., T. IV, pág. 685, nro. 571.

⁴⁵ Yzquierdo Tolsada, op. cit., T. I, pág. 138. Idem, Rogel Vile, La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Español, Civitas, Madrid, 1976, pág. 86.

engloba también supuestos de daños "justos", o actos lícitos, que hacen nacer responsabilidad civil⁶⁶.

La cuestión tiene alguna complejidad intelectual, y además características propias del derecho italiano que no se corresponden exactamente con el argentino. Creo que no es posible diferenciar: indemnizar, resarcir, o reparar, ya que son vocablos que tienen una sinonimia evidente, y nuestra ley utiliza indiscriminadamente. Pretender su diferente conceptualización es situar al intérprete o al estudioso en un lenguaje codificado que trae mayor confusión al mundo de lo jurídico.

Lo cierto es que hay un pensamiento uniforme en que la reparación de los daños debe ser limitada y no plena, para la cual se han dado diferentes fundamentaciones. Así algunos autores creen viable aplicar el principio del "enriquecimiento sin causa", o "enriquecimiento injusto", el de la "expropiación privada", la "equidad", la "solidaridad", o "la reparación de los daños"⁶⁷.

La tesis del "enriquecimiento sin causa" es seguida por buena parte de la doctrina francesa. Así los Mazeaud sostienen que para lograr una reparación adecuada de los perjuicios causados en estado necesario aun cuando se hubiere obrado sin culpa, hay que admitir una extensión del principio, ante la excepcionalidad de las circunstancias en que se encuentra el agente. Y Savatier agrega que la jurisprudencia gala, fundamenta esta responsabilidad sobre la idea del enriquecimiento sin causa o la de la gestión de negocios. Agregando que el desplazamiento de la incidencia definitiva del daño y su desplazamiento arbitrario pueden ser lícitos bajo la condición de ser sufragados⁶⁸.

En cuanto a la "expropiación privada", fue la tesis seguida por René Demogue, quien sostiene que sólo es admisible la responsabilidad en virtud de una idea extraña a la de la culpa, ya que quien sacrificó un bien de valoración menor para proteger otro más importante produjo una verdadera "expropiación privada" que se obliga a indemnizar⁶⁹.

⁶⁶ Brigaglia, op. cit., págs. 190 y sigs.

⁶⁷ Acuña Antorrieta, op. cit., pag. 140. Cassaux - Trigo Represas, op. cit., T. I, pag. 728, nro. 841. Colomba, op. cit., T. I, pag. 175, nro. 75. Benati Benacci, op. cit., pag. 118, nro. 37. De Angel Yáñez, op. cit., pag. 104. Santos Briz, *Derecho de Doctor, Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1962, pag. 89. De Gaspari - Marella, op. cit., T. IV, págs. 315-316, nro. 1822. Ferraz Fozar, op. cit., pag. 265, nro. 142. Orgaz, op. cit., pag. 144. De Aguilar Diaz, op. cit., T. II, pag. 761. CN Civ. Sala B, E.D. 14-862. SCBA, Ac. y Sent., 1960-III-72.

⁶⁸ Mazeaud - Tunc, op. cit., T. I, Vol. II, pag. 127, nro. 484-2. Savatier, *Traité... cit.*, T. I, pag. 125, nro. 100. Euzain, en Flanclou - Rupert, *Traité... cit.*, T. VI, nro. 586. Liandras, op. cit., T. III, pag. 686, nro. 1242. Churruarín, op. cit., T. II, pag. 513, nro. 523 bis. De Angel Yáñez, op. cit., pag. 104.

⁶⁹ Demogue, op. cit., T. III, págs. 398-399, nro. 240. Lallouant, *L'État de Nécessité en Matière Civil*, Presses Universitaires, Paris, 1922, nro. 104.

La solidaridad social es otro argumento que justifica la reparación del daño en condiciones de necesidad.

Creo que para lograr un resarcimiento acorde y ajustado a las circunstancias, considerando los valores en juego, el del damnificado y el del autor del hecho, es necesario acudir a los principios de la causalidad jurídica⁷⁰. Analizar en qué medida el accionar del agente puso la condición causa adecuada del perjuicio, y en qué dimensión actuaron los demás factores que le impelieron a realizar el acto, y de allí y, en función de los principios de la equidad que nuestros jueces saben aplicar, surgirá la reparación al dañado⁷¹.

⁷⁰ Para un detenido y erudito tratamiento del tema ver Goldenberg, *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984, y Brebbia, *La Relación de Causalidad en el Derecho Civil*, Juris, Rosario, s/f.

⁷¹ Quedarían por ver y analizar las diferencias existentes en las indemnizaciones cuando el agente que causa el perjuicio evita un daño a sí mismo, ya sea en su persona o bienes; y cuando se impide un daño a la persona o bienes de un tercero. Al respecto, Liebman, op. cit., T. III, págs. 463 y sigs., *ver*, 2247/2250. Orgaz, op. cit., págs. 1477/49. Acuña Arocas, op. cit., pág. 143. Borda, op. cit., T. II, pág. 241, nro. 1335. Puraso Fazio, op. cit., pág. 267, nro. 143.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALTA DE SERVICIO DE SEGURIDAD PENITENCIARIO (ALGUNAS APROXIMACIONES)*

JORGE MARIO GALDÓS

I. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALTA DE SERVICIO

I. Principios generales. Caracterización del instituto

En el año 1933 en la causa "Devoto" la Corte Nacional, superando el escollo del antiguo artículo 43 del Código Civil que establecía la irresponsabilidad de las personas jurídicas, condenó al Estado nacional por el incendio causado por culpa de sus agentes al reparar una línea de telégrafo, aplicando el artículo 1113 del Código Civil sobre la responsabilidad del principal por el hecho de sus dependientes. Se trata éste de un valioso antecedente que sentó la responsabilidad estatal en base a las normas de derecho común, aunque ello fue criticado por Bielsa quien afirmaba que "cuando el funcionario cumple de manera irregular las funciones que le están impuestas, él es el responsable y no la Administración Pública"¹.

Luego, en el año 1939, se juzgó la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires por la expedición de un certificado de dominio falso a raíz

* Sobre la base de la anotación a fallo "Responsabilidad del Estado por falta de servicio. Pérdida de chances", L.L., del 27-VIII-1997, Suplemento de Doctrina y Jurisprudencia del Noroeste Argentino.

¹ CSJN, 22-IX-1933, "Tomás Devoto y Cía. s/Gobierno Nacional", J.A., 43-406, con nota de Rafael Bielsa, "Responsabilidad del Estado como poder administrador", y Fallos, 159:111 (para los antecedentes del caso ver J.A., 35-480; Comadina, Julio - Candia, Fabián, "Responsabilidad del Estado por omisión", L.L., del 4-III-1986, pág. 4, Suplemento de Derecho Administrativo, a cargo de Agustín Gordillo).

del cual la actora incurrió en error al adquirir un inmueble a quien no era su dueño, por lo que fue vencida en un juicio reivindicatorio. Se señaló allí que el Estado actuaba como entidad de derecho público e invocándose los artículos 1112 y 1113 del Código Civil, se fundó la condena en dos presupuestos: en el hecho del dependiente y en el denominado servicio público irregular. Dijo la Corte Nacional: "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (doct. arts. 625 y 630, Cód. Civ.). Y si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público —se añadió— la regla enunciada fundada en razones de justicia y de equidad debe tener también su aplicación a este género de relaciones mientras no haya una previsión legal que la impida"². A partir de entonces se admitió la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, por irregular o anómala ejecución de sus funciones, pero con basamento no sólo en la preceptiva del artículo 1112 del Código Civil, sino además en el artículo 1113 al que en algunas ocasiones se acudió complementariamente.

Empero, la Corte Federal, en 1984, al analizar también la responsabilidad estatal por omisiones registrales, sentó tres premisas básicas: 1) la idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 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"; 2) no se trata de una responsabilidad indirecta que fluya del artículo 1113 del Código Civil, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado, realizada para el desenvolvimiento de sus fines, debe ser considerada propia de éste por lo que debe responder de modo principal y directo; 3) debe abandonarse la doctrina legal que recurría, a veces supletoriamente, al artículo 1113 del Código Civil en lo relativo a la responsabilidad indirecta del principal por el hecho de otro para abastecer la responsabilidad extracontractual del Estado como poder público³. Este criterio —ahora ya consolidado— requiere para el actor "el cumplimiento

² CSJN, 3-X-1938, "Ferrocarril Oeste c/Provincia de Buenos Aires", J.A., 64-6; Fallos, 182-8 y L.L., 12-123, con nota de Alberto G. Spota, "La responsabilidad aquiliana de la Administración Pública".

³ CSJN, 18-XI-1984, "Vadell, Jorge F. c/Provincia de Buenos Aires", L.L., 1985-B-3; Fallos, 306-2030; J.A., 1985-1-213 y E.D., 114-215, con nota de Juan C. Casariego, "La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte". En esa sentencia se afirma que se abandona la tesis de la responsabilidad indirecta —concretamente o exclusiva— para condenar al Estado como poder público en base al art. 1113, Cód. Civ. se mencionan como receptores de esa doctrina los precedentes siguientes: Fallos, 259-261; 270-404; 278-224; 286-382; 290-71; 300-867.

de la carga procesal de individualizar y probar del modo más claro y concreto que las circunstancias del caso lo posibiliten, cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular"⁴.

Cabe señalar que esta responsabilidad directa ya había sido señalada por Spota —en 1943— cuando afirmó que el daño puede derivar de la *faute de service* por "la irregular organización de un servicio público en cuanto no ejerció la debida vigilancia para impedir hechos ilícitos"⁵.

La doctrina sostiene que se configura la responsabilidad del Estado por falta de servicio cuando "el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente", debiendo valorarse la relación causal entre la mala organización del servicio y el daño infringido, por lo que se debe responder por los daños que sufran los administrados, sin que sea necesario acreditar la culpa del funcionario⁶.

2. Algunas precedentes jurisprudenciales

a) Es proficua la doctrina judicial de la Corte Federal que se funda en el artículo 1112 del Código Civil para sustentar la responsabilidad extracontractual directa del Estado por falta de servicio en caso de incumplimiento de alguna de las funciones públicas propias de su carácter de persona jurídica (arts. 32, 33, inc. 1° y conec., Cód. Civ.).

En lo atinente a los denominados errores judiciales o daños derivados de actos jurisdiccionales se hizo mérito de esta doctrina —entre otros casos— cuando se decidió que el Estado nacional es responsable por el levantamiento irregular por un juez nacional de medidas precautorias, trabadas sobre un inmueble, que habían sido dispuestas por un juez

⁴ CSJN, 13-X-1994, "Ramón S.A. c/Estado Nacional", J.A., 1995-I-263; CSJN, 20-XII-1994, "Demartini Oscar y otros c/Banco Central", L.L., 1995-B-106.

⁵ Spota, Alberto G., "La responsabilidad extracontractual del Estado", J.A., 1943-I-443, en anotación a fallo CSJN, 4-XI-1942, "Rodríguez, Enrique c/Gobierno Nacional". Para la evolución de la jurisprudencia ver: Altieri, Atilio A., *Lección al estudio y Responsabilidad del Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, págs. 62 y sigs.

⁶ Hernández de Caracci, Aldo - Parellada, Carlos A., "Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial", en *Responsabilidad de los Jueces y del Estado por la Actividad Judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, pág. 23; Lavalle Caba, Jorge, en *Código Civil y Leyes Complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, T. 1, Bessica, Augusto (dir.) - Zarrero, Eduardo (coord.), Astrea, Buenos Aires, 1978, pág. 290; García Martínez, Roberto, "La responsabilidad del Estado y los principios generales del derecho", en anotación laudatoria a fallo de la CSJN, 4-VI-1983, "Hotelera Río de La Plata S.A. c/Provincia de Buenos Aires", L.L., 1986-B-110; Casagrande, Juan Carlos, "La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte", E.D., 114-215; Baupland, Virginia M., "Responsabilidad extracontractual del Estado", L.L., 1993-A-780; Guastavino, Elías P., "Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración Pública", E.D., 176-268, en anotación a fallo Cám. 1° Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala II, 23-XI-1993, "Nicolini, Pablo A. c/Municipalidad de Concel Nacional y otro".

provincial ante quien tramitó un juicio de colación⁷; también en el supuesto en que por omisión de las autoridades judiciales provinciales se mantuvo indebidamente el pedido de secuestro del automotor, provocando que la actora sea detenida e incomunicada en un paso fronterizo como presunta autora de un delito⁸. Sin embargo, debe tenerse especialmente en consideración que "los actos judiciales no generan responsabilidad por la actividad lícita del Estado" por lo que si el daño no proviene del ejercicio irregular del servicio "debe ser soportado por los particulares pues con el costo inevitable de una adecuada administración de justicia"⁹. Con esta base se rechazó la demanda por la prisión preventiva sufrida por quien fue finalmente absuelto toda vez que esa medida fue adoptada ante la existencia de un serio estado de sospecha basado en elementos de prueba, añadiéndose —y esto es decisivo— que "el Estado sólo debe responder por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto"¹⁰. En esta línea de pensamiento se decidió que "la existencia de error judicial debe ser declarada por un nuevo pronunciamiento judicial" ya que el ejercicio regular por el Estado de sus poderes propios no constituye fuente de indemnización para los particulares, a menos que el ordenamiento lo condicione al pago de la reparación correspondiente¹¹.

La Corte Nacional ha acudido también al instituto de la falta de servicio en los supuestos de daños ocasionados por la actividad irregular de la Aduana por exceso en la adopción de medidas precautorias y de prevención autorizadas legalmente¹², y otros tribunales han incluido en la prestación irregular del servicio público el desempeño anormal del martillero en el proceso judicial, lo que encuentra su fundamento en el

⁷ CSJN, 16-XII-1986, "Echeverry, Luisa M. y otros c/Provincia de Buenos Aires y otros", L.L. 1987-B-355.

⁸ CSJN, 4-V-1995, "De Gandia, Beatriz Isabel c/Buenos Aires, Provincia de indemnización por dolo moral", E.D., 162-63.

⁹ CSJN, 19-X-1996, "Balda, Miguel A. c/Provincia de Buenos Aires", L.L., 1996-B-311, con nota de Jorge Bustamante-Alsina, "Responsabilidad del Estado por error judicial (El auto de prisión preventiva y la absolución)", J.A., 1996-III-155. Sobre el tema, entre muchos otros ver: Sagarna, Fernando A., "La responsabilidad del Estado por daños por la detención preventiva de personas", L.L., 1996-E-890.

¹⁰ CSJN, causa "Balda", cit. supra.

¹¹ CSJN, 13-X-1994 "Ramón S.A. c/Estado Nacional (Min. de Educación y Justicia)", J.A., 1995-I-393; en el mismo sentido y por haber el damnificado consentido, sin recurrir, la decisión judicial. Vid. CNFed. Cont.-Adm., Sala III, 11-VIII-1993, "Ferrari, Alfredo y otros c/Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia)", L.L., 1993-A-484.

¹² CSJN, 10-XII-1993, "Agencia Marítima Ripstal S.A. demandante y/o armador y/o propietario Buque Eleftheretris", Doc. Jud., 1994-I-1. Vid. CNFed. Cont.-Adm., Sala IV, 28-VI-1990, "Cannon, Luis A. c/Administración Nac. de Aduanas", L.L., 1990-E-865, voto Dr. Hutchinson.

artículo 1112 del Código Civil "por riesgo administrativo derivado del monopolio de impartir justicia"¹³.

b) Las omisiones o irregularidades de los registros provinciales de la propiedad conforman un supuesto típico de la responsabilidad en examen. Ello así, porque "atienden sustancialmente a otorgar un conocimiento cabal de las condiciones de dominio de los inmuebles" por lo que su irregular ejecución compromete al Estado¹⁴. Por ende debe reparar la provincia el daño ocasionado "al expedir certificado como libre de inhibiciones y posteriormente inscribir la venta a pesar de que la enajenante estaba inhibida para vender sus bienes", ya que recae sobre el registro la obligación de observar la legalidad de las formas extrínsecas "que abarca la corrección de los datos sobre el registro notarial que se formaliza"¹⁵. La Suprema Corte de Buenos Aires —por su lado— resolvió que "la expedición de un certificado erróneo por parte del Registro de la Propiedad, no genera *per se* la responsabilidad del Estado, sino a condición de que el actor acredite que se ha frustrado la posibilidad de satisfacer su crédito"¹⁶.

En oportunidad de aplicarse estos principios a la responsabilidad de las entidades financieras intervenidas cautelarmente por el Banco Central —desestimando la pretensión de hacer extensiva al Estado la condena por el incumplimiento del banco cautelado, ya que no existe solidaridad de la autoridad monetaria si no haber mediado desplazamiento de sus órganos naturales— se aclaró "que, en principio, la pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio imputable a un órgano estatal importa —para el actor— la carga de individualizar y probar, del modo más concreto posible, el ejercicio irregular de la función. Del mismo modo, si el reclamo se funda en la responsabilidad indirecta o refleja del principal por los daños causados por las personas que están bajo su dependencia, incumbe al demandante demostrar la culpa del agente. Es decir —se agregó— que más allá de las diferencias existentes entre la situación reglada por el artículo 1112 del Código Civil y la prevista por el artículo 1113, 1er. párrafo, del mismo cuerpo legal en ninguno de los dos supuestos cabe invertir el *onus probandi* en perjuicio del demandado"¹⁷.

¹³ CNFed. Cont.-Adm. Sala IV, 8-IV-1986, "Naluzum, Alberto c/Gobierno Nacional (Ministerio de Justicia)", J.A., 1987-A-226.

¹⁴ CSJN, 27-VIII-1985, "Etcheberry Oscar I. y otros c/Provincia de Buenos Aires", L.L., 1986-E-43; CSJN, 18-VIII-1990, "Brunero S.A. c/Provincia de Buenos Aires", J.A., 1990-IV-559.

¹⁵ CSJN, 8-X-1985, "Mankab S.A. c/Provincia de Buenos Aires y otros", L.L., 1986-E-128, con voto de Jorge Bustamante Alsina, "Responsabilidad del Estado provincial por la falta de servicio en que incurrió su Registro de la Propiedad Inmueble".

¹⁶ SCBA, Ac. 55143, 15-VIII-1985, "Camarderos de 25 de Mayo c/Yuco de la Provincia de Buenos Aires (daños y perjuicios)", SCBA, Ac. 50004, 14-VI-1994, "Spinetta, Alberto D. c/Provincia de Buenos Aires", Doct. Ad., 147-93.

¹⁷ CSJN, 20-XII-1994, "Demartini, Oscar P. y otros c/Banco Central", L.L., 1995-B-110.

c) También en el ámbito de la irregular prestación del servicio de seguridad policial se ha reflejado la testadura de la falta de servicio, siempre con fundamento en el artículo 1112 del Código Civil.

En algunos precedentes no ha sido obstáculo para determinar la responsabilidad directa del Estado la ponderación del comportamiento negligente del agente público, como en el caso en que a un policía se le disparó un tiro e hirió a la actora que, detenida por una contravención, se encontraba alojada en la comisaría; ello sin perjuicio de analizar desde la óptica de la culpa como factor subjetivo de atribución de responsabilidad, la actuación del causante directo del daño, de acuerdo con las circunstancias de tiempo y lugar¹⁸. Se efectuó ese mismo encuadre en el caso de quien creyendo ser víctima de un asalto se alejó del lugar resultando herido por una comisión policial, decidiéndose que la actitud de los agentes públicos fue desproporcionada y no se ajustó a las condiciones de ejercicio del poder de policía de seguridad estatal¹⁹.

Este emplazamiento normativo es diferente, en cambio, de aquel que postula que el Estado responde como principal por el hecho ilícito de un policía realizado con motivo de sus funciones ya que —en estos supuestos— se trata de una responsabilidad indirecta por la actuación de su dependiente (art. 1113, 1er. párr., Cód. Civ.). En ese sentido, verbigracia, se condenó al Estado por el hecho del cadete de la policía que se encontraba cumpliendo funciones como practicante en una Comisaría —lo que era necesario para su promoción como oficial— a quien se le disparó un tiro que mató al sobrino y nieto de las actoras²⁰. Este precedente remite a un *leading case* en el que se estableció que media relación entre la función y el daño producido por un policía, aun fuera de servicio, con el arma reglamentaria cuya portación permanente es obligatoria²¹. Igualmente en el marco de la relación de dependencia se condenó al Estado, en base a su responsabilidad indirecta como principal, por el homicidio culposo cometido por el agente provincial en acto de servicio²²; o cuando el pasajero que viajaba en un colectivo fue herido involuntariamente por el agente del orden que resistió un atraco²³.

¹⁸ CSJN, 8-X-1992, "Morales, María B. o/Provincia de Buenos Aires", E.D., 152-208, con nota aprobatoria de Germán J. Bidart Campos, "Responsabilidad del Estado por el ejercicio irregular del servicio de seguridad policial", y Fallos, 315-1903.

¹⁹ CSJN, 6-X-1992, "Rizzo, Claudio Jesús y otro o/Buenos Aires, Provincia de", Fallos, 315-2313.

²⁰ CSJN, 9-XII-1980, "G.O. de G. y otro o/Provincia de Buenos Aires", L.L., 1994-C-546.

²¹ CSJN, 13-VI-1978, "Pañizo, Manuel o/Sicardie de Oscar", L.L., 1978-D-77 y Fallos, 300-689.

²² CSJN, "Liliana Esther Sero o/Provincia de Buenos Aires", Fallos, 300-687, y L.L., 1978-D-77.

²³ CSJN, 18-IX-1967, "Velasco, Angulo Isaac o/Buenos Aires, Provincia de", Fallos, 310-1826; id., 18-XII-1967, "Gaglierno, José o/Bardín de Badarico, Poulatte", L.L., 92-

Cabe enfatizar que en estos supuestos se configura una responsabilidad indirecta o refleja —tema que ya hemos analizado anteriormente²⁴— prescripta por el ya mencionado artículo 1112 del Código Civil, mientras que el artículo 1112 alude a un caso de obligación indemnizatoria directa derivada de la irregular prestación del servicio público.

También se ha citado el artículo 1112 del Código Civil en el precedente "Lozano" para fundar la condena por la actividad lícita del Estado cuando, sin mediar irregular ejercicio de funciones por sus órganos, se generaron daños a un vehículo particular por parte de la policía provincial al recuperarlo para su propietario, ejerciendo la fuerza pública contra quienes los retenían ilegítimamente²⁵. En doctrina, compartiendo la decisión de la minoría que propuso rechazar la demanda, se sostuvo que puede resultar inconveniente la extensión de la responsabilidad por actos lícitos por ser ello contradictorio con las funciones de gobierno y la distribución de las cargas, en base a la solidaridad, al inhibir al Estado de emplear los medios necesarios —incluso inevitablemente dañosos— para cumplir con el servicio de policía²⁶.

En la causa "Rebeco", invocando ese antecedente, al analizarse la responsabilidad de un particular por las heridas sufridas en un enfrentamiento policial con delinquentes, sin mediar culpa o dolo de sus agentes y ante el obrar lícito del personal de la Policía Federal en ejercicio de sus funciones específicas que ocasionan perjuicios a terceros, se sostuvo que ello no impone la responsabilidad del Estado en la medida en que se prive a alguien de su propiedad o se lo lesione en sus atributos esenciales; ello así "no porque la conducta estatal sea contraria a derecho, sino porque el sujeto sobre el que recae el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo"²⁷.

1998, con nota de Prieto, y Fallos, 238:288; véf. Cúrtis Rodríguez, Manuel, "Responsabilidad del Estado", L.L. 1995-E-326.

²⁴ Vid. nuestro trabajo "La relación de dependencia y la responsabilidad del Estado, como principal, por el hecho del policía", en anotación a fallo de la CSJN, 23-D-1994, "Ferrer, Patricia M. c/Provincia de Buenos Aires", L.L. 1995-C-287; "La responsabilidad del Estado por el hecho lícito del policía franco de servicio", en anotación a fallo del Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual nro. 4, Santa Fe, 20-XI-1998, NG, D.B. c/A y Sup. Gobierno Provincia de Santa Fe c/daños y perjuicios", Jurisprudencia Santa Fe, nro. 30, pag. 69. Para la asunción al poder de policía estatal, ver López Cabana, Roberto M., "Responsabilidad civil del Estado derivada del ejercicio del poder de policía" en Altieri, Adolfo A. - López Cabana, Roberto, *Temas de Responsabilidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, págs. 213 y sigs.

²⁵ CSJN, 12-V-1992, "Lozano Gómez, Juan C. c/Buenos Aires, Provincia de c/daños y perjuicios", con disidencia de Levene, Barro y Fayt en Fallos, 318:970 y L.L. 1994-B-427 y E.D. 169-112.

²⁶ Colautti, Carlos E., "Responsabilidad del Estado por daños ocasionados sin culpa", L.L. 1994-B-425.

²⁷ CSJN, 21-III-1995, "Rebeco, Luis M. c/Policía Federal Argentina", E.D. 168-378, con nota de Miguel S. Marchesoff, "Responsabilidad extracontractual del Estado por las

Esta doctrina ha sido reiterada al condenar al Estado provincial por el ejercicio regular del poder de policía de seguridad que provoca daños a particulares, sosteniéndose que es la comunidad, beneficiada con ese servicio público, quien debe asumir ese riesgo afrontando los perjuicios derivados del accionar lícito del poder público²⁸.

Debemos señalar que resulta llamativo que se remita al instituto de la falta de servicio en las mencionadas causas "Lozano", "Rebecco" y "Toscano", en que no medió irregular prestación de actividades propias. En estos casos la reparación del daño injusto derivado de la actividad lícita²⁹ se fundó —en esencia— en la adecuada distribución de las cargas públicas y en la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada (arts. 14, 16, 17 y concs., Const. Nac.), propias del Estado de Derecho.

En cambio, y siempre en el marco de la prestación del servicio de policía de seguridad, se desestimó la demanda promovida contra la provincia de Buenos Aires por indemnización de daños y perjuicios a raíz de un choque, producido en la ruta ante la orden de detención impartida por personal policial que realizaba un operativo de control de vehículos, porque se acreditó que la provincia adoptó en el caso las diligencias razonablemente exigibles de acuerdo con las circunstancias de tiempo y lugar³⁰.

En la misma orientación la Corte Nacional rechazó la acción indemnizatoria por la muerte del esposo de la actora, producida en un accidente cuando manejaba su automóvil, ante la aparición de un caballo suelto en la ruta, y se admitió la excepción de falta de legitimación pasiva porque "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 y no resulta razonable pretender que la obligación de prevenir los delitos pueda alcanzar las consecuencias dañosas producidas con motivo de hechos extraños a su intervención directa"³¹.

consecuencias dañosas de su actividad 'lícita' desplegada en el ámbito del derecho público", F.D., 167-969, entendiendo inaplicable al caso el art. 1112 —ya que debía acudir a las normas del derecho público— aunque coincidiendo en el resultado del fallo.

²⁸ CSJN, 7-II-1998, "Toscano, Gustavo c/Provincia de Buenos Aires", L.L., 1998-E-89, con nota de Jorge Bustamante Alcázar, "El Estado es responsable del daño que causa a terceros en el ejercicio lícito del poder de policía de seguridad".

²⁹ Para el concepto de daño injusto ver el magnífico libro de De Lorenzo, Miguel Federico, *El Daño Injusto en la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996. Para la responsabilidad por la actividad lícita ver —entre muchos otros— Andorno, Luis O., "La responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva", en *Responsabilidad por Daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alcázar*, dirigida por Alberto J. Bueres, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pag. 78.

³⁰ CSJN, 8-IX-1993, "García, Ricardo M. c/Buenos Aires, Provincia de", Fallos, 315:1893.

³¹ CSJN, 7-XI-1988, "Ruiz, Mirtha E. y otros c/Prov. de Buenos Aires", J.A., 1991-I-101 y L.L., 1990-C-429 con nota crítica de Jorge Bustamante Alcázar, "La responsabilidad

d) En un caso singular se consideró imputable a la irregular ejecución del servicio la pérdida del sueldo de funcionarios y empleados judiciales, los que fueron sustraídos a la persona del juzgado en quien delegaban ese trámite, porque ello obedecía no a razones de comodidad de los beneficiarios del pago, sino a una estructura administrativa defectuosa²².

II. LA FALTA DE SERVICIO POR DAÑOS EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS

a) Analizaremos —aunque sucintamente— la casuística generada en torno al supuesto de la responsabilidad estatal por falta de servicio al afectarse la integridad física de los internos en los establecimientos carcelarios.

En un precedente se acudió a este encuadre legal para condenar al Servicio Penitenciario Federal por las lesiones (pérdida de un ojo y heridas en un dedo de la mano) que sufrió una persona detenida como medida de seguridad, ante el ataque de otro interno con el mango de una escoba, invocándose la doctrina de la causa "Vadell". Se reiteró la tesis de la responsabilidad directa y objetiva del poder público, aunque no haya mediado culpa del dependiente —el guardiacárcel encargado de la vigilancia—, cuyo régimen se juzgó inadecuado toda vez que se dejó salir de la celda de aislamiento a un interno peligroso, ante la existencia cercana de objetos potencialmente peligrosos (la escoba con la que agredió) y sin adoptar otras precauciones²³. Se sostuvo, al comentar el fallo, que la justicia de la decisión que recepta esta tesis estriba en la dificultad que se presenta para administrado, a veces, en tener que individualizar al autor del perjuicio y de acreditar su culpabilidad.

Otro antecedente inscripto en esta tendencia lo constituye el homicidio de un procesado cometido en una cárcel mendocina por un interno condenado, en el que la Suprema Corte local, por mayoría, responsabilizó a la provincia por no asegurar la vida y la integridad física de sus internos, receptando la tesis de la responsabilidad extracontractual objetiva y directa del Estado, que en el caso del derecho público se funda en el ar-

del Estado en el ejercicio del poder de policía". En el mismo sentido, "Antonio Sarno y otros c/Organización Coordinadora Argentina (O.C.A.) y otros", Fallos, 313:1637, también Fallos, 315:2127; 315:2319 y 315:2493.

²² CSJN, 10-V-1992, "Sanchez Ferrero, Julio A. y otros c/Corte Suprema de Justicia", Fallos, 315:1061.

²³ CNFed. Civ. y Com., Sala III, 16-XII-1988, "Pardiel, Juan c/Servicio Penitenciario Federal y otros", L.L., 1989-B-369, con esta aprobación de Mazarel, "La responsabilidad del Estado por falta de servicio".

tículo 1112 del Código Civil, en razón de que los agentes constituyen órganos de esa persona pública. Allí también se ponderó la responsabilidad constitucional del Estado derivada del artículo 18 de la Constitución Nacional y de los pertinentes preceptos de la Carta Magna local —como lo destacó Bidart Campos al elogiar el decisorio—, y la realidad actual del régimen penitenciario cuyas normas, incumplidas en el caso, imponen como obligación primaria y esencial la conservación de la vida y la salud de los internos y su readaptación social. Se añadió que carecía de “decisividad la falta de determinación del autor o la relación de causalidad, siendo suficiente definir y precisar la falta de servicio y el daño”. Bidart Campos al comentar el decisorio enfatizó el deber constitucional del Estado de “cuidar, mantener y tutelar la vida de las cárceles”³⁴.

b) Finalmente arribamos al *leading case* “Budín” fallado por la Corte Nacional en el ámbito de su competencia originaria y exclusiva. En el establecimiento carcelario de Olmos, perteneciente a la provincia de Buenos Aires, se produjo en 1990 un incendio en el que fallecieron treinta y cinco reclusos que estaban cumpliendo sus condenas, quedando revelado en el expediente penal sustanciado las graves irregularidades administrativas y actos de corrupción por parte del personal penitenciario, el trato vejatorio a que eran sometidos algunos internos por otros y el absoluto y deficitario estado edilicio de la unidad carcelaria superpoblada. El incendio se facilitó por la precariedad de la instalación eléctrica, la carencia de elementos extintores, la falta de capacitación del personal para proceder en la emergencia y el consentimiento tácito del uso de calentadores por los internos para cocinar sus propios alimentos. Entonces, y recalcando el deber del Estado, de raigambre constitucional, de preservar por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos la vida e integridad física y moral de quienes cumplen una condena preventiva o una detención, la Corte Nacional resolvió que “la seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia, sino también, como se desprende del artículo 18 de la Constitución Nacional, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema al que no sirven forman desviadas del control penitenciario”. “Si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar irregularidades —añadió— de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos; es más, indican una

³⁴ SC Mendoza, Sala II, 9-XII-1993, “F. y actor civil c/L.T.M.V. por homicidio simple/acusación”, voto de los Dres. Nazzari y Aguiar, con la disidencia del Dr. Salinas quien se fundó en la improcedencia de la citación del Estado provincial como civilmente responsable en E.D., 157-395, con voto de Germán J. Bidart Campos (adhiriendo al criterio de la mayoría), “La vida en las cárceles y la responsabilidad del Estado”.

degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa". Por ello condenó al Estado provincial aplicando la doctrina de la irregular prestación del servicio penitenciario²⁵.

Adhirieron a ese emplazamiento normativo Bustamante Alsina y Pizarro. El primero de ellos señaló que el artículo 1112 del Código Civil abastece la responsabilidad por falta de servicio porque pese a que no es una norma de derecho público "regula el derecho al resarcimiento de los particulares frente a los funcionarios públicos y al Estado por los actos ilícitos de aquellos en el ejercicio irregular de sus funciones y nada obsta extraer de esa norma el fundamento de la responsabilidad directa del Estado". Por su lado, acotó Pizarro que el deber de seguridad del Estado de proteger la integridad de los alojados en las cárceles, que es de medios, surge del artículo 18 de la Constitución Nacional, de la Ley Penitenciaria Nacional 14487, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5º, incs. 2º y 6º) la que tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nac.)²⁶.

Esta orientación jurisprudencial se ha reiterado por los tribunales federales²⁷ y por otros órganos provinciales. Por ejemplo, en este último sentido, a raíz de una riña entre dos internos alojados en la Unidad Penal nro. 1 del Servicio Penitenciario de Salta falleció uno de ellos como consecuencia de las heridas infringidas por el otro con una "punta carcelaria" (o "faca"), arma rudimentaria fabricada por los propios reclusos. La madre de la víctima demandó a la provincia de Salta el resarcimiento del daño moral y material (el denominado "valor de la vida humana"). La Sala IV de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Salta por mayoría —con votos de los Dres. Carlsen y Leustaf Ranea— admitió la pretensión, siguiendo los lineamientos referidos de la doctrina de la Corte Federal y el emplazamiento normativo de la falta de servicio. En su voto la Dra. Carlsen sostuvo que la responsabilidad extracontractual del Estado como poder público se funda en el artículo 1112 del Código Civil que regula una responsabilidad directa y objetiva la que desplaza al régimen de la responsabilidad refleja del artículo 1113 del Código Civil y

²⁵ CSJN, 19-X-1995, "Bañón, Rubén y otros c/Provincia de Buenos Aires", L.L., 1996-C-284, con nota de Jorge Bustamante Alsina, "Responsabilidad del Estado por la muerte de internos en una cárcel al incendiarse ésta", J.A., 1995-IV-141, con nota de Ramón D. Pizarro, "Daños sufridos por internos en establecimientos penitenciarios", J.A., 1996-I-944, y Doctr. Just., 1996-3-282.

²⁶ Bustamante Alsina, Jorge, L.L., 1996-C-284; Pizarro, Ramón D., J.A., 1996-I-444.

²⁷ CNFed, Civil y Com., Sala I, 2-IV-1997, "Acosta de Argañaraz, Dolores R. c/ Policía Federal", L.L., del 23-X-1997, pág. 7, fallo 39893-5.

que consagra la falta de servicio del Estado. Ella derivó —en el caso— del defectuoso o irregular cumplimiento del mandato constitucional de preservar la vida y seguridad de los internos, mediante la adopción de medidas de prevención idóneas que debieron impedir la fabricación de las armas caseras dentro de la cárcel. El Dr. Loutayf Ransa al adherir a esos fundamentos refirió también la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y se inclinó por adoptar sus criterios dirimentes. Concluyó acotando que el Estado debía acreditar —por estar en mejores condiciones— que concurren circunstancias exoneratorias de su responsabilidad por haber ejercido el control pertinente de los detenidos alojados³⁸.

III. CONSIDERACIONES FINALES

1. La Corte Federal, en síntesis, entiende que la responsabilidad del Estado por la ejecución irregular o el incumplimiento de sus funciones en el ámbito del derecho público es extracontractual, directa y objetiva, fluye del artículo 1112 del Código Civil, y prescinde de la atribución subjetiva u objetiva del sujeto u órgano causante del perjuicio. Respecto de la prueba recae en el damnificado la carga de demostrar la prestación anómala debiendo individualizarse concretamente la función comprometida³⁹. Este tipo de responsabilidad debe diferenciarse de la que encuentra apoyatura también en el ámbito extracontractual pero en la que el Estado responde como principal, de modo reflejo o indirecto, por el hecho ilícito de sus dependientes ejecutados en ejercicio o en ocasión de sus funciones, o de la que se fundamenta en su condición *in re* de dueño o guardián de las cosas de su dominio o posesión o de las que se sirve o tiene a su cuidado, ambos con apoyo en el artículo 1113 del Código Civil.

2. Nosotros, en anterior oportunidad, adherimos a esta doctrina⁴⁰. Sin embargo, cabe reiterar que la responsabilidad del Estado (directa y

³⁸ CCiv. y Com. Salta, Sala IV, 14-VIII-1996, "González de Burgos, Juquína o/Provincia de Salta" —con disidencia del Dr. García López— con nuestra nota "Responsabilidad del Estado por falta de servicio. Pérdida de chances", L.L., del 27-VIII-1997, Suplemento de Doctrina y Jurisprudencia Noroeste Argentino, págs. 6 y sigs. —a cargo del Dr. Miguel Federico De Lencina—

³⁹ Castagne postula que la recurrencia al art. 1112, Cód. Civ. no es subsidiaria —como lo califica la Corte Nacional— por cuanto es una norma que pertenece al derecho administrativo (aut. y op. cit., E.D., 114-217); García Martínez, Roberto, "La responsabilidad del Estado y los principios generales del derecho", L.L., 1986-B-107; Bissoli, Alberto B., "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado", L.L., 1996-A-622.

⁴⁰ Conf. trabajo cit. supra en nota 38.

objetiva) no obsta la responsabilidad concurrente, indistinta o *in solidum* del agente causante del daño que actuó irregularmente en el marco de sus funciones, tal como lo ha puntualizado prestigiosa doctrina autoral⁴¹.

Esta interpretación procura armonizar los principios generales comprometidos y la unidad del fenómeno resarcitorio, especialmente la reparación del daño injustamente sufrido, que rige tanto la responsabilidad de los particulares como la del Estado y no sólo en su accionar ilícito sino que, con variantes y adecuaciones, también se extiende a su actuación lícita lesiva como persona de derecho público⁴². En consecuencia nos apartamos de la postura que, aunque con sólidos argumentos, afirma que cuando el agente incurrió en "falta de servicio" responde sólo el Estado frente al tercero damnificado (art. 1112, Cód. Civ.) por ser una responsabilidad objetiva, pudiendo luego formular el cargo al funcionario y efectivizar después la responsabilidad contra este último. De modo que esta tesis reserva la acción directa del damnificado contra el funcionario sólo para los casos de "falta personal" por aplicación de las normas generales sobre culpa del artículo 1109 del Código Civil⁴³.

En suma, nosotros opinamos que en el caso de que el funcionario actuó anómala o irregularmente en el ámbito de su incumbencia funcional, la víctima puede acumular dos acciones: una contra el Estado —por falta de servicio, responsabilidad directa y objetiva— y otra contra el sujeto u órgano que causó el perjuicio con su comportamiento ilícito imputable. La individualización por el administrado del agente dañador, la relación causal entre el hecho nocivo y el perjuicio y la atribución de responsabilidad —subjetiva u objetiva— permiten que, además del Estado, el sujeto generador del perjuicio sea legitimado pasivo de la pretensión resarcitoria.

⁴¹ Bustamante Alsina, Jorge. "La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía", cit. en anotación discrepante al fallo de la CSJN, 7-XI-1989, "Pera, Martha E. y otros c/Provincia de Buenos Aires", L.L., 1990-C-431; Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Abalado-Parrot, Buenos Aires, 1992, pág. 470, nro. 1203; *idem*, L.L., 1990-C-584, nro. II; Trigo Represas, Félix A., "Derecho de las obligaciones", en Casarosa, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, T. 5, 3ª ed., La Plata, 1996, pág. 741, nro. 3082, 3; Monest Iturrigaray, Jorge, *Responsabilidad por Datos*, T. II-B, Ediar, Buenos Aires, 1973, pág. 325; Guastavino, Elías F., "Responsabilidad de los funcionarios...", cit. *N.D.*, 116-329; Casarosa, Juan C., "La responsabilidad de los funcionarios públicos", L.L., 1989-C-992; Kemeinmajer de Carlucci, Aida, en Código Civil... cit., T. 5, pág. 418, nro. 12.

⁴² Ver SC Mendoza, Sala I, 3-VII-1996, "Diaz de Ghiotti, Ana c/Municipalidad de Mendoza", voto de la Dra. Kemeinmajer de Carlucci en *Door. Jud.*, 1996-2-504.

⁴³ Vid. in extenso Bonpland, Viviana M. C., "Responsabilidad extracontractual del Estado", L.L., 1987-A-784; Lianora, Juan F., "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público", L.L., t. 805, puntos VI y VIII.

3. En esta ocasión reafirmamos nuestra adhesión a las principales pautas directrices que vertebran esta singular faceta de la responsabilidad estatal.

Empere creemos oportuno —y necesario— formular una acotación a la aplicación del instituto cuando la prestación irregular del servicio se verifica en el ámbito de la seguridad penitenciaria, propiciando su equilibrado y adecuado enmarcamiento. En efecto, y sin abdicar del parámetro interpretativo ya referido (el justo resarcimiento de los daños sufridos injustamente), debe atenderse a los datos relevantes, en cada caso, de la realidad circundante para impedir un desmesurado efecto expansivo de la doctrina que, a la postre, desnaturalizaría su esencia, aplicación y alcances. Por ello será conveniente examinar si la prestación del servicio de seguridad en las cárceles devino en anómala o irregular pudiendo (o debiendo), razonablemente, ser la adecuada y debida, conforme con los principios lógicos y empíricos que suministra la realidad fáctica y social.

Estas reflexiones —ya de cierre— están motivadas por una información periodística que da cuenta de que luego de casi un año y medio de concluido el trágico motín de Semana Santa de 1996 en la unidad carcelaria de Sierra Chica —que tuvo difusión nacional— recién pudo ser hallada por las autoridades penitenciarias una de las armas utilizadas en aquella ocasión. Se señala, siempre a modo de transcendido periodístico, que esa pistola —ahora encontrada— era escondida en distintos pabellones, rotando periódicamente los internos el lugar de los mismos, encontrándosela finalmente "en una cloaca, envuelta en trapos empapada en aceite comestible y papeles, protegida por nailon"⁴⁴. Ello, agrega la nota, pese a los ingentes esfuerzos de las autoridades del Servicio Penitenciario para ubicar el arma con mayor prontitud.

En caso de comprobarse judicialmente esta versión cabe preguntarse: si esa pistola habría causado, en las condiciones antedichas, daños a otros internos ¿sería procedente responsabilizar con sustento en nuestro instituto al Estado provincial? ¿O concurriría una imposibilidad insuperable de impedir el daño configurativo del caso fortuito liberatorio de toda responsabilidad?

El interrogante y el debate consiguiente quedan planteados.

⁴⁴ Diario *El Popular* de Otavarría (provincia de Buenos Aires), ejemplar del 8-XI-1997, pág. 11.

**RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS DE DATOS
INFORMATIZADOS EN RELACIÓN A LOS DATOS
PERSONALES QUE LOS INTEGRAN Y
LA INFORMACIÓN QUE TERCEROS ADQUIEREN
DE ESOS DATOS**

JORGE M. BERBERMAN

Tal como resulta del título, la problemática de la que nos ocuparemos en este trabajo puede considerarse conformada por los siguientes elementos constitutivos:

1. Un banco de datos informatizado.
2. Datos personales contenidos en ese banco de datos informatizado.
3. Un tercero que consulta los datos personales contenidos en el banco informatizado.
4. La información que el tercero consultante (¿) adquiere (¿) de los datos consultados.

Esta formulación de la cuestión es un modo de resaltar las cuestiones relativas a la percepción que son, en parte —muy sustantiva por cierto—, pilares del tema que trataremos.

La necesidad de coherencia desde el punto de vista de la percepción impone como una necesidad definir, en primer término, qué es un banco de datos en el marco de este trabajo.

I. BANCO DE DATOS

Si bien una rápida búsqueda por textos básicos de informática parece autorizarnos a considerar la expresión "banco de datos" como equivalente a "base de datos", no debemos dejar a un lado la definición asentada en el Capítulo Quinto, IV., de la obra *Derecho Informático* de Carlos M. Correa y otros¹ bajo el título "Banco de datos".

¹ Correa, Carlos M. y otros, *Derecho Informático*, Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 239.

Haciendo referencia a la transformación de la información en mercaduría como resultado de su manipulación —computadoras mediante— más rápida y eficiente y capacidad de almacenaje en volúmenes crecientes, Correa destaca la emergencia de una "industria de banco de datos". A continuación procede a definir al "servicio de banco de datos" como "un conjunto organizado de base de datos, accesibles en línea —directamente desde una computadora— como servicio comercial, para la consulta de datos de la más diversa índole".

Una consulta al banco de datos —conforme la definición anterior— comercializado por Microsoft bajo la denominación Encarta 97, nos permite acceder a la siguiente definición de "base de datos":

Cualquier conjunto de datos organizados para su almacenamiento en la memoria de un ordenador o computadora, diseñado para facilitar su mantenimiento y acceso de una forma estándar. Los datos suelen aparecer en forma de texto, números o gráficos².

Lo cierto es que ya sea que al hablar de banco de datos hagamos referencia a conjuntos de bases de datos, o que los bancos de datos sean bases de datos, es decir que "banco" y "base" puedan considerarse sinónimos en este contexto, ingresamos en un campo —en materia de responsabilidad— en el que según cuál de las ideas antes expuestas estemos dispuestos a compartir, la materia de análisis será una industria, un producto o un servicio.

Es claro que lo que aparece como indudable, es que el elemento distintivo de los bancos o bases de datos a los que nos referimos, respecto de otros ficheros preexistentes sobre base papel, piedra, tejuela, papiro y otros materiales, es la utilización de la informática para su constitución, producción, mantenimiento y exteriorización a todo fin.

II. MODOS DE OPERAR DE LAS BASES DE DATOS

La aplicación de la informática al archivo, ordenamiento y recuperación de datos ha producido un cambio cualitativo en el tratamiento de la información.

Claude Debrulle, primer consejero del Ministerio belga de Justicia, en la Conferencia Internacional que se realizó en la ciudad de Madrid, España, los días 11 al 13 de junio de 1984, sobre Problemas Legislativos de la Protección de Datos, organizada por el Consejo de Europa en colaboración con las autoridades españolas (Secretaría de Estado para la

² "Base de datos", *Enciclopedia Microsoft Encarta 97*. Microsoft Corporation, 1993-1996.

Administración Pública), utiliza esa expresión de pasaje cualitativo en el tratamiento.

Este pasaje cualitativo se aprecia especialmente en dos modelos de bases de datos: el modelo relacional y el de bases de datos deductivas.

Las bases de datos relacionales son aquellas en las que el almacenamiento de los datos se hace en tablas. La búsqueda se lleva a cabo determinando los datos a utilizar a ese fin, almacenados en las tablas seleccionadas al efecto, con los que se procede a la búsqueda de datos adicionales en otras tablas.

Esta búsqueda persigue unir los datos conforme atributos. Cuando datos y atributos coinciden, entonces se genera una tercera tabla en la que se relacionan.

De este modo, es posible unir a un número de documento de identidad la profesión de su titular, su situación impositiva, estado de salud, estado civil, religión, antecedentes, hábitos de consumo, etcétera.

La unión plasmada en la tercera tabla genera una persona virtual; retomaremos más adelante esta idea.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En una concepción histórica de la responsabilidad civil, esta requiere la existencia de un daño atribuible por vía de un nexo causal a un acto u omisión ilícitos y la existencia de dolo o culpa en esa acción u omisión, lo que determina que quien sufrió el daño deba ser indemnizado.

Con posterioridad a la de responsabilidad basada en la culpa se desarrolló la teoría de la responsabilidad objetiva basada en el riesgo creado, en la que el factor de atribución dejó de ser subjetivo, como lo era en la primera teoría, para pasar a ser objetivo.

Si bien puede entenderse que entre ambas teorías queda contemplado el universo de las situaciones posibles, "existen sectores neurálgicos donde la inadaptación de las reglas de la responsabilidad civil son particularmente evidentes y llaman a la reforma. Hoy los grandes temas que concitan nuestra atención y necesitan una revisión son... el daño informático... Estas son manifestaciones típicas —las que hasta ahora conocemos— del impacto de la 'era tecnológica' en la responsabilidad civil"².

² Medina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., "Función actual de la responsabilidad civil", en *Derecho de Daños*, La Roca, Buenos Aires, 1989.

IV. DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE REQUIEREN ACCIONES Y OMISSIONES

Según cual sea el punto de partida —lo que no está prohibido está permitido o bien el iusnaturalismo— los derechos son el anverso-reverso, el continente-contenido, en relación a las obligaciones.

Las personas son centros de imputación de normas o viceversa, según cual sea la definición de persona que adoptemos, y sus acciones y omisiones son los vehículos de los derechos y de las obligaciones.

Delineado así el escenario en el que desarrollamos este trabajo, intentaremos determinar ahora cuáles son los derechos y obligaciones y las acciones y omisiones involucradas en el tema en análisis.

La cuestión relativa a los bancos de datos personales, el *habeas data* y la responsabilidad por la información incorporada y procesada, se plantea como un conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad como así también la honra y el buen nombre de las personas.

En este orden de razonamiento, los derechos y obligaciones a estudiar son el derecho a la información, tanto en el sentido del derecho a informar como en el del derecho a ser informado, y el derecho a la intimidad.

La ley francesa 78-17, del 6 de enero de 1978, sobre la informática, los ficheros y las libertades⁴, es una norma paradigmática con relación a la protección de datos personales contenidos en bancos de datos informatizados.

El artículo 36 de la ley incluye en su texto, directa e indirectamente, los derechos y obligaciones de los titulares de los bancos de datos y de las personas cuyos datos se encuentren incorporados a los mismos.

"El titular del derecho de acceso podrá exigir que las informaciones que le afectaren y fueren inexactas, incompletas, equívocas, caducadas, o cuya colecta, utilización, comunicación o conservación estuviere prohibida, sean rectificadas, completadas, aclaradas, actualizadas o canceladas...".

Para el estudio de esta norma proponemos sustituir el término "información" por "dato", a fin de homogeneizar el vocabulario utilizando la misma palabra para identificar al "banco de datos" y a su contenido, es decir, los "datos".

Partiendo del texto de esta ley resulta que las acciones que puede adoptar el titular del banco de datos son las siguientes:

- coleccionarlos
- utilizarlos

⁴ *Journal Officiel*, 7-1-1978.

- comunicarlos
- conservarlos

Estas acciones puede ejecutarias respecto de datos que pueden ser:

- exactos o inexactos
- completos o incompletos
- claros o equívocos
- vigentes o caducados
- permitidos o prohibidos, en relación a las acciones precedentemente descriptas.

Los titulares de los datos contenidos en esos bancos de datos pueden, a su vez, exigir que sus datos sean:

- rectificadas
- completados
- aclarados
- actualizados
- cancelados

La precedente es una enumeración primaria de los derechos y correspondientes obligaciones.

²⁵ En consecuencia, cuando nos surten dudas y las obligaciones de sus datos en bancos y de las personas concernidas cuyos datos se encuentran incorporadas en dichas bases de datos, entonces la responsabilidad de los bancos de datos es un tema que no presenta mayor dificultad para su resolución, pues habrán de aplicarse las mismas normas que son de aplicación en otras situaciones de hecho.

Así, si la base de datos colecciona datos que está prohibido coleccionar, y los comunica o difunde. Su responsabilidad no requiere mayor aclaración.

V. PROPIEDADES DE LOS DATOS

Entendemos que este modo de encarar la cuestión no aporta nada a la solución de los problemas que se presentan en casos concretos, tales como la pérdida o perturbación de la posibilidad de obtención de crédito.

Tal perturbación o pérdida se expresa en modos diversos, entre ellos la denegación de solicitudes de operar en cuenta corriente o crédito con bancos comerciales o el pedido de cierre de cuentas abiertas en esos bancos, que afrontan las personas cuyos datos de identidad son incorporados a bancos o bases de datos de informes comerciales que los relacionan con otros datos referidos a incumplimientos o morosidad en el cumplimiento de obligaciones, ya sea en forma directa por el individuo concernido o bien por un tercero con el que la base de datos lo relaciona.

En tales circunstancias los individuos concernidos pretenden que sus datos sean rectificados, completados, aclarados, actualizados o cancelados, en razón de ser inexactos, incompletos, equívocos o por haber perdido vigencia.

Si la rectificación es requerida por cuanto existe error en un dato, y como consecuencia de ese error el individuo concernido puede sufrir o sufrir un daño, la cuestión de responsabilidad no presenta novedad.

En cambio, cuando el individuo concernido pretende hacer emerger la responsabilidad por datos incompletos, equívocos o sin vigencia, la cuestión no es igualmente clara.

Un banco o base de datos recoge o colecta datos teniendo en cuenta el fin para el que fue diseñado. Ese fin es el que determina la organización del procesamiento de los datos y el modo de relacionarlos.

En realidad, cuando la base de datos:

1. incorpora datos concernientes a personas,
2. los datos que incorpora son más de uno por sujeto concernido,
3. su diseño permite relacionar los datos de un individuo de modo que el individuo concernido es identificable por el resultado arrojado por las relaciones establecidas,
4. admite la relación de los datos del individuo concernido de modos diversos, entonces el individuo concernido respecto de quien el banco de datos brinda información que permite su identificación por nombre, documento de identidad, vínculo con terceros, etcétera, "será" diferente según cuales sean sus datos incluidos en la "relación" informada.

Esa "relación" la denominamos el "perfil" del individuo concernido. Un ejemplo de perfiles diversos de un individuo cuyos datos han sido incorporados a una base de datos de informes comerciales es el siguiente:

- Incluido o no incluido en la base de datos.
- Bancarizado o no bancarizado.
- Parte en procesos judiciales:
 - Demandante
 - Demandado
 - Otra
- Merecedor de crédito hasta determinados montos.
- Vinculado a otras personas:
 - Familiarmente
 - Contractualmente
 - Crediticiamente (garante, fador, tarjeta de crédito adicional)
 - Societariamente
 - Otros vínculos

- Cumplidor.
- Meroso.
- Objeto de consulta por otro/s.
- Etcétera.

Estos perfiles pueden, a su vez, variar según las fechas entre las cuales la consulta debe ser respondida.

VI. LA PERSONA VIRTUAL

El concepto de realidad virtual está asociado a la informática y las telecomunicaciones, determinantes e instrumentos para la determinación de sus dimensiones temporales y espaciales.

El hombre también puede ser construido con la ayuda de la informática y las telecomunicaciones como una persona virtual.

El construccionismo y la posmodernidad nos hablan de la realidad construida, de la inexistencia de realidades objetivas.

El hombre es una realidad diversa, desde el punto de vista de aquellos que con él se relacionan, según sea percibido por esos terceros.

Esta diversidad de percepciones desagrega al individuo en perfiles diversos y cambiantes, según los datos conocidos y considerados por quien los percibe y el objetivo y el modo en que relaciona esos datos.

El Derecho puede proteger al individuo para que ciertos datos suyos que no son públicos y cuya publicidad puede ser perjudicial no sean incluidos en los bancos de datos. También puede establecer que ciertos datos cuya antigüedad supere un tiempo determinado no puedan ser incluidos en los bancos de datos o relacionados en general o en particular. En ese caso podemos entender que lo que se tutela es el control sobre los datos concernientes a la propia persona que hayan salido de la esfera de la intimidad de esta.

Estos dos ejemplos tienen en común que en los casos supuestos el legislador puede decidir sobre la acción, en este caso la incorporación de datos. En otros casos, como el de los datos nominativos sensibles, tales como orientación política o sexual, religión, color de piel, etcétera, cuando se prohíbe su colecta la decisión legislativa se refiere a la imposición de una omisión de acción.

Por lo general, los reclamos que los individuos concernidos hacen contra los bancos de datos de informes comerciales, se asientan formalmente sobre los datos. En otra palabras, ese es el reclamo manifiesto, pero la queja se refiere al perfil que generan los datos cargados y relacionados que son comunicados a terceros.

No son esos datos, si son verídicos, los que generan el perfil que motiva la queja por el daño que causa al individuo concernido al coartar su acceso al crédito.

Esos datos por sí solos son sólo un conjunto de datos, que han sido procesados y relacionados de acuerdo a un programa definido por el titular del banco de datos.

Si el banco de datos no agrega "opinión" al resultado del procesamiento, o si lo que agrega son datos que no implican juicio de valor sino que son parámetros que indican el encuadre de los datos, éstos siguen siendo sólo datos.

La oportunidad en la que los datos se transforman en "información" es cuando el tercero agrega un juicio de valor.

La información es entonces el resultado de un nuevo procesamiento en el que concurren datos más valoración de los datos, es decir, objetividad sustentada en documentación verificable sumada a subjetividad que se manifiesta como percepción.

Los datos sirven para construir tantas "personas virtuales" como percepciones hay de ellos.

El individuo concernido cuyos datos son percibidos por terceros queda desagregado informáticamente en "personas virtuales", es decir, perfiles, que él, desde su percepción, no ve coincidentes con ésta última.

VII. DISCRIMINACIÓN Y RESPONSABILIDAD

Hemos asociado al comienzo de este trabajo —no lo hizo la autora de la cita— la afirmación de que las reglas de responsabilidad civil no se adaptan al impacto de la era tecnológica, con la cuestión relativa a bases de datos informatizadas y a la protección de los datos personales.

A partir de la consideración del daño generador de responsabilidad como un emergente de la percepción de los datos, no de los datos por sí solos ni de su procesamiento, entendemos que la responsabilidad debe ser analizada desde otro punto de vista.

No es necesario modificar o renovar las reglas de responsabilidad civil para atender los casos en los que se infringen normas claras en materia de colecta, procesamiento, utilización y difusión de datos, pues las teorías existentes son aplicables y suficientes.

La aplicación de esas teorías a los casos en que el daño resulta de la "persona virtual" o "perfil desagregado" construido sobre la base de datos amalgamados por la percepción, se asentaría sobre la pretensión de que toda construcción que no coincida con la que el individuo concernido ha hecho de su propio perfil e imagen, es errada. Pero, como es una cons-

trucción, entonces genera responsabilidad en quien la construyó, pues construir es un acto volitivo.

Quizá no son las reglas de responsabilidad las que mejor contemplan el caso planteado.

Si un individuo cuyos datos se encuentran incorporados a una base de datos, ve coartada su posibilidad de obtener crédito, continuar operando bancariamente o comenzar a hacerlo, sus posibilidades de actuación y desarrollo económicos se ven seriamente perjudicadas.

Quien le niega el crédito o no lo acepta como cliente no es el banco de datos en el que los suyos están incorporados, sino que es un tercero con quien pretende relacionarse económicamente.

Cuando ese tercero, el dador de crédito, adopta su decisión negativa respecto del individuo concernido, sobre la base de una percepción apoyada exclusivamente en los datos suministrados por el banco de datos, lo discrimina.

Tal discriminación es asimilable a la que practica quien decide su relación con otro por el color de piel o la religión. Si bien los datos son ciertos, como lo es el color de piel o la religión, la percepción, subjetiva y parcial, es considerada suficiente para adoptar la decisión discriminatoria: quien decide basándose en esa percepción, sin atender la información adicional que pueda brindar el individuo concernido, lo discrimina por su "perfil informático".

Considerada así la cuestión, la responsabilidad de los bancos de datos cesa en su aparente independencia, que se fundamentaría en el elemento informático, y puede ser abordada con las teorías conocidas.

Por su lado, la discriminación a la que contribuyen los datos colectados y procesados por la base de datos, en tanto generadora de responsabilidad para quien discrimina, puede tener un tratamiento que tampoco requiere de innovaciones que atiendan al elemento tecnológico, ya que éste no contribuye a la discriminación.

Este desdoblamiento de la cuestión es equitativo, en tanto adjudica responsabilidad a cada uno conforme a la medida de su intervención en la generación del daño.

No es necesario recurrir a la teoría de la responsabilidad objetiva para involucrar a los bancos de datos, pues la imputación puede ser hecha en modo directo a quien asume la decisión discriminatoria que produce el daño.

Es claro que, por otra parte, el reconocimiento de la existencia de tantas "personas virtuales" como percepciones existen, resalta la cuestión del marco del derecho a la intimidad, cuya colisión con el derecho a la información, sería la causante del conflicto en cuya dinámica se genera la problemática de la responsabilidad que aquí abordamos.

LECCIONES

LOS TESTIGOS SON LOS OJOS DE LOS JUECES.
La formación de creencias en los procesos penales orales

BEATRIZ KALINSKY

"La justicia no trata con inocentes",
Krzysztof Kieslowski. De la película "Rugos"

I. Podría decirse que un proceso oral de la justicia penal es un ámbito privilegiado de formación de creencias. Breve y contundente, se consolida en él formas de ver las cosas que si bien limitadas al caso que se esté ventilando, muestra la índole cultural del fenómeno.

No se convoca la presencia de los jueces, que tendrán que dar sentencia, en el momento en que se produce el hecho que luego será juzgado como delito; de ahí que los jueces deben conjeturar, inferir, armar un cuadro más o menos razonable de lo que "allí" pasó para poder, "aquí", dictar sentencia y resolver sobre la inocencia o culpabilidad de quien está imputado.

Ellos nunca están "allí" pero miran el lugar del delito a través de las declaraciones de los testigos que, a su manera, si estuvieron "allí", viendo "los hechos".

Esta situación casi obvia desencadena, sin embargo, un fenómeno atravesado por los múltiples ejes de la formación de creencias.

II. El ámbito de las creencias ha sido "naturalmente" asignado a la antropología. O, lo que es casi lo mismo, es la antropología quien se ha encargado de establecerlo como objeto propio de conocimiento.

En una versión clásica, la creencia ha sido considerada como un fenómeno colectivo subvaluado en términos de sus capacidades de relevar al mundo (Evans Pritchard, 1937, para un ejemplo siempre citado). Una suerte de imagen distorsionada de lo que "realmente" acontece. Superstición, magia, falsedades ideológicas han sido las connotaciones adjudica-

cedas a la creencia. Una realidad que es viciada por las razones (falsas) que la gente adjudica sobre causalidades o efectos de sus acciones.

Sin embargo, las cosas han ido de a poco cambiando, al menos en los aspectos conceptuales. Si bien la antropología sigue ocupándose del estudio de las creencias, las concepciones sobre ellas han variado sustancialmente.

En primer lugar, ya no se considera a la creencia como una "idea falsa", acomodada (*ad hoc*) a ilusiones de verdad. Ya no es un mundo que se perfigura objetivo quien dictamina si los enunciados que a él se refieren son verdaderos o falsos. La creencia es, ahora, una mirada particular que da un acceso posible a la realidad.

De tal forma que ya no hay distancia (epistemológica) entre "creencia" y "conocimiento". En ocasiones, estos términos son usados como sinónimos (Heggenhougen, 1991), equivalentes en sus capacidades de conocer, aunque específicos en la forma de relevar "la realidad".

Bajo estas renovaciones conceptuales hay una filosofía crítica reflexiva sobre la naturaleza de la propia realidad. Han tomado peso teórico los componentes interpretativos que construyen diferentes realidades, según sean las circunstancias y el papel que nos toca jugar en ellas. Ésta es una visión "constructivista" de la realidad (Watzlawick y Krieg, 1994). Plantada en términos "moderados" dice que la gente no sólo tiene visiones diferentes según sea su posición sino que, más aún, arma realidades a las que asigna verosimilitud, actuando y proyectando cursos de acción acordes.

Que algo nos parezca creíble, que pueda servirnos como orientación o que funcione son algunos de los criterios que priman en la elección de las creencias. Las cosas pueden variar en forma abrupta, y entonces, elegiremos otro conjunto de creencias que podrán ser o no complementarias de aquéllas. Éste es un proceso continuo de la dinámica social que se nutre de distintos sistemas de creencias.

El mundo actual ya no se sostiene en la posibilidad de la unicidad de propósitos ("felicidad", "justicia", "igualdad", "libertad"). Las elecciones se hacen con fines múltiples cuyas intenciones no están aisladas (Gellner, 1992). No se pueden aludir "buenas" razones para un "sí" o un "no" que defina cada situación. Se hace difícil explicar las causas de las elecciones que hacemos a lo largo de nuestras vidas. Pero eso no quiere decir que no haya necesidad de explicar nada. Antes que dar argumentos racionales, fundados en elecciones tomadas con criterios objetivos y maximizadores de las oportunidades que se nos presentan, se trata de otorgar sentidos que nos sean útiles y creíbles, y, desde luego, que funcionen (Watzlawick, 1990). La realidad es cuestión de interpretaciones que van haciendo un hilo conductor que, compartido y muchas veces institucionalizado, erige verdad. De ahí en más, serán formas de auxiliarnos en situaciones tanto cotidianas como críticas, porque tomamos en serio esas interpretaciones y les otorgamos validez cognoscitiva.

III. Los jueces cuentan con las pruebas. Son ellas las que van convocando sus creencias. Algo está siendo comprobado: ha sido dicho por varios testigos, ya sea por mención u omisión. Algo va adquiriendo cierta fuerza probatoria porque conviene, encajando en el cuadro de situación que se está formando. Algún hecho se va constituyendo en prueba a medida que adquiere cierta *verosimilitud*, una suerte de credibilidad en el marco del resto de las certidumbres que van surgiendo a lo largo del proceso. Dicho en otras palabras, los jueces van delineando su propia presencia en el hecho cometido tomando como factor de mediación los testimonios con que cuentan. Ellos podrán ser suficientes o no, parciales e interesados, mendaces o veraces. Podrán contener las maneras infinitas que la gente tiene para relatar sucesos que "vio" en cierta manera pero que dejó de ver en cierta otra manera. Los relatos de los testigos contienen toda la carga de emoción, y discreción o exaltación, que puede haber en la reconstrucción de un hecho delictivo, que es, según tiempos y lugares, más o menos extraordinario. Pero eso es con lo que cuentan; es desde donde deberán llegar a un veredicto.

Las partes —defensoría y fiscalía— podrán haber hecho bien su trabajo, o más o menos. Pero los jueces no son las partes, y deberán conformarse con lo que tienen¹. Mucho o poco, bueno o malo, deseable o incompleto tendrán que, sólo a partir de ellas, armar ese hecho delictivo de manera que los convenza, para poder así llegar a una sentencia justa. No olvidemos que los jueces tienen que hacer justicia.

La cadena epistemológica que ellos deben respetar es restringida: un hecho se convierte en prueba. El conjunto de las pruebas que se van a tomar en cuenta, junto a otro que se descarta, van produciendo una *certid* que se expresa en las argumentaciones de la sentencia. Cada uno de los jueces respetará esta hilación, aunque a su propia manera, que podrá o no ser coincidente con la de sus colegas. Pero todos, sin excepción, deben atenerse a este proceso de conocimiento que, sin duda restrictivo, permite, por eso mismo, establecer un denominador común para la sentencia, asegurando la legitimidad del procedimiento. Escueto y flexible en cuanto a los contenidos que se le puedan adjudicar es, por otro lado, rígido sobre los límites en que pueden moverse las diversas interpretaciones que se vayan promoviendo.

IV. Decimos que la sentencia es el escalón final de una producción cultural donde la consolidación de creencias tiene un papel preponderante.

¹ Salvo que adopten una postura fiscalista o defensorista que no les compete en tanto jueces de sentencia.

La creencia es una idea a la que le tenemos confianza como guía para comprender determinada situación. Es una forma de ver las cosas que nos parece acertada y, entonces, persuasiva. Así las cosas, le otorgamos una cierta capacidad de conocimiento. Es esa idea la que nos da, porque se lo concedemos, el acceso a una cierta realidad. Es ella la que nos permite conocer, por ejemplo, los acontecimientos que se desarrollaron durante la comisión de un hecho delictivo, aunque no hubiéramos estado "allí". Si bien nadie osaría replicar que éste es un acceso sumamente mediatizado por "los ojos de los testigos", tampoco nadie asumiría que es una forma ilegítima de reconstruirlos. Es una manera ordinaria de proceder hasta en la vida cotidiana que no tiene ningún viso de excepcionalidad.

Si se conoce "tal como las cosas fueron" entonces las pruebas acreditadas en el expediente se convierten en marcadores de verdad. Desde luego, un acercamiento verosímil. Pero entonces se está poniendo sobre el tapete una forma de la "verdad" que no admite estricta coincidencia con lo que "realmente" pasó, sino, antes bien, es un acercamiento aproximado pero que se cree cerro. Esto no hace más que modificar un criterio de verdad que pueda asumir que las cosas fueron así —muchas veces descriptas con minuciosidad en la sentencia— a otro en que se admite que los accesos cognoscitivos de los jueces dependen de determinadas condiciones que pueden darse o no, a pesar de lo cual deben dictar sentencia.

De esta forma, no se podría hablar de "verdad" con rigurosidad epistemológica. Y allí desembocamos otra vez en las creencias. Ellas producen verdad, generan ciertos efectos de verosimilitud y persuaden. El proceso oral, que consiste ante todo en palabras y gestos, es así un medio institucional de autorización para creer de alguna forma y no de otra.

Genera convicciones que, a su turno, autorizan para decir una verdad que pierde, paulatinamente, sus tintes mediatizados y reconstruidos. Dada la sentencia, la realidad fue la que se dice y no otra. Queda atrás el núcleo de legitimación de esa verdad que contiene todos los elementos de incertidumbre por los que se forma una creencia. Éste es el salto epistemológico que parece no poder eludirse. La creencia se muda en verdad, la verosimilitud en valor probatorio y la persuasión en imparcialidad. De los motivos que avalan una sentencia quedan *excluidos los criterios que se pusieron en danza para asumir ciertas convicciones y no otras*. Por lo tanto, se pierde el carácter de "creencia" para convertirse en "verdad" como sinónimo de "las cosas ocurrieron así".

"El valor de la prueba no está fijado ni determinado y corresponde a su propia apreciación [se refiere al juez] evaluarlas y determinar el grado de convencimiento que puedan producir sin que tenga el deber de justificar el por qué da mayor o menor mérito a una prueba que a la otra, ni estar obligado a considerar todas las pruebas producidas. La casación no es una segunda instancia. No puede provocar un nuevo examen crítico de los motivos probatorios que dan base a la sentencia" (extracto de una res-

puesta del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, al rechazar el pedido de un recurso de casación).

V. Las declaraciones de los testigos son, entonces, una fuente de formación de tales creencias. Ellos tienen, ante todo, una *palabra autorizada* previo juramento de verdad. Pero nada puede enlazar una y otra cosa, salvo el mismo testigo que mantiene silencio sobre la correspondencia entre lo que dice, la exigencia de verdad y lo que él cree que es verdad. La presencia y las palabras que va desgranando un testigo generan una situación particular de interlocución. Hay quienes preguntan y quienes contestan. La situación no es intercambiable². Los jueces tienen la intención de creer, pero son los testigos quienes deben dar las razones para cimentar la creencia. La palabra del testigo no es espontánea porque la propia autorización que le da el procedimiento penal hace que necesariamente deba ser codificada. La ritualización es la condición de la expresión de las palabras. Debe destinarse la respuesta a una pregunta específica, con poco margen para ejercer una evaluación libre de la pregunta (por qué fue formulada, en qué momento de la comparecencia, con qué fines puede contestarse, y así).

Los testigos deben decir, ante todo, lo que vieron. Un paradigma visualista que parece otorgar preponderancia a lo-visto, antes que a lo interpretado. Descripciones descarnadas, dejando de lado, aunque sea por un momento, los diferentes sentidos que el testigo pudo haberle dado a eso que vio. Pero justamente como se pide hablar al testigo, para contar lo que vio no puede evitarse el conjunto de criterios que usó para definir una situación: la de la escena del delito como la de la audiencia oral. De acuerdo con las inflexiones narrativas que tenga cada testigo, se generará mayor confianza en su relato. El testigo puede estar jugando su propia partida, a favor o en contra del imputado, y tratará de que esta meta no se note. Algunos lo logran y otros no. Porque los jueces sienten que la mirada que ese testigo les proporciona no coincide con aquella otra que se están formando. Los testigos ponen en marcha todo tipo de argucias para cumplir con ciertas finalidades: irse lo más pronto posible, evitar las contradicciones, decir "no sé" o "no me acuerdo", dar un determinado énfasis a su declaración, cumplir con una carga pública, sin excepción, incómoda. Pero las metas de los testigos no son las mismas que tienen jueces, defensores o fiscales. La verosimilitud de su palabra se va gestando en la medida que estas finalidades confluyan. Por eso hay testigos "más transparentes" o "más ingenuos" o "más inocentes"³, todos adjetivos relacionados a una supuesta capacidad universal para mentir sin que sea demasiado obvio.

² En los casos que ello ocurre, que no son pocos, se genera un clima de incómodidad. Tratando de que el testigo no sienta las tensiones propias de la situación, no puede evitarse que la interlocución tenga una sola dirección.

³ Confesionalmente, se coincide en que los niños no son capaces de dar testimonio falso

El mapa de la realidad se va dibujando a medida que pasan los testimonios; pero también en una otra medida, nunca del todo acabada, que otorga mayor o menor autorización a las respectivas palabras de los testigos. Los jueces miran por los ojos de los testigos, a veces de acuerdo y otras veces a pesar de lo que esos ojos cuentan. O porque el relato está "arreglado" de antemano, o por los gestos y las mañas que el testigo despliega, su incomodidad o flagrantes contradicciones en las que incurre. Esos testigos también son los ojos de los jueces porque miran en algún sentido contrario de lo que dicen.

Si bien la situación de interlocución tiene una sola dirección, en sentido estricto sus participantes se influyen entre ellos. El que pregunta puede inducir la respuesta de muchas maneras diferentes. Ante todo con la mirada. Por lo tanto, los jueces la poseen impiadosamente sobre los testigos estableciendo los límites en que las respuestas pueden ser dichas. Y esos ojos no son inocentes. La mirada de los jueces está atravesada por un conjunto de condiciones que se convierten, a su tiempo, en criterios por los cuales se ponderará la verosimilitud del relato. El mapa de la realidad que los jueces se van formando no es, entonces, situacional. No se crea uno por cada caso ventilado. Al contrario, parece que se va sedimentando a lo largo del ejercicio de su función, con instrumentos tales como la experiencia, la percepción, la captación "intuitiva", los presupuestos y la jurisprudencia que se va asentando.

Toda palabra dicha por un testigo, todo gesto insinuado, toda contestación intentada es tamizada indefectiblemente por el conjunto de presuposiciones que se ponen en marcha en la evaluación de un fragmento de relato como candidato a convertirse en una "prueba".

Y, una de las presuposiciones es que, como dice el epígrafe elegido para este artículo, "la justicia no trata con inocentes". Todos desconfían de todos, se pone en duda la honestidad de las declaraciones así, como de la otra parte, el imputado casi siempre se siente mal juzgado, porque se consideraron unas pruebas y no otras, o porque algún acontecimiento se convirtió en prueba cuando no había sustento para que ello ocurriera.

Una presuposición complementaria en que la situación en que se expresa un testimonio, que como dijimos es ante todo un *sceno oras*, es que la interrupción de ese relato está en manos de las autoridades judiciales. Un testigo dijo: "¿relatar [los hechos]?... relatar, ¡no!... si ellos [preguntaban]!". Como pocos, esta persona logró darse cuenta qué es lo que estaba en juego en esa situación de declaración. No es el testigo quien dice "suficiente, puede retirarse". El testigo queda a merced de una hegemonía ejecutada

ante las características de la situación de declaración. Esta idea es producto de un estereotipo social que hace del niño un individuo fundamentalmente inocente. En estos tiempos, esta concepción de la niñez está cambiando abruptamente, aunque hay cierto rechazo a pensarla en otros términos.

por la autoridad que no sólo tiene que ver con los tiempos y modos del relato. También, y quizá más importante, la ejerce en los niveles perceptual y normativo. Las preguntas van modificando las respuestas todo el tiempo, metiéndolas dentro de determinados moldes que sirven al lenguaje jurídico. Siempre hay intentos para salirse del encajonamiento a que las respuestas están destinadas: "contra-preguntas" rechazadas, vaguedades que son imperiosamente conminadas a precisarse y los objetivos disparas de los testigos, ocasionan perturbaciones en la consolidación de una prueba.

Casi siempre la autoridad judicial pone en duda las percepciones del testigo. ¿Fue como Ud. lo vio o de otra forma? ¿Está seguro de que las cosas no fueron de otra manera? ¿Cuéntenos por qué está tan convencido de que lo que vio es lo que nos está diciendo? y giros por el estilo son frecuentemente usados para imponer los parámetros jurídicos a las narraciones de los testigos. No es que estemos pensando que los testimonios son descripciones "primarias", no mediatizadas por prejuicios, estereotipos, vivencias y normas que rigen en el pensamiento y las acciones de las personas. Estamos diciendo que sobre ellos se imponen criterios según los cuales las cosas deben ser dichas. No se puede relatar de cualquier modo, según las apetencias y razones esgrimidas por el relator. Ni tan siquiera es relator en tanto su función se reduce a rellenar de contenidos las formas jurídicas que dan legitimidad a los relatos testimoniales. Porque son esos mismos criterios los que dan verosimilitud a la futura sentencia.

VI. Los jueces dictan sentencia, inculcando o absolviendo. De acuerdo con el principio vigente de la "sana crítica racional" deben dar las razones de su voto. Y para ello apelan a las pruebas elegidas porque dan confianza al cuadro que reconstruyen de los hechos. La sentencia sobreviene después de una batalla en que el componente semántico está en primer lugar. No es el dato histórico lo que cuenta, sino el sentido con que ese "dato" es rescatado del devenir de los acontecimientos.

Las partes—defensa y fiscalía—hacen lo suyo para que, una a una, las interpretaciones que se expresan queden apegadas a los propósitos que cada una de ellas persigue. La batalla legal queda sometida al énfasis interpretativo contrario que cada uno intenta imprimir a "los hechos"⁴ y, en consecuencia, a los datos que van configurando el cuadro completo en la imaginación de todos. Se intenta que los testigos colaboren en dar el colorido requerido a estas direcciones contrarias que toman las argumentaciones. A veces se logra porque cada testigo tiene, por su lado, sus propias razones, dichas o no, que no vienen al caso. No puede evitar

⁴ Aun cuando medie la confesión del imputado.

hacer un pre-judicio sobre esos acontecimientos que van siendo lentamente sacados a la luz y aportar su granito de arena a favor o en contra, más allá de que pueda haber sido preparado para declarar. O quizá sea absolutamente indiferente en lo que a él respecta, de modo de arruinar la meticulosidad con que se pretende que su testimonio haga parte de ese particular énfasis.

Los testigos serán los ojos de los jueces, pero la mirada que posa sobre los hechos quien dicta sentencia es sólo suya. Nuevamente aquí se hace presente nuestro epígrafe: "la justicia no trata con inocentes" sin pasar por alto, agregaríamos, su alta selectividad. Hay una cierta concepción antropológica que pertenece a los jueces (y, más en general, a los operadores jurídicos) que se comparte en términos generales, aunque pueda haber matices en que disientan. Se supone que esa visión genérica que tienen del hombre es la que está representada en los códigos y es la que sostiene la mayoría de la gente. De esta forma, la absolución o la inimputabilidad, que son figuras que permiten a las personas despegarse de sus procesos penales al menos en los aspectos jurídicos, se resuelven por tecnicismos antes que por el convencimiento de que esa persona llegó a ser imputada por simple azar³. Y, en el caso de la inimputabilidad porque "se legisla para gente que está en sus cabales", aunque pueda quedar sometida a las normas de otras instituciones totales (establecimientos psiquiátricos, por ejemplo).

Ante todo se juzgan intenciones y sus resultados en las acciones cometidas. De otra manera no puede establecerse juicios de reprochabilidad. Dice Fontán Balestra (1966) que "el juicio de culpabilidad se inicia refiriéndose al acto psicológico de intención o negligencia para llegar a la valoración del elemento motivador o caracterológico a proclamar que el acto psicológico no es culpable o que si lo es, en cuya hipótesis surgen las especies normativas del dolo y la culpa".

La relación íntima y visceral del autor con el hecho es lo que finalmente reconstruye la mirada de los jueces. Pero de esa relación sólo se tienen pistas. Ni los peritajes, ni los relatos de los testigos ni siquiera una posible propia confesión del imputado pueden llegar a desentrañar las "verdaderas" motivaciones que inspiraron la posible acción delictiva. Los sistemas de creencias no dicen las cosas claramente. No hay razones lineales que puedan cubrir nuestras necesidades causalistas. Hay elecciones múltiples que tienen, asimismo, sentidos múltiples. En cambio, la concepción normativa de la culpa exige la motivación reprochable. Quizá una entre otras tantas que no lo son. Debería poder encontrarse, enton-

³ No nos estamos refiriendo, en este preciso instante, a causas que son "fabricadas" con el expreso fin de encontrar "culpables". Este punto merece reflexiones aparte (Foucault, 1990).

ces, al menos una que si lo sea para que pueda, legítimamente, iniciarse el juicio de culpabilidad. Y es en este preciso punto donde entra en escena la idea que hace a la matriz de referencia de los jueces: la casualidad está reñida con la ansiada causalidad. La primera pregunta es ¿hubo delito? Si lo hubo, entonces también hubo motivación. Si le era exigible otra conducta no reñida con los códigos eso se verá. Pero nadie llega en "estado de inocencia" a una mirada jurídica. Y son las intenciones las que entran en un primer plano, llamando su revelación la principal atención. Las intenciones pertenecen, digámoslo así, al ámbito privado de las personas. Pueden o no expresarse en sus actos y, si lo hacen, sólo dan pistas indiciarias. Reconocido así, sólo puede haber "pruebas" de las motivaciones en tanto resulten respaldadas por otras pruebas, de carácter conductual. Pero no se pierde de vista, porque está en la matriz de referencia de los contenidos que se adjudican a la "naturaleza humana", estos marcadores que "ayudan a dilucidar quién pudo cometer el hecho". Leemos en una sentencia "un hecho como el que nos ocupa hiere los sentimientos comunes y sólo se comprende cuando existen disposiciones particulares de su autor" (la bastardilla es nuestra). En otras palabras, debe exigirse alguna concordancia entre los indicios morales de la personalidad de alguien con la índole de un delito cometido. La autoría se imputa con "más" certeza en la medida en que la personalidad del autor colabore en la conformación de una mirada jurídica en que ambas cosas —hecho y perfil personal— encajen de acuerdo a parámetros preordenados.

De las preguntas que muchas veces desencadenan la incredulidad o, en forma retunda, la negativa a contestar de parte de los testigos surgen, en el mejor de los casos, estas huellas corresponsables de los hechos.

Los indicios ilustran bien en qué consisten los sistemas de creencia. Tomemos como ejemplo una sentencia sobre un caso de delito de violación en grado de tentativa. Son tres jueces que ponderan las pruebas recolectadas y uno de ellos vota en disidencia. Aunque finalmente se lo absuelve por el principio de la duda razonable (*in dubio pro reo*), lo que nos importa aquí es el papel que en cada uno de los votos han tenido estas conjeturas en la reconstrucción de la mirada antropológica de los jueces.

El primer vocal votante⁶, además de describir la posible escena en que se desencadenó el presunto delito, se centra en la forma de ser de la también presenta víctima para enfatizar las contradicciones de su relato que surgen, sin duda, en las diferentes situaciones en las que declara. Este juez no logra convencimiento en su sentir jugativo sobre si existió o no delito, alegando que "no se pudo obtener ninguna explicación convincente y razonable que nos permita efectuar claramente la reconstrucción histórica del suceso". El relato de la supuesta víctima es insuficiente,

⁶ Al que adhirió el segundo vocal en su voto.

ante todo porque no respeta el principio lógico de no contradicción. Dice cosas diferentes para narrar lo que se supone fue un único hecho, con un solo principio y un solo fin y, desde luego, con una sola sucesión de acontecimientos. Nada podría objetársele a este juez en su necesidad de requerir precisiones para respaldar su voto. Los testigos no pudieron cumplir con su papel de permitirle el acceso cognoscitivo al hecho, o por lo menos ese juez considera que el acceso logrado no le permite "conocer". No cree en los argumentos de la mujer porque se contradicen pero, además, porque no respetan las cadenas causales que él cree que debieron ocurrir. Se pasó tal cosa entonces necesariamente debió pasar tal otra. En el relato de la mujer la secuencia está rota, de forma tal que no condice con la creencia del juez como para dar certidumbre a lo que ella está contando. En ese instante sus palabras pierden credibilidad frente a las creencias del juzgador. Las contradicciones en las que ella cae chocan con las creencias del juez acerca de cómo deben ser los discursos de la gente. Ésta es una convicción que cuaja con otra prueba que estima importante destacar según la cual "el examen médico practicado al imputado a pocas horas del hecho que se le atribuía, además de no verificar ninguna lesión compatible con el suceso, lo mostraba sorprendido, angustiado y sin comprender qué pasa". En su esquema antropológico, o sea cómo cree que es el hombre en un sentido genérico, la contradicción (de la mujer) responde al orden lógico de los acontecimientos en tanto la sorpresa o la angustia (del hombre) responden al orden de los sentimientos. Sin que ellos tengan puntos en común, son así esferas, en su concepción, claramente separables. En otras palabras, contemplando aspectos subjetivamente emocionales en uno, cree que no es posible que las narraciones contradictorias puedan ser un producto posible, o parcial al menos, de la misma conmoción que embarga la narración y que estuvo presente, seguramente, en el contexto del presunto delito. Su mirada jurídica finalmente se resuelve por una valoración insuficiente de las pruebas que nace de otra valoración, esta vez sociocultural, de quienes le dan el acceso cognoscitivo al hecho.

El vocal disidente muestra su desacuerdo ubicándose también en un punto de vista antropológico. Se juzgan, nuevamente, intenciones. Dice que la testigo no tuvo la voluntad de mentir, siendo la consideración de las contradicciones de otro cariz. Esta vuelta es del orden de la enfermedad, describiéndola como "una analfabeta que no ha podido sortear el estadio del pensamiento concreto propio de los doce años". Para este juez la dificultad que la mujer tiene para imprimir fluidez a su narración no obstaculiza la formación de su convicción acerca de la existencia del hecho. Desde su punto de vista, la mujer tiene la palabra "más" autorizada que en el voto anterior, porque "la enfermedad" es diferente a "la mentira" lisa y llana, que es moralmente devaluada en el sistema de creencias del "hombre médico". Hacer descripciones contrarias entre sí de lo que aparenta ser una misma situación por "ser enferma" quiere decir que

está más allá de su voluntad. No hay un componente de intención de mentir bajo el control voluntario de la mujer. La contradicción se eleva en su valoración moral y pasa a ser un producto, lamentable pero "esperado" de su condición de "enferma". Cuando las cosas se hacen voluntariamente, o sea con ánimo de que sean como son, entonces son reprochables. En caso contrario, disminuye significativamente la exigibilidad para que sean de otra forma. Ese es el criterio de la inimputabilidad que está vinculada con la incapacidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones.

Pero en este caso la mujer es la presunta víctima. Sin embargo, el criterio se mantiene tal cual está. Porque se cree con convicción que los seres humanos cuando pensamos y actuamos "racionalmente" lo hacemos con voluntad y conciencia, en "pleno uso de nuestras facultades". Porque la conducta humana "normal" es regular e invariable.

VII. El juez es un observador de hechos mediatizados por las pruebas, que a su vez están proporcionadas, en importante medida, por los relatos de los testigos. Todos estos componentes constituyen un proceso de conocimiento que forma parte de la matriz de referencia de los observadores. Se van consolidando convicciones en la medida de la razonabilidad aportada por las pruebas e indicios en su conjunto. Dicho de otra forma, la observación del juez combina dos factores: por un lado, descripciones de cosas que supuestamente sucedieron, que se repiten en sucesivos testimonios que van tomando, digámoslo así, una existencia formal. Pero, y aquí viene el segundo de los factores, la convicción de la existencia formal de una acción (delito) va necesariamente acompañada de un contexto de interpretación dado por los sistemas de creencias que se ponen en juego. Ambos componentes tienen cualidades cognitivas que avalan el proceso de conocimiento. Uno explícito y el otro no tanto, ambos dependen del otro. Se producen mutuamente, de tal forma que no es posible deslindar aquello que pertenece a uno y aquello que es del otro. De allí que "el sentir juzgativo", un giro bastante usado en las sentencias, reconduzca el lenguaje del sistema jurídico-penal por el camino de los demás ámbitos cognoscitivos: las definiciones dependerán de la tradición que se imponga, de las reglas del lenguaje a que se someta y de las distinciones que reducen la complejidad propia de la realidad (Stierlin, 1994).

El ámbito de conocimiento de los procesos penales no goza de ningún privilegio —técnico o moral— y sufre las desventajas de cualquier manera de acceder a alguna realidad. En él, la formación de creencias se arraiga en concepciones previas e indisolubles que hacen trastabillar pretensiones de objetividad e imparcialidad. De ahí sus efectos creativos sobre el mundo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- EVANS-PRITCHARD, E. E., *Witchcraft, Oracles and Magic among the Azande*, Oxford University Press, Oxford, 1937.
- FONTÁN BALESTRA, C., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
- FOUCAULT, M., *La Vida de los Hombres Infames*, Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1990.
- GELLNER, E., *El Asado, la Espada y el Libro. La Estructura de la Historia Humana*, F.C.E., México, 1992.
- HEGGENHOUGH, H. K., "Perceptions of health-care options and therapy-seeking behaviour", en Cleland, J. & Hill, A. G. (eds.), *The Health Transition: Methods and Measures*, Health Transition Series, nro. 3, Health Transition Centre, The Australian National University, 1991.
- STIERLIN, H., "Entre el riesgo y la confusión del lenguaje. Reflexiones sobre la teoría y práctica sistémicas", en Watzlawick, P. y Krieg, P., *El Ojo del Observador. Contribuciones al Constructivismo*, Gedisa, Barcelona, 1994.
- WATZLAWICK, P., *La Realidad Inventada. ¿Cómo Sabemos lo que Creemos Saber?*, Gedisa, Barcelona, 1990.

ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

ROBERTO MARIO MORDEGLIA

I. ECONOMÍA Y DERECHO

1. *El derecho constitucional como ordenamiento.* No deja de ser un tanto presuntuoso aludir, como sector jurídico, al derecho constitucional económico, no por referirse en gran medida a los derechos llamados de segunda generación —en cuanto a su identificación, no por su importancia— sino porque se corre el riesgo de sugerir una especialidad de principios, que no es el caso. Por ello, convencionalmente esa alusión no tiene otro significado que aludir una parte del derecho constitucional. Si se concibe a la Constitución de un país, siempre, como un dispositivo de control del poder¹, que es su sentido normal, se advierte enseguida que con relación al sistema económico la Constitución debe ser también el marco para que se asiente esa ancestral relación entre derechos individuales y ejercicio del poder².

Cuando se hace referencia al derecho constitucional, por una parte, parece que se acepta hoy, generalizadamente, una remisión al concepto de Derecho como ordenamiento jurídico, concepto que no es prescindente del reconocimiento de la existencia de valores y por consiguiente de prin-

¹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1965, pág. 28.

² Por sistema económico se entiende el conjunto de actividades económicas de las particulares y las acciones del Estado, actuando en el ámbito de un ordenamiento jurídico. De allí que se desdoble en sector público y sector privado, lo cual desde la perspectiva jurídica significa que existen relaciones económicas entre las particulares que implican la reglamentación de derechos de éstos por las órdenes de fondo (art. 75, inc. 12, Const. Mex.) y también relaciones entre las particulares y el Estado cuya reglamentación surge fundamentalmente de los restantes ítems del art. 75, y del art. 4° en cuanto prevén actuaciones del Estado en distintos ámbitos económicos, incluyendo la regulación de los servicios públicos, ahora expresamente implicadas en la Constitución (art. 42, Edo. párr.).

ciplias generales que de ellos se desprenden y que no sólo sirven para interpretar el texto, sino también como un objeto por lograr al que se debe tender, pues es sabido que tal concepto (ordenamiento jurídico), si bien arranca del positivismo normativista, tras una serie de desarrollos como los de Santi Romano, logra superarse³, de igual modo que parece insuficiente el derecho constitucional positivo, debiéndose entender a las normas como signos exteriores de aquellos valores.

En igual sentido razonan aquellos enfoques trialistas sobre la compleja dimensión del mundo jurídico (normológica, sociológica y dialéctica) que no dejan de lado el análisis de las valoraciones sociales que inciden en el mundo jurídico, así como su recíproca, o sea cuáles valoraciones provoca a su vez el Derecho⁴.

Elo implica que esos valores, que muchas veces son manifiestos en el texto constitucional, o como en nuestro caso, en el Preámbulo, en principio deben considerarse, por mayor amplitud o imprecisión que tengan, como operativos, y protegen de todos modos una idea general que no es otra que la dignidad de la persona humana y la búsqueda de su desarrollo⁵.

Por otra parte tampoco se desprende el concepto jurídico de constitución de la estructura social de un pueblo, significando este punto de vista la oposición del hecho al Derecho⁶ y lleva al examen y comprensión de las instituciones de la realidad política reglamentadas por el Derecho (opinión pública, partidos políticos, grupos de presión, etc.)⁶.

³ Ver Rodari Campos, German, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo IV, Editor, Buenos Aires, 1992, pág. 14. No es el objetivo de estas líneas el análisis de aspectos de la filosofía y sociología jurídicas, el cual tampoco podrá ser efectuado sin la suficiente solvencia en esos campos. Remitimos así a las importantes obras del maestro y sus referencias.

⁴ Fernández Segado, Francisco, "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional española", E.D., 154-762/763 (1994).

⁵ Tales son también los Gases del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la ley 23.313 (ADLA, 46-B-1107) del 13-V-1986. Así surge de su preámbulo y del art. 1º, pto. 1. Dicho Pacto tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nac.).

⁶ Sánchez Agesta, Luis, *Derecho Constitucional Comparado*, 2ª ed., Nacional, Madrid, 1967, págs. 34 y sigs., realiza la divulgada tipología de los conceptos de constitución: racional normativa, histórico tradicional y sociológico. Señala que sólo el tipo racional normativo tuvo importancia decisiva para la formación de la ciencia del derecho constitucional, recordando que tal concepto relaciona tanto las normas, cuanto las exigencias sociológicas (pág. 55).

El aspecto material remite a una concepción total de Constitución en la que también interviene la realidad, o una síntesis o relación entre elementos estáticos y dinámicos, por lo que se entiende que la Constitución es un producto. De allí que si la normalidad ficticia es capaz de producir una normatividad, a su vez la normatividad, mediante la valoración que hace de aquella y el cumplimiento exigido, tiende a provocar una normalidad en la conducta (Heller, H., citado por García Pelayo).

De ello se deriva que no es tampoco obvia una somera referencia a un contenido material de la Constitución, en el sentido de que las normas no deben ser consideradas como meros entes lógicos (lo que explica el sector o la consideración normológica del mundo jurídico) sino que ha de atenderse a su vigencia sociológica o a su eficacia (dimensión sociológica del mundo jurídico en la posición trialista antes indicada) lo que de todos modos ha conducido a delimitar el campo de la ciencia jurídica y de la sociología jurídica⁷.

Se han planteado así numerosos casos en que el texto constitucional es puesto a prueba, sea para fijar el alcance de los valores, sea por la presión de circunstancias que deben ser encuadradas en el texto, admitiéndose a veces una interpretación mutativa de él, y otras que de todos modos es preciso captar las cambiantes circunstancias, pues ellas son en definitiva la causa de los preceptos⁸.

2. La denominación de derecho constitucional también refiere al derecho de la cúspide, es decir, implica que por el principio de supremacía, todo el ordenamiento positivo infrakonstitucional debe ordenarse a él, cualquiera sea su fuente, legal o reglamentaria. Tampoco cabe olvidar el derecho de los tratados y aun el derecho comunitario, cuando él existe, dándose así conflictos de jerarquía normativa que más adelante se expondrán.

Es innegable que ese derecho convencionalizado tiene un amplio contenido económico.

⁷ Hilbert Campos, G., *Tratado...*, cit. El Tomo IV de la obra citada está precisamente dirigido a este análisis (sociología del derecho constitucional). La sociología del Derecho constituye su objeto en dos aspectos de un único fenómeno social: los factores sociales que influyen en el derecho y las repercusiones que el Derecho refleja en la sociedad (T. IV, pag. 16). Se verá más adelante cómo las distintas ideas económicas y las circunstancias, producto de la vida social, tienen una manifiesta correlación con los textos constitucionales, y cómo a través de la interpretación de éstos se adecúan y a su vez miden los comportamientos sociales.

⁸ Oyhánariz, Julio, "Poder político y cambio estructural", interpretación judicial encadenada al pasado, concluye con la conocida causa "Aviso a De la Peña" (1994), *Perfiles*, 172:29.

Un claro ejemplo se ha tenido frente al denominado "estado de emergencia económica" que para algunos al no estar previsto en el texto constitucional de 1853, no admitir la adopción de determinadas medidas consideradas imprescindibles y fundadas en el momento que para otros aun sin estarlo, habilitaba el dictado de normas obligatorias por fuera de la Constitución (Saguio, Néstor, L. J., 1990-D-1033). En esta línea la Corte Suprema en la causa "Peralta", *Perfiles*, 315:513, siguiendo criterios provenientes de la jurisprudencia de las EE.UU. admitió el derecho de emergencia como previsto implícitamente por la Constitución Nacional.

En otra causa más reciente se sostuvo, con cita de Alberdi, que la verdadera sanción de las leyes reside en su duración, debiéndose remediar sus defectos no por la abrogación sino por la interpretación, estando predeterminada a recoger y regir hechos posteriores (Pavía, 315:158, "YPF a/Peña de Corrientes", 3-III-1992, cons. 27).

3. *La esencia de lo económico.* Pero lo que realmente presenta mayores dificultades para el estudiante de Derecho, es el significado de lo económico. ¿Qué es la economía y por qué se habla de un derecho constitucional económico?

Ya es un lugar común en la ciencia económica considerarla como la ciencia de la escasez, es decir entender el problema económico como el proveniente de la existencia en cada individuo, de fines diversos y jerarquizables también de modo diverso; así como de la existencia de medios limitados y de uso alternativo para el logro de tales fines⁹, que si cada persona dispusiera de medios y de tiempo en cantidad ilimitada para la consecución de sus fines y si dichos medios fueran dados en la forma y oportunidad debida para obtener aquellos fines, no surgiría problema económico alguno: por el contrario, mediando situaciones de escasez, es siempre posible identificar el problema económico, y el modo de solucionarlo es objeto de la ciencia económica, utilizando un criterio racional de selección¹⁰.

Como se advierte tal problema no sólo es propio de las relaciones de los individuos entre sí, sino también de las que crea el Estado en el cumplimiento de sus diversas competencias, lo que implica que pueden distinguirse necesidades privadas y necesidades sociales o públicas¹¹.

Indicando así en forma esquemática el problema objeto de la economía, queda claro que para su resolución no es factible prescindir del Derecho, pues los modos de acceso a esos medios, limitados, ya está implicando la existencia del derecho de propiedad y también la regulación jurídica de otros derechos, como el de trabajar y ejercer industrias y empresas, a utilizar moneda extranjera, a acceder al crédito, a utilizar determinados recursos naturales según determinadas reglas, etcétera. Quiere decir que la actividad económica, como actividad humana y producto por ende de la libertad del individuo, queda condicionada por la estructura jurídica.

4. *Sector público y sector privado de la economía.* Las naciones se encaminan a la existencia de dos sectores en el sistema económico: el sector privado, que dentro de la estructura jurídica a la que se hará referencia luego, logra la solución del problema económico por la vía del mercado, es

⁹ Robbins, Lionel, *Ensayo sobre la Naturaleza y Significación de la Ciencia Económica*, F.C.E., México.

¹⁰ Vito, Francesco, *Economía Política*, Tesoro, Madrid, 1958, pág. 20

¹¹ Puede entenderse así que a una posición liberal manchesteriana y equita, sucede la aceptación de la economía política, por existir problemas que atañen a toda la sociedad, para pasar a una economía constitucional que exige el compromiso del Estado. Ver Mario Benítez, "Apuntes para una cuestión enigmática: la relación derecho-economía", J.A., T-X-1990, nro. 6110.

decir, la apropiación y utilización de los bienes escasos y de uso alternativo mediante un mecanismo de cambio por el que es factible determinar el precio de los bienes y las condiciones para su sustitución, de modo de satisfacer fines individuales; y el sector público, en el que existe un mecanismo normalmente distinto para que el Estado, como gestor de la comunidad políticamente organizada, obtenga, mediante la utilización de medios también escasos y de uso alternativo, los fines sociales políticamente decididos.

La dimensión de uno y otro sector marca el paso de una economía de mercado a una economía pública o semipública en la que rige un principio diferente cual es el de la determinación de los fines y los medios por emplear, por medio del presupuesto, mecanismo que por esto mismo ha sido denominado muchas veces como ley de leyes, en cuanto enmarca el comportamiento económico público. Se está en presencia, entonces, en este sector, de la llamada economía de presupuesto.

Se tiene así que el problema económico es atribuible tanto a los particulares como al Estado. Pero éste actúa desde una doble posición, es decir: dentro del sistema económico, como un protagonista más, o por fuera de él, como sujeto que fija las normas jurídicas que regulan o hacen de marco a la actividad económica privada y pública.

5. En el primer supuesto, una vez decididas las necesidades por satisfacer (lo que se realiza en el presupuesto) la adquisición de los medios materiales e incluso la obtención de algunos de los recursos públicos (empréstitos, disposición de bienes del dominio privado) se produce en el mercado, y el Estado actúa así como un operador más, comprando los bienes y requiriendo los servicios que son, a su vez intermedios para conseguir los objetivos finales. Y estos últimos no son sino, a su vez, los bienes y servicios finales que el Estado ofrece a la comunidad como objetivos sociales que se ha propuesto.

Es claro que este proceso, como todo proceso económico, queda enmarcado por el Derecho, y en primer término por el derecho constitucional, de modo que es conveniente aunque no exclusivo visualizar ese aspecto de la actividad estatal desde el prisma de la Constitución.

Pero lo que es importante destacar es que salvo prerrogativas especiales o mecanismos jurídicos que tampoco importa detallar, ese cometido estatal, en principio, no difiere del de los particulares, bien que es evidente que por su dimensión y abundancia, los efectos que provoca en la economía pueden ser totalmente distintos al de los particulares, de modo que es factible atribuir a dicha actividad estatal elementos característicos que acompañan a la política, en este caso a la política económica.

Ese cometido del Estado de producir los bienes y servicios que requiere la comunidad, para lo que debe disponer de recursos, que también en definitiva toma de ella, pero que de todos modos son limitados y de

uso alternativo, configura un aspecto muy característico de la acción estatal que se denomina actividad financiera del Estado y que también es tema, naturalmente, de regulación jurídica y más precisamente del derecho constitucional, pues en la Constitución están descriptos cuáles pueden ser los mencionados recursos (art. 4º, Const. Nac.) y también los gastos, ya sea de modo implícito o explícito (por ej., arts. 14 bis, 75, incs. 18, 19 y 23, Const. Nac.) y el presupuesto que lo predetermina (arts. 75, inc. 8º y 100, inc. 7º, Const. Nac.).

6. En el segundo supuesto el Estado actúa en la economía fijando el marco jurídico en el que la actividad económica total debe desarrollarse, por lo que se ha dicho gráficamente (Sommers) que es el Estado el que monta el escenario dentro del cual los actores representan su papel. Y esta función va más allá de fijar de qué modo y bajo qué mecanismos accede el Estado a los recursos necesarios para obtener los medios (factores de la producción) con que cumplirá sus objetivos (programa de gastos públicos que determinan los bienes y servicios producidos), aspectos todos, como se vio, de la actividad financiera, pues se trata en cambio de reglamentar con fines de bienestar general derechos de los particulares (arts. 14, 14 bis, 17, 18, 19, 41, 42, 28 y 75, inc. 32, Const. Nac.).

Para esto último entonces, se ejerce principalmente el denominado poder de policía¹², con el que el Estado da forma a la estructura jurídica que condiciona la búsqueda de las soluciones al problema económico, enfocado éste tanto desde la perspectiva individual, como de la social. Además reglamenta la prestación de los servicios públicos, mediante gestión privada y pública, o fomenta determinadas actividades consideradas de interés público.

7. *Síntesis entre economía y Constitución.* Relacionando ahora el problema económico en su faz privada y pública con la Constitución Nacional, se advierte por una parte que ésta se ocupa de la libertad y su traducción en los derechos individuales que son declarados y que permiten la relación de los individuos en la búsqueda de su propio bienestar (art. 75, inc. 12), pero también se ocupa de los recursos que el Estado debe obtener para realizar los gastos públicos (art. 4º) y las competencias y temas sobre los que éste ha de actuar (art. 75, Const. Nac.); y, además, prevé el modo y condiciones en que se pueden reglamentar los derechos de los ciu-

¹² Este concepto, junto con el de servicio público y el de fomento integran, aunque no exclusivamente, las técnicas del Estado intervencionista y será desarrollado en otra oportunidad. *Véase* Casagosa, Juan Carlos, *La Intervención Administrativa*, Abellido-Ferrut, Buenos Aires, 1994, págs. 62 y 69.

dadanos para que, sólo dentro de las bases así fijadas, puedan ejercerlos dando solución al problema económico, tal como su libre voluntad individual lo visualiza (arts. 14 y 28, Const. Nac.).

De allí que precisamente se distinga la existencia de una política económica, de la que es sólo una parte la política financiera, pues como queda dicho, el actuar del Estado presenta distintas modalidades que adquieren características muy definidas¹³.

Pero para lo que ahora interesa, la conclusión es que el fin de una Constitución, que como se vio es en definitiva limitar el poder, se manifiesta en distintos planes vinculados, ya sea que se considere que el Estado actúa como participante dentro del sistema económico o por fuera de él. Son las disposiciones constitucionales que se refieren a esos cometidos, como limitantes del poder público, las que asumen mayor significación, sin perjuicio de que el modo de relacionarse privadamente los particulares para dar solución al problema económico, sea también objeto de precisiones constitucionales pero para asegurar los beneficios de la libertad. Prueba de ello lo constituye el artículo 41 de la Constitución Nacional en cuanto al prever como garantía de los derechos sancionados la vía rápida y expeditiva del amparo, la refiere a actos manifiestamente arbitrarios tanto del Estado como de los particulares, de lo que se deriva la protección no exclusiva, pero sí principal de derechos económicos afectados tanto por el Estado como por los particulares. Y mayor dificultad presenta el problema cuando se acepta, como en la actualidad, no sólo la presencia del Estado de Derecho, es decir del Estado sometido a la Constitución y a la ley, para permitir el ejercicio de los derechos, sino del Estado Social de Derecho, que importa atribuirle fines tendientes al logro de la denominada justicia social.

6. Se ha señalado que la consideración de un derecho económico, apunta a incorporar al Derecho, fundamentalmente abstracto y normativo a partir de teorías puras como la de Kelsen, la cuota propia de la realidad social, tanto en el campo atinente al orden disciplinador de las conductas

¹³ Se toma así la expresión política financiera como representativa de la actividad financiera, finanzas públicas o hacienda pública. En la doctrina extranjera es habitual el concepto de fiscal policy, o política de presupuesto para distinguirlo de otras manifestaciones como la de política monetaria o cambiaria (Lacarra, Marcelo, *Política Fiscal y Dinero*, Depalma, Buenos Aires, 1968, págs. 4 y 17). Sólo por desconocimiento puede relacionarse a la expresión de política fiscal que se vincula con el ejercicio de facultades de contralor fiscal, a cargo de la Administración, que nada tienen que ver con la *fiscal policy*, herramienta normativa de regulación económica del Congreso e integrante también de la política de la prosperidad (Oyhánave, J., "Poder...", cit., pág. 23).

individuales, en tanto se relacionan entre sí, como de éstas vinculadas con el actuar del Estado en cumplimiento de sus fines propios¹⁴.

Aplicación de lo dicho se advierte en el derecho privado, tanto en el derecho comercial llamado precapitalista, como en el Código italiano de 1942, que incorpora un concepto de empresa y de derechos atinentes al trabajo. Por igual en Francia, la aplicación del Código Napoleón implicó una definición del derecho de propiedad, de manera de consolidar derechos económicos¹⁵.

9. Es cierto que el problema económico está siempre detrás del ordenamiento jurídico pues forma parte de la denominada causa típica de los negocios, regulada por el derecho privado. Quiere decir que para quienes aceptan la tesis causalista, detrás de cada contrato o relación jurídica subyace siempre la *intention facit* perseguida, de la cual la *intention iuris* sería el revestimiento jurídico, y cada negocio debe responder a su causa típica pues de lo contrario se daría una simulación, lo cual de suyo no es ilegítimo, salvo que se perjudique a terceros¹⁶.

Pero queda en claro que ese aspecto privado de la economía que no hace sino resaltar el vínculo entre economía y Derecho, no es el que se describe de modo prioritario en los textos constitucionales, que sólo establecen los contornos en los que pueden expresarse los derechos; más bien en general el texto constitucional está directamente dirigido a fijar los límites y competencias del poder público. De allí que el enfoque que en estas lecciones se hace del problema constitucional está limitado exclusivamente a esta última configuración y tiene que ver con el derecho público.

¹⁴ Ghersi, Carlos, "Aproximación al estudio del análisis económico del Derecho y su distinción con el derecho económico", J.A., 10-IV-1996.

¹⁵ El autor citado en la nota anterior comenta la obra del profesor español Luis Díez-Picazo, quien en su anterior obra de 1974 distingue el orden público económico, como derecho económico público, frente al derecho privado económico. Entre nosotros Esteban Cettelly en el año 1973, en trabajos publicados en la revista *Informe* de la Universidad Argentina de la Empresa propició la identificación del estudio del derecho económico concebido como una calificación del Derecho en cuanto enfoca sus consecuencias económicas, y que tiene verdadero auge luego de la Primera Guerra Mundial al dictarse el conocido conjunto de normas dirigidas (ver entre otras separata de la revista *Informe*, citada, año IV, nro. 34 y año V, nro. 36). Tampoco puede omitirse la obra del académico Enrique Olivera.

¹⁶ Las calificaciones del derecho tributario conocen bien las dificultades de relacionar en esta rama, los aspectos económicos y jurídicos. El tema apuntado es el tanto de lugar entre nosotros a la discusión entre Francisco Martínez, *Estudios de Derecho Fiscal*, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1972, pág. 169 ("El criterio económico y la importancia que para el derecho fiscal tiene la divergencia en el negocio jurídico entre la intención empírica (*intention facit*) y la intención jurídica (*intention iuris*)), y Dino Jurech, recientemente fallecido, *El Hecho Imponible*, 2ª ed., Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1971. Se trata allí si para interpretar las leyes fiscales: deben atenderse a la realidad económica con prescindencia de las figuras jurídicas o si el principio de la consideración económica, tal como es previsto por el art. 12 de la ley 11.683, sólo será entendido a la posibilidad de prescindir de una figura jurídica, cuando esta última no es la que corresponde a la intención empírica perseguida.

II. LAS ESCUELAS ECONÓMICAS Y LA FUNCIÓN DEL ESTADO

10. Para analizar el vínculo entre el problema económico —en cuanto a la participación del Estado en su solución— y la estructura jurídica es conveniente comenzar por un rapidísimo repaso de las doctrinas económicas, para desembocar en los distintos modelos de Estado que permitan apreciar a grandes rasgos, las características propias de su funcionamiento en cada uno de ellos y finalmente, su inscripción en las cartas constitucionales a través del tiempo.

Los primeros desarrollos de ideas económicas estuvieron vinculados ya sea a cuestiones religiosas o filosóficas, pero su característica fue la de una exposición fragmentaria y mezclada con ese otro tipo de investigación.

11. *El mercantilismo.* Generalmente se atribuye al mercantilismo el primer hito en el largo camino de la evolución de las doctrinas económicas, ya que si bien esas ideas no constituyen propiamente una teoría general, al menos consistían en respuestas a problemas de idéntica naturaleza, siendo importante resaltar aquí que se produjeron principalmente en oportunidad de la constitución de los grandes Estados nacionales. Es en los siglos XVII y XVIII, luego de las guerras religiosas, que los problemas derivados de la moneda —que ya habían sido detectados con mucha anterioridad— y el balance comercial, dieron pie para propiciar el fomento de las exportaciones como un modo de obtener la moneda metálica que sería el bien movilizador y demostrativo de la riqueza de una Nación. De allí se deriva la adopción de medidas para aumentar la producción interna y desalentar las importaciones, que producían el efecto contrario. Así se ubican las distintas corrientes como el comercialismo inglés, el industrialismo francés o el bullenismo español (conservación de metales preciosos en lingotes). La tarea de asesoramiento a los monarcas se denominó *cameralismo* (Alemania), pero esas diversas manifestaciones fueron evolucionando hacia un denominador común consistente en un robustecimiento de la actividad estatal orientada no sólo hacia el fomento y la producción, sino también a la utilización de mecanismos prohibitivos, como productos todos ellos de una acción artificial por parte del Estado, es decir, una limitación de la libertad y consecuentemente de los derechos de los ciudadanos para obtener los recursos necesarios para el fortalecimiento del poder real.

12. *La fisiocracia.* A esta teoría sucedió en el tiempo una exposición tendiente a buscar un sistema más racional, que permitió derivar consecuencias, de principios generales, los cuales se infieren de la existencia de un orden económico, a semejanza de lo que ocurre con los fenómenos naturales. Por ello esta corriente se denominó, precisamente, la fisiocracia, que trató de identificar un conjunto de leyes no establecidas por la volun-

dad humana, sino más bien por imposición divina, del que se derivaba un orden natural que no debe ser interferido. Por otro lado la actividad económica que aparecía como más conforme a la naturaleza, es el trabajo de la tierra, que era la única actividad de producción efectiva en la cual no solamente se recuperaba lo invertido sino que producía un excedente. Cualquier otra actividad resulta ser sólo transformadora de una riqueza originaria y ejercida por la clase identificada como estéril, en cuanto su rédito sólo proviene de la clase productiva, o de los propietarios de los fundos (cuadro económico de Quesnay sobre la distribución de la riqueza).

13. *La escuela clásica.* A estas ideas sobrevienen las del liberalismo o escuela clásica, así denominada porque fue la primera en abordar y resolver el problema central de la economía que no es otro que la explicación del valor que los bienes tienen, o sea sus precios y las relaciones que de ellos derivan sobre los distintos factores de la producción y el reparto de los beneficios o réditos. La riqueza de las naciones (que es la síntesis del título de la obra de Adam Smith de 1776) no está ya en la tenencia de la moneda, ni en la producción agraria, pues son sólo manifestaciones aisladas e insuficientes, sino que se da por la incorporación del trabajo del hombre, que es lo que agrega a los bienes nuevo valor. En realidad los bienes que tienen valor son los limitados y útiles, algunos de ellos son reproducibles a voluntad, de modo que en su valor incide primordialmente el costo de producción, mientras que otros son dados por la naturaleza en cantidad fija (la tierra) por lo que su valor está determinado por el grado de rareza o por su escasez¹⁷. Lo esencial es, por consiguiente, el funcionamiento lo más libre posible de los diversos mercados en los que se determinan los precios de los distintos bienes, pues de allí deriva una asignación racional y eficiente.

Posteriormente, la escuela clásica se desdobra en dos corrientes: la objetivista que analiza el problema económico más bien desde el lado de la producción, la oferta y sus costos; y la subjetivista que hace hincapié en la utilidad o importancia que los bienes tienen para los sujetos, no ya como condición del valor, sino como medida de él. Es el enfoque desde la demanda.

Desde el punto de vista de lo que aquí interesa debe recalcarce que esta doctrina como es sabido privilegia la decisión individual porque se supone que ella responde a un principio fundamental en materia económica que es el de la división del trabajo: cada sujeto debe dedicarse a la tarea para la que tiene mejores aptitudes y menores costos. De este modo si cada quien realiza la labor para la que está más habilitado, el conjunto

¹⁷ Véase Vito, Francesco, *Economía...*, cit., pág. 74.

social se beneficia y existe una mayor eficiencia de la comunidad. Es bien explícita la metáfora de la mano invisible que guía a los individuos que, buscando su propio interés, logran el mayor bienestar general, pero lo más importante es que esa conclusión impone la abstención estatal, la neutralidad del actuar del Estado, tanto en su actividad financiera como en su poder de policía, pues en ambos casos se producen interferencias que afectan la combinación más adecuada y eficiente de los factores productivos.

14. *La ofensiva social.* En este rápido bosquejo y supersimplificación de los elementos básicos de las distintas corrientes, cabe agregar que la teoría clásica cuyo dominio es el terreno de las ideas aún perdura, hubo de sufrir numerosas reformulaciones, pero manteniendo el aspecto central del protagonismo del individuo para elegir y apropiarse de los distintos factores de producción, es decir, la asignación eficiente de ellos. Básicamente los momentos de crisis fueron impulsados de un lado por el avance de las ideas de contenido social, y de otro por la presencia de acontecimientos que llevaron a admitir modificaciones esenciales, que no siempre fueron mantenidas en el tiempo.

En el plano de las ideas la reacción sobrevino con la instalación de las doctrinas socialistas, concretadas en la teoría del plusvalor de Marx que partiendo de la conclusión clásica de estar el valor de los bienes determinado por el trabajo en ellos incorporado, debía el rédito corresponder a quienes lo generan, es decir, la clase trabajadora, de modo que la percepción de beneficios por los capitalistas y empresarios no constituye sino plusvalía. Esta circunstancia conduce en definitiva a propiciar la propiedad pública de los bienes de producción, de modo de evitarla y revertir el rédito de la producción a la clase trabajadora.

15. En el plano de los hechos, aun dejando de lado la revolución soviética del año 1917, fueron los acontecimientos producidos durante la primera mitad del siglo XX los motivos determinantes de las reformas en el pensamiento liberal del mundo occidental. Las dos guerras mundiales y la gran depresión ocurrida en los años 1929/1930 son tomadas como factores desencadenantes. Esta última como es sabido fue de mucha importancia porque demostró que el modelo liberal ortodoxo no podía funcionar en determinadas circunstancias. La solución para las crisis, conforme a este modelo, se basaba sobre todo en la ley de las salidas o los desembosques de J. B. Say, a estar a la cual, cada productor que lleva al mercado sus bienes, obtiene compradores para ellos, corrigiéndose los posibles excesos de la sobreproducción y los desabastecimientos, en algún momento, con lo cual en el largo plazo se logra el equilibrio del sistema por el propio juego de las reglas del mercado. Precisamente esas fluctua-

ciones integran la base de los ciclos económicos propios de la economía capitalista.

En el plano jurídico desde el final del siglo XIX toma auge la doctrina del servicio público, como acción estatal a la que no son aplicables las disposiciones del derecho privado (sentencia o *arrêt* "Blanco", en Francia, 1873). Más adelante el servicio público pasa a ser examinado como una manifestación de la soberanía que refleja una vocación de servicio para la comunidad (Duguit). En la tercera década de este siglo se ubica la clásica controversia sobre los alcances y la regulación de este instituto, que con variantes aún perdura. En base a su función social se gestó como es sabido un importante proceso de nacionalización o estatización de empresas privadas. También la fijación de los precios o tarifas fue utilizado como técnica antiinflacionaria.

16. Otro factor importante para el debilitamiento que sufrieron las ideas liberales en su oportunidad fue la Segunda Guerra Mundial, repotenciando las ideas surgidas en la Primera Guerra Mundial y ordenando el mundo económico bajo el predominio de los EE.UU. trasladándose el intervencionismo del plano nacional al internacional mediante la creación del F.M.I. y los acuerdos de Bretton Woods¹⁸.

Es decir, los conflictos bélicos justifican el actuar del Estado, que se acrecienta diluyendo la libertad de elección y los derechos de los particulares, en el objetivo de la conflagración. El Estado ejerce, por un lado, su poder de policía para restringir los derechos de los particulares y conducirlos hacia ese objetivo final: afecta la libertad de la industria, la libertad de contratar, la propiedad privada, limita los beneficios, fija precios máximos, establece precios mínimos de algunos bienes, incrementando la actividad regulatoria. Y lo mismo la actividad financiera por parte del Estado. Entonces pasa algo que es bastante conocido, una vez que se inician tales acciones, y se controlan los derechos de los particulares, resulta difícil retrotraer luego esa situación. Antes de la primera guerra mundial la justificación de la injerencia estatal era la existencia de monopolios naturales o concertados (acuerdos entre empresas). Luego, en la Segunda Guerra Mundial esto se modifica, asumiendo el rol del Estado una justificación totalmente distinta.

Esto es lo que en definitiva conduce al intervencionismo económico: por un lado el desarrollo de las ideas económicas y por otro la realidad provocada por las conflagraciones y el agravamiento de las fases depresivas de los ciclos económicos. La aceptación de algún grado de redistribu-

¹⁸ Vid. Spota, Alberto A., "Nueva dimensión pública de lo económico", *L.L.*, 3-V-1995, nro. II, págs. 32 y sigs.

ción de la riqueza, para permitir satisfacer las necesidades de todos, robustaciendo la prestación de servicios públicos y la actuación del Estado para evitar también catástrofes económicas. Se elaboran así las muletas del Estado intervencionista, lo cual perfilará también, como se verá luego, los elementos constitutivos del Estado social de Derecho.

17. La teoría liberal no permitía que el Estado reaccionara frente al desarrollo creciente de la crisis de 1929, que no había tenido semejanza con las fases depresivas hasta entonces conocidas. Se requería una corrección no en el largo plazo, al que apuntaba la duración de la crisis y su profundidad, sino de modo preventivo, para evitar sus consecuencias conocidas: desocupación, quiebra de entidades financieras y establecimientos fabriles, caída de los precios en todos los mercados. Los principios de la teoría clásica, entonces en vigor, impedían la intervención del Estado, tanto en materia de actividad financiera (recursos, gastos y resultado presupuestario) como respecto de cualquier otra modalidad de control, pues el poder de policía sólo se podía ejercer en su versión restringida, para proteger la salud, el orden o la moral públicas. Frente a un contexto de crisis económica, caracterizada básicamente por la retracción de la inversión privada, es decir, que la actividad individual no encuentra alicientes para invertir en los procesos de producción, los ingresos particulares caen y con ellos los recursos del Estado que de ellos se nutren (recaudación fiscal, que es el recurso genuino). Al disminuir ésta, a su vez, por exigencia del principio del equilibrio presupuestario, deberá disminuirse el gasto, reduciéndose la inversión pública, los ingresos que ésta genera en los proveedores y contratistas, y por consiguiente, se retroalimenta el proceso recesivo.

18. *La reformulación de Keynes o revolución keynesiana.* Es enfrentando esta situación que cambian las ideas económicas y los especialistas tratan de buscar nuevos rumbos. Entre otros Keynes y sus seguidores sostuvieron que deba aumentarse el gasto público, o sea producir desfinanciamiento del gasto presupuestado. Añadiendo gasto público, aumenta el ingreso de los que lo perciben, quienes a su turno, y siguiendo el proceso gasto-ingreso, aumentan el poder de ahorro y de consumo en las distintas fases y vueltas de las relaciones económicas de modo que el mayor ingreso permite un mayor consumo y éste a su vez provoca el desarrollo de nuevas inversiones, desencadenando los efectos multiplicador y acelerador del ingreso y las inversiones. Este impulso del multiplicador y acelerador, admite ser calculado a partir del efecto del gasto inicial que se incorpora. Se sustenta en la existencia de factores ociosos, que en virtud del nuevo gasto público son inducidos y reincorporados al proceso productivo.

19. La adopción de estas políticas keynesianas, anticíclicas, llevaron a que en casi todos los países se impusieran los presupuestos deficitarios con gastos cuya financiación no era prevista, y se desarrolló una ecuación, que demuestra en una curva la relación entre la inflación y el desarrollo. A mayor inflación, mayor desarrollo y viceversa, incorporándose otros factores de la producción que habían quedado al margen, y suponiendo el poder de convocatoria del gasto estatal no financiado con impuestos pues, como se vio, estos últimos al disminuir el ingreso privado, provocan un efecto recesivo, que es lo que se trata de evitar.

Esta doctrina, en la práctica, tropezó con muchos inconvenientes para establecer la oportunidad e intensidad del gasto nuevo, y así se llegó a modalidades de equilibrio económico en niveles perversos, como el cese de crecimiento con inflación¹⁹. No plena ocupación provocada por la oferta de dinero, como resulta de la curva de C. A. Philips, sino inflación con desocupación (estanflación). Sobre todo porque es difícil no sólo conseguir que aumente la inversión privada, que es el objetivo de todas estas políticas, sino asegurar la productividad de las inversiones mediante una combinación eficiente de los factores, lo que se ha cuestionado que pueda ocurrir con la inversión estatal.

Cuando no existe ese mayor potencial de factores productivos, o no existe la posibilidad de combinarlos adecuadamente, el impacto del gasto público no consigue los objetivos buscados y se frustra, y lo único que se logra es un aumento nominal de precios, es decir inflación sin un mayor desarrollo²⁰.

20. *La crisis petrolera*. Es a partir de 1973, después de la crisis petrolera, que volvieron a tener auge generalizado las ideas económicas liberales, en el sentido de evitar los excesos a los que habían conducido las políticas de déficit presupuestario. El Fondo Monetario Internacional propició y presionó sobre las naciones en desarrollo de las que era consultor y acreedor para el respeto del equilibrio presupuestario y la prescindencia, por parte del Estado, de aquellos servicios que no se consideran fundamentales o básicos para que el Estado los desempeñe y que serían las causantes de ese mayor gasto público ineficiente.

¹⁹ Hansen, Alvin, *Política Fiscal y Ciclo Económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1963, pag. 312.

²⁰ La rápida descripción que figura en el texto, se desarrolla en las materias pertinentes, como Finanzas Públicas. Ver una buena ampliación en Jarach, Dico, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Caggallo, Buenos Aires, 1963 y Nordeglia, Roberto M., *Manual de Finanzas Públicas*, 2ª ed., A.Z. Buenos Aires, 1968.

21. *La nueva embestida liberal. La reforma del Estado.* El resultado negativo en que concluyó la aplicación de políticas intervencionistas, al que se sumó la asombrosa caída del régimen soviético, no podía menos que alentar un retorno a las fuentes del modelo liberal: reducción de las funciones del Estado y rigurosidad en el manejo de las cuentas fiscales, reubicando las competencias de la banca central.

Quiere decir que, como era generalmente indicado, si el Estado moderno no puede desentenderse en su política económica, de los tres grandes objetivos: equilibrio del sistema, mayor desarrollo y redistribución, los caminos seguidos para atenderlos fueron conceptualmente modificados, pues aunque no se asegura ya que el Estado deba ser neutral, lo que se propicia es que reduzca su funcionamiento, sin adoptar los cometidos propios de dirección del sistema económico y respetando la armonía entre la libertad y los objetivos indicados²¹.

Ello implica un cambio filosófico sobre varias cosas: el concepto de lo público y lo privado, la fijación de las necesidades que deben ser atendidas por el Estado, la amplitud con que deben ejercerse la libertad y los derechos y, simultáneamente, la determinación de nuevos deberes a su cargo cuyo reconocimiento y mantenimiento a veces no es fácilmente conciliable con el mayor grado de libertad individual.

22. Como un ejemplo de lo señalado es posible apreciar, aunque sea de un modo superficial, lo que ocurre en Argentina. Como en otros países y reflejando lo indicado en el punto anterior, el retorno a las fuentes se produce a partir de la conocida trilogía de desestatización, desregulación y privatización, filosofía que tuvo por punto de arranque la situación de emergencia²² y que ha suscitado una violenta disputa en todos los campos indicados, de la que sólo nos ocuparemos acá en relación con el concepto de servicio público, por su relación con la evaluación del principio de igualdad y su relación con la libertad en el constitucionalismo moderno.

Como muestra de la situación señalada, se redefinieron las funciones del Banco Central y la política monetaria (ley 24.144), alentando la reestructuración de las entidades financieras; se determina un régimen

²¹ Haller, Helma, *Política Financiera*, D. Financiera, Madrid, 1963, págs. 172 y sigs.

²² Ello lleva a reflexionar si se trata, efectivamente, de una nueva concepción del Estado y sus fines, o más bien de una respuesta a situaciones casuales. Ver leyes 23.696 y 23.697. Los temas principales de estos cuerpos legales constituyen temas centrales del derecho constitucional económico, como el papel de los servicios públicos, la responsabilidad del Estado, el arreglo de la deuda interna, el fomento de determinadas actividades, la creación del Banco Central y el financiamiento del Tesoro, etc., todo lo cual se examinará más adelante.

de paridad cambiaria (ley 23.928); se propicia el ajuste de las cuentas públicas, financiando el gasto preponderantemente con recursos tributarios, aunque sin negar la utilización de empréstitos —en función de la tasa de interés y los límites de aquellos—, anunciando simultáneamente la reducción del gasto público; coincidentemente se consolida la deuda interna impaga (ley 23.928) y se impone el mecanismo de privatización de empresas y activos estatales (ley 23.696); por último se anuncia el fin de las regulaciones de la actividad privada bajo todas formas, aun las vinculadas al fomento (promoción industrial, ley 23.697; dec. 2384/91, ratificado por ley 24.023).

En ese marco parece claro que los objetivos de equilibrio del sistema y desarrollo económico (lucha contra el paro o desocupación) son realizados por caminos totalmente inversos a los propiciados por la teoría intervencionista, apareciendo la redistribución, o meta de la justicia social, como también es denominada, como un producto ulterior o subsidiario de los otros fines prioritarios.

23. *La crisis del servicio público.* Ejemplo de lo señalado es la controversia en torno al concepto de servicio público, que aparece como una reminiscencia de la distinta posición que había asumido la doctrina administrativa en el marco del sistema jurídico de derecho público denominado *régimen administrativo* imperante generalmente en el continente europeo (por contraposición con el *comercio law*, bajo el cual el actuar de la Administración está reglado por las mismas normas de Derecho que gobiernan a los particulares y se aplica por iguales tribunales). Sobre el servicio público se señalan distintas posiciones semejantes a las asumidas por la denominada Escuela de Burdeos (Duguit) que propicia la gestión, prácticamente exclusiva por el Estado, de los servicios públicos, y que sería distinta de la aceptada por Hauriou (Escuela de Toulouse). La primera conduciría a desplazar para el servicio público, incluso el poder reglamentario general, sujetándolo a un ámbito aproximado al de una situación especial; mientras que la segunda, compartida por otras corrientes generalizadas, recurre a criterios corrientes de exorbitancia frente a normas jurídicas comunes.

En este sector —como en otros, a cuya repercusión no es ajeno el ahora conocido como proceso de globalización o más bien, universalización de conocimientos y consecuentemente de relaciones económicas— se intuye el cambio en los fundamentos económicos, comerciales, técnicos e incluso políticos en que se apoya su accionar²³ es decir, de un mundo

²³ Vid. Canagone, Juan C. "Presente y futuro de la regulación económica", L.L., 1^o VII-1998, con cita de un trabajo de Gaspar Añón Ortiz y de De la Cuitara Martínez, del 14-VI-1996 en la Universidad Austral.

que vuelve al juego de las leyes del mercado, aunque siga la modalidad de un arbitraje por el Estado en defensa de la competencia.

En concreto la discusión abarca la existencia y características de la decisión del Estado para asumir la titularidad del servicio (*publicatio*); el régimen jurídico especial que debe gobernarlo (se habla de la fuga del derecho administrativo) y consecuentemente el mantenimiento o no de la distinción entre servicio público o servicio de interés general²⁴ así como los distintos ámbitos en que uno u otro operarían.

24. *El principio de subsidiariedad, referido al servicio público.* Existe una tendencia a concebir al servicio público dentro de la teoría que desarrolla el principio de subsidiariedad, que parte de la base general de que el Estado sólo debe intervenir —es decir, en general, regular la actividad de los particulares— cuando estos por sí o mediante grupos intermedios no pueden desarrollarla (ver más adelante su relación con la teoría del Estado social de Derecho, nro. 50). Para el caso particular de los servicios públicos, la decisión de prestarlos por el Estado, incorporando una actividad industrial o comercial a dicho régimen de gestión pública, exigirla una declaración expresa (no puede resultar implícita) del Congreso (principio de legalidad, pues se limitan derechos de los particulares) teniendo en cuenta que se sustraen determinadas actividades del ámbito de las libertades económicas para someterlas a una regulación.

El tema, referido a la ideología del servicio público, plantea numerosas facetas:

a) se sostiene a veces que la Constitución de 1853 no preveía cláusula alguna que autorizase al Estado a realizar la gestión directa de los servicios públicos, pues el derecho de ejercer actividades de naturaleza económica sólo resultaba reconocido en forma expresa a favor de los particulares (art. 14, Const. Nac.);

b) no obstante la constitución liberal, en la segunda mitad del siglo se dio un proceso de nacionalización de los principales servicios públicos;

c) la jurisprudencia se enfocó para atribuir un carácter más bien contractual a la relación que vincula al prestatario con el Estado;

d) con el proceso de reforma del Estado y a partir del artículo 10 de la ley 23.696 (1989) se proclama un "principio antirregulatorio" relacionado con el ya mencionado principio de subsidiariedad, conforme al cual sólo sería admisible la regulación pública de su prestación, para

²⁴ Dejando de lado los servicios sociales o asistenciales, de contenido no económico en los que no se niega la gestión estatal, aunque parece que en estos días también la prestación de estos servicios quedaría sometida a crítica.

garantizar su continuidad y regularidad y en la medida en que el funcionamiento del mercado no permita la libre elección de los consumidores en un marco de oferta y demanda, es decir, cuando la presencia de posiciones dominantes distorsione el mercado;

e) la regulación económica constituiría entonces una de las funciones esenciales, pero del Estado subsidiario, para imponer como emanación del poder de policía, límites y topes al ejercicio de la libertad, cuando no exista la posibilidad de prestar el servicio según las reglas de la libre concurrencia;

f) esta idea guardaría armonía con lo propuesto por el nuevo artículo 42 de la Constitución Nacional en cuanto impone a las autoridades el deber constitucional de proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados;

g) quedan excluidas, claro está, de ese principio desregulatorio, las prestaciones de naturaleza no económicas denominadas servicios sociales y asistenciales;

h) el principio constitucional de igualdad (art. 16, Const. Nac.) juega como una garantía de los usuarios para obtener igual trato jurídico y económico, sin discriminaciones, salvo los derivados de la distinta situación en que se presentan los usuarios; y se refiere tanto al acceso como al precio o tasa que percibe el prestatario²⁵.

25. Es de advertir que esa posición puede ser objetada en distintos aspectos:

a) Es cierto que la Constitución de 1853 no preveía de modo específico la facultad (no la declaración de un derecho, sino la competencia) del Estado de disponer qué actividades industriales o comerciales podían ser consideradas y consecuentemente gobernadas como servicios públicos, pero salvo que se acepte una tesis totalmente restringida sobre el poder reglamentario de los derechos (arts. 14 y 28, Const. Nac.) como la que se siguió por ejemplo en *Fallos*, 137:212 ("Griet, H.S.", 1922) la falta de autorización constitucional expresa no puede entenderse como prohibición (art. 75, inc. 32, Const. Nac.).

b) Tampoco puede entenderse a la ley 23.696, dictada exclusivamente para una situación de emergencia, en el sentido de crear una "obligación privatizadora". Se trata más bien de una cuestión de conveniencia: su propio artículo 10 se enmarca en la línea de exclusión regulatoria, en los supuestos en que se considere necesario, es decir, queda a

²⁵ Para un desarrollo de esta concepción del servicio público: Casagor, J. C., "El servicio público y las técnicas concisionales", L.L., 1985-C-1174, especialmente págs. 1176, 1176/1183 y 1188.

discreción del órgano legislativo y con base en ella del Poder Ejecutivo, determinar los supuestos y los modos de privatización.

c) Pero lo esencial es la inteligencia que se haga del principio de igualdad. Éste en el constitucionalismo moderno ha sido entendido como la necesaria respuesta para lograr que los derechos que se declaran o garantizan, no tengan eficacia sólo para algunos, es decir, para aquellos que en el campo económico pueden satisfacer sus necesidades por vía del mercado (art. 75, inc. 23, Const. Nac.).

De allí que sea obligación del Estado, como defensa de la dignidad de todos, poner a disposición también tales bienes y servicios, aun asumiendo su costo como un gasto público, financiado a través del presupuesto, cuando aquella eficacia del principio de igualdad no pueda ser cumplida de otro modo.

d) El principio de subsidiariedad debe ser entendido en relación con lo anterior, es decir, supone que la actividad económica de los particulares por la vía del mercado, permite satisfacer las necesidades que se consideran responden a la obtención del desarrollo humano imprescindible. Éste es un concepto indeterminado, aunque desde luego es inaceptable que sea sólo el funcionamiento de las reglas del mercado en libre concurrencia lo que decide la regulación pública, sino algo más profundo que es la efectiva satisfacción de las necesidades colectivas que hagan a la dignidad de la persona.

e) El artículo 42 de la Constitución Nacional crea nuevos derechos al usuario y al consumidor, no a los concesionarios de los servicios públicos, ni puede por ende ser entendido como que repliega el poder reglamentario del Estado. Más bien le impone obligaciones para hacer cumplir determinadas objetivos, en beneficio de los usuarios. No puede extraerse de él, entonces, la consecuencia contraria, es decir, impedir que el Estado asuma en virtud de una decisión justa y democrática, la gestión propia de un servicio que califica como público.

III. MODELOS DE ESTADO. ATRIBUCIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS EN MATERIA ECONÓMICA

26. Una vez analizado el problema económico y los modos de la actuación del Estado, para confrontarlos como se verá luego, a su regulación jurídica en el marco constitucional, es preciso el bosquejo de los tres clásicos modelos o tipos para afrontar el problema económico: por un lado el modelo de Estado liberal, por otro el modelo de Estado intervencionista y en el tercer lugar se ubica el modelo socialista ortodoxo. No se trata de explicaciones rigurosas, sino tan sólo de prototipos, líneas, tendencias; implica un proceso de síntesis para tratar de examinar brevemente cómo es el funcionamiento de los Estados.

27. *El modelo liberal.* De lo ya relacionado al examinar la evolución de las doctrinas económicas se colige que acá la fijación de las necesidades por satisfacer y los modos de satisfacción son decisión principal de un único protagonista que es el individuo, es decir que el problema económico es sustancialmente resuelto por particulares con los medios que disponen y de los que se apropian merced al reconocimiento del derecho de propiedad. Son éstos nusepes deciden qué bienes se producirán, cómo se van a combinar y en qué cantidad, los distintos factores productivos, en qué momento se utilizarán estos medios y quién recogerá los beneficios. Tal decisión resulta del funcionamiento de los distintos mercados, en los que se logra el más eficiente resultado.

Por eso mismo el Estado, aunque deba tener una participación necesaria para el mantenimiento de la vida en sociedad—tiene una función económica neutral, tanto en su actividad financiera satisfaciendo necesidades públicas estrictamente consideradas esenciales, como excluyendo acciones regulatorias y de control, porque cualquier interferencia en las definiciones eficientes del mercado disminuye la asignación óptima.

28. Este modelo, entonces, difícilmente admite el ejercicio del poder de policía en materia económica, aceptando la reglamentación de los derechos sólo por razones de moralidad, salubridad u orden público, pero rechaza su empleo con fines económicos. No es concebible regular, más allá de las operaciones con títulos públicos en el mercado abierto, la tasa de interés, ni otorgar líneas de redescuento, ni fijar el tipo de cambio, ni controlar precios ni salarios ni importaciones.

En cuanto a la actividad financiera, los gastos públicos deberán ser los menores posibles, pues el gasto interfiere en las decisiones de los particulares, de modo que la decisión de satisfacer muchas necesidades consideradas públicas, quiebren el cálculo económico eficiente, y la correcta asignación que se hace en el mercado.

Por eso el gasto debe ser lo mínimo indispensable, para la propia existencia del Estado, y estos gastos son los que tienen que ver con la seguridad interior, con la defensa externa y con el mantenimiento de los poderes del Estado para que éste pueda subsistir (Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Legislativo, la Administración Pública y servicios y necesidades básicas del Estado).

29. Los recursos se rigen por iguales reglas; deben ser lo más limitados posibles y utilizarse aquellos que provoquen la menor interferencia, al modificar los costos empresarios.

Desde el punto de vista de la economía moderna sólo hay tres clases de recursos posibles o esenciales, a los que incidentalmente podemos agregar un cuarto. Pero recursos que pueden ser permanentes hay sólo tres.

a) El sistema tributario, es decir, el conjunto de los impuestos, tasas y contribuciones. Consisten en un flujo de medios obligatoriamente obtenidos de los particulares. Este flujo está representado, desde el punto de vista jurídico, por el establecimiento de prestaciones de dar sumas de dinero, obligaciones *ex lege* (su base está en la ley).

b) El empréstito público, es un préstamo de consumo tomado por el Estado, y a diferencia del caso anterior, el flujo se produce por un acuerdo de voluntades, pudiendo tratarse de un préstamo interno o externo.

c) La emisión monetaria, o creación de moneda sin el correlativo incremento, en un primer momento, de los bienes que la respaldan. Como es el Estado el que fija el valor de la moneda, entonces puede emitirla para financiar el gasto público. La carta orgánica, en vigor, del Banco Central (Ley 24.144) impide utilizar los mecanismos jurídicos que la anterior preveía a estos fines, a los que se accedía con carácter permanente.

Cada uno de estos tres modos de financiar el gasto produce consecuencias distintas, que se examinan en su momento.

d) Todavía existe otro modo de financiamiento (no permanente), con recursos originarios: recursos que provienen del patrimonio del Estado, de sus bienes del dominio público o privado y de la venta de los bienes privados del Estado, como los provenientes del proceso de privatizaciones.

30. En el modelo liberal los impuestos deben ser los menores posibles, hay que acudir poco al patrimonio de los particulares, lo contrario reduce la posibilidad de decisión individual de éstos. Por ello se utilizan principalmente pocos impuestos proporcionales, con fines puramente recaudatorios, de modo que todos paguen de igual manera, para no alterar la situación básica de la cual se partió.

La curva de Laffer demuestra que existe un punto de inflexión a partir del cual son decrecientes los rendimientos de nuevas presiones de la tributación.

Salvo excepciones (derechos aduaneros), no puede haber impuestos con fines extrafiscales, que afecten la combinación de los factores que hacen los particulares, deben ser tributos neutrales.

31. En lo que atañe al crédito interno, ocurre que hay una transferencia de disponibilidades o medios de pago al Estado. Como esta transferencia depende del beneficio o utilidad ofrecido, incide sobre la tasa de interés, es decir, el Estado actúa en los mercados. Presiona en el mercado de capitales y se eleva la tasa de interés, desplazando las posibilidades de inversión privada.

Examinado desde la perspectiva o el momento de la deuda interna que se genera, también se produce otro fenómeno. El Estado entrega títulos públicos a determinadas personas tenedores nacionales que pasan

a ser acreedores por esos títulos públicos. Para pagar esa deuda que contrae éste deberá financiarla, debiendo imponer nuevos impuestos para el futuro para poder atender al pago y es posible que se produzca una distribución de riqueza desde los contribuyentes a los tenedores de los títulos públicos. Esa redistribución puede afectar los niveles de riqueza y la dirección de las expectativas de consumo e inversión privadas.

Para el empréstito externo se toman recursos del mercado externo, de modo que no se presiona en el mercado local de capitales y no hay efectos sobre la tasa interna de interés, salvo su baja originaria, ni se traspasan ahorros disponibles por los particulares nacionales.

Pero después, al vencimiento, hay que devolver esa moneda extranjera, pagando en la misma moneda, lo que condiciona la balanza de pagos. Luego se deberá exportar más para tener la moneda extranjera, o un nuevo financiamiento, aumentando la carga de los intereses internacionales.

32. El modo principal de emisión monetaria consistía, aparte de los redescuentos creadores de moneda, en los adelantos que el Banco Central realiza facilitando fondos a la Tesorería y se supone que estos fondos tienen que ser devueltos al Banco Central para su ulterior inutilización. Al existir una mayor cantidad de dinero y no una mayor cantidad de bienes, suben los precios de éstos (proceso inflacionario). Al producirse ese fenómeno se sostiene que la emisión monetaria actúa de forma análoga a un impuesto reduciendo el poder de compra de los particulares, por vía de desvalorización de sus tenencias monetarias.

33. Finalmente los recursos y los gastos se confrontan en el presupuesto. En el modelo liberal no se admite su desequilibrio, de modo que recursos y gastos deben emparejarse, pues un exceso de los primeros supone restar medios de los particulares que llevan a cabo una asignación eficiente, mientras que un exceso de los segundos, aparte de implicar una ampliación no admitida de los fines estatales, obliga a equilibrar el presupuesto mediante recursos no genuinos, es decir, no tributarios (deuda e emisión).

34. *El modelo intervencionista.* Este modelo aun manteniendo como en el caso anterior la apropiación de recursos en base al derecho de propiedad y el consiguiente funcionamiento de las reglas del mercado, responde a una filosofía diferente.

Se parte de las limitaciones del modelo anterior que deja librado a las propias fuerzas de los participantes en el mercado —salvo la legislación antimonopolio—, la fijación de las necesidades por cubrirse y los

beneficios que el proceso productivo genera, y desatiende así el concepto de justicia social o redistribución, cuyo logro se atribuye como función del Estado.

A ello se suma la necesidad de un intervencionismo técnico, es decir tendiente a mantener el equilibrio del sistema económico, principalmente a través de la fijación del valor de la moneda y la política anticíclica, así como la búsqueda del pleno empleo, para evitar los resultados indeseados a que conduce el manejo de las decisiones económicas sólo por los particulares. En especial, con respecto a los mercados, el Estado tiene que intervenir para asegurar un nivel de vida mínimo, o sea, el acceso y el grado de salud pública, de educación, y aun de la satisfacción de diversas y crecientes necesidades que son decididas por el propio Estado imperativamente, pues no se concibe que estos fines sean determinados por el mercado que deja afuera a importantes grupos y actores sociales que no pueden acceder a él.

Se amplía así el concepto de necesidades públicas, sea que fueran satisfechas directamente por el Estado o por la organización de medios privados bajo la responsabilidad de aquél, así como sus competencias o funciones.

35. En cuanto a la política de gastos y recursos públicos (política fiscal o de presupuesto), tiene que amoldarse a la nueva perspectiva; entonces el sistema tributario tendrá que ser reelaborado de alguna forma, no sólo con el fin de obtener mayores ingresos públicos (investigación sobre la presión tributaria) sino con la búsqueda de fines extrafiscales, o sea impuestos no ya (aunque sí también) para recaudar, sino para cumplir objetivos extrarecaudatorios, extrafiscales, porque esa intervención que hace el Estado también la hace por la vía de los impuestos. La estructura tributaria adquiere un sesgo de progresividad, o sea hace tributar más a quienes detentan mayor riqueza (capacidad económica) en relación con los que no tienen tanto, o presentan situaciones especiales, utilizando a tal fin los impuestos directos que permiten precisar mejor la capacidad contributiva y no impuestos indirectos que sólo dan un indicio de esa capacidad, por ejemplo a partir de las ventas o consumos, y que castigan por igual al pobre que al rico. En cambio, por el impuesto directo se puede apreciar cuál es la situación personal del contribuyente y establecer el tributo sobre la base de esa apreciación directa de su riqueza.

36. El modelo clásico sólo admite una suerte de regulación monetaria a través del empréstito público. Sucede que el Estado lo utiliza como una medida para intervenir sobre la tasa de interés, aumentando o disminuyendo la tenencia de títulos públicos (operaciones en el mercado abierto), de este modo se provoca respectivamente una disminución o aumento en la tasa de interés en el mercado de capitales.

Pero el intervencionismo puede utilizar el empréstito en el mercado interno como una forma de redistribución, observando quiénes son los tomadores de los títulos y quiénes los pagadores de los impuestos. Si son las mismas personas que tienen los títulos públicos y aquellos que pagan los impuestos, entonces lo que sale de un bolsillo va a parar al otro. Pero puede ser también que los títulos se coloquen entre los que tienen mayor capacidad económica e impongamos impuestos indirectos que gravan a toda la población. Se produce una redistribución al revés, los que menos tienen dan a los que más tienen (éste es un problema de las finanzas públicas que no desarrollaremos acá).

Pero la acción intervencionista normal mediante el empréstito, se vincula con la financiación de los gastos públicos, cuyo incremento es propio de este modelo y se conecta básicamente con el programa de obras públicas utilizado principalmente en la lucha contra el paro y la desocupación. Por otra parte, se acepta la emisión monetaria como recurso público, puesto que permite aumentar el gasto estatal y utilizar por apreciación del ya señalado efecto multiplicador y acelerador, factores desocupados aumentando el producto interno y por consiguiente la renta nacional que el mismo refleja. Quiere decir que un incremento originado en la base monetaria, suponiendo constante la velocidad de circulación de la moneda, puede reactivar la economía y la mayor producción de bienes y servicios y consiguiente retribución de los factores, y permite que esa ecuación entre bienes y servicios y la cantidad de moneda, logre un equilibrio en un nivel superior, suponiendo, como se dijo, determinadas situaciones (*carteris paribus*).

37. Es sabido que el presupuesto es una previsión sobre cuál va a ser la acción financiera pública. De allí, que su aprobación por el organismo del Estado que la determina, es decir, el Poder Legislativo, ha sido diseñada incluso en los textos constitucionales con rango de ley, por entender que no tiene un efecto interno sólo en la Administración al determinar la dimensión y contenido de los recursos y los gastos públicos. Es la imagen de la actividad financiera y también un modo de delimitar el poder, pues todos los años se autorizan y clasifican en él qué gastos se van a hacer y qué recursos va a utilizar el Estado, y por extensión cómo incide en el sistema económico.

En este modelo la ley ya no necesariamente tendrá que presentar un presupuesto equilibrado, como ocurre con el anterior. Habrá momentos y circunstancias en que sea conveniente un déficit para actuar contra el paro o evitar una recesión (déficit sistemático) en otros momentos será necesario mantener el equilibrio del presupuesto. Se trata según se ha dicho, de utilizar el presupuesto con un propósito operacional²⁴, pero que

²⁴ Lazzaro, Marcelo, *Política...* cit., pág. 2. Este autor señala que para el premio Nobel de Economía J. Tobin, el déficit puede proceder no de un exceso de gasto, sino de la

de todos modos de la pauta de la dimensión del poder. También se sostiene que el presupuesto pasa a formar parte de un plan indicativo, no obligatorio para el conjunto de la economía.

Se ve así que aun utilizando iguales mecanismos, en este tipo de actividad financiera los recursos, el gasto y el resultado presupuestario cambian de dimensión y de objetivo.

38. Además, el modelo intervencionista tiene de común con el liberal el funcionamiento de los distintos mercados, es decir que sigue siendo la oferta y la demanda de bienes privados lo esencial del sistema económico. Pero la diferencia con el caso anterior es que si bien se mantiene el protagonismo de los individuos para poder desarrollar las relaciones económicas que consideren conveniente, por distintas causas interviene el Estado para modificar esas decisiones.

39. *El modelo socialista.* Hay aquí una diferencia fundamental con los anteriores y es que no está el régimen del mercado, o sea no funcionan los mercados libres, pues no está reconocido constitucionalmente el derecho de propiedad, que permite la disponibilidad de los factores de la producción y la fijación de sus precios. Las decisiones que se tomaban en los distintos mercados son sustituidas por un mecanismo que se denomina planificación centralizada y obligatoria. La propiedad por el Estado de los bienes de producción y la existencia de un poder de disposición del factor trabajo, permiten programar el conjunto de las actividades de la población, desapareciendo prácticamente y salvo supuestos marginales, la distinción entre sector público y privado de la economía. El plan da así respuesta al problema económico: qué es lo que se produce, quién va a producir, en qué momento, con qué combinación de factores y para quién será el beneficio de la producción.

Los dos modelos anteriores suponen el ejercicio del derecho de propiedad, del derecho de ejercer la empresa que se escaja, exige también un reconocimiento de la libertad contractual, que son la base para el funcionamiento del régimen de los mercados.

En este modelo, en cambio, el Estado establece las condiciones del proceso productivo y lo organiza de una manera obligatoria. Se sustituyen las decisiones del mercado por la planificación centralizada y obligatoria, que consiste en establecer cuáles son las metas o los fines que se desean alcanzar en materia económica y a su vez los objetivos y tareas

debilidad del sistema económico y del elevado desempleo, doctrina en suge también entre nosotros.

necesarias para obtener esas metas o fines (encadenamiento de fines y objetivos). También consiste en distribuir los distintos factores de la producción dentro de ese diagrama.

Entonces los dos aspectos concurrentes de la acción económica estatal señalados en este trabajo, el ejercicio del poder de policía y las regulaciones, por un lado, carecen de objeto, y la actividad financiera por otro, tiene un sentido totalmente distinto. Por empezar esta planificación es obligatoria y la actividad financiera queda reducida a un segundo plano, dado que se supone que las necesidades que son públicas, son cumplidas por los objetivos fijados por el plan. Pese a ello se cumple aquella frase del economista Keynes: "sólo hay dos cosas seguras: la muerte y los impuestos", porque aun en este régimen de planificación centralizada, existe un sistema tributario. Claro es que estos impuestos tienen un sentido distinto, lo que se busca es controlar que el plan funcione correctamente, que no se produzcan desequilibrios en ese plan y así existen impuestos a los negocios de las empresas, que son gravadas cuando aumentan las ventas por fuera de lo planificado, o incluso cuando tienen mayores beneficios que los esperados.

De modo que los impuestos sirven para ir controlando, durante su curso, que se cumplan los objetivos del plan: forman parte del control de gestión y permiten con otras medidas adecuar los objetivos a las circunstancias, incluso reprogramando los precios (los precios no son estipulados por el mercado, sino que surgen de contratos planificados). El control de gestión consiste en asimilar la información que se obtiene por éste y otros medios, y reciclarla, es decir, analizarla y reelaborar los objetivos originalmente fijados para adecuarlos a su nueva situación.

También existen gastos públicos, pues con el producido de esos impuestos lo que se hace es apoyar o robustecer los objetivos del plan que se consideren más necesarios, por ejemplo la educación. Pero todo esto funciona de manera subsidiaria, lo esencial es el funcionamiento del plan, y toda esa actividad financiera coopera y colabora con el desarrollo de ese plan, que a diferencia de la planificación sólo indicativa del modelo anterior, es obligatorio.

Es innegable que luego de la caída del régimen soviético, ha perdido interés el análisis exhaustivo del modelo socialista ortodoxo, siendo que los diversos países que lo seguían, han variado hacia formas más o menos próximas al modelo intervencionista, al reconocer la libertad económica y el derecho de propiedad en los medios de producción; claro es que con una intensidad variable. De todos modos desde los cambios en la Constitución soviética de 1977 había comenzado un movimiento para aglazar el funcionamiento del sistema económico y la correspondiente planificación²⁷.

²⁷ Quiroga Lavín, H., "El orden económico constitucional", I.L., Actualidad del 28-VI-1988. Recuerdo que en 1983 surgieron los documentos críticos de la Academia de Cien-

IV. LA INSERCIÓN DE LOS DISTINTOS MODELOS EN LAS CONSTITUCIONES (EVOLUCIÓN DE LOS TEXTOS, LAS IDEOLOGÍAS Y LOS ACONTECIMIENTOS)

40. *El constitucionalismo llamado clásico.* Nacido al fin del siglo XVIII y en el XIX, se caracterizó por contener mecanismos para lograr el respeto de los derechos individuales frente a la acción estatal, objetivo plasmado tanto por la inclusión de una declaración de derechos, cuanto por la descripción de los procedimientos bajo los que se ejerce el poder, es decir que la parte dogmática y la organizativa confluyen a la misma finalidad de poner límites al poder.

La diferencia entre las formulaciones anteriores en el tiempo (Inglaterra, siglo XVII y española), con las declaraciones de los estados norteamericanos y las de la Revolución Francesa, consistió básicamente en que aquellas implicaron la confirmación de situaciones o derechos preexistentes que se aspiraba a mantener, y que, además, correspondían a agrupaciones o categorías particulares, que presuponian la existencia de un poder absoluto del gobernante que se pretendía limitar. Por el contrario, el constitucionalismo del siglo XVIII significó una propuesta más bien universal, un modelo para todos los pueblos, un proyecto dirigido a obtener el bienestar general por vía del respeto a la libertad.

Simultáneamente en materia económica los fundamentos y las conclusiones de las ideas clásicas llevaron al reconocimiento absoluto del derecho de propiedad, que en el orden de las relaciones privadas plasmó luego en el funcionamiento libre de la oferta y la demanda de los bienes apropiables, así como la libertad contractual en todos los órdenes, derribando incluso la reglamentación de las corporaciones que afectaron las relaciones laborales.

No es casual así que esa correlación en el tiempo influenciara en los textos de las declaraciones de derechos. Sin embargo, de esa sincronía no sería dable colegir una igual coincidencia en el tiempo entre los ideales del liberalismo político y las ideas propias del liberalismo económico, pues el primero es anterior al absolutismo⁴⁰.

En ese marco, la acción estatal, como encarnación de un poder cuyo antecedente fue la monarquía y el absolutismo, resulta desechable, en cuanto imponía límites a la libertad y los derechos. Previamente como es

cito socialista (Papeles de Novosibirski, antecedentes de las medidas adoptadas en la próspera).

⁴⁰ Véase Baerharrsch, Eduardo, "Problemas actuales de la justicia distributiva. [El liberalismo político y el liberalismo económico deben necesariamente estar consustanciados]", *R.D.*, 9-1-1996.

sabiduría institucionalización del Estado de Derecho produce la sumisión del propio Estado y de su Administración, a las normas jurídicas dictadas por los órganos competentes, de modo que sólo éstas constituyen el fundamento racional de la obligatoriedad (art. 19, Const. Nac.). Ésta no surge ya en nombre del rey sino de la ley.

La noción de servicio público como obligación a cargo del Estado, quien determina los emprendimientos respectivos, así como su gobierno, era desconocida en el marco de las competencias de un Estado cuyas acciones debían más bien limitarse o circunscribirse a las esenciales: defensa exterior, seguridad interior, administración de justicia y poder de policía reglamentadora de los derechos sólo para el mantenimiento del orden, la moral y la salud pública. Su desarrollo es muy posterior, recién en el siglo XX.

41. *La tensión entre Constitución y realidad social.* Durante el siglo XIX el problema de la contradicción entre libertad y Estado se solucionaba básicamente del siguiente modo: para el liberalismo o constitucionalismo llamado burgués, la observancia de la ley es la condición necesaria para la libertad; por otra parte existe el derecho a una igual libertad, que es tácito supuesto de toda ley. Desde 1848 existe la tendencia de considerar como Constitución, al documento formalmente escrito, pudiendo decirse que a partir de 1880 todos los países europeos, a excepción de Rusia, poseían una Constitución²⁹.

Otro costado del pensamiento está reflejado en la idea hegeliana del Estado-Nación, como liga de intereses y servicio de medios o necesidades; se le desliga del pueblo y conduce a la centralización igualadora, y la unidad de la economía y del Derecho.

El manifiesto socialista de 1848 proclama que la estructura social se ha de fundamentar sobre la producción económica, formando el determinismo histórico la conciencia de una inevitable transformación.

También por su lado el nacionalismo avanza sobre la vieja idea de la indigencia de los pueblos, como situación que debe ser superada.

42. Estas ideas necesariamente debieron influir sobre la estructura del constitucionalismo clásico y los modos de interpretar sus disposicio-

²⁹ Baeza, Juan, *Historia de las Doctrinas Políticas*, Aguilar, Madrid, 1948, pág. 345. Si bien la doctrina del contrato social predispone favorablemente para la ordenación en forma escrita, fue el aitar del *Esprit de Lois* (Montesquieu) quien sistemáticamente de tal manera los elementos observados en la tradición inglesa, que no se trata sino de propia teoría en la que se inspiró el movimiento constitucional europeo (pág. 405). También se dio la llamada *Revolución americana* (pág. 368) que se liga al constitucionalismo y se anticipa al desarrollo europeo, no sólo de América del Norte, sino también del Sur (pág. 368).

— *no se admitirán cambios de estructura de poder. Hay así una conexión entre Constitución y la estructura social, que no es mecánica ni asume el ribete de dependencia pues aquella también es capaz de actuar sobre la última, como un programa que debe aplicarse; pero no es menos cierto que sin necesidad de cambio radical de la Constitución, o reforma expresa de sus disposiciones, la alteración de la estructura social produjo mutaciones de aspectos parciales²⁰.*

Al respecto es conocida la tesis que señala que frente al Estado liberal, la manifestación práctica resultó ser el intervencionismo administrativo o lo que es semejante, que los principios de la teoría clásica en materia económica, y por consiguiente, su reflejo en el constitucionalismo liberal o burgués, nunca fueron verdaderamente aplicados o no lo fueron en su totalidad²¹.

Ello necesariamente demuestra la existencia de apartamientos o mutaciones constitucionales, circunstancia que seguramente en periodos posteriores (siglo XX) lleva a preferir constituciones de textos más genéricos y de contenido neutral, que permitan adoptar y recoger la realidad social de signo muy dispar.

43. *La segunda generación constitucional.* Se cita como una inflexión en el constitucionalismo clásico la admisión de ideas sociales desarrolladas a partir de la segunda mitad del siglo XIX, pero sobre todo luego de la primera posguerra. En este sentido resultan entromizadores del ideario intervencionista, la Constitución de México (5-II-1917) y la alemana de Weimar (1919). Este enfoque se hace naturalmente dejando de lado lo ocurrido frente al modelo socialista ortodoxo, fundante de la Constitución soviética de 1918 y las de países complementarios, y está bien esa exclusión pues como ya se ha dicho este sistema resulta un marco jurídico del todo diferente, al desconocerse el derecho de propiedad sobre los medios de producción, lo que implica la inexistencia de mercados en el sentido tradicional.

²⁰ Gerardo Peláez, *Manuel, Derecho Constitucional Comparado. Manuales de la Revista de Occidente*, Madrid, 1967, pág. 125. Señala este autor que desde el punto de vista político se da este fenómeno, por ejemplo en el cambio de apreciación del sufragio o el declinar de la Cámara de los Lores en Inglaterra. Se advierte así la diferencia entre reforma constitucional, y mutación constitucional —distinción atribuida a Leiberd (1895), en la que permanece invariable el texto, pero se da una incongruencia entre las normas escritas y la realidad jurídica constitucional (pág. 137).

²¹ Quiroga Lavé, H., "El orden...", cit., *L.L. Actualidad*, 28-VI-1968, con cita de Basols Cama, M., *Constitución y Sistema Económico*, Tecnos, Madrid, 1960, pág. 25.

La característica de esas constituciones es que tratan de modo específico el problema económico, a diferencia de las anteriores, y parecen pronunciarse por la necesidad de la intervención estatal.

44. De las dos constituciones antes mencionadas, la que ha exhibido divulgación ha sido la de Weimar. Releyendo la Constitución mexicana de 1917, y teniendo en cuenta su extensión, así como la índole de sus disposiciones, se explica ese aparente olvido, pues algunas de ellas no dejan de ser sorprendentes —como las referidas a las asociaciones religiosas y en general al régimen de la propiedad de las tierras, su ocupación y expropiación y la llamada reforma agraria, art. 27— y que, en algún caso, hasta podría considerárselas hoy discriminatorias. Pero dejando de lado esos aspectos que indudablemente conducen a negar el calificativo de neutral, la Constitución mexicana de 1917, en cuanto aquí interesa, tiene también la doble característica de contener una declaración de derechos y la organización del poder. Pese a ello se agrega una apreciación especial por las atribuciones otorgadas al Estado incluso en materia tributaria (art. 32); el régimen dominial de la propiedad que es atribuido a la Nación, que tiene el derecho de transmitir el dominio a los particulares, constituyendo así la propiedad privada (art. 27) y el tratamiento de los monopolios de todas clases incluidas las situaciones que generen ventajas exclusivas indebidas en favor de una o varias personas, con perjuicio del público en general o de alguna clase social (art. 25) excluyendo de esa connotación a las asociaciones de trabajadoras. También incluye un título específico (el sexto, art. 123) sobre el trabajo y la previsión social.

Se colige así la diferencia sustancial entre esa Constitución y las catalogadas como clásicas, liberales o burguesas, y aun con la configuración del propio Estado de Derecho, puesto que si bien pone al Estado bajo el imperio jurídico, la configuración de los derechos de los particulares no deja de ser muy peculiar.

45. Muy distinto es el contenido y la estructura de la Constitución de Weimar —que sucedió a la monárquica de Bismarck— y que fue considerada como verdadera Constitución por contener decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia política concreta del pueblo alemán, referidas a la democracia, a la república, a favor del Estado liberal de Derecho, con sus principios, derechos fundamentales y división (no separación) de poderes³².

³² Schmidt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Revista de Derecho Privado, Madrid, págs. 27, 33 y 35. Schmidt señala que presentaba una reunión de programas y principios positivos basados en distintos contenidos y convicciones políticas, sociales y religiosas: garantías individuales de libertad personal y propiedad privada y puntos de programa socialista que reflejaba auténtica contraposición de clases vigentes a la sazón despatchados

Como otras constituciones basadas en el individualismo, contiene una decisión en el sentido de la libertad clásica: libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, de industria y comercio, etcétera; pero aquí particularmente el Estado aparece como servidas, no sólo custodio de los derechos, lo que comienza a ser un cambio notable.

Está, como los precedentes anteriores, presidida por dos principios: el de *distribución* (libertad del individuo, ilimitada en principio, y facultad del Estado para invadirla, limitada) y el de *organización* por la división del poder estatal que se encierra en un sistema de competencias circunscriptas³¹.

También es característico del Estado de Derecho el excluir injerencias en la esfera de la libertad individual según una ley, es decir que la Administración está sometida por la reserva o preeminencia de la ley (Mayer y la independencia judicial, aun en las causas contra el propio Estado)³².

De allí deriva el principio de que la ley no es el límite para un accionar amplio de la Administración, sino que es el requisito o condición habilitante.

46. La Constitución de Weimar (14-VIII-1919) contiene la declaración de derechos y deberes fundamentales de los alemanes, la inviolabilidad del domicilio, secreto de correspondencia, libertad de asociación, propiedad privada, junto a nuevos postulados. Se ha señalado así que los derechos reconocidos de coalición o de huelga no son ya derechos de libertad en el sentido del Estado liberal de Derecho, pues cuando un grupo social logra que le dejen actuar de ese modo, la libertad ya no significa actuación ilimitada del individuo, sino el libre aprovechamiento de la fuerza social mediante organizaciones sociales³³.

sólo bajo la fórmula de un compromiso. Pese a que se le atribuyó un carácter mixto o un grado intermedio entre las concepciones burguesas y socialistas, y a que valga como programa una serie de ofertas sociales, no se extrajeron consecuencias políticas específicas de los principios del socialismo, rechazándose expresamente la adopción de una Constitución de tipo socialista, y aceptando un cambio la forma política y los principios del Estado de Derecho.

³¹ Schmidt, C., *Teoría...*, cit., pág. 147. Es el mismo principio que el del art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y del art. 3º de la Declaración de Derechos de Virginia 1776.

³² Es muy interesante acá el análisis que sobre esta hace McEwan, Charles H., *Constitucionalismo Antiguo y Moderno*, Nota, Buenos Aires, 1958, en el que plantea el problema, que sigue siendo actual, entre los límites del Derecho y la voluntad soberana (pág. 170), es decir, la antigua distinción entre *jurisdictio* y *gubernaculum* o *ius in* de Estado, que se manifiesta en la no aceptación de la revisión judicial para decretados estos de gobierno, por caso, la declaración de emergencia (pág. 14 y nota 6).

³³ Así lo sostiene Schmidt, señalando que en muchos artículos de esta Constitución los derechos reconocidos son sólo garantizados "dentro de los límites" o "con arreglo" a la

También están enumerados derechos del individuo a prestaciones positivas del Estado (derecho al trabajo, a la asistencia y socorro de las familias; a la educación, formación e instrucción). Se ha interpretado que estos nuevos derechos no presentan igual estructura que en la concepción actual: presuponian una organización estatal a la que debía incorporarse el individuo, vale decir que son condicionales pues ha de mediar su incorporación. En una palabra, no guardan identidad con otros derechos considerados fundamentales²⁶.

47. *El Estado social de Derecho* A las dificultades de adecuación sucedidas bajo el imperio del constitucionalismo clásico, que sufrió como se indicó antes, la inflexión hacia opciones sociales tanto en la modulación de la declaración de derechos como en la acción del Estado, admitiendo —como en el caso de Weimar o la Constitución de México— la existencia de derechos llamados sociales o derechos de prestación a cargo del Estado, se sumó una nueva inflexión provocada por acontecimientos específicos como la Segunda Guerra Mundial y la depresión de los años 1929-1930, así como la instalación del colectivismo soviético. El enfrentamiento del constitucionalismo con la crisis del Estado de Derecho —que aparecía insuficiente para obtener el principio de igual libertad— y los regímenes políticos de signo totalmente diverso, como el fascismo, llevan a acuñar la idea del Estado social o Estado social de Derecho, expresión atribuida a Herman Heller²⁷.

Esa idea está reflejada en las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, como la italiana de 1947 y la de Alemania Federal del 8-V-1949. Esta última, aparte de las declaraciones de derechos (art. 2/19) enuncia de modo expreso que la república que instaaura es "un Estado federal, democrático y social" (art. 20, punto 1).

48. Es precisamente por ello que se ha entendido que esa Constitución refleja la concepción económica entonces predominante, la inspirada

ley libertad de comercio e industria, intercambio económico; incluso la propiedad por su contenido y límite resultan de la ley (pág. 153), que no es igual a la inevitabilidad, a discrecionalidad del dominio.

²⁶ Schmidt, C. *Teoría...* cit., pág. 196. Es clásica la distinción entre derechos de primera generación o fundamentales, de segunda generación (sociales y económicos) y aun de tercera, como los ambientales y los del usuario y consumidor.

²⁷ Así lo indica García Pelayo, M. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Aguilar, Madrid, 1982, citado por Carrón, Walter, "Una visión introspectiva del nuevo control de constitucionalidad colombiano", E.D., 148-932. En el mismo sentido Stein, L. *Derecho Público*, Aguilar, Madrid, 1973, pág. 189.

en la economía social de mercado como procedente del llamado neoliberalismo³⁸.

Es conocida la posición del Tribunal Constitucional Federal que declaró que la mencionada Constitución adhiere al principio de la neutralidad en materia político-económica³⁹, en el sentido de que no se enlaza en una política determinada. Precisamente por ello es que estas constituciones por su amplitud permitieron afirmar políticas económicas de signo contrario, desde opciones socialdemócratas, hasta opciones liberal-clásicas.

El legislador de tal régimen debe instaurar un orden económico cuya base consista en la igualdad jurídica y en la igualdad real, haciendo posible para todos el más amplio desarrollo de la personalidad. Aparece por consiguiente como principio no discutido, el de que el Estado social se define por establecer obligaciones sociales a cargo del Estado, el que puede ser compelido a su cumplimiento.

49. *La obligación social del Estado.* La definición de Estado social de Derecho no resulta directamente de los textos constitucionales, debe ser extraída de la inteligencia de sus normas. Se ha señalado con acierto que no implica quitar algo del concepto clásico de Estado de Derecho (como conjunto de mecanismos de garantía efectiva de la libertad y los derechos) sino agregarle algo más, o sea, otorgarle no sólo un contenido formal, sino sustancial⁴⁰, que no es otro que garantizar el respeto a la dignidad humana, y su perfeccionamiento, es decir, la búsqueda del orden social justo.

Esta idea coincide plenamente con el desarrollo que formula Stein⁴¹ a partir del contenido histórico de ese concepto, o sea, la imposición en las cartas constitucionales modernas, de una obligación a cargo del Esta-

³⁸ Stein señala como representantes de esa escuela a W. Ekelöf, y a F. Böhm como transportador al plano jurídico ese tipo de economía. De todos modos indica que la Constitución de Bahun fue entendida por otros escritores de manera dispar, como instaurando un orden económico mixto (Hauer), o aun como reclamando un régimen que garantice la economía social de mercado (Ehrlich). Stein, *L. Derecho...*, cit., pág. 185.

³⁹ Sentencia del 26-VI-1974. Stein destaca que con arreglo al art. 15, incluso sería factible la expropiación de medios de producción, pues se admiten allí fines de colectivismo de la tierra, el suelo, los espacios naturales y los medios de producción pero bajo la reserva de ley. Ahora este autor que esta posibilidad no se tuvo seguramente a la vista al promulgar la ley fundamental (pág. 188).

⁴⁰ Carrara, Walter, "Una visión...", cit., quien referencia la elaboración de la Corte Constitucional de Colombia respecto de la Constitución de ese país de 1891. Adicionalmente la opinión coincidente de Sánchez Agesta, Luis (*El Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1980, pág. 42), en el sentido de que social implica una calificación de los fines que el Estado debe asumir, que parece ser un mandato para el legislador y los jueces.

⁴¹ Stein, *L. Derecho...* cit., pág. 188.

do, a la que se suma su rol para conseguir una cohesión social en los derechos fundamentales.

Con respecto a lo primero, esa obligación se da en el marco de necesidades sociales que deben ser fijadas y atendidas directamente por el Estado; y también encargándolo de custodiar el funcionamiento de la economía en su conjunto. Coincidentemente pasa a ser misión del Estado la necesidad de imponer límites jurídicos a empresas económicas, subordinando el principio de máxima ganancia al de cobertura de las necesidades, pues el reconocimiento de la renta se basa en la simultánea satisfacción de las necesidades sociales⁴².

Por consiguiente se inserta aquí la consigna de que el individuo no es sólo objeto de una posible actividad del Estado, "sino portador de derechos propios en cuanto participa de la comunidad estatal. Mientras que, en un principio, el auxilio social fue concebido exclusivamente como una obligación de quien debía prestarlo, sin atribuir un derecho correspondiente a los necesitados, ahora, por el contrario, del principio del Estado social se deriva, sobre todo, tal derecho. Esto mismo es aplicable a las demás prestaciones del Estado"⁴³.

La otra conclusión (conexión social de los derechos) se refiere a que el propio Estado social se dirige a evitar que por aplicación de la filosofía del Estado de Derecho (liberal), todos los derechos fundamentales sean atribuidos del mismo modo, sin tener en cuenta la distinta situación social de los afectados. El Estado social en cambio garantiza tales derechos pero en un orden social de libertad e igualdad, lo que significa reformar la protección jurídica de los débiles y reducir la de los poderosos, vigilando la libertad de estos últimos para que su ejercicio no conduzca a una carga sobre los otros. De esta manera, la igualdad formal del Estado se sustituye por una igualdad material⁴⁴.

⁴² Este tema remite al principio del beneficio social, analizado por los heredistas como causa del tributo, que es un instrumento de redistribución.

⁴³ Stein, L., *Derecho...*, cit., pág. 190.

⁴⁴ Stein, L., *Derecho...*, cit., pág. 191. Este autor describe con toda precisión la diferencia entre uno y otro concepto del Estado: "En el Estado de Derecho liberal, todos los derechos fundamentales tenían formalmente la misma posición jurídica, sin referencia a la situación social de los afectados. En el ámbito de la economía, los derechos fundamentales se refieren a la protección de la propiedad y a la libre competencia. Teóricamente, ambas estaban a la disposición de todos en igual medida, sin dar importancia al hecho de que la empresa no tuviese en propiedad objetos de valor estimable ni estuviese en situación de realizar actividades empresariales. Lo mismo puede decirse de la libertad de contratación, esto es, del derecho de cada cual a celebrar los contratos que le sean más favorables. Este derecho se concedía por igual al hambriento como al panadero que disponía de la última provisión de pan en una situación de necesidad; a los parados como al empresario que disponía de los puestos de trabajo. Al Estado le resultaba indiferente que se burlaran del hambriento cuando pedía pan a un precio moderado, o del parado cuando reclamaba trabajo en condiciones adecuadas. Ambos tenían el derecho de concertar contratos que les fue-

Se construye entonces el concepto histórico del Estado social, como el sistema que adopta mecanismos jurídicos efectivos para hacer realidad el principio de igualdad para todos, compatibilizando por ende la libertad con la igualdad en la búsqueda del perfeccionamiento de la persona humana bajo un orden social justo⁴⁵.

50. *El Estado subsidiario.* Frente a lo señalado existe importante doctrina que, reexaminando las funciones del Estado aprecia la existencia de un nuevo modelo: el del Estado subsidiario proveniente de la quiebra del Estado de bienestar, que correspondió a las funciones intervencionistas acordadas bajo la doctrina del Estado social de Derecho, concepto este último que debería revisarse. Para ello el fundamento de la intervención estatal en el plano económico y social está dado por el principio de subsidiariedad⁴⁶, característico de la economía social de mercado, cuyas bases son la libertad y competencia propias del Estado subsidiario bajo el cual toda injerencia debe ser subordinada y sólo puede tener lugar cuando el individuo, las comunidades internacionales y las asociaciones no están en condiciones de solucionar los problemas existentes.

Incluso se sostiene que esa versión se ha dado frente al atraso del derecho constitucional positivo en las naciones europeas, y que fue compensado con el adelanto de algunos aspectos en el derecho comunitario⁴⁷.

ses favorables y a ellos correspondía ver cómo lo lograban. Esta concepción liberal de los derechos fundamentales los convirtió en derechos de las minorías dominantes, permitiéndoles desarrollar plenamente su poder social”.

⁴⁵ No otra es la doctrina que considera ejercicio del poder de policía «lícito conceder a los trabajadores remuneraciones que les aseguren un nivel de vida adecuado (art. 14 bis, Const. Mex.) “ toda vez que cuando la libertad de contratar entra en conflicto con la libertad contra la opresión, ésta debe prevalecer sobre aquélla, porque así la requieren los principios que informan un orden social justo” (CSJN, “Práctico”, 20-V-1960, Fedco, 246843, com. 1°). Tal doctrina reproduce la opinión del juez Hughes de la Suprema Corte de EE.UU. en “West Coast ex. Parrish” (350 US 379).

Como destaca Eldart Campos, parece irrefutable que la libertad económica forma parte de la libertad indivisible, pero es también necesario computar la igualdad al lado de la libertad, para que la libertad económica no rinda beneficios solamente sectarios (Tratado... cit., nota 3, pág. 187).

⁴⁶ Vid. Casagrea, J. C., *La Intervención...*, cit., págs. 111, 114 y 120.

⁴⁷ En rigor el Tratado de la Unión Europea formula el principio de subsidiariedad desde una perspectiva que no guarda relación alguna de cara al vínculo entre el Estado y los individuos, pues se refiere a la distribución de competencias entre la comunidad —que sólo interviene, conforme a ese principio, en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros— y éstos últimos, pero nada se agrega a la oportunidad en que haya de actuarse y la intensidad de esa actuación sobre los derechos de los particulares. Lusa, J. V., *El Ordenamiento Jurídico Comunitario*, pub. de la Comisión Europea, pág. 103.

Pege a lo argumentado, no parece que lo señalado haya tenido una aceptación semejante en el derecho positivo. En particular en lo que hace a nuestra Constitución Nacional la inclusión de un capítulo sobre nuevos derechos (arts. 41, 2do. párr., y 42, 2do. párr.) y al incorporar como obligación estatal propia la conducente al desarrollo humano (art. 75, inc. 19) que se agrega a las disposiciones de los artículos 14, 14 bis, 28 y 75, incs. 18, 23 y 32, no parece fácilmente compatible con la definición de un Estado subsidiario.

51. *Las demás constituciones europeas de posguerra.* La Constitución francesa de 1946 (reformada en 1958) agrega, junto a los derechos clásicos, otros considerados generalmente como sociales, de los que de todos modos se había sostenido que estaban implícitos con anterioridad (Duguit), e incorporó además formas de sujeción de la economía del Estado, aunque se ha considerado que sus principios van apenas más allá de la Constitución de Weimar que se había explicado también como neutral. Pero esta Constitución define concretamente a Francia como una república democrática y social (art. 1^o), lo que si bien se interpretó en algún momento como que es un término impreciso⁴⁸, se refleja no solamente en la enunciación de los nuevos derechos, sino en la posibilidad de considerar propiedad de la colectividad las empresas cuyas explotaciones tengan o adquieran los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho (preámbulo). Por otra parte la creación del Consejo Económico permite la variada participación de grupos sociales para decidir las prioridades económicas.

En ese mismo sentido se orienta la interpretación del principio de igualdad (material) del artículo 3^o, 2do. párrafo de la Constitución italiana (1947), trasunto de la cláusula del diputado Collio Basso⁴⁹ conforme a la cual se encarga al Estado remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación en la organización política, económica y social del país.

La Constitución española de 1978 reafirma la primacía del valor constitucional de la dignidad de la persona humana y su consecuencia, que es el desarrollo integral. En cuanto a la relación libertad/igualdad, a los fines que nos ocupan, es encuadrada en el concepto —análogo a lo ya explicado— del Estado social y democrático de Derecho "que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Es en base a esa enunciación que debe entenderse el principio de libertad de mercado (art. 38).

⁴⁸ García Felayo, M., *Derecho...*, cit., pág. 406.

⁴⁹ Fernández Segado, F., "La teoría...", cit., pág. 369.

32. Para concluir estas nociones introductorias se podrían resumir los planteos anteriores señalando que el tránsito entre el Estado de Derecho o Estado liberal de Derecho hacia el Estado social de Derecho, supone una nueva concepción del principio de igualdad, que se manifiesta en la admisión de nuevas funciones por parte del Estado que a su vez pueden ser entendidas como derecho para quienes son objeto de su ejercicio. En tal sentido es compartible la conclusión de que el nuevo inciso 23 del artículo 75 de la Constitución Nacional señala con claridad la adopción de los principios del constitucionalismo social, imponiendo al Estado medidas de acción positiva³⁰ y otorgando la garantía en caso de omisión (art. 43, 1er. párr.: recurso de amparo), siempre dentro del marco de lo que sea razonable (art. 28, Const. Nac.).

Ello implica atribuir interés jurídico a la satisfacción de determinadas necesidades de contenido económico, siendo menester examinar el grado de operatividad de los derechos que la atribución de tales funciones suscita.

Por la misma razón parece que el Estado queda habilitado a adoptar los mecanismos pertinentes que pueden incluso, requerir la limitación de ciertos derechos individuales contrapuestos a esos fines. Se vuelve a plantear así la confrontación de intereses fundante de la facultad reglamentadora de los derechos, entendiendo a éstos como no absolutos, pero tampoco como frustrables o postergables discrecionalmente.

La pregunta final es: ¿existe contradicción entre los nuevos fines atribuidos al Estado en las constituciones modernas, abandonando el neutralismo, y los derechos clásicos que declaran o reconocen también esas constituciones?

El derecho constitucional económico que describe por ejemplo la Constitución de 1994 debe sin duda dar las respuestas, pero ello exige un grado de desarrollo que recién se insinúa en estas hojas, que sólo pretendieron reunir elementos para construirías.

³⁰ Bidart Campos, G., *Tratado...* cit., T. VI, pág. 378.

LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE ENCUESTA Y LA ACEPTACIÓN DE SU COMPETENCIA POR PARTE DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

GABRIEL PABLO VALLADARES
JOSÉ ALEJANDRO CONSIGLI

I. INTRODUCCIÓN

La Comisión Internacional de Encuesta —cuya competencia es de naturaleza voluntaria y requiere de una declaración expresa de aceptación— es una institución prevista en el artículo 90 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario (de aquí en adelante DIH), que podrá investigar las denuncias que le formulen los Estados parte de ese Protocolo, sobre cualquier hecho que pueda constituir una infracción grave o violación grave al DIH, y asimismo podrá facilitar mediante sus buenos oficios el retorno a una actitud de respeto a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977.

Si bien la idea de encuesta no es nueva en el ámbito internacional, la institucionalización de las investigaciones tal como está dispuesta por el artículo 90 del Protocolo I —en el sentido de su peculiaridad funcional— representa un notorio progreso respecto de otros mecanismos de aplicación del DIH que —sus habiendo demostrado su validez— tienen límites más restringidos: por ejemplo investigaciones solicitadas a organizaciones no gubernamentales.

El Departamento Federal Suizo de Asuntos Exteriores¹, en su condición de depositario de los Convenios de Ginebra, comunicó al Comité In-

¹ Art. 93, p. 1: "El presente Protocolo será ratificado lo antes posible. Los instrumentos de ratificación serán depositados en poder del Consejo Federal Suizo, depositario de los Convenios".

ternacional de la Cruz Roja (de aquí en adelante CICR) que la República Argentina depositó, el 11 de octubre de 1996, la declaración de reconocimiento de la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta, de conformidad con el artículo 90 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra².

Ello significa que nuestro país es el sexto Estado sudamericano que en tiempo de paz acepta *ipso facto* y sin acuerdo especial la competencia de la Comisión Internacional que instituye el Protocolo I³. Hasta el momento otros cincuenta Estados han aceptado también su competencia.

A fin de comprender con mayor claridad cuáles son las obligaciones que nuestro país ha contraído al aceptar la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta, comenzaremos por repasar sus antecedentes y analizar su génesis, estructura y funciones. Después trataremos con detalle el procedimiento de encuesta y la competencia a partir de las normas contenidas en su Reglamento y en las disposiciones del artículo 90 del Protocolo I. Avanzaremos seguidamente sobre las obligaciones jurídicas de nuestro Estado respecto a las encuestas de la Comisión y por último haremos un balance crítico de los posibles beneficios y desventajas.

II. ANTECEDENTES E HISTORIA DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE ENCUESTA

El artículo 90 del Convenio de Ginebra de 1929 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña previó un mecanismo similar al procedimiento de la Comisión ahora establecida por el artículo 90 del Protocolo I. Aquel artículo disponía básicamente que, en caso de que un Estado parte considerase que se habían violado los términos del Convenio, a petición de uno de los beligerantes se debía abrir una investigación según la forma que se acordase entre las partes interesadas y, si se comprobaba la existencia de la violación denunciada, los beligerantes deberían cesar en esa actividad y reprimirla a la brevedad posible.

² Art. 90. 2. a), p. 1: "En el momento de firmar, ratificar o adherirse al Protocolo, o ulteriormente en cualquier otro momento, las Altas Partes contratantes podrán declarar que reconocen *ipso facto* y sin acuerdo especial, con relación a cualquier otra Alta Parte contratante que acepte la misma obligación, la competencia de la Comisión para proceder a una investigación acerca de las denuncias formuladas por esa otra Parte, tal como lo autoriza el presente artículo".

Art. 90. 2. b), p. 1: "Las declaraciones antes mencionadas serán presentadas al depositario, que enviará copias de las mismas a las Altas Partes contratantes".

³ Luego de Uruguay (17-VII-1990); Chile (24-IV-1991); Bolivia (10-VII-1992); Brasil (23-XI-1993) y Colombia (17-IV-1996).

Esta norma constituyó un significativo progreso legal, porque nada se había previsto en los convenios anteriores al respecto; sin embargo, nunca se puso en marcha encuesta alguna. Es probable que ello se debiera a la falta de un inicio automático del procedimiento en cuestión. En ese sentido, cabe mencionar que durante la XV Conferencia Internacional de la Cruz Roja se señaló que dicho artículo 30 sería de difícil aplicación, ya que presuponia el acuerdo entre las Partes para iniciar una investigación, hubo quienes indicaron la conveniencia de adoptar un procedimiento casi automático⁴.

En 1937 el Comité Internacional de la Cruz Roja emprendió trabajos para mejorar y reforzar el artículo 30 del Convenio de Ginebra de 1929 proponiendo un procedimiento de encuesta, pero esas recomendaciones no fueron tomadas en cuenta.

Terminada la Segunda Guerra Mundial, el CICR propuso desarrollar y perfeccionar las normas del DIH a la luz de las dramáticas experiencias vividas durante la conflagración. Así, en 1945 se iniciaron los trabajos a nivel de expertos y en 1949 —sobre esa base y convocada por el gobierno suizo— se celebró la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, de la que participaron sesenta y tres Estados⁵ y el CICR a título de experto⁶. En su seno se adoptaron cuatro tratados internacionales⁷.

Los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 contienen normas que aluden al procedimiento de encuesta —52 (I), 53 (II), 132 (III), y 147 (IV), en forma común—. Cabe apuntar que los Estados no han conseguido llevar a cabo ninguna investigación en virtud de ellos, probablemente, una vez más, por carecer de un sistema automático que inicie el procedimiento citado.

En 1974 se reunió una nueva Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los Conflictos Armados, convocada una vez más por el gobierno sui-

⁴ *Los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto 1949. Comentarios*, publicado bajo la dirección de Jean S. Pictet, CICR, Ginebra, 1952, I, ad art. 52, pág. 421.

⁵ Entre ellos la República Argentina, que en la sesión de clausura firmó también el Acta Final.

⁶ Cf. Gutiérrez Posas, Hortensia D. T., *Modernos Derecho Internacional y Seguridad Colectiva*, Zavalla, Buenos Aires, 1965, I, págs. 348 y sigs.

⁷ Los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 adoptados por la Conferencia Diplomática son: el Convenio I para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el Convenio II para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas navales en el mar; el Convenio III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y el Convenio IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

zo, que tenía por objeto estudiar dos proyectos de Protocolos adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, preparados después de consultas oficiales y privadas, por el CICR. En 1977 la Conferencia adoptó los dos Protocolos⁸.

Ya al comienzo de los trabajos preparatorios para la Conferencia Diplomática de 1974-1977, los expertos destacaron la necesidad de un control de las normas aplicables en caso de conflicto armado. Dos enmiendas presentadas durante la Conferencia fueron el origen del artículo 90 del Protocolo I, generándose un amplio debate sobre el tema. El texto que finalmente se aprobó en sesión plenaria, es un compromiso entre las diferentes tendencias que aparecieron durante la Conferencia⁹.

El primer Estado en reconocer la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta, fue el reino de Suecia el 31 de agosto de 1979: aceptó (*ipso facto* y sin acuerdo especial con relación a cualquier otra Alta Parte contratante que reconociera la misma obligación, la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta para investigar acerca de las denuncias formuladas por ese otro Estado respecto de posibles infracciones o violaciones graves al DIH.

Otros países nórdicos de amplia tradición en el respeto de los derechos humanos —Finlandia, Noruega y Dinamarca— siguieron a la brevedad el ejemplo de Suecia.

En septiembre de 1980, la XV Mesa Redonda organizada por el Instituto Internacional de Derecho Internacional Humanitario de San Remo, formuló algunas recomendaciones. Los participantes de la Mesa Redonda consideraron que las consultas sobre los métodos de trabajo del CICR y de la Comisión permitirían determinar mejor el respectivo enfoque y garantizar una complementariedad necesaria¹⁰. Sin duda que la Comi-

⁸ Los Protocolos adoptados por la Conferencia Diplomática (1974-1977) son: Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; y Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

⁹ Cf. Krill, *Francis*, *La Comisión Internacional de Encuesta, CICR, Ginebra*, págs. 297 y sigs. El citado autor agrega que uno de los proyectos emanaba de las delegaciones de Dinamarca, Noruega, Nueva Zelanda y Suecia, el otro, de la delegación de Pakistán. Ambas propuestas eran similares esencialmente en la constitución de una Comisión Permanente para investigar toda violación grave de las normas del derecho de los conflictos armados. Señala, también, que las objeciones más graves provenían de muchas delegaciones que se oponían a la jurisdicción obligatoria de la Comisión, a su derecho de iniciativa, así como a su competencia para pronunciarse no sólo sobre cuestiones de hecho, sino también de Derecho.

¹⁰ XV Mesa Redonda del Instituto Internacional de Derecho Humanitario (San Remo, 4 y 8-IX-1980), *Revista Internacional de la Cruz Roja*, enero-febrero 1981, CICR, págs. 68 y sigs.

sión es un medio suplementario para el respeto del DIH, pero distinto del CICR¹¹.

El 20 de noviembre de 1980, el vigésimo Estado —Canadá— hizo la declaración prevista en el artículo 90 del Protocolo I: esta vigésima declaración permitió tener por cumplidas las condiciones necesarias para la constitución de la Comisión. A finales del año 1980, Suiza, como depositaria de los Convenios de Ginebra, convocó mediante nota diplomática una reunión de representantes de los Estados que habían hecho la declaración del artículo 90 con miras a elegir, por voto secreto, los miembros de la Comisión. El 25 de junio de 1981 eligieron la primera composición de la Comisión.

La reunión inaugural de la Comisión se celebró el 12 y 13 de marzo de 1982. La Comisión, adoptó para sí el nombre de Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta y aprobó su reglamento el 8 de julio de 1982.

Durante la así llamada *guerra fría*, ninguna de las dos superpotencias hizo la declaración de aceptación. Después de 1980, la Federación Rusa aceptó la competencia. Curiosamente es el único miembro permanente del Consejo de Seguridad de la ONU que lo ha hecho¹². Los Estados Unidos de América aún no ratificaron ni adhieron al Protocolo I¹³.

¹¹ Si bien los Estados nunca han iniciado una encuesta en las técnicas de los cuatro Convenios —arts. 52, 53, 132 y 149 común—, el CICR ha recibido varias peticiones para su realización. Vgr. en 1986 referentes al conflicto italo-etíope; en 1983 en el problema de Katyn, etc.

¹² El CICR no puede participar en una investigación más que en virtud de un encargo que se le haya conferido con anterioridad de conformidad con un Convenio o con un acuerdo especial de todas las partes interesadas. No obstante, no se constituye nunca al mismo en comisión investigadora. Se limita a elegir, fuera del CICR, a las personas competentes para formar parte de tal Comisión. Solo colaborará en una investigación si el procedimiento ofrece todas las garantías de imparcialidad y si se facilitan a las partes las medios de hacer valer su tesis. Ha de recibir también la garantía de que no se efectuará sin su consentimiento comunicación pública alguna respecto a la solicitud de investigación o a la investigación misma. En principio, el CICR sólo participará en una comisión investigadora y en las condiciones indicadas anteriormente, si el objeto de esa investigación es una infracción grave contra los Convenios de Ginebra o contra los Protocolos adicionales. De ninguna manera participará si haciéndolo difícil o imposible sus actividades tradicionales en favor de las víctimas de los conflictos armados o si se compromete su reputación de imparcialidad y de neutralidad. Extraído de "Operaciones del Comité Internacional de la Cruz Roja en caso de violaciones contra el derecho internacional humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nro. 44, marzo-abril 1981, págs. 19 y sigs.

¹³ La Federación Rusa accedió a la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en la Organización de las Naciones Unidas.

¹⁴ Sobre la posición de los Estados Unidos de América ver Rash, J. Ashley, "La Comisión Internacional de Encuesta", *Revista Internacional de la Cruz Roja, CICR*, marzo-abril 1991.

III. COMPOSICIÓN Y ESTRUCTURA DE LA COMISIÓN

a) Estructura general y funcionamiento

La Comisión está compuesta por quince miembros y tiene su sede en Berna, Suiza. Se reúnen toda vez que lo consideran necesario para el cumplimiento de su cometido, debiendo hacerlo por lo menos una vez al año. Si un tercio de sus miembros lo solicita o si la mesa¹⁴ así lo decide, también se reúne.

La Federación Helvética, como depositaria de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos, garantiza los servicios de su Secretaría. Los idiomas oficiales y de trabajo son el francés y el inglés.

El quórum de ocho miembros basta para constituir la celebrando sus reuniones en la sede, a menos que la misma Comisión o la Mesa dispongan otra cosa. Las reuniones son cerradas y confidenciales y las decisiones son generalmente tomadas por consenso. En caso contrario, rigen una serie de disposiciones para la votación de las propuestas o las enmiendas a éstas.¹⁵

b) De los miembros y su elegibilidad

Los quince miembros deben reunir condiciones de "alta reputación moral y de reconocida imparcialidad"¹⁶; duran en su mandato cinco años¹⁷.

La elección de los miembros es secreta, y sus nombres son obtenidos de las candidaturas que realizan los Estados que han hecho la declaración del artículo 90 del Protocolo I. No es necesario que la persona cuya candidatura presente un Estado sea ciudadano de éste, tanto más por cuanto la Comisión velará porque haya una representación geográfica equitativa en su conjunto¹⁸. Para la provisión de una vacante en caso de dimisión, está previsto un sistema complejo de sucesivas votaciones¹⁹.

¹⁴ La mesa está constituida por el presidente y los vicepresidentes 1º y 2º de la Comisión Internacional Humanitaria de Escucha.

¹⁵ Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Escucha, Parte II "Funcionamiento de la Comisión", Capítulos I y II.

¹⁶ Artículo 90. 1.a), p. 1.

¹⁷ Artículo 90. 1.a), p. 1.

¹⁸ Regla 5.1, último párr., Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Escucha.

¹⁹ Regla 5.2., Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Escucha, "De no haber consenso, se aplicarán las disposiciones siguientes: a) Cuando ningún candidato obtenga la mayoría requerida en el primer escrutinio, se procederá a una segunda votación, pero ésta se limitará a los dos candidatos que hayan obtenido el mayor número de votos. b) Si la segunda votación no es decisiva y si se requiere la mayoría de los miem-

... o persona quienquiera
hacer una declaración so-

en cualquier momento a
...ento grave²⁰. Asimismo,
...ción alguna o hacer declara-
...gitimamente de su moralidad
... Protocolo. En caso de duda, la
...idas al respecto²¹.

...olo ni el Reglamento acerca de
...de poseer los miembros de
...estado el tema desde 1977, coin-
...altidisciplinaria; será entonces
...estiones de estrategia y mando
...ialmente con un amplio cono-
...comandados—, profesionales de la
...apo y expertos en ciencias exact-

...os a un presidente, así como a
...n periodo de dos años con dere-
...los tres forman la Mesa de la

... vicepresidente puede concluir
...ción o dimitir de sus funciones

...en la que los miembros tienen derecho
...tome resultado alguno en esta tercera
... candidatos que obtuvieran el mayor
...ivamente. Se votará alternativamente
...alta elegido un miembro. El Las elec-
...harán mediante votación secreta. Es
...a de los miembros presentes". Y regla
...ente regla servirá durante el tiempo

...acional Humanitaria de Encuesta.
...acional Humanitaria de Encuesta;
...ción con imparcialidad, en conciencia y
...de este Reglamento, incluidas las re-

...acional Humanitaria de Encuesta.
...acional Humanitaria de Encuesta.

... aceptarán instrucciones de ninguna autoridad
... que sea, y sirven a título personal²², debiendo
... lemas antes de entrar en funciones²³.

... Durante su mandato, deberán responder
... una convocatoria del presidente salvo immedia-
... los miembros no pueden llevar a cabo ocu-
... ciones públicas que puedan hacer dudar
... y de su imparcialidad en el sentido del
... Comisión será la encargada de tomar medi-

... Nada específico señalan, ni el Protoc
... las características profesionales que han
... integren. Los distintos autores que han tr
... ciden en que la composición debiera ser m
... importante contar con especialistas en cu
... militar, en derecho internacional —espe
... cimiento del derecho de los conflictos de
... medicina, investigadores con trabajo de cas
... tas, entre otros.

e) Presidente y precedencia

... La Comisión elige entre sus miembr
... un primer y segundo vicepresidente, por u
... cho a la reelección. Como antes se apunt
... Comisión.

... El mandato de un presidente o de un
... si éste deja de formar parte de la Comi

... lros presentes, se procederá a una tercera votación,
... a votar por cualquier candidato elegible. Si no se
... votación, en la siguiente solo se votará por los do
... número de votos en esa tercera vuelta, y así suces
... por todos los candidatos elegibles y hasta que
... ciones a las que se hace referencia en esta regla
... elige el candidato que obtenga la mayoría de
... 5.2: "Un miembro elegido de conformidad con la
... que reste del mandato de su predecessor".

²⁰ Regla 1.1, Reglamento de la Comisión Inter-

²¹ Regla 1.2, Reglamento de la Comisión Inter-
... "Ejercerá sus funciones de miembro de esta Comi-
... de conformidad con las disposiciones del Protocolo
... lativas al secreto".

²² Regla 2, Reglamento de la Comisión Inter-

²³ Regla 3, Reglamento de la Comisión Inter-

antes del término normal de éstas, la Comisión pueda elegir un sucesor por el periodo restante por mayoría en votación secreta²⁴.

La precedencia de los miembros, después del presidente y de los vicepresidentes, se establece de acuerdo con la antigüedad en el cargo y entre los de igual antigüedad por orden de edad²⁵; es un mecanismo similar al utilizado por otras Comisiones y Cortes Internacionales.

El presidente dirige los debates de la Comisión y desempeña todas las demás funciones que le confían el Protocolo, el Reglamento y la Comisión —permaneciendo en el ejercicio de sus funciones bajo su autoridad—, debiendo garantizar la continuidad y celeridad en el funcionamiento de ella²⁶.

El presidente podrá ser reemplazado temporalmente por el vicepresidente en caso de vacancia o, especialmente, si el Estado del cual es nacional el presidente va a ser parte en una encuesta.

d) Gastos

Los gastos administrativos de la Comisión serán sufragados mediante contribuciones de las Altas partes contratantes que hayan hecho declaraciones de conformidad con el artículo 90, párrafo 2do. del Protocolo I y, también, mediante contribuciones voluntarias.

²⁴ Regla 6, Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta.

²⁵ Regla 7, Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta.

²⁶ Disposiciones del Protocolo I relativas a las funciones del presidente de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta:

Art. 3, a): "A menos que las Partes interesadas convengan en otra cosa, todas las investigaciones serán efectuadas por una sala integrada por siete miembros designados de la siguiente manera: 1) Cinco miembros de la Comisión, que no sean nacionales de las Partes en conflicto, nombradas por el presidente de la Comisión sobre la base de una representación equitativa de los regiones geográficas, previa consulta con las partes en conflicto...".

Art. 3, b): "Al recibir una petición para que se proceda a una investigación, el presidente de la Comisión fijará un plazo apropiado para la constitución de una sala. Si uno de los dos miembros ad hoc no hubiesen sido nombrados dentro del plazo señalado, el presidente designará inmediatamente los que sean necesarios para completar la composición de la sala".

Regla 30, Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta:

"Poderes del presidente: El presidente declara la apertura y la clausura de cada reunión de la Comisión, dirige los debates, garantiza la aplicación del presente Reglamento, da la palabra, somete los asuntos a votación y presiona las designaciones. El presidente, con sujeción al presente Reglamento, tendrá el control de los procedimientos de la Comisión y del mantenimiento del orden de sus reuniones. El presidente puede, durante el debate de un punto del orden del día, proponer a la Comisión que se limite el tiempo de intervención de cada orador, así como el número de intervenciones de cada uno de ellos sobre una misma cuestión y cerrar la lista de los oradores. También puede proponer que se aplaque o se concluya el debate, así como que se levante o se suspenda una sesión".

IV. PROCEDIMIENTO DE ENCUESTA

Podríamos decir que existe un procedimiento preparatorio de la encuesta y un procedimiento de encuesta propiamente dicho.

El procedimiento preparatorio se inicia con la presentación de la solicitud de encuesta ante la secretaria de la Comisión. ¿Quiénes pueden presentar la solicitud? Estimamos que toda parte en un conflicto armado internacional puede, aunque no sea parte en el Protocolo I, dirigirse a la Comisión en relación con una denuncia de infracción o violación grave de los Convenios y del Protocolo I.

Existen dos modos de aceptar la competencia de la Comisión: mediante declaración o de manera *ad hoc*.

Si la parte peticionante ha hecho con anterioridad la declaración del artículo 90, puede imponer la encuesta a toda otra parte que haya hecho la misma declaración. En cambio si cualquiera de las partes —denunciante o denunciada— no hubiera aceptado, o no acepte posteriormente —según se verá enseguida— la competencia de la Comisión, ésta no tiene capacidad para realizar la investigación.

En el caso de que se presente una solicitud de encuesta de conformidad con el artículo 90, 2. d) del Protocolo I y no se disponga aún del consentimiento de la o las otras partes, la secretaria debe transmitir a esa o esas partes la solicitud con la petición de su consentimiento, puesto que la falta de aceptación de la competencia de la Comisión es subsanable ya que un Estado que no haya suscripto la declaración del artículo 90, podrá aceptar la competencia de la Comisión para que investigue solamente esa situación particular. Además, aquellos Estados que son parte en el Protocolo I, pueden hacer en cualquier momento la declaración aceptando la competencia general de la Comisión.

El pedido de la parte que solicita la intervención de la Comisión, debe exponer ciertos contenidos mínimos:

- los hechos —con indicación de la fecha y el lugar donde acontecieron— que según el peticionante configuran una infracción grave o una violación grave;
- los medios de prueba que el solicitante estima que podrá aducir para demostrar su alegaciones;
- la autoridad de la parte a la que todas las comunicaciones relativas a la encuesta deben dirigirse, así como la forma más rápida de ponerse en contacto con esa autoridad;
- la solicitud deberá ir acompañada, en la medida de lo posible, de los documentos originales mencionados en la lista de los medios de prueba o, en su lugar, de copias legalizadas de ellos²⁷.

²⁷ Regla 29, Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta.

Una vez recibida la solicitud de encuesta, el presidente de la Comisión informará inmediatamente a las otras partes interesadas, con una copia de la solicitud y sus anexos lo antes posible, indicando a la parte demandada la posibilidad de presentar observaciones relativas a la admisibilidad de la solicitud presentada.

Si no hubiese acuerdo respecto a su competencia, la Comisión deberá resolver la situación mediante procedimientos acelerados de consultas.

La Comisión informará a la parte denunciante si la solicitud no cumple las condiciones mencionadas en la regla 20 o si una encuesta no puede llevarse a cabo por cualesquiera otras razones. Para el caso de que la Comisión decida realizar la encuesta, todas las partes serán informadas de ello²⁸.

Comienza seguidamente lo que sería el procedimiento de encuesta propiamente dicho.

Podría darse el caso de que la parte solicitante desista de la encuesta una vez que la Comisión haya decidido comenzarla. Para morigerar tal supuesto, el Reglamento dispone que la sala a cargo de la encuesta sólo podrá interrumpir el procedimiento si cuenta con el consentimiento de todas las parte en el conflicto.

A menos que las partes interesadas convengan en otra cosa, todas las investigaciones serán efectuadas por una sala que se compondrá de cinco miembros de la Comisión nombrados por el presidente —quien designará también quién presidirá la sala—, sobre la base de una representación equitativa de las regiones geográficas, previa consulta con las partes en conflicto, quienes deberán nombrar a dos miembros *ad hoc* —que no sean nacionales de esas partes— quienes representarán sus intereses.

El quórum de cinco miembros bastará para constituir la sala. Nada aclara el Protocolo I o el Reglamento de la Comisión acerca de si con la simple presencia de los cinco miembros —sin incluir los miembros *ad hoc*— se conforma el quórum o si, por el contrario, la cifra de cinco debe completarse con la presencia de uno o dos de esos miembros²⁹.

El presidente de la sala recibe todos los documentos relativos al caso *sub examine*, y bajo su responsabilidad se inventariarán y conservarán hasta que termine la encuesta. A partir del momento de la recepción quedan depositados en la Secretaría de la Comisión y los representantes autorizados por las partes pueden proceder a su consulta.

²⁸ Regla 21, Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta.

²⁹ Cabe aclarar que ninguno de los miembros de la sala puede ser nacional de alguna de las partes del conflicto. Según Bosch, J. Ashley, "La Comisión...", *cit.*, "los miembros *ad hoc* no necesitan ser miembros de la Comisión, su función es más bien la de representar a la parte que les ha designado y deben contribuir a crear una atmósfera de cordialidad en la sala".

Luego que la Comisión establezca las líneas directrices a seguir, la sala invitará a las partes en conflicto a asistirle y presentar pruebas, para después decidir acerca de su admisibilidad y de su fiabilidad.

Durante la encuesta la sala puede recabar también toda prueba que estime pertinente—inclusive la testimonial— y efectuar una investigación *in situ*. En este último caso, el presidente de la Comisión recordará a las partes que durante ella se debe garantizar a los miembros de la sala y a sus acompañantes los privilegios e inmunidades necesarias para ejercer sus funciones, así como tomarse todas las medidas de seguridad y protección que resulten adecuadas para el cumplimiento de sus propósitos²⁰. En cualquier caso los privilegios e inmunidades no serán menos amplios que los que la Convención de 1948 sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas otorga a los expertos en misión.

Durante la investigación *in situ* los miembros de la sala dispondrán—en el ejercicio de sus funciones— de identificaciones visibles especiales en el idioma local y podrán separarse para llevar la encuesta en más de un lugar por vez. También podrán adoptar medidas destinadas a la conservación de elementos de prueba.

Todas las pruebas serán íntegramente comunicadas a las partes, pudiendo éstas presentar a la Comisión sus observaciones al respecto. Si la Comisión lo considera necesario puede indicar a la sala que efectúe una encuesta complementaria.

Al terminar la encuesta, la Comisión redactará un informe en base a los resultados obtenidos por la sala, que será enviado a las partes. A partir de ese momento, la Comisión considerará en particular si procede a efectuar gestiones para facilitar, mediante sus buenos oficios, el retorno a la observancia de los Convenios y los Protocolos.

No se hará público ningún dato de carácter personal sin el consentimiento expreso de la persona concernida. Todos los que participan de la sala y los miembros restantes de la Comisión, como así también expertos que ayudan en la encuesta, están obligados durante su mandato y tras la expiración de éste, a guardar secreto acerca de los hechos e informaciones de los que hubiesen tenido conocimiento durante el cumplimiento de sus funciones²¹. La Comisión tampoco hará públicas las conclusiones a menos que así lo soliciten la totalidad de las partes.

En cuanto a los gastos del procedimiento de encuesta, serán definidos por el presidente de la Comisión tras consultar a la Secretaría.

²⁰ Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta, Parte III, Capítulo III, "Procedimiento de encuesta".

²¹ Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta, Parte III, Capítulo VI, "Informe y obligación de confidencialidad".

También el presidente fijará el monto del anticipo que la parte solicitante debe abonar para solventarlos. En caso de presentarse denuncias recíprocas a la sala, cada una de las dos partes anticipará el cincuenta por ciento de los fondos necesarios.

V. LA COMPETENCIA DE LA COMISIÓN

El artículo 90. 2. c) del Protocolo I establece que la Comisión tendrá competencia para:

A) Proceder a una investigación sobre cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave o violación grave tal como se define en los Convenios o en el Protocolo I;

B) Facilitar, mediante sus buenos oficios, el retorno a una actitud de respeto a los Convenios o al Protocolo I.

a) Generalidades

La Comisión sólo puede pronunciarse en caso de haberse alegado una infracción grave o una violación grave de los Convenios.

Es importante tener en claro que en caso de una violación o infracción grave imputable a un individuo, compete en principio a los Estados conocer acerca de la infracción cometida aplicando su derecho penal. La Comisión solamente está habilitada a entender cuando la infracción o violación grave es el resultado de una práctica deliberada de un Estado, y ello siempre que medie una solicitud de encuesta.

Cabe acotar también que el Estado que no condena al individuo culpable de una infracción grave del DIH, viola por su parte su obligación legal de reprimir las inobservancias del DIH. Entendemos que en tal caso, si el Estado ha hecho la declaración de aceptación de la competencia de la Comisión, cualquiera de las partes contratantes podría presentar una solicitud de encuesta en tal sentido y la Comisión podría investigar y, si se comprueba la alegación, realizar gestiones oficiosas para que el Estado dé cumplimiento a los Convenios y al Protocolo I y para que castigue al infractor.

Decíamos que la Comisión sólo puede investigar alegaciones de infracciones o violaciones graves; quedan excluidas entonces todas aquellas infracciones y violaciones que no lo son.

Aquí se marca una diferencia frente al sistema de encuesta previsto en los artículos 52 (I), 53 (II), 132 (III) y 149 (IV) común de los Convenios, que estipulan una competencia *rationis materiae* más amplia, ya que abarca toda violación o infracción a esos tratados. Pero pareciera que las ventajas que presenta la encuesta en los Convenios por la mayor exten-

ción de su competencia, se pierden por carecer de un sistema automático de inicio como el de la Comisión que ahora estamos estudiando.

Puede pasar que la Comisión reciba una solicitud de encuesta respecto de un hecho que no constituya una infracción o violación grave a los Convenios o al Protocolo I; en tal caso bien podría sugerir a los Estados que adopten el mecanismo de encuesta previsto en los cuatro Convenios de Ginebra. Nada impide tampoco que un Estado acuda directamente a este último método ante una violación o infracción grave.

b) Infracciones graves

En los artículos 50 (I), 51 (II), 130 (III) y 147 (IV) común de los Convenios de Ginebra, están calificadas como infracciones graves algunas de las violaciones que pueden cometerse contra personas o bienes protegidos por sus normas.

Así, se consideran infracciones graves en el sentido de las normas de los Convenios:

- el homicidio intencional, la tortura y los tratos inhumanos;
- el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
- la toma de rehenes y la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;
- la deportación o el traslado ilegal o la detención ilegal;
- el hecho de forzar a una persona protegida a servir a las fuerzas armadas de la potencia enemiga y
- el hecho de privar a un prisionero de guerra u otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones de los Convenios de Ginebra.

En los artículos 11, apartado 4 y 85, apartados 2 y 4 del Protocolo I, también se han codificado otras infracciones graves.

J. Ashley Roach propone dividir estas infracciones en dos categorías, a saber:

- 1) Una referida a actividades relacionada con el combate y los experimentos médicos. Para que estas acciones sean consideradas infracciones graves se debe haber actuado con intencionalidad para causar la muerte o al menos atentar gravemente contra la integridad física o la salud.
- 2) La segunda categoría de infracciones graves serían las definidas en el artículo 85, párrafo 4to., siendo la condición para que sean calificadas como tales que se cometan intencionalmente.

Estarían incluidas en la primera categoría las siguientes conductas:

- hacer objeto de saqueo a la población civil o a personas civiles;

— lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;

— lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos en la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa³²;

— hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas;

— hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate;

— hacer uso péfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el Protocolo;

... — las mutilaciones físicas;

— los experimentos médicos o científicos; y

— las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes, salvo si están justificadas en razón del estado de salud de la persona o si están de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas o con las condiciones previstas en los Convenios. Al respecto los Protocolos disponen las excepciones posibles;

— toda acción u omisión deliberada que ponga gravemente en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de una parte distinta de aquella de la que depende.

La segunda categoría está representada por las siguientes acciones:

— el traslado por la potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio, en violación del artículo 49 del IV Convenio;

— la demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles;

— las prácticas del *apartheid* y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañan un ultraje contra la dignidad personal;

— el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimo-

³² Tanto en este caso como en el mencionado al supra, el art. 45, 3. a) y b) expresa "...que sean excesivos en el sentido del artículo 37, párrafo 2.º a) (sic)".

nio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, causando, como consecuencia, extensas destrucciones de los mismos, cuando no haya pruebas de violación por la parte adversa del apartado b) del artículo 83 y cuando tales monumentos históricos, lugares de culto u obras de arte no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares;

— el hecho de privar a una persona protegida por los Convenios o aludida en el párrafo 2do. del presente artículo de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente.

c) Violaciones graves

Las violaciones graves no están explícitamente definidas ni en los Convenios ni en el Protocolo I. Las palabras "violaciones graves" son utilizadas en el Protocolo I en dos artículos.

La primera vez en el artículo 89 al disponerse que ante situaciones de violaciones graves de los Convenios o el Protocolo, los Estados se comprometerán a actuar juntos o separados en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas y de conformidad con su Carta; la segunda vez, al definirse la competencia de la Comisión en el artículo 90.

Según el Comentario de los Protocolos realizado por el CICR, debe interpretarse que "violaciones graves" son aquellos comportamientos contrarios a los Convenios y los Protocolos que tengan naturaleza grave pero que no estén en el elenco de infracciones graves. Se trataría de actos aislados de naturaleza grave, y comportamientos de naturaleza grave debido a la frecuencia con que se presentan a nivel individual o a la repetición sistemática de los mismos o a las circunstancias y violaciones globales.

La Comisión es una institución con capacidad para investigar hechos, no para juzgar. Ella sólo debe determinar si sucedieron o no los hechos reputados por la parte peticionante de la investigación como violaciones o infracciones graves a los Convenios o al Protocolo I.

La Comisión no tiene facultad para emitir un juicio formal acerca de si los hechos alegados por la parte peticionante, en caso de comprobarse que ocurrieron, constituyen una infracción o violación grave.

¿Es acaso que la Comisión debe aceptar comentar una encuesta por el solo hecho de que la parte que la alega sostenga que se trata de una violación o infracción grave a los Convenios o el Protocolo I?

¿Corresponde que previamente se realice un estudio formalmente jurídico de los hechos narrados en la solicitud de encuesta para determinar si constituyen infracciones o violaciones graves?

A la primera pregunta, nuestra respuesta es negativa y en cuanto a la segunda, coincidimos con François Krill en que es evidente que para poder evaluar la amplitud de su cometido, los miembros de la Comisión

deberán efectuar una primera evaluación jurídica. Si así no lo hicieran, podrían abocarse a una encuesta por situaciones que no se corresponden con la competencia expresamente aceptada por los Estados parte.

d) Los buenos oficios

La otra función a cargo de la Comisión es facilitar mediante sus buenos oficios, el retorno a una actitud de respeto de los Convenios y el Protocolo I.

Ello supone la comunicación de las conclusiones acerca de los hechos investigados o la indicación de medios para terminar con el conflicto, no obstante que, como se sostuvo *af supra*, cuando emita las recomendaciones que crea pertinentes evitará expresar en su informe un juicio o comentario sobre el derecho aplicable.

Entendemos que dentro de esta competencia se incluyen la ayuda para que se lleguen a establecer mecanismos de conciliación y cualquier otro medio que permita el retorno al respeto del DIII.

VI. ARGENTINA Y LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE ENCUESTA

Al tratar la declaración de aceptación de competencia, el artículo 90 nada especifica acerca de los plazos para la entrada en vigor de esta cláusula. Podemos suponer que se debe aplicar la regla general recogida en el artículo 95.2 del Protocolo I, que establece que la entrada en vigor para los casos de adhesión ocurrirá seis meses después de manifestado el consentimiento en obligarse. Si así fuera, la declaración realizada por la República Argentina en octubre de 1996 comenzó a surtir efectos el 11 de abril de 1997.

En el supuesto de que se desatase un conflicto armado internacional que involucrara a la Argentina, debemos tener en cuenta que de los seis Estados latinoamericanos que han aceptado la competencia de la Comisión, cuatro son limítrofes con nuestro país: cualquiera de ellos podría solicitar una encuesta ante una supuesta violación o infracción grave realizada por nuestro Estado, en los términos de los Convenios o el Protocolo I.

Asimismo, si uno de los Estados que haya reconocido la competencia de la Comisión fuera elegido como potencia protectora por una de las partes involucradas en el hipotético conflicto con nuestro país, dados los supuestos normativos de cualquier infracción o violación grave, también esa potencia podría presentar una solicitud de encuesta ante la secretaría de la Comisión para que se investigue la conducta de nuestro Estado.

Lo concreto es que Argentina puede ser objeto de una encuesta de la Comisión, si el Estado que la solicita reconoció *ipso facto* y sin acuerdo especial la obligación emanada del artículo 90 del Protocolo I. Pensamos

que en tal caso nuestro país no podrá oponerse bajo ningún aspecto al ingreso de los investigadores —porque el artículo 80.4 a) *in fine* no pide ningún consentimiento previo— y deberá facilitar los medios y cooperar para que la encuesta se lleve a cabo²³.

Diferente sería el caso si el Estado que solicita la investigación aceptó la competencia en forma *ad hoc*. En este supuesto, aunque nuestro país haya realizado la declaración de competencia en tiempo de paz, deberá prestar su consentimiento expresamente para recibir esa encuesta en particular. En caso de negarse la Comisión no podrá realizar la encuesta.

Argentina siempre ha sido respetuosa del DIH. La guerra de las Malvinas Argentinas / Falklands Islands, último conflicto bélico que involucró a nuestro país, es prueba fiel de lo antedicho. Durante el Seminario para Profesores de Derecho Internacional de Argentina y Uruguay, organizado por el CICR y la Universidad Austral en mayo de 1996, los participantes destacaron que la actuación de nuestro Estado durante el conflicto mencionado fue de total acatamiento a las normas del DIH²⁴.

²³ Para una opinión contraria cfr. Roach, J.A., "La Comisión...", cit., pág. 191.

²⁴ Nos parece interesante transcribir parte de las conclusiones: "... Es la primera oportunidad donde se cumple en gran medida con el Convenio II de Ginebra de 1949. La Argentina y el Reino Unido invocaron los Convenios de Ginebra. El derecho internacional humanitario se aplicó ampliamente y de buena fe por ambas partes y se le permitió al CICR desplegar actividades humanitarias sin ningún tipo de trabas. No hubo obstáculos políticos para su desarrollo.

Además se aplicó el contenido del Convenio IV, aunque sin que hubiera reconocimiento formal de su aplicación. Un ejemplo claro de ello es que ambos Gobiernos se pusieron de acuerdo con el CICR para establecer una zona neutralizada alrededor de la catedral de Puerto Argentino para la protección de los civiles.

Se destaca la nominación de potencias protectoras, Brasil y Suiza, con toda la amplitud prevista en las Convenios, así como la actuación del Uruguay, quien respetó su carácter neutral y jugó un rol positivo en la devolución de heridos y prisioneros. También se confió al CICR el mandato de potencia sustituta.

El Convenio III se aplicó satisfactoriamente en cuanto a las visitas del CICR, a los prisioneros de guerra, así como respecto de su inmediata devolución una vez cesadas las hostilidades. Incluso algunas personas fueron entregadas aun antes de la finalización del conflicto.

No hubo comprobación de violaciones graves al derecho internacional humanitario. Sin embargo, en cuanto a las medida de aplicación de dicho derecho se notó deficiencia. Por ejemplo, en la oficina de información, así como la carencia de medallas de identificación de los combatientes...

Además, el conflicto de las Islas Malvinas significó un claro ejemplo para el desarrollo del derecho internacional humanitario, que culminó con la incorporación de algunas normas al Manual de San Remo sobre el derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados en el mar. En especial las disposiciones vinculadas al establecimiento de una zona neutral en alta mar —la Red Cross Box— como la que oportunamente dispusieron las partes en conflicto, que consultó el primer antecedente en la materia.

Cfitemos oportuno aprovechar todo tiempo de paz para planificar cómo ha de responder el Estado ante las obligaciones contraídas para el caso de un conflicto armado.

En el marco de las iniciativas institucionales de los Estados para el respeto y aplicación de las normas del DIH, existen diversos medios que en tiempo de paz pueden allanar el camino ante una eventual presentación de un conflicto y ante la probabilidad de un pedido de encuesta.

La Comisión Interministerial de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario creada por decreto presidencial 933/94³⁸ podría comenzar a estudiar en su seno las medidas de orden administrativo y financiero oportunas, e inclusive asesorar al Poder Legislativo a redactar, con la colaboración de expertos en la materia, los proyectos de leyes necesarias para su eventual implementación³⁹.

Asimismo consideramos que nuestro país cuenta con personalidades del mundo académico, jurídico, diplomático, científico y militar con cuyos nombres se debería realizar un listado para presentarlos como candidatos a miembros de la Comisión en las futuras renovaciones de sus integrantes.

VII. CONCLUSIONES

Nos parece un importante avance que nuestro país haya aceptado la competencia de la Comisión. Es un acto que contribuye a reforzar la aplicación y el respeto del DIH.

³⁸ La creación de la Comisión de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario fue publicada en el Boletín Oficial el 27-VI-1994 por Dec. 933/94. Su objeto es efectuar estudios y proponer las medidas que considere convenientes para: a) la aplicación y puesta en práctica del DIH a través de las normas de orden legislativo o reglamentario y medidas que garanticen la vigencia de los referidos tratados; b) la creación y la difusión de las normas del DIH, vigentes en la República Argentina.

La Comisión está integrada por dos representantes del Ministerio de Defensa, dos del Ministerio del Interior, dos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y dos del Ministerio de Justicia. Tiene además una secretaria que funciona en la Secretaría de Asuntos Militares del Ministerio de Defensa.

³⁹ Existen experiencias en el resto del mundo que avalan nuestra propuesta, vgr. la Comisión Interdepartamental de Derecho Humanitario de Bélgica, creada por decisión del Consejo de Ministros el 20 de febrero de 1987, cuyo objetivo fundamental es estudiar las medidas nacionales de aplicación de los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra en la época del tema. El 18 de marzo de 1987, Bélgica constituyó al Estado depositario de la declaración de aceptación de la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta. Poco tiempo después la Comisión Interdepartamental —similar a la Comisión Interministerial de nuestro país— empujó trabajos para examinar las medidas de aplicación que implican el reconocimiento de esta competencia. Cf. Offermans, Marc, "La Comisión Interdepartamental de Derecho Humanitario de Bélgica", *Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja*, nro. 104, CICR, marzo-abril de 1991, págs. 175 y sigs.

La institucionalización de la investigación tiene como ventaja sustantiva que no se subordina el inicio de la encuesta al acuerdo de partes durante el conflicto. La aceptación de la competencia en tiempo de paz facilita notoriamente tal procedimiento.

También es importante resaltar que los Estados demuestran, al aceptar la competencia de la Comisión, su vocación de respeto hacia el DIH. Ello alienta a pensar que el escepticismo y la falta de preocupación en humanizar la guerra de parte de algunos sectores, cederá ante la vocación estadual por intentar que ésta sea más controlada y menos dañina.

En este sentido, la aceptación de la competencia de la Comisión puede ayudar a disuadir a los Estados de efectuar un empleo indiscriminado de los medios bélicos a su alcance.

También ayudará a evitar que se tomen decisiones de mando militar que puedan resaltar violatorias de los derechos de las víctimas de la guerra.

Siendo que aún el mecanismo de encuesta de la Comisión no fue puesto nunca en marcha, es difícil avizorar qué desventajas podría tener.

No obstante ello, consideramos importante advertir que en tanto y cuanto los miembros de la Comisión no extralimiten sus atribuciones, es de esperar el éxito de sus gestiones. En este campo juzgamos poco oportuno que en su reunión inaugural la Comisión hiciera declaraciones en el sentido de que aceptaría investigar otro tipo de infracciones a los Convenios o al Protocolo I e inclusive referidas a conflictos no internacionales. La Comisión manifestó en esa ocasión que estaba dispuesta a investigar también otras violaciones al DIH, incluidas las que se cometen durante conflictos armados no internacionales³⁷.

La Comisión sólo puede investigar infracciones o violaciones graves a los Convenios o al Protocolo I. Que los miembros de la Comisión amplíen la competencia expresamente otorgada por los Estados es contrario a derecho y al sistema internacional vigente. Conductas de ese tipo podrían hacer que los Estados que aún no han aceptado la competencia de la Comisión sigan renuentes a hacerla, y que los Estados parte puedan considerar vulnerada su voluntad soberana, toda vez que sólo habían aceptado una competencia más restringida.

A nuestro juicio, la composición actual de la Comisión muestra un perfil mayoritariamente, y quizás excesivamente, cercano al mundo jurídico³⁸. Si bien consideramos que es importante contar con personalidades

³⁷ Véase "Informe sobre la Protección de las Víctimas de la Guerra", CICR, Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra — Ginebra, 30 de agosto al 1.º de septiembre de 1983—, pág. 457.

³⁸ El 20 de octubre de 1986 la Comisión Internacional de Encuesta quedó integrada por las siguientes personas:

del área del Derecho, debe recordarse que no se trata de un organismo jurisdiccional, sino de un ente destinado básicamente a la verificación de hechos, con capacidad suficiente para su comprobación y en tal caso, para ejercer buenos oficios y propiciar la vuelta a la observancia del DDI.

Es obvio que, para determinar si la denuncia contenida en la solicitud que se presenta ante la Secretaría de la Comisión constituye o no una infracción o una violación grave en el sentido de los Convenios o los Protocolos, la asistencia de un jurista es casi imprescindible. Sin embargo, ello no agota la diversidad de cuestiones que se han de plantear ante dicho organismo. Por ende, resultaría más apropiado que sus miembros, además de cumplir con los requisitos del artículo 90 del Protocolo I, representen también una pluralidad de disciplinas vinculadas al peculiar tipo de investigación de la Comisión, como señalan distintos autores²⁹.

Consideramos que los Estados que aún no han aceptado la competencia de la Comisión deberían hacerlo. La mayor facilidad que otorga la Comisión para el control de las acciones de los Estados en tiempos de conflicto armado, haría más directa la aplicación de la institución de la responsabilidad internacional. Opinamos que si la mayor parte de la comunidad internacional acepta la competencia de la Comisión, la posibilidad de su actuación tendrá un efecto disuasivo para los beligerantes y ayudará seriamente a evitar excesos, especialmente al momento de medir la necesidad militar, ante un objetivo que pueda afectar a las personas o bienes protegidos por el derecho a los conflictos armados.

Por último, toda investigación que ayude a hacer cesar los daños y sufrimientos de las víctimas de la guerra y a restaurar el respeto del DDI, contribuirá en cierto sentido al restablecimiento y mantenimiento de la paz mundial.

Presidente: Prof. Luigi Condorelli (Italia), profesor de Derecho. Vicepresidente I^o: Prof. Ghaliib Djibali (Argelia), médico cirujano. Dr. Marcel Dubuclet (Francia), médico. Prof. Román Jaseca (Polonia), profesor de Derecho Internacional. Prof. Fritz Karlsruhan (Alemania), profesor emérito de Leyden. Sir Kenneth Keith (Nueva Zelanda). Dr. Valeri Kuznetsov (Rusia), juez. Embajador Erich Kuzbach (Austria), diplomático. Dr. Pavel Linka (R. Checa), director división DIP, Ministerio de Defensa. M. Mihnea Motor (Rumania), director adjunto del Ministerio de Asuntos Extranjeros. Prof. Paulo Sérgio Pinheiro (Brasil), politólogo y jurista. Embajador Arpad Prandler (Hungría), diplomático y jurista. Dr. Hernán Salinas Berges (Chile), jurista. Dr. Carl Ivar Skarstedt (Suecia), ex presidente de la Corte de Apelación. Dr. Santiago Torres Bernárdez (España), ex profesor de la CJI.

²⁹ Françoise Krill, Erich Kuzbach, J. Ashley Roach, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

- BLOWDELL, Jean-Luc, "Crímenes de guerra", *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Ed. Universidad Católica, 1996.
- DUTTI, María Teresa - Pellandini, Christina, "El Comité Internacional de la Cruz Roja y la aplicación del sistema de represión de las infracciones de las normas del derecho internacional humanitario", Separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nro. 123, CICR, mayo-junio 1994, págs. 241-256.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T., *Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva*, Zavalia, Buenos Aires, 1996.
- KRILL, Françoise, "La Comisión Internacional de Encuesta, el papel del CICR", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nro. 104, CICR, marzo-abril 1991, págs. 204-221.
- OFFERMANS, Marc, "La Comisión Interdepartamental de Derecho Humanitario", Separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nro. 104, CICR, marzo-abril 1991, págs. 165-178.
- ROACH, J. Ashley, "La Comisión Internacional de Encuesta, Artículo 90 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nro. 104, CICR, marzo-abril 1991, págs. 179-220.
- SANDOZ, Yves y otros, *Commentaires des Protocoles Additionnels*, CICR, 1977.

Documentos internacionales

Convenio de Ginebra de 1929.

Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

Reglamento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta del 8 de julio de 1992.

Actas de la XV Mesa Redonda del Instituto de Derecho Internacional Humanitario de San Remo.

Los autores agradecen la colaboración y asesoramiento brindado por la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja para Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay y también a la Dra. Hortensia D. T. Gutiérrez Posse por las valiosas sugerencias recibidas de su parte.

ENSAYOS

HISTORIA Y ETNOGRAFÍA EN LA CONSTITUCIÓN DE UNA TEORÍA DEL ESTADO: EL PENSAMIENTO DE GIAMBATTISTA VICO

FERNANDO A. BIRMAN*

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es delimitar y esclarecer, a través del pensamiento de uno de los fundadores de la ciencia social contemporánea, el rango de posibles relaciones entre el estudio histórico-etnográfico y la especulación teórica sobre el Estado. Partiendo de modelos estrictamente racionales (idealismo absoluto de Hegel), donde el papel de la historia —si bien esencial en el desarrollo— es irrelevante a la hora de fundamentar el poder estatal, y pasando por modelos con fuerte perfil antropológico (contractualismo Rousseauiano que postula un hipotético y fundante estado de naturaleza), se busca desentrañar las complejas relaciones que pueden mediar entre el plano teórico y el plano práctico en la elaboración de teorías sobre el Estado.

El estudio de la obra de Giambattista Vico (1668-1744) promete ser un buen método para abordar esta cuestión.

II. DESARROLLO

1) Escepticismo viquiano en torno a la posibilidad de una ciencia social

El supuesto epistémico básico sobre el que se asienta la obra de Giambattista Vico es la asimilación del *verum*, lo verdadero, y el *factum*, lo

* Investigador en la UBA, Ayudante 1° en la cátedra Filosofía de la Ciencia en la Facultad de Filosofía y Letras, UBA.

hecho. Esta identidad establece que verdadero es un valor aplicable sólo a aquello que es creado por la propia subjetividad cognoscente. Dicho de otro modo lo único que ofrece conocimiento cierto (y en sentido estricto, verdadero conocimiento) es aquello que el sujeto que se dispone a conocer está habilitado para crear y objetivar. Dice Vico: "el criterio y regla de lo verdadero es haberlo hecho"¹, con lo cual el plano de lo accesible al conocimiento humano queda rigurosamente restringido. Podemos tener verdades en torno a las ciencias formales, como la geometría y la matemática, pues es el hombre quien por "convención creó para sí un mundo de formas y números"². En cambio, es imposible acceder a un conocimiento sobre la naturaleza y el orden físico pues, dice Vico, no es el hombre sino Dios el artífice del mundo³. El escepticismo viquiano en torno a la posibilidad de una ciencia empírica es contundente. "Demostramos lo geométrico porque lo producimos; si pudiésemos demostrar lo físico, lo produciríamos"⁴.

Ahora bien, ¿es posible para Vico teorizar racionalmente en el ámbito de lo social? O dicho con lenguaje viquiano: ¿es posible desarrollar una ciencia del mundo civil? En este período previo a la redacción de la *Ciencia Nueva*, la respuesta de Vico es negativa. Dice en *Crítica del Ideal de la Formación Humana en Nuestro Tiempo* (pág. 62): "las acciones de los hombres no pueden ser medidas con la regla rectilínea de la razón, que es rígida, sino que deben ser examinadas con la flexible regla lesbía que no dirige los cuerpos hacia sí, sino que se adapta a los cuerpos". No es posible formular una ciencia que tenga como objeto al Estado (y, en particular, al Derecho), pues el plano de lo pragmático —la actividad secular del hombre— es esencialmente irracional. La actividad humana, como el mundo físico, no es dable de ser reducida a un conjunto de principios de valor universal⁵. Para el Vico de este período resulta imposible elaborar una teoría del Estado pues la vida del hombre se halla de continuo regida por "el capricho, la temeridad, la ocasión, el azar"⁶, de modo que las instituciones que le sirven de marco aparecen como igualmente azarosas. Todo

¹ Vico, Giambattista, *Sabiduría Primitiva de los Italianos*, trad. J. Ciccara, Instituto de Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras, UBA, 1938, pág. 34.

² Vico, G., *Sabiduría...*, cit., pág. 33.

³ "El hombre en sus intentos de investigar la naturaleza advierte, al fin, que de ninguna manera podía serlo, por no tener dentro de sí los elementos de que se componen las cosas", Vico, G., *Sabiduría...*, cit., pág. 32.

⁴ Vico, G., *Crítica del Ideal de la Formación Humana en Nuestro Tiempo*, trad. R. Krebs, Instituto de Investigaciones Histórico-Culturales, Santiago de Chile, 1945, pág. 58.

⁵ Vico mantiene la idea de ciencia que ya había defendido Aristóteles, *id.*, la ciencia es un conjunto de principios universales establecidos con certeza.

⁶ Vico, G., *Sabiduría...*, cit., pág. 30.

intento por darle al Estado un carácter racional, ya sea de un modo descriptivo —como el Hegel de los *Principios de la Filosofía del Derecho*—, ya sea de un modo normativo —como la vena contractualista de moralidad kantiana— está condenado al fracaso.

III. HISTORIA Y ETNOGRAFÍA

En su *Autobiografía*⁷ Vico narra que tras haber pasado largos años entregado al estudio del pasado histórico y legendario de diversos pueblos (o como él la denomina, la tradición vulgar de las naciones), hizo el siguiente y trascendental descubrimiento: vio que los mitos o fábulas antiguas no son meras fantasías, ni tampoco profusas alegorías que expresan verdades filosóficas, sino que son la manifestación, mediante caracteres poéticos, de verdades históricas. Dicho de otro modo, el relato de hazañas heroicas, de guerras entre pueblos, de intercambios comerciales, de costumbres jurídicas y penales, no es una ociosa invención de poetas que buscan sólo entretener a un auditorio, sino que son la manifestación de verdades de carácter histórico-etnográfico, que no sólo revelan al investigador los comportamientos y creencias de un pueblo, sino que también permiten entrever las formas político-institucionales en un determinado momento⁸.

Con la antorcha de este nuevo método crítico, dice Vico, es posible descubrir que tanto la sociedad civil como el Estado son productos humanos. En cada época, en cada ámbito geográfico, diversos grupos se dieron a sí mismos sus propias costumbres, leyes e instituciones. Ahora es posible inclinarse sobre la historia y ver allí donde todo era capricho y azar, el sentido y la necesidad. Es posible estudiar la evolución de la sociedad humana y desarrollar una teoría del Estado que dé cuenta de este despliegue. El primitivo escepticismo viquiano acerca de encontrar leyes para la vida mundana del hombre es abandonado y reemplazado por un proyecto vasto y ambicioso: la elaboración de una ciencia del mundo civil.

⁷ Vico, *Autobiografía*, trad. F. González Vicen, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1948.

⁸ Por ejemplo, para establecer las costumbres jurídicas del pueblo griego primitivo, el investigador cuenta, entre otros documentos, con los relatos míticos de *La Ilíada* y *La Odisea*: "Las fábulas heroicas fueron historias verdaderas de los héroes y de sus costumbres heroicas, que se descubre que surgieron en todas las naciones en el tiempo de su barbarie; de modo que los dos poemas de Homero resultan ser dos grandes tesoros para el descubrimiento del derecho natural de las gentes griegas o de bárbaras", Vico, *Op. Privilegio de una Ciencia Nueva en torno a lo Naturales Comunes de las Naciones* (1744), trad. E. de la Villa, Texaco, Madrid, 1993, parágrafo 7.

IV. LA CIENCIA NUEVA

En lo referente a la especulación teórica sobre el Estado, la ciencia nueva puede esquematizarse del siguiente modo⁸:

Hay tres formas sucesivas de gobierno, que se corresponden diacrónicamente con las tres edades del mundo, y a las cuales pertenecen tres formas específicas de jurisprudencia. Respecto de las formas de gobierno, Vico distingue

- (i) gobiernos divinos o teocráticos, míticos y oraculares;
- (ii) gobiernos heroicos o aristocráticos, nobles y facciosos;
- (iii) gobiernos humanos, civiles y equitativos.

Los gobiernos humanos pueden ser tanto populares y democráticos como monárquicos, siempre que se mantenga la libertad e igualdad entre los hombres. Esta tercera forma de gobierno puede degenerar en tiranía o anarquía (la sociedad y el Estado se disuelven), con lo que queda abierta la posibilidad de avasallamiento (legítimo, según Vico) por parte de un Estado más poderoso, o de retorno paulatino al Estado teocrático para recuperar así la unidad y armonía perdidas.⁹

Con respecto a las formas de jurisprudencia, éstas son:

- (I) jurisprudencia divina, abocada a la interpretación de auspicios;

(II) jurisprudencia heroica, que se refiere a los hechos y a las acciones de los héroes, y que se resume en la máxima de *ius est respondere*;

- (III) jurisprudencia humana, examinadora de los hechos y ejecutora benigna de la razón de las leyes.

Las dos primeras formas de jurisprudencia, dice Vico, se atienen a lo cierto como marco dogmático y criterio de acción, en tanto que la última se atiene a lo verdadero y representa la culminación del Derecho como tal.¹⁰

⁸ Cfr. Vico, G., *Ciencia Nueva*, Idea de la obra; Libro Primero: Secciones II, III y IV; Libro Cuarto y Conclusión.

⁹ Cabe hacer notar la identidad formal de la descripción viqueana del proceso de nacimiento y muerte de un Estado con la evolución histórica particular del Estado romano. A las partes (i), (ii) y (iii) corresponderían respectivamente,

(a) período arcaico de los reyes etruscos;

(b) período de gobiernos patricios;

(c) República romana.

Y luego,

(d) Imperio romano;

(e) invasión extranjera del siglo V;

El caído en la barbarie y retorno a los Estados de raíz teocrática (Edad Media).

¹⁰ Lo cierto, para Vico, pertenece al ámbito de la conciencia (en un sentido no psicológico), en tanto que lo verdadero pertenece al ámbito de la ciencia.

V. FILOSOFÍA Y FILOLOGÍA EN LA CIENCIA NUEVA

Vico elabora una teoría que da cuenta de la evolución del Estado desde su instancia mítica y tribal hasta su pleno desarrollo en formas de gobierno monárquicos o republicanos. Ahora bien, ¿qué papel cumple en esta especulación teórica la evidencia histórico-etnográfica? ¿Se complementa con la razón, o es subsidiaria de ella? Al parecer Vico no se halla dispuesto a conceder que su obra se basa meramente en un amplio relevamiento historiográfico. Sin embargo, señala repetidamente (como se apuntó más arriba) que es el estudio de las tradiciones y leyendas populares lo que le permite trazar los lineamientos generales de la "historia ideal eterna", como denomina a este despliegue temporal de la sociedad y del Estado humanos. Esta tensión entre el estudio de lo que pertenece al ámbito de lo práctico y la reflexión en el ámbito de lo teórico es lo que debemos elucidar ahora.

Vico engloba bajo el término "filología" lo que nosotros denominamos "estudio del ámbito de lo práctico". Dice al respecto: "Esta dignidad en su segunda parte define como filólogos a todos los dramáticos, historiadores, críticos, que se ocupan del conocimiento de las lenguas y de los hechos de los pueblos, tanto en casa, como son las costumbres y las leyes, cuanto fuera, como son las guerras, las paces, las alianzas, los viajes, los comercios"¹². Para delimitar, por otro lado, el "ámbito de lo teórico", Vico utiliza el término "filosofía". En uno de sus axiomas (que él denomina "dignidades") afirma: "La filosofía contempla la razón, de donde surge la ciencia de lo verdadero"¹³. En vista de esto, la tensión existente en la Ciencia Nueva entre el rol que cumple la razón teórica y el estudio de la evidencia empírica puede reformularse como una tensión entre el papel de la filosofía y el papel de la filología en el pensamiento de Vico.

Como se sostuvo anteriormente, las respuestas que la filosofía del Derecho y diversas teorías del Estado dieron a este problema son variadas y, en ciertos casos, antagónicas. Hegel, por un lado, sostuvo que el Estado es la manifestación misma de la Razón, de modo que de parte del sujeto que conoce, el acceso a esta verdad, a este logos, es estrictamente racional. Asimismo, en sus *Principios de la Filosofía del Derecho*, estableció que la eticidad, el Derecho mismo, no es sino la objetivación de lo que en el plano subjetivo aparece como segunda naturaleza (frente a la primera naturaleza de orden volitivo-natural), como lo propio de la Razón ac-

¹² Vico, G., *Ciencia Nueva*, cit., parágrafo 138.

¹³ *Ibid.*, parágrafo 138.

tualizada¹⁴. Por otro lado, y contrariamente, los filósofos que vieron en la naturaleza del Estado el producto de un contrato original, meramente hipotéticos en ciertos casos, asentaron la fuerza de sus argumentos en cierta evidencia antropológica, si no verdadera, al menos verosímil y explicativa¹⁵.

Vico, a diferencia de ambos planteos, tiene una actitud más oscilante. Por momentos parece insinuar que el mero razonar permite por sí sólo acceder a verdades inamovibles sobre la naturaleza del Estado, el Derecho y la sociedad. En otros momentos afirma que el estudio historiográfico es el que demuestra ciertas verdades. La relación entre filosofía y filología, como se ve, aparece incierta.

VI. Matices DE UNA RELACIÓN

Vico sostiene que el rol de la filosofía en la Ciencia Nueva es el de asentar, en forma axiomática, los parámetros de modificación de la mente humana a lo largo del tiempo. Pero dado que, para este autor, el estudio del hombre y sus instituciones puede abordarse plenamente a partir del análisis de estos parámetros de modificación mental, resulta que, aparentemente, la filosofía permite agotar el tema de investigación sin dejar un lugar de relevancia a la inspección historiográfica. Ernan McMullin, en su artículo "La teoría de la ciencia en Vico", resume esta posibilidad con la siguiente pregunta: "¿Si el filósofo pudiera realmente descubrir la verdad por sí mismo, en qué le ayudaría el filólogo?"¹⁶. Responder a esto requeriría un análisis detallado de todos los pasajes de la Ciencia Nueva en los que Vico hace explícita la relación entre filosofía y filología. Sin embargo, dado que estos pasajes llevan a formular una relación que, si bien tiene características precisas, presenta diversos matices de acuerdo al balance del aspecto teórico y del aspecto práctico, resultará suficiente que a continuación sólo transcribamos ciertos ejemplos paradigmáticos.

a) "Un léxico tal (el conjunto de lenguas ancestrales) se muestra necesario para conocer la lengua con la que habla la historia ideal eter-

¹⁴ Cf. Hegel, G. W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, Tercera Parte: La eticidad, trad. J. L. Vernal, Edhasa, Barcelona, 1988; y Dujovne, L., *La Filosofía del Derecho de Hegel e Heidegger*, Segunda Parte, Omega, Buenos Aires, 1962.

¹⁵ Cf. D'Auria, A. A. - Balerdi, J. C., *Estado y Democracia. Propuestas para una Teoría del Estado Digno-representativo*, Docencia, Buenos Aires, 1996.

¹⁶ McMullin, Ernan, "La teoría de la ciencia en Vico", en Tagliacozzo, Giorgio - Mooney, Michael - Verzone, Donald Phillip (comp.), *Vico y el Positivismo Contemporáneo*, FCE, México, 1987, págs. 60/81.

na, sobre la cual transcurren en el tiempo las historias de todas las naciones, y para poder fundamentar con ciencia la autoridad o confirmar de cuanto se razona en el derecho natural de las gentes y, por tanto, en toda jurisprudencia particular"¹⁷. Este pasaje parece revelar que la razón especulativa, aplicada a la elucidación de la naturaleza del Derecho y del Estado, asciende al nivel de disciplina científica gracias a la intervención confirmatoria del material historiográfico. Dicho con lenguaje viquiano, es aparentemente la filología la que, con su fuerza confirmatoria, transforma a la filosofía en ciencia.

b) "Por todo esto, esta ciencia, a través de la contemplación de esa providencia infinita y eterna (la historia del género humano), halla ciertas pruebas divinas con las cuales se confirma y demuestra"¹⁸. Aquí, como en el caso anterior, el estudio historiográfico aporta las pruebas necesarias para confirmar lo dicho por la razón. Sin embargo, a diferencia de (a), en este pasaje el producto de la razón ya tiene *status* científico antes de asentarse en las pruebas filológicas correspondientes.

c) "Esta misma dignidad demuestra que les ha faltado la mitad tanto a los filósofos que no acertaron sus razones con la autoridad de los filólogos, como a los filólogos que no cuidaron de verificar su autoridad con la razón de los filósofos"¹⁹. La razón, y por ende la científicidad²⁰, están aquí del lado de la filosofía, independientemente de las pruebas historiográficas que aporta la filología²¹.

d) "Aquí la filosofía se dedica a examinar la filología (o sea, la doctrina de todas las cosas que dependen del arbitrio humano, como son todas las historias de las lenguas, de las costumbres y de los hechos tanto de la paz como de la guerra de los pueblos), y la reduce a forma de ciencia, al descubrir en ella el diseño de una historia ideal eterna, sobre la cual transcurren en el tiempo las historias de todas las naciones"²². Contrariamente a lo dicho en (a), aquí se afirma que es el razonar especulativo el que le otorga carácter científico al relevamiento historiográfico.

¹⁷ Vico, G., *Ciencia Nueva*, cit., parágrafo 35.

¹⁸ *Ibidem*, parágrafo 343.

¹⁹ *Ibidem*, parágrafo 140.

²⁰ Vico asigna razón con científicidad. Téngase en cuenta para esto lo frase ya citada: "La filosofía contempla la razón, de donde surge la ciencia de lo verdadero". *Ciencia Nueva*, cit., parágrafo 128.

²¹ A idénticas conclusiones nos conduce el parágrafo 328: "De ahí que, por las pruebas filosóficas anteriores, las filológicas, que las siguen después, sirven al mismo tiempo para confirmar su autoridad con la razón y confirmar la razón con su autoridad".

²² Vico, G., *Ciencia Nueva*, cit., parágrafo 7.

of²³ Estas son las pruebas filosóficas que usará esta ciencia y, en consecuencia, las que son absolutamente necesarias para conseguirla. Las filosóficas deben ocupar un lugar secundario²⁴.

Como se ve a partir de (a)-(e), Vico oscila entre una posición "empirista", en la cual el carácter científico del razonar teórico depende del material histórico-etnográfico que le da apoyo, y una posición "racionalista", en la cual la científicidad de este razonar es independiente de la investigación práctica (si bien, en cierto modo, no puede prescindir de ella).

Ahora bien, ¿debe interpretarse esta oscilación como una falta de claridad, como una laguna (en términos de Piaget) de la argumentación viquiana? La respuesta que defendemos aquí, y que se apoya en los desarrollos de McMullin, es que no. El argumento es el siguiente. La *Ciencia Nueva* entrelaza tres tipos diferentes de razonamientos: uno que va de los axiomas a las consecuencias que de ellos se derivan (razonamiento deductivo); otro que va de la evidencia histórica a los axiomas mediante la adición de hipótesis explicativas (razonamiento retroductivo); y un último que va de la evidencia histórica a los axiomas mediante la generalización de instancias particulares (razonamiento inductivo). Así, "lo que caracteriza a la *Ciencia Nueva* es la forma en que estos tres tipos de razonamiento se entretajan y la conciencia que tiene Vico de la importancia de combinar los de tipo axiomático y retroductivo de una manera particular en el contexto de las ciencias sociales"²⁴. Vemos, entonces, que la oscilación de Vico en torno a los aspectos teóricos y prácticos de su teoría sobre el Derecho y el Estado no es sino la diversa manifestación de tipos de razonamiento distintos (ya que algunos enfatizan el carácter heurístico del razonar, en tanto que otros privilegian las generalizaciones empíricas). Los pasajes que subrayan la importancia de la investigación histórica se asientan en razonamientos inductivos y, en menor medida, retroductivos. Los pasajes que, contrariamente, ponen el acento en la especulación teórica y delegan a un segundo plano la investigación práctica, se asientan en razonamientos deductivos. El pensamiento de Vico no es, por lo tanto, inconsistente y resulta un medio útil para echar luz sobre posibles vías de razonamiento en la teorización sobre el Estado.

VII. Conclusión

A lo largo de este trabajo se procuró delimitar y esclarecer el rol que cumple la investigación histórico-etnográfica en la formulación de teorías

²³ Vico, G., *Ciencia Nueva*, cit., parágrafo 351.

²⁴ McMullin, E., "La teoría...", cit., pág. 89.

del Estado. Abordando la obra de Giambattista Vico como propuesta teórica que media entre el racionalismo a ultranza de autores como Hegel y el interés antropológico fundante de posturas contractualistas como la rousseauniana, se buscó explicitar posibles (y divergentes) vías de argumentación para una teoría del Estado. Se llegó a la conclusión de que Vico recurre a distintos tipos de razonamiento que hacen hincapié, tanto en el aspecto teórico especulativo, como en el aspecto empírico (entendiéndose por esto la inspección histórico-etnográfica), y que combina estos tipos de razonamiento de modo de alcanzar una propuesta teórica que, al menos en principio, escape al dogmatismo sectorio (que amenaza a las propuestas que desconocen o tergiversan la realidad histórica) y supere, al mismo tiempo, el mero relevamiento historiográfico.

PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN: HACIA UNA FUNDAMENTACIÓN EPISTEMOLÓGICA*

HERNÁN L. FOLGUEIRO**

I

Los procesos penales tienen como objeto el descubrimiento de la verdad histórica. Esta frase, presente en casi todos los ordenamientos procesales vigentes en nuestro país, puede ser analizada desde diferentes ángulos. Generalmente se ha hecho hincapié en el estudio de los medios probatorios por los cuales puede concretarse este objetivo. El eco de los métodos de la inquisición para la concreción de los fines del proceso, volcó a los juristas argentinos al estudio de los reparos que se debían poner al Estado en el ejercicio del poder de persecución.

Sin embargo, esta noble batalla política (de oposición entre un proceso inquisitivo y un proceso acusatorio) no agota la discusión acerca de la problemática de la búsqueda de la verdad. Los dos sistemas tienen en común la postulación de un modelo de conocimiento: determinan, por consiguiente, un modelo epistemológico¹.

La intención de este trabajo es dejar de lado el aspecto de la problemática que contraponen un sistema a otro. Como sistema de conocimiento,

* Este trabajo fue presentado como monografía final en el curso Derecho Penal y Procesal Penal Estadounidense, dictada por Alberto Bevino, llevado a cabo en el primer bimestre del segundo cuatrimestre de 1996 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Entre las congnas se solicitaba una producción especialmente analítica.

** Abogado, egresado de la UBA.

¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Capítulo 1, Epistemología: La crisis del derecho penal, Trotta, Valladolid, págs. 32 y sigs.

intentaremos poner de manifiesto algunos interrogantes relacionados con el modelo epistemológico que postula el Código Procesal vigente en el ámbito federal² a partir del análisis del denominado principio de intermediación.

En este contexto, este trabajo tiene la finalidad de investigar cuáles son los argumentos que se pueden enunciar para una fundamentación de este principio. Las dificultades que presenta esta tarea son múltiples, ya que la mayoría de los procesalistas lo describen por extensión, es decir, describiendo cada uno de los elementos que componen el principio. Dicen, por ejemplo, que la intermediación consiste en la presencia ininterrumpida de todos los participantes del proceso durante el debate en el que se incorporan los elementos probatorios para la decisión del caso³. Sin embargo, si se investiga en la literatura jurídica cuáles son los fundamentos del principio (es decir, buscar una definición por comprensión), se encontrarán sólo expresiones vagas e imprecisas. Lo que sí aparece claro en este contexto es que el principio de intermediación sólo adquiere significación en un proceso oral y contradictorio.

Ahora bien, con el propósito de lograr mayor claridad expositiva, podríamos tomar dos fundamentos elementales de este principio según los siguientes criterios:

En primer lugar, el juicio por jurados impone que la prueba deba producirse frente a quienes tienen la facultad de juzgar. Denominaremos a este postulado *fundamento institucional*.

En segundo lugar, debemos aclarar que el procedimiento penal está concebido para la determinación de la existencia o inexistencia de un fenómeno histórico, y en este sentido podemos afirmar que el proceso es o lleva implícito un método de adquisición de conocimiento⁴. En este senti-

² Esencialmente el análisis se centra en el estudio del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.694). Sin embargo, los problemas tratados pueden servir para evaluar los modelos procesales denominados "mixtos".

³ Cfr. por todos, Baumann, Jürgen, *Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1980, págs. 68 y sigs.

⁴ Nos limitaremos aquí a analizar el objeto del proceso como método de conocimiento de los hechos con absoluta prescindencia de toda valoración normativa. En este sentido vale destacar que el fenómeno de conocimiento presenta tres elementos principales: el sujeto, la imagen y el objeto. En el marco del proceso, el sujeto es conformado por quienes tienen el poder de juzgar (jueces, profesionales o jurados), el objeto está constituido por el fenómeno a conocer (el hecho histórico) y la imagen es la representación que el sujeto se forma del objeto. Con esta formulación se pretende establecer que el principio de intermediación, como presupuesto establecido para desarrollar la actividad del conocimiento de un fenómeno, debe hacer respetar las relaciones entre sujeto y objeto de conocimiento. Según este criterio es correcta evaluar la estructura del proceso penal a la luz de los conceptos estipulados por la teoría del conocimiento. Sobre la problemática de la teoría del conocimiento consultar: Husserl, J., *Teoría del Conocimiento*, 3ª ed., trad. José Guss, Losada, Buenos Aires, 1934.

de, el principio de inmediación puede ser comprendido como una regla epistemológica dentro del proceso penal. A la concepción del principio de inmediación en estos términos, es decir, como regla de conocimiento, la llamaremos *fundamento epistemológico o lógico*. Cabe aclarar que la clasificación que aquí se ensaya tiene la única finalidad de clarificar la exposición. Por consiguiente, no debe entenderse que estos fundamentos sean excluyentes, o que se deba preferir uno u otro.

II

En la literatura jurídica argentina aparecen los fundamentos antes descriptos pero con una particularidad; quienes derivan el principio de inmediación de la exigencia constitucional del juicio por jurados, no se pronuncian acerca del fundamento lógico y quienes encuentran su base en una exigencia lógica, dejan de lado el institucional. Veamos:

Vélez Mariconde, con cita de Framarino, sostiene:

"El principio racional de Inmediación (...) exige que las pruebas lleguen al ánimo del juzgador 'sin sufrir alteración alguna por influjo extraño a su naturaleza', vale decir, que los elementos de convicción lleguen directamente al espíritu del sujeto que en definitiva ha de valorarlos, de suerte que en su recepción no se interpongan otras personas que consciente o inconscientemente puedan turbar la natural eficiencia de tales elementos, y tergiversar así la verdad de los hechos dando una base falsa a la justicia".⁵

Este autor, con la finalidad de sanjar la polémica "juicio escrito vs. juicio oral", afirma que el juicio oral, público, contradictorio y continuo, es el mecanismo más idóneo para lograr la reproducción lógica del hecho ilícito; el mecanismo más apto para el descubrimiento de la verdad. Teniendo en cuenta la clasificación propuesta en el punto I, podemos decir que esta tesis representa un ejemplo de la "fundamentación lógica" del principio.⁶

Por su parte, Maier interrelaciona la problemática del principio de inmediación con la oralidad y publicidad del proceso, y con la exigencia

⁵ Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, T. 1, 3ª ed., 2ª reimp. actualizada por los Dres. Manuel N. Ayón y José I. Caffarena Narco, Marcos Lerner, Córdoba, pág. 419.

⁶ La negativa de Vélez Mariconde a aceptar el mandato constitucional de que los juicios sean decididos por un jurado popular, tal vez veló a este autor a fundamentar la vigencia del principio de inmediación en un argumento que dejara de lado la participación popular.

constitucional del juicio por jurados⁷. Preocupado también por la necesidad de un juicio oral —público— contradictorio y continuo, que posibilite al acusado el "goce" de un debido proceso, desarrolla una dogmática del principio de inmediación a partir de la forma republicana de gobierno y de la necesidad de la participación popular en la administración de justicia. Por ello, podemos decir que Maier es un sostenedor del "fundamento institucional" del principio de inmediación⁸.

Como se puede apreciar, tanto Vélez Maricónde como Maier, sostienen que el principio de inmediación debe integrar el proceso penal pero desde diferentes posturas. Tal vez, los distintos frentes de lucha que presentaba y todavía presenta el modelo procesal penal argentino (p. ej. la necesidad de desterrar la escritura como medio para el desarrollo del debate), imposibilitaron un análisis profundo de este principio.

III

Como el objeto de esta exposición es el de comparar el sistema de enjuiciamiento estadounidense y el argentino, trataremos de conjeturar en este apartado cuáles son los posibles pilares del principio estudiado en el modelo estadounidense.

De las múltiples aristas que presenta el modelo procesal penal estadounidense para un análisis comparativo, tomaremos aquellas relevantes para el desarrollo de este trabajo⁹. En primer término, debemos destacar que la inexistencia de una instrucción formalizada determina necesariamente que en el debate se concrete el verdadero juicio. De esta manera, el principio de inmediación se ve plasmado en el hecho de que la prueba se deba producir o presentar frente a las partes y frente a quienes tienen la potestad de decidir el caso (jurados).

Con los criterios que se han plasmado en el punto I para evaluar el principio de inmediación, aparece claro que el "fundamento institucio-

⁷ Maier, Julio B. J., *Derecho Penal Procesal Argentino*, T. I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 1988, págs. 418, 514, 601 y 602.

⁸ En la obra de Maier se encuentran expresamente una fundamentación epistemológica del principio de inmediación, sin embargo podría deducirse a partir del análisis que realiza en relación a la problemática de la verdad como objeto del procedimiento. Cfr. Maier, J. B., "Derecho...", *cit.*, págs. 562 y sigs. Esta tesis es seguida por Sándor, Alberto, M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, págs. 96 y sigs.

⁹ El modelo estadounidense será descrito acortadamente. Por ello, deberá entenderse que las conclusiones que se derivan de esta monografía son sólo parciales y provisionales. Sin embargo, la comparación con el modelo estadounidense no puede servir para razanar acerca del estado de la discusión de esta problemática en el modelo procesal argentino.

nal" surge de la existencia del juicio por jurados para la mayoría de los juicios en materia criminal¹⁰.

La vigencia del "fundamento epistemológico" se manifiesta a través de la audiencia prevista para la selección de los miembros del jurado (*voir dire*). En la audiencia del *voir dire* tanto el juez que la preside como las partes tienen la facultad de interrogar a los candidatos a jurado con el objeto de determinar si el postulante tiene algún tipo de preconcepción o idea que lo condicione para el veredicto, de esta manera, se excluirá del jurado —por ejemplo— a quien haya tenido conocimiento del caso a través de los medios de comunicación.

En el caso "Irvin vs. Dowd"¹¹ la Suprema Corte entendió que un jurado que se ha formado una opinión previa al juicio, por los medios de comunicación, aun cuando manifieste que al momento de fallar la excluirá, no puede ser imparcial¹².

También en la audiencia del *voir dire* se indaga al candidato a jurado con relación a los prejuicios raciales, étnicos o religiosos, así, las partes pueden recusar con causa a aquellas personas que manifiesten algún tipo de discriminación¹³.

Si tenemos en cuenta que el fenómeno de conocimiento se produce a través de una representación ideológica de un objeto extraño al sujeto, podemos decir que el *voir dire* contribuye a que las representaciones que se puedan producir en el sujeto no se vean determinadas por un prejuicio. En efecto, sin bien es cierto que:

"No existe ningún objeto que, en todo caso, no esté constituido por el conocimiento subjetivo. Los objetos del conocimiento están a nuestra disposición solo dentro del conocer, y solo se puede juzgar la fidelidad de su reflejo por medio del conocimiento dentro de los procesos cognoscitivos. El hecho de que el concepto de una cosa coincida con esa cosa no es resultado de un procedimiento abstracto mensurable, sino de un proceso en el cual sujeto y objeto se encuentran implicados recíprocamente"¹⁴.

¹⁰ Artículo 3, apartado 2, y 6a. Enmienda, Constitución de los EE.UU.

¹¹ U.S.S.C. "Irvin vs. Dowd", 366 U.S. 717, citada por García, Luis M., *Juicio Oral y Medios de Prensa*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, pág. 75.

¹² La American Bar Association ha establecido el estándar 8-3.3 para determinar en qué casos es procedente el cambio de jurisdicción del juicio cuando la publicidad del hecho impida un juicio justo e imparcial. Cfr. García, L. M., *Juicio...*, cit., pág. 77; Carró, Alejandro D., *El Enjuicio en el Penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Eudela, Buenos Aires, 1990, pág. 64.

¹³ Cfr. Cavallero, Ricardo, J. - Herdler, Edmundo, S., *Justicia y Participación*, Universidad, Buenos Aires, 1988, págs. 110/112.

¹⁴ Husserl, Wladimir, *Crítica al Derecho Penal de Hegel*, trad. de Patricia S. Ziffer, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, pág. 88.

El *voir dire* nos otorga elementos para afirmar que el modelo de enjuiciamiento estadounidense trata de minimizar los problemas que presentan inicialmente las relaciones entre sujeto y objeto de conocimiento, de tal forma que estos problemas no se traduzcan en preconcepciones que hagan del juicio una comprobación de los preconcepciones de los miembros del jurado.

IV

El "fundamento institucional" del principio de inmediación, como se vio, deriva de la exigencia constitucional del juicio por jurados. En consecuencia, la mejor manera de sostener la vigencia del principio es la de instrumentar un debate en el cual los jurados en una audiencia oral, ininterrumpida y contradictoria determinen la existencia o inexistencia de un hecho ilícito. De este modo, es posible afirmar que:

"La existencia del jurado produce consecuencias que van más allá de su papel decisorio. Así, la presencia de un jurado que no ha tenido contacto alguno con el caso obliga a las partes a desarrollar toda su actividad probatoria frente a este grupo de ciudadanos, actividad que caracteriza al juicio e impone, por necesidad, el principio de inmediación en la recepción de la prueba"¹⁵.

Para la "fundamentación lógica" del principio, no podemos dejar de lado las palabras de Vélez Maricónde, quien a nuestro criterio, coloca correctamente al principio de inmediación en el universo de la epistemología.

Ahora bien, veamos si la estructura del proceso penal responde a los parámetros epistemológicos aceptados como válidos por las ciencias, o bien si es posible establecer algún paradigma que fundamente exclusivamente la reconstrucción de la verdad judicial. Como se dijo, la generalidad de los procesalistas sostienen que el descubrimiento de la verdad es la meta del proceso penal. ¿Es compatible esta afirmación con algún paradigma científico vigente? Aquí una posible respuesta:

"Biología, física, antropología, psicología y sociología de la organización se dedican desde hace largo tiempo, con grandes recursos personales y materiales, a describir con tanta precisión y acierto como sea posible datos relativamente poco numéricos, intentando establecer correctamente las relaciones en que se encuentran entre sí. Sin embargo, la metodología de la investigación empírica rechaza conferir el predicado 'ver-

¹⁵ Bovio, Alberto, "Ingeniería de la verdad", *No Hay Derecho*, nro. 52, Buenos Aires, 1995, nota 28.

dadero' a los conocimientos obtenidos del modo expuesto. Lo que de ellas puede afirmarse es que 'no son todavía falsas'. Y esto no se debe a que la metodología empírica se exprese con precaución o prudencia, pues cuando una tesis es falsa lo afirma con claridad. La precaución solamente se muestra respecto de las afirmaciones positivas de veracidad... El proceso penal, por su parte, y en comparación con las inversiones de las ciencias empíricas, invierte bien poco en el esclarecimiento de la verdad"¹⁶.

A la luz de estos argumentos, queda claro que el proceso penal no responde al paradigma vigente en materia de investigación científica. En este orden de ideas, para una fundamentación epistemológica del principio de inmediación que responda a parámetros de racionalidad, se halla necesaria la incorporación al proceso penal de las reglas de investigación aceptadas como válidas por las ciencias empíricas.

Sin embargo, si bien el derecho penal comparte con las ciencias empíricas la necesidad de comprobar la existencia de un hecho —para corroborar o refutar una hipótesis—, los postulados judiciales (ej. A mató a B) no son susceptibles de contrastación mediante la experiencia. Por consiguiente la asimilación de un modelo a otro no sería enteramente posible.

En el proceso de reconstrucción de la verdad judicial de un hecho posible se da un constante entrecruzamiento entre lo empírico y lo normativo. Las distintas reglas que regulan el método de reconstrucción judicial de la verdad condicionan necesariamente el resultado de la operación¹⁷. En este orden de ideas afirma Ferrajoli: "la verdad procesal fáctica es en verdad un tipo particular de verdad histórica, relativa a proposiciones que hablan de hechos pasados, no directamente accesibles como tales a la experiencia; mientras, la verdad procesal jurídica es una verdad a la que podemos llamar clasificatoria, al referirse a la clasificación o calificación de los hechos históricos comprobados conforme a las categorías suministradas por el léxico jurídico y elaboradas mediante la interpretación del lenguaje legal"¹⁸.

Más allá de las diferencias descriptas, dentro de este original modelo de conocimiento que postularía el derecho procesal penal, es posible encontrar algunas alternativas, en el marco de posibilidades que actual-

¹⁶ Haeuserer, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 145. Cf. por todos, Popper, Karl R., *La Lógica de la Investigación Científica*, Tecnos, Madrid, 1993.

¹⁷ Por ejemplo, una hipótesis de culpabilidad de un imputado se puede estar sometida permanentemente a verificación.

¹⁸ Ferrajoli, L., *Derecho...*, cit., pág. 52.

mente se encuentran al alcance de los legisladores, que doten de racionalidad a lo que los juristas denominan *principio de inmediación*:

a) Que exista una clara división entre quienes ejercen las facultades decisorias y requirentes. Que los fiscales investiguen, que los defensores defiendan y que los jueces decidan, parece lógico desde todo punto de vista. Que un juez se forme un preconcepto del caso con el análisis de la investigación estrecha el margen de operatividad de la regla de inmediación.

b) Que exista la posibilidad de la incorporación en el juicio de declaraciones (claramente reproducibles) mediante la lectura de las de la instrucción, pulveriza la regla lógica de que los elementos a valorar lleguen al sujeto cognoscente de modo distorsionado.

c) Que exista la posibilidad de que el debate se divida en dos fases, una en la que se discute la existencia de un hecho punible y la culpabilidad del imputado, y otra en la que se debate la determinación de la pena, posibilitaría la aislación de los objetos de estudio, y por consiguiente maximizaría la operatividad de la regla de inmediación.

Como se vio brevemente, la operatividad de la regla de inmediación más que un principio vigente es una expresión de deseos de los juristas. Por consiguiente, es necesario producir un debate para adecuar las reglas del proceso penal a un parámetro racional de indagación de la verdad.

Tal vez, algunos de los interrogantes planteados en este trabajo encuentren respuesta en las siguientes palabras: "Nuestra ciencia no escapa a las reglas que muestran el avance del conocimiento en todas las ciencias. Si frecuentemente caemos en equívocos a este respecto, será porque no sabemos ubicarnos dentro de una adecuada teoría de la ciencia"¹⁹.

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1995, pag. 27.

LA INSTRUCCIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO

MARTA ANGÉLICA MACÍAS

I. INTRODUCCIÓN

El tema a abordar mediante este trabajo es el de la instrucción por el Ministerio Público. Este instituto aceptado en algunas legislaciones modernas, incluidas algunos códigos procesales de provincias argentinas, es víctima de serios reparos. Sin embargo, existe y se aplica, aunque con distintas modalidades. A pesar del rechazo que ha sufrido en nuestro país, no es posible dejar pasar por alto la influencia de autores que lo propician y de los códigos extranjeros que lo acogen como el de Francia, Italia y Alemania, por nombrar algunos.

Luego de introducir en el tema a través de una breve reseña histórica, nos proponemos estudiar la instrucción por el Ministerio Público como posibilidad de preparar el ejercicio de la acción penal, sus características, su procedencia, la naturaleza jurídica, conclusión y transformación. Para hacerlo es necesario tener en cuenta, además de la opinión de diversos autores, los códigos de Mendoza, Córdoba y el de Italia.

El tema más interesante estará dado por el hecho de que se ha objetado a la instrucción fiscal desde el punto de vista constitucional, nos proponemos demostrar que dichas críticas no son certeras y que reglamentado debidamente puede llegar a ser viable su implementación.

Tal vez al momento de este trabajo, los reparos que se le pudieran hacer a la instrucción por el Ministerio Público puedan parecer obsoletos. De hecho la institución ha evolucionado tanto que en algunas legislaciones ya no aparece en forma tímida y como modo excepcional frente a la instrucción jurisdiccional, sino como la que procede por regla general y hasta como la única con la que se inicia el procedimiento penal.

Indudablemente para su viabilidad habrán que asegurarse algunas formas o requisitos que resguarden los derechos del individuo que se enfrenta al proceso penal, pero bien fijados los límites a la actividad ins-

tructura por el Ministerio Público, la implementación de este instituto acerca el enjuiciamiento penal al sistema acusatorio.

Que proceda en forma excepcional o como regla para iniciar el procedimiento penal en los casos de delitos de acción pública será una cuestión a decidir políticamente.

1) Antecedentes históricos

La inquisición es el sistema que vinculado a la nueva forma de distribución política del poder, identifica la actuación del derecho penal como función del Estado. Este sistema se desarrolla durante los siglos XIII a XVIII y la transformación que produjo en el derecho penal consistió principalmente en expropiar de los ciudadanos el poder de reaccionar contra el ofensor, transmitiendo dicho poder al Estado que podía proceder aun de oficio. Imperan los principios de oficialidad de la persecución penal y el de legalidad que impone el deber de perseguir penalmente toda hipótesis delictiva conocida. Las máximas fundamentales de la Inquisición son la persecución penal pública de los delitos, siendo obligatorio su ejercicio y la instrumentación del procedimiento tendiente a averiguar la verdad histórica a través principalmente del tormento, como método para conocerla.

Con el arribo de la república constitucional y la finalización de la monarquía absoluta decae el sistema inquisitivo de enjuiciamiento penal y se intenta volver a las formas acusatorias, sin embargo algunas de las reglas de la Inquisición se mantuvieron vigentes y continuaron aplicándose. La Revolución Francesa y todo el movimiento reformista que ella introdujo y que alcanzó carácter general durante el siglo XIX, introdujo el sistema inquisitivo reformado. El nuevo sistema acoge los principios inquisitivos esenciales pero no en forma absoluta sino que ceden ante el reconocimiento de valores individuales como la dignidad humana.

"La mixtión resulta, entonces, de haber instaurado un procedimiento inquisitivo en esencia que se realiza a similitud de la forma acusatoria o, si se quiere, con límites para el Estado en el ejercicio del poder en homenaje a la persona humana"¹. El sistema mixto o inquisitivo reformado mantiene la realización pública y obligatoria del derecho penal a cargo del Estado, encomendando a un órgano estatal la misión de perseguir obligatoriamente y ejercer la acción penal iniciándola e impulsándola sin depender de la voluntad persecutoria de un sujeto privado. El respeto a las formas acusatorias consiste en asegurar al imputado una serie de garantías a su favor que lo resguarden en su dignidad humana, así se prohíben los tratos crueles como forma de obtener la verdad histórica y se reafirman los principios de juicio previo e inviolabilidad de la defensa.

¹ Maier, Julio, *La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público*, Lerner, Buenos Aires, 1973, pag. 17.

La inquisición con un solo órgano realizaba la investigación, el inquisidor reunía en su persona las funciones de perseguir y de decidir. En el sistema inquisitivo reformado, si bien es el Estado el que conserva todo el poder penal, su competencia se halla escindida entre órganos encargados de la persecución penal y otros con poder de decidir. "La separación formal de estas funciones fue necesaria para garantizar la defensa individual: ella se reputó imposible sin crear un acusador (contradictor) que circunscribiera la imputación concreta que el imputado estaba facultado a resistir y contestar, con todos los medios legítimos a su alcance, y sin dotar de un grado aceptable de imparcialidad al juzgador, consistente en evitar que él se comprometiera, antes del fallo, con la hipótesis delictiva, afirmándola desde la iniciación del procedimiento"².

La persecución de oficio que comienza en el siglo XIII, va a materializarse durante el siglo XIV en un órgano específico, al que se lo denominará más tarde Ministerio Público, cuyo antecedente son los procuradores del rey y procuradores fiscales, que se encargaban en un principio de la renta real, de perseguir las enmiendas y todos los derechos debidos al rey, luego con potestad de excitar la jurisdicción penal real por denuncia e injerir en el procedimiento penal. Más tarde, adquirieron la calidad de funcionarios permanentes y pasaron a intervenir en defensa del interés de la comunidad en los procedimientos criminales.

El Código Criminal francés de 1808, que recepciona el sistema inquisitivo reformado de enjuiciamiento penal, resultado de una mixción entre la Ordenanza Criminal de 1670 y la Ley de Enjuiciamiento de 1791, mantuvo el órgano público de perseguir obligatoriamente, adoptando un principio inquisitivo como es la actuación de oficio del derecho penal no bien conocido el hecho constitutivo de un probable delito.

En el derecho penal moderno los principios de legalidad y de oficialidad se mantienen vigentes. El Estado reacciona de oficio ante el conocimiento de la infracción penal, es decir no depende de la voluntad privada cuando se trata de delitos de acción pública. En la Argentina el artículo 71 del Código Penal establece que deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales con excepción de las que dependieren de instancia privada y las acciones privadas.

Se conserva la máxima inquisitiva de persecución penal pública pero ahora distinguiendo las funciones de requerir y de decidir, encargándolas a órganos estatales distintos, el Ministerio Público y el tribunal, respectivamente. Resurgen, entonces los aforismos de *neto corte acusatorio, ne procedat iudex ex officio y nemo iudex ex parte*. Al juez le está vedado actuar de oficio, ya que el ejercicio de la acción penal le co-

² Maier, Julia, *Derecho Procesal Penal Argentino*, T. I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, pag. 545.

responde al ministerio fiscal quien tiene el deber de requerir la actividad jurisdiccional salvo los casos en que en virtud del artículo 71 antes mencionado, la acción dependa de instancia privada. El artículo 5° del Código Procesal Penal de la Nación así lo establece: "La acción penal pública se ejercerá por el ministerio fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley".

De esta manera se logra que el órgano que decide se mantenga extraño al conflicto planteado, lo que va en resguardo del derecho de defensa del imputado y acerca el proceso penal al proceso de partes³. Es necesario que para que intervenga el juez haya previamente un requerimiento de la actividad jurisdiccional a cargo de un órgano distinto, que circunscriba el objeto de la imputación y permita que quien decide esté dotado de cierta imparcialidad. Lo más paradójico de todo esto es que un órgano que se originó en la inquisición, hoy está reformulado de tal manera que sirve a los fines acusatorios.

El procedimiento penal moderno se divide en etapas, por lo menos dos: una etapa preparatoria mediante la cual se reúnen los elementos necesarios para fundar la acusación y una etapa definitiva o final en la que se resuelve la cuestión y se aplica el derecho penal material. Es indudable que esta última etapa corresponde que sea presidida por un órgano jurisdiccional, la primera en cambio, puede ser realizada por un juez o por el Ministerio Público. Sobre esta última posibilidad versará este trabajo.

2) La instrucción

La instrucción es la etapa preparatoria, preliminar, de realización necesaria en los procesos de juzgamiento de los delitos de acción pública. Mediante ella se tiende a reunir los elementos de convicción necesarios para fundar el requerimiento de elevación a juicio (acusación)⁴ o evitar el juicio penal, precipiando el sobreseimiento del imputado en virtud de no haberse hallado elementos probatorios suficientes que acrediten la existencia del hecho o su responsabilidad en el mismo.

Con respecto al órgano encargado de realizarla, éste puede ser jurisdiccional, que en nuestra legislación nacional es el juez de instrucción,

³ Si bien se verá más adelante, no se puede asimilar el Ministerio Público como parte del proceso penal.

⁴ "El requerimiento de elevación a juicio es una cabal acusación donde se manifiesta la voluntad del representante de la acción pública de perseguir penalmente a una persona" (Tril. Oral Crim. Capital, Nro. 7, del 18-10-1993).

pero también puede estar a cargo del Ministerio Público Fiscal, como lo recepcionan algunos códigos de procedimiento provinciales (por ej. el Código de Córdoba, ley 8123 y el de la provincia de Mendoza, ley 1908) siguiendo al respecto la tendencia de legislaciones extranjeras.

El Código italiano de 1930 recepcionaba las dos clases de instrucción, la formal y la sumaria. La instrucción formal era la llevada a cabo por un órgano jurisdiccional en los casos de delitos de competencia de la *corte d'assise* o del tribunal. La instrucción sumaria la realizaba el Ministerio Público cuando la prueba era fácil o se trataba de delitos menores y concluía con el requerimiento de citación a juicio, de sobreseimiento o de archivo. Mediante ella se puede mandar al imputado al debate sin una decisión jurisdiccional instructoria.

En nuestro país, salvo los códigos provinciales que han recogido la instrucción por el Ministerio Público aunque adaptándola, hay resistencia a imponer un órgano sin funciones jurisdiccionales a cargo de una de las etapas del proceso. Como dice Clarif Olmedo: "no se trata de la investigación preliminar a cargo de los organismos policiales, destinada a integrar el sumario de prevención. Tampoco se refiere a los actos que pueden practicar algunas oficinas administrativas del Poder Ejecutivo para que sirvan de fundamento a la correspondiente denuncia ante la autoridad judicial. La cuestión se proyecta al proceso penal en su pleno desarrollo, vale decir cuando la actividad se dirige ya específicamente a obtener una acusación para dar base a un juicio plenario, o a evitar el inicio de ésta mediante un sobreseimiento." Así se la había estructurado también en Italia en donde "con el inicio de la instrucción sumaria coinciden la promoción de la acción penal y el inicio de la relación procesal"⁵.

El problema está en dilucidar si las críticas que esta institución merece son realmente obstáculo para su implementación. Previamente se debe introducir al lector en lo que es la instrucción por el Ministerio Público, cuándo procede, cuáles son sus límites y conclusión. Se advierte que no se ha dado en todas las legislaciones de manera igual, sin embargo hay notas comunes que la distinguen y caracterizan.

Por otra parte, la instrucción por el Ministerio Público se ha ido desarrollando y ya hay legislaciones que la recepcionan adoptándola como regla o que la instauran como única instrucción, y siendo por lo tanto excepcional la instrucción jurisdiccional.

⁵ Clarif Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editar, Buenos Aires, 1960, pág. 333. Leone, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. 2, trad. E. Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1963, pág. 141.

La instrucción por el Ministerio Público puede ser denominada de diferentes maneras: instrucción sumaria o investigación sumaria, para diferenciarla de la instrucción formal, judicial o jurisdiccional, así como bajo los nombres de procedimiento fiscal preparatorio o citación directa.

II. INSTRUCCIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO

1) Origen histórico⁶

El Código de Instrucción Criminal francés de 1808 organizó el Ministerio Público, dotándolo del monopolio exclusivo de la persecución penal, pero la labor de investigación y decisión propia de la etapa preliminar fue adjudicada en principio al juez de instrucción. Es decir la tarea instructoria le era ajena al Ministerio Público. "La razón de ser de que se colocara el procedimiento en manos de un juez de instrucción, quitándolo de las manos del órgano encargado de la persecución penal (Ministerio Público), residió en la importancia que pretendió acordarse a ciertas actas de la instrucción preparatoria, incorporándolas al debate".

Sin embargo, la instrucción preparatoria a cargo del juez de instrucción sólo era obligatoria cuando se trataba de un crimen y facultativa en caso de otros delitos, por lo que en esos procesos se autorizaba un procedimiento que eliminando la instrucción jurisdiccional permitía la citación directa a juicio. La ley del 20 de mayo - 1^o de junio de 1863 amplió la utilización de la citación directa para los delitos correccionales en flagrante aun cuando el imputado se hallare detenido. En estos casos podía el Ministerio Público constatar el hecho y remitir las actas a la Cámara de Consejo si eran suficientes para fundar la apertura de la instrucción definitiva, de requerirse mayores comprobaciones entonces sí debía acudir al juez de instrucción.

Estos antecedentes influyen aún hoy en las legislaciones que adoptaron la instrucción por el Ministerio Público, como veremos más adelante la procedencia de este instituto está a veces circunscripta a ciertos casos entre los que se incluyen los delitos cometidos en flagrancia. Por otra parte, los límites a la instrucción preparatoria del Ministerio Público radican en el valor que se le acuerda a los actos realizados por dicho órgano y a la necesidad o no de requerir entonces la actuación del juez de instrucción. Es de destacar que es este último aspecto el utilizado mayormente como argumento de crítica.

2) Caracterización

Clarió Olmedo⁷ la denomina instrucción sumaria y la define como un "procedimiento investigativo y crítico de limitadas proporciones en cuanto

⁶ Cfr. Maier, J., *Derecho...*, cit., T. I-B, punto 5, E, 3, y *La Investigación...*, cit., pág. 32.

⁷ Maier, J., *Derecho...*, cit., pág. 123.

⁸ Clarió Olmedo, J., *Tratado...*, cit., T. VI, pág. 343.

a la eficacia que pueda tener con respecto al juicio plenario mediante la introducción de los actos cumplidos en él por lectura en el debate⁹.

Se refiere a un procedimiento investigativo porque se trata de una indagación preliminar y preparatoria. Es crítico al momento de su conclusión por requerimiento de citación a juicio o de sobreseimiento. Es de limitadas proporciones por cuanto los actos del procedimiento carecen de valor para fundar la sentencia definitiva de condena o absolución. Es sumaria por ser su procedimiento de trámite breve y consistir en una simple investigación preliminar.

Está a cargo del órgano requirente, es decir del Ministerio Público, específicamente encargada al agente fiscal o fiscal de instrucción.

Tiene por finalidad reunir los elementos necesarios que sirvan para la acusación o para el pedido de sobreseimiento. Por lo tanto, no es la finalidad la que distingue a la instrucción por el Ministerio Público de la formal, ya que tanto una como otra tienen por objeto la comprobación del delito, la búsqueda y conservación de las pruebas, la identificación y sometimiento procesal de sus autores, para concluir, finalmente, en un requerimiento de justicia según los elementos de cargo o de descargo reunidos¹⁰.

La diferencia con la instrucción llevada a cabo por el juez de instrucción, radica en el órgano distinto que practica una y otra y en el hecho de que en la realizada por el Ministerio Público no hay ejercicio de jurisdicción¹¹.

He aquí el rasgo que determinará toda la instrucción sumaria, por un lado le otorgará mayor flexibilidad, puesto que las formas que rodean la instrucción jurisdiccional al otorgar mayores garantías de justicia también le imprimen una rigidez al procedimiento que en algunos casos, de acuerdo con el tipo de infracción de que se trate resultará innecesaria¹².

Por otro lado, no podrán ser llevados a cabo por el Ministerio Público ciertos actos que requieran ser rodeados de garantías jurisdiccionales. De ser necesario realizarlos, se los deberá solicitar al juez para que se realicen bajo su control, asegurando la efectiva posibilidad del ejercicio del derecho de defensa al imputado. Los actos que ejecute el Ministerio Público durante la instrucción tienen una función requirente y por lo tanto de ser actos definitivos o irreproducibles deben ser llevados a cabo con las mayores garantías jurisdiccionales.

⁹ Conf. Manzini, *Vicinas, Derecho Procesal Penal*, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Radin, T. IV, Ejes, Buenos Aires, 1953, pág. 373. Maier, J., *La Investigación...*, cit., pág. 20.

¹⁰ Conf. Maier, *La Investigación...*, cit., pág. 39; Clará Olmedo, J., *Tratado...*, cit., T. VI, pág. 343.

¹¹ Conf. Vilar Maricónde, *Derecho Procesal Penal*, T. I, Marcos Lerner, Córdoba, 1961, pág. 412.

3) *Procedencia*

La instrucción sumaria, como instrucción excepcional, procede en casos de delitos leves y de faltas graves cuando la prueba es sencilla. En estos casos la instrucción jurisdiccional resulta sobreakundante e innecesaria. La admisibilidad de este tipo de instrucción en el caso de delitos leves se debe a que en éstos, la prueba es sencilla y en general no proceden actos coercitivos que regularan la intervención del juez. En caso de delitos graves, corresponde que la instrucción sea llevada a cabo por el juez de instrucción salvo que el imputado haya sido sorprendido en flagrancia, en cuyo caso será viable la instrucción sumaria fundada en la facilidad de la prueba.

En Mendoza se procede por citación directa en los casos por delitos de acción pública reprimidos con pena máxima de dos años de prisión, multa o inhabilitación y en las causas por delitos cometidos en audiencias judiciales.

Quedan excluidas las causas de ejercicio privado que carecen de todo tipo de instrucción preparatoria, las seguidas contra menores y por faltas, las causas por delitos conminados con pena de reclusión, los asuntos complejos que exijan una investigación complicada y por lo tanto prolongada y cuando exista algún obstáculo fundado en privilegios constitucionales. El Código de Mendoza excluye expresamente la instrucción sumaria cuando proceda una medida de seguridad (art. 372).

La procedencia de la instrucción sumaria se basa fundamentalmente en el criterio de la facilidad de la prueba. Con relación a la cantidad y calidad de la pena, ésta será irrelevante cuando el imputado haya sido sorprendido en flagrancia o el delito se cometió en estado de arresto. En todos estos casos la prueba aparece evidente.

Debe ser realizada en un período de tiempo breve, que deberá serlo aún más de encontrarse el imputado detenido. El Código de la provincia de Mendoza fija que "el requerimiento de citación directa deberá ser presentado ante el tribunal competente dentro de los quince días a contar de la detención del imputado o, si éste se encontrara en libertad, dentro del mes de comenzada la información" (art. 378). Más adelante fija la posibilidad de que dicho plazo sea prorrogado por diez días como máximo, previo el informe que el agente fiscal debe presentar al juez manifestando las causas de la demora, siendo la decisión judicial irrecurrible.

En la legislación italiana el plazo no estaba fijado a no ser que el imputado se encontrara en estado de custodia preventiva, en cuyo caso debía ser realizada en el término de cuarenta días.

La investigación a cargo del agente fiscal requiere formalidades menos estrictas, sin embargo no es así para todos los actos ya que hay algunos que deben ser realizados bajo ciertos requisitos y en otros casos deberán ser practicados por el juez de instrucción.

Los actos que necesariamente deben estar rodeados de ciertas formalidades son por ejemplo, la detención, la recepción de la declaración indagatoria, inspecciones, requisas personales, secuestros y la excarcelación. Estos actos deben realizarse según las disposiciones de la instrucción formal.

El Ministerio Público puede cumplir todos los actos inherentes a la instrucción adecuados a la brevedad del trámite y al órgano que los realiza, de tal forma hay actos excluidos porque son incompatibles con el rito de la instrucción sumaria y otros porque implican ejercicio de jurisdicción.

Dentro de la primera categoría de actos exceptuados están aquellos que por complejidad y duración son incompatibles con la instrucción sumaria, lo que aparejará como consecuencia que ésta se transforme en jurisdiccional o formal, y deban remitirse los autos al juez de instrucción.

Dentro de la segunda categoría de actos, aquéllos que implican ejercicio de jurisdicción, están los actos definitivos e irreproducibles como por ejemplo la aplicación de penas o de medidas de seguridad, la sentencia de sobseimiento o el decreto de citación a juicio. La producción de estos actos no implica la transformación de la instrucción en formal sino que deben ser realizados bajo todas las formalidades previstas por la ley y practicados por el juez de instrucción.

Podemos preguntarnos qué pasa si el juez no está de acuerdo con la realización de los actos definitivos e irreproducibles solicitados por el agente fiscal. Siguiendo a Manzini¹² nos parece que lo más apropiado será sostener que "como la providencia implica el ejercicio de jurisdicción (...), no está obligado el juez a secundar el requerimiento del Ministerio Público (...) de manera que puede negar dicha aplicación provisional si le parece inoportuna, sin posibilidad de impugnación para el Ministerio Público". Con respecto al requerimiento de elevación a juicio, éste obliga al tribunal a avocarse, en cambio en el caso del requerimiento de sobseimiento hay posturas contrarias que serán analizadas *infra* en el punto 5.

El imputado debe tener la oportunidad y el derecho de objetar la procedencia de la instrucción sumaria pudiendo pedir que sea llevada a cabo por ante el juez de instrucción. Tanto los códigos de Córdoba como el de Mendoza prevén esta posibilidad, el juez debe requerir las actuaciones y resolver. De acuerdo con el Código de Procedimientos de Córdoba (art. 333), se debe resolver en 24 horas y la resolución será apelable por el fiscal de instrucción o por el imputado, sin efecto suspensivo. En Mendoza (art. 373), la resolución judicial al respecto es sin sustanciación y sin recurso y no hay un plazo fijado para que el juez resuelva.

En todo momento se debe respetar el derecho de defensa del imputado, tanto material como técnica. La primera mediante la declaración inda-

¹² Manzini, V., *Directo...*, cit., T. IV, págs. 285 y 286.

gatoria que corresponde ser tomada desde el primer momento del procedimiento y según las formalidades prescriptas para la instrucción formal. La defensa técnica se garantizará posibilitando al imputado que nombre un abogado defensor y si éste no lo hiciera se lo deber designar de oficio, debiendo estar designado al momento de la declaración indagatoria.

Con referencia a la coerción personal del imputado, Clarifé Olmedo sostiene que "la atribución del agente fiscal para conseguir la comparecencia del imputado a los fines de la declaración indagatoria es amplia. (...) Puede citarlo o detenerlo, observando las formas específicas sobre el particular". Entiende "que conviene limitar la facultad de ordenar directamente la detención a los casos en que la ley impone hacerlo sin orden judicial a la policía, y en los demás pedirla al juez de instrucción. Asimismo, el agente fiscal puede resolver la libertad del imputado, sea provisional o caucionada"¹³. Por último, la garantía de la libertad individual está asegurada por el menor plazo que se establece para requerir la citación a juicio cuando el imputado estuviere detenido.

Hasta aquí nos hemos referido a la instrucción fiscal como un procedimiento excepcional, sin embargo no todas las legislaciones lo receptionan así. En Córdoba la investigación penal preparatoria es realizada por el fiscal de instrucción y sólo en el caso de que existieren obstáculos fundados en privilegios constitucionales estará a cargo del juez de instrucción (arts. 301 y 340). Para Córdoba la investigación fiscal es la regla y la jurisdiccional la excepción, quedan a salvo los casos que sean competencia del juez correccional y del juez de menores.

El término de duración de la instrucción fiscal está fijado en el artículo 337: "La investigación fiscal deberá practicarse en el término de dos meses a contar de la declaración del imputado. Si resultara insuficiente el fiscal podrá solicitar prórroga al juez de instrucción, quien podrá otorgarla por otro tanto, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación. Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá concederse hasta por ocho meses más".

En Italia ya no existe una instrucción sumada y una instrucción jurisdiccional, ambas han sido suplantadas por una "investigación preliminar" a cargo del Ministerio Público bajo el control directo del juez de las investigaciones preliminares. Mediante ella también se trata de determinar si concurren los presupuestos para la apertura a juicio oral ya que desarrollará las investigaciones y averiguaciones necesarias para el ejercicio de la acción penal, pero sin la exhaustividad en la investigación, ca-

¹³ Clarifé Olmedo, J., *Tratado...*, cit., T. VI, pág. 387.

racterística de la instrucción jurisdiccional, ni la sumariedad de la instrucción sumaria.

En el Código actual de procedimiento penal italiano, se reafirma el valor puramente interno de los actos realizados durante la investigación preliminar ya que éstos carecen de valor probatorio para ser utilizados posteriormente durante el juicio y la limitación de las facultades del Ministerio Público de realizar determinados actos, como por ejemplo la adopción de medidas cautelares y actos que pudieran afectar derechos fundamentales, los que podrán ser ejecutados exclusivamente bajo el control del juez de la investigación preliminar. A la legislación actual italiana ya no se le podrán adjudicar las críticas que bajo la vigencia de la ley anterior recibía el instituto de la instrucción sumaria a la que se llegó a calificar de jurisdiccional.

Actualmente el Código italiano fija el plazo máximo en seis meses a contar desde la fecha de inscripción del imputado en el registro de noticias de delitos, término dentro del cual el Ministerio Público deberá pedir la apertura del juicio (art. 405) pudiendo prorrogarse sin que supere los dieciocho meses (art. 407).

Como vemos la instrucción por el Ministerio Público puede adoptar diversas formas según la decisión política que se adopte, así puede coexistir con la instrucción jurisdiccional ya sea que ésta sea la regla o la excepción, o ser el único tipo de instrucción pero siempre resaltando el valor requirente de sus actos y la función controladora de un juez para determinadas actuaciones.

4) *Naturaleza jurídica*

La instrucción penal a cargo del Ministerio Público es una especie dentro de la instrucción genérica, a la que los autores califican de acusatoria o de parte¹⁴. Es una especie de la genérica, en cuanto coincide en la finalidad con la instrucción formal. Esto no es lo que sostiene Vèlez Mariconde para quien la instrucción sumaria es un "proceso sin instrucción" por entender que la primaria es función del juez y no del Ministerio Público¹⁵.

Se la califica de acusatoria o de parte porque es realizada por el acusador público y no interviene la garantía jurisdiccional. Sin embargo, no se entiende bien el calificativo de parte, si no es por el hecho de que se le quiere hacer destacar sus rasgos acusatorios, o entendiendo parte en sentido formal. El Ministerio Público no puede ser considerado parte en el

¹⁴ Cfr. Mantini, V., *Derecho...*, cit., T. I, pág. 274, y Maier, J., *La Investigación...*, cit., pág. 28.

¹⁵ Vèlez Mariconde, *Derecho...*, cit., pág. 408, nota 48.

proceso, ya que no actúa con fines personales, con un interés subjetivo, sino con una finalidad eminentemente pública, por lo que su interés es tal en cuanto esté convencido de acuerdo con los elementos probatorios a su alcance, de la culpabilidad del imputado. Su interés es público y consiste en la actuación correcta de la ley, de ahí que debe aclararse que el Ministerio Público no está enfrentado al imputado y puede requerir el sobreseimiento cuando concurren las condiciones para ello. Así entendido el Ministerio Público, regido por el principio de imparcialidad, también podría llevar a cabo actos a favor del inculcado en el sentido de esclarecer su verdadera responsabilidad en el hecho. El Código italiano así lo establece en su artículo 358 al posibilitar que las investigaciones que efectúe puedan también ser favorables a la persona objeto de las investigaciones.

No puede entenderse que la instrucción del Ministerio Público sea de naturaleza jurisdiccional. La función jurisdiccional a cargo del Poder Judicial, dirime conflictos de intereses que alteran el orden social. El acto típico jurisdiccional es la sentencia dictada por un órgano imparcial e independiente, el juez o tribunal. La actividad jurisdiccional se caracteriza por el carácter definitivo de sus resoluciones y el pronunciamiento hecho por un órgano imparcial e independiente. La instrucción "prepara para el ejercicio de la acción, condición necesaria de la jurisdicción, y no debería desembocar en ninguna conclusión de contenido decisorio con respecto a la pretensión punitiva"¹⁶.

Tal como estaba legislada la institución en Italia, bajo la vigencia del Código de 1930, fue objeto de severas críticas sobre todo en este aspecto, pues magnificó los poderes del Ministerio Público y el valor de sus actos. En la instrucción sumaria el juez de instrucción no intervenía nunca salvo contadas excepciones como ser la impugnación de la denegatoria a la libertad provisional y la aplicación de penas accesorias y medidas de seguridad. La ley italiana extendía a la instrucción sumaria todas las normas que disciplinan la instrucción formal colocando en plano de igualdad a los actos instructorios realizados por el ministerio público con los realizados por el juez de instrucción. Es por todo lo anterior que la instrucción sumaria fue considerada por algunos autores italianos de carácter jurisdiccional¹⁷.

Dejando de lado el precedente italiano y regulada conforme a lo desarrollado anteriormente es que sostenemos que la instrucción por el Ministerio Público no es de carácter jurisdiccional por no reunir los elementos que distinguen el ejercicio de jurisdicción. Es en razón de ello que

¹⁶ Maier, J., *La Investigación...*, cit., pág. 30.

¹⁷ Éste es el parecer de Leone, G., *Tratado...*, cit., págs. 92, 93 y 143.

determinados actos son excluidos de su competencia y pueden ser realizados sólo bajo el contralor del juez¹⁸.

La cuestión está en determinar, justamente por el hecho de no ser ejercicio de jurisdicción, hasta qué punto es procedente una instrucción de estas características, si es que se toma la decisión política de implantarla. La decisión debe ser adoptada preguntándose primero cómo se quiere estructurar el proceso penal y la forma de asegurar en la mayor medida posible las garantías constitucionales del individuo. Al encargar la investigación al Ministerio Público se distinguen claramente las funciones que en cada etapa deben ejercerse: en una primera etapa, preliminar, se ejercerán funciones requirentes en base a la investigación realizada, en una segunda etapa, se ejercerán funciones decisorias en base a las pruebas aportadas. La nítida separación implica que el órgano decisor no esté en conocimiento de lo que hace el de investigación y se intenta llegar cuanto más a un proceso acusatorio o de parte.

Aun cuando el Ministerio Público perteneciera al Poder Judicial, esto no significaría que la actividad desarrollada durante la instrucción sea ejercicio de jurisdicción, porque ateniéndonos a la finalidad de ésta su esencia no consiste en dirimir conflictos de interés sino que sólo debe atribuírsele una función requirente a su actividad ya que prepara la acción penal.

Refiriéndola a la ubicación institucional del Ministerio Público, hay quienes sostienen que es de carácter administrativo, si éste depende del Poder Ejecutivo y otros que le asignan carácter judicial si, por el contrario, está ubicado dentro del Poder Judicial. Para Maier¹⁹ esta instrucción merece ser calificada de judicial, pero no sólo atendiendo a la posición institucional del órgano que la practica sino también al deber de objetividad de sus actos y su meta final de realización del derecho penal.

Según nuestra Constitución Nacional, reformada en 1994, el Ministerio Público es un órgano independiente, cuyos miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones (art. 120). Hasta el momento no se ha dictado la ley que lo reglamente, sin embargo la Constitución pretende un órgano extrajudicial. Cabe preguntarse si esta norma obliga a las provincias que lo han reglamentado dentro de alguno de los poderes a adecuarlo como órgano independiente. Nos aventuramos a responder afirmativamente en base a los artículos 5° y 123 de la Constitución Nacional.

Tal como aparece delineado, el Ministerio Público es un órgano extrajudicial, al no estar ubicado dentro de ninguno de los poderes del Estado,

¹⁸ Por ejemplo el Código Procesal Penal de Mendoza establece que los actos definitivos e irreproducible deben ser practicados bajo pena de nulidad por el juez de instrucción (art. 315).

¹⁹ Maier, J., *La Investigación...*, cit., págs. 26 y 29.

lo que indudablemente le otorgará mayor autonomía e independencia, que deberá ser asegurada por el modo de designación y remoción de sus miembros. La Constitución nombra a dos de sus funcionarios, el procurador general de la Nación y el defensor general de la Nación. Una ley establecerá cómo debe completarse el Ministerio Público. Lo que queda claro es que las dos partes que se encuentran enfrentadas en el pleito, fiscales y defensores, ya no dependen de la misma autoridad jerárquica.

La reforma constitucional mejora la situación institucional del Ministerio Público que dependía funcionalmente del Poder Ejecutivo, lo que era aberrante al sistema republicano por el interés que el Ejecutivo padiera tener en algún proceso judicial y por el hecho de que el controlado controlaba al controlante.

5) Conclusión y transformación

La instrucción por el Ministerio Público concluye con:

a) El requerimiento de citación a juicio que debe ser presentado directamente ante el tribunal competente para su realización, es presupuesto de éste que el imputado haya prestado declaración indagatoria. Se debe requerir la citación a juicio si hubiere elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimidado.

b) El requerimiento de sobressimiento que se dirige al juez de instrucción.

c) El archivo de las actuaciones que se dispondrá cuando no se pueda proceder o cuando el hecho no encuadre en una figura penal. En este último supuesto, el Código de Córdoba prevé que si se hubiera recibido la declaración indagatoria, el archivo debe requerirse al juez de instrucción (art. 334).

Hay que analizar qué pasa si, ante el requerimiento de sobressimiento o la desestimación de la denuncia, el juez no está de acuerdo con el pedido del agente fiscal. La solución se divide en dos posturas: una sostiene que si el juez no está de acuerdo con el requerimiento fiscal debe abrir el trámite instructorio a su cargo, la otra entiende que la cuestión debe resolverse por el superior jerárquico dentro del Ministerio Público.

Las diferentes posturas pueden resumirse en el pensamiento de Clará Olmedo y de Maier, respectivamente³⁹. Tanto una como otra solución afectan principios procesales, la primera el de *se procedat iudex ex officio* y la segunda el de legalidad.

El artículo 359 del Código de Córdoba resuelve que se deberán elevar las actuaciones al fiscal de Cámara de Acusación. Si éste coincidiera

³⁹ Clará Olmedo, J., *Tratado...*, cit., T. VI, pág. 367. Maier, J., *La investigación...*, cit., pág. 61.

con lo solicitado por el inferior, el juez resolverá en tal sentido. En caso contrario el fiscal de Cámara formulará el requerimiento de citación a juicio. Del mismo modo se decide en el Código de Mendoza, con la salvedad de que si el fiscal está de acuerdo con el juez, el sumario pasará en vista a otro agente fiscal, el que formulará requerimiento de elevación a juicio en virtud de los fundamentos del superior.

Consideramos que habiendo fundamentos en favor de una y otra postura y que cualquiera de las soluciones afectan principios procesales penales, la decisión de cuál adoptar dependerá en gran medida de la ubicación institucional del Ministerio Público. Si éste está dentro del Poder Ejecutivo, la mejor solución será que el juez practique la instrucción a su cargo y requiera la elevación a juicio, de lo contrario el proceso penal podría verse influenciado por cuestiones políticas que hagan no aconsejable el inicio de la acción penal contra determinada persona en virtud del interés que el Poder Ejecutivo tenga en la causa. Si por el contrario el Ministerio Público dependiese del Poder Judicial o fuese un órgano extrapoder, el superior jerárquico dentro de éste debe resolver como lo propugnan las legislaciones provinciales mencionadas anteriormente.

Cuando se trata de la instrucción sumaria ésta se puede transformar en formal. Cuando vence el término fijado por ley para realizar la instrucción, el agente fiscal podrá requerir una prórroga o la instrucción formal. Negada la prórroga o vencida ésta, se convierte en instrucción formal por lo que las actuaciones son remitidas al juez para su continuación. La otra posibilidad es que el agente fiscal estime que no hay mérito para la citación directa a juicio ni para requerir el sobressimiento, entonces debe solicitar una prórroga extraordinaria que implicará un requerimiento de instrucción jurisdiccional.

6) Admisibilidad

La admisibilidad constitucional de un instituto de las características referidas dependerá de que éste respete las garantías constitucionales de juicio previo, juez natural y defensas en juicio.

La instrucción por el Ministerio Público como vimos, no puede entenderse que afecte la garantía del juicio previo, entendido éste como un proceso regular y legal que derive en una sentencia fundada en ley anterior al hecho del proceso. Se trata de una instrucción preliminar al juicio propiamente dicho, no implica ejercicio de jurisdicción ya que los actos cumplidos durante ella tienen sólo función requirente y son meramente preparatorios del juicio en sí. El hecho de que se la prefiera encargar a un juez, se debe a que durante ella pueden realizarse actos que afecten de manera definitiva todo el curso posterior del proceso o derechos subjetivos de vital importancia para el imputado.

Para salvar este escollo se excluyen de la órbita de la instrucción fiscal los actos que implican ejercicio de la jurisdicción, que pudieran afectar

derechos fundamentales o que sirvan como medio de prueba para el juicio oral y de ser necesarios se los debe encomendar al juez de instrucción.

Estando de acuerdo en que es necesaria una instrucción previa al debate, que ésta se inicie ante el conocimiento que las autoridades tomen de la existencia de un hecho que pueda constituir un delito, ¿qué otro fundamento más allá de la necesidad de realizar ciertos actos que puedan afectar garantías constitucionales del individuo, avala la decisión de encargarla a un juez? Es evidente la importancia de esto, sin embargo el instituto de la instrucción por el Ministerio Público está construido de tal forma que dichos actos se realicen exclusivamente por el juez de instrucción bajo pena de nulidad. Por otro lado "no es muy acorde con la imparcialidad que debe presidir el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el desempeño de tareas de inquisidor que cumple el juez de instrucción. Y a pesar de que la investigación se puso a su cargo, buscando mayores garantías para el sospechoso, los resultados en este aspecto no han sido precisamente paradigmáticos"²¹.

Cuando la instrucción está a cargo del juez de instrucción, el fiscal debe basar la acusación en una investigación de la cual él no participó, ya que las pruebas fueron seleccionadas y producidas por el juez, restando para el fiscal de instrucción una tarea de contralor. No puede menos que ser calificado de absurdo.

Estando la instrucción a cargo del Ministerio Público el órgano decisor no toma conocimiento de la causa hasta el momento en que le sea elevado el caso a juicio y por lo tanto se evita el prejulgamiento y se mantiene ajeno e imparcial a la cuestión deducida por las partes.

Juez natural es el competente designado por ley anterior al hecho del proceso. Debe entender en la causa y dictar sentencia. Se entiende que la investigación por el Ministerio Público tampoco afecta esta garantía que se asegura completamente al excluirse de la competencia de la investigación fiscal determinados actos que implican el ejercicio de jurisdicción, que afectan derechos fundamentales del individuo o que sean definitivos e irreproducible. La actuación por el Ministerio Público tiene una función requiriente y sus actuaciones carecen de valor probatorio en el juicio. En el debate oral y contradictorio presidido por el juez natural, se debe aportar la prueba en la que finalmente se basará la sentencia.

Por último, la inviolabilidad de la defensa de la persona y sus derechos abarca no sólo la defensa material sino también la técnica. El imputado debe gozar del derecho a ser oído, a controlar la prueba de cargo y ofrecer prueba de descargo, valorar la prueba producida y designar un

²¹ Caffarena Nicco, José J., "La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional", *Doctrina Penal*, año 10, ars. 10, oct.-dic. 1987, De Palma, Buenos Aires, pág. 676.

defensor de su confianza, si así no lo hiciera o no tuviera medios para ello deberá designársele uno de oficio. Durante la instrucción y en la primera oportunidad y en todo caso antes de la declaración del imputado, se lo invitará a designar defensor. Se asegura al imputado su participación y la de su defensor en las diligencias ya que pueden proponer medidas y en caso de que el fiscal las rechace por considerarlas no pertinentes o útiles, se les da la posibilidad de ocurrir ante el juez de instrucción. Por último y como para terminar de asegurar la efectiva vigencia del principio de inviolabilidad de la defensa, el imputado podrá objetar la procedencia de la instrucción por el Ministerio Público y requerir el control jurisdiccional.

A nuestro modo de ver no hay planteo constitucional que no haga viable la instrucción por el Ministerio Público, siempre y cuando respete las garantías acordadas por la Constitución. Tal como está legislada la institución en los modelos que seguimos durante el estudio, parece efectivamente que dichas garantías están resguardadas.

Falta analizar si cabe hacer alguna otra objeción al instituto en análisis. Alcalá Zamora y Castillo considera cuestiones funcionales y crítica a la instrucción sumaria deshechándola para así evitar: "a) que el procedimiento comience con una cuestión de competencia (entre Ministerio Público y Judicatura) acerca de si la instrucción ha de ser sumaria o formal, y b) que el fiscal se conduzca en la instrucción sumaria más como un acusador que como instructor, sin contar con que mediante ella no se descarta la intervención del juez, lo que determina una dualidad instructora, cuyas ventajas son harto discutibles"²¹.

Estas observaciones deben ser tenidas en cuenta al tomarse la decisión política de implantar la instrucción por el Ministerio Público, para que de hacerlo funcione con mayor efectividad.

Si descartar estas críticas, conviene aclarar que actualmente la instrucción por el Ministerio Público puede suplantar a cualquier otra instrucción como sucede en Italia, con lo que no se suscitarían cuestiones de competencia y con referencia a la segunda crítica, hay que sopesar qué ventajas se prefieren, si las de un procedimiento más parecido al de parte, que convierta al órgano decisor en un verdadero sujeto imparcial y una instrucción más ágil o la complejidad y poca practicidad de la instrucción jurisdiccional, limitando la función del órgano requirente a la de controlar de una prueba no producida por sí mismo.

La decisión de implementar una instrucción realizada por el Ministerio Público, ya sea que ésta sea sumaria y procedente en algunos casos en forma excepcional, o que lo sea como regla frente a la instrucción jurisdiccional o como única clase de instrucción, es una cuestión política pero nada obsta a su existencia. El legislador evaluará su conveniencia y

²¹ Alcalá Zamora y Castillo, *Nieto. Derecho Procesal Penal*, T. 2, Kraff, Buenos Aires, 1948, Cap. XV, pág. 358, ara. 24.

mérito. Por nuestra parte, estimamos aconsejable la instrucción por el Ministerio Público, es necesario separar las funciones de acusar y de juzgar, revalorizando el carácter meramente requirente de los actos practicados en la instrucción, los que no pueden servir como medios de prueba a utilizar en el debate. Se debe dejar en claro que aun cuando la instrucción fiscal sea la única clase de instrucción con la que comience el proceso penal, la actuación de un juez en esta etapa no se descarta por entero, porque éste tendrá el deber de actuar a pedido del Ministerio Público, de la víctima o del imputado, para controlar determinados actos que deban ser llevados a cabo por autoridad jurisdiccional. Sólo en este supuesto, esos actos podrán ser utilizados como prueba ante el tribunal decisor. Por último es menester que se permita durante la instrucción la intervención efectiva de la defensa desde el primer momento. Un procedimiento de enjuiciamiento penal así estructurado se acerca más al sistema acusatorio y garantiza mejor los derechos del imputado además de servir mejor a los fines de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Derecho Procesal Penal*, Kraft, Buenos Aires, 1945.
- CAFFERATA NORES, José I., "La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional", *Doctrina Penal*, año 10, nro. 40, oct.-dic. 1987, Depalma, Buenos Aires, págs. 675 a 687.
- CLARÁ OLMEDO, Jorge, *El Proceso Penal. Su Génesis y Primeras Críticas Jurisdiccionales*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1960.
- "El nuevo proceso penal italiano", *Documentación Jurídica*, t. XVI, nro. 61, en.-mar. 1989. Estudio preliminar por Marco Villagómez. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1989.
- LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1963.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- *La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público. Instrucción Sumaria o Citación Directa*, Lerner, Buenos Aires, 1975.
- MANZINI, Vincenzo, *Derecho Procesal Penal*, trad. S. Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ejea, Buenos Aires, 1963.
- VÉLEZ MARCONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed. actualizada por Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1981.

EL CONCEPTO DE PELIGROSIDAD Y LA LIMITACIÓN TEMPORAL A LA MEDIDA DE INTERNACIÓN *

SABRINA NAMER

I. INTRODUCCIÓN

En su lucha contra los abusos de la monarquía al utilizar el derecho penal, a mediados del 1700, el marqués de Beccaria decía:

"Los hombres abandonan generalmente la elaboración de las reglas más importantes a la prudencia de cada día, o a la discreción de aquellos cuyos intereses consisten en oponerse a las leyes más providentes que por naturaleza hacen universales los beneficios y resisten al esfuerzo por el que tienden a condensarse en unos pocos, colocando a una parte la totalidad del poder y de la felicidad y a otra toda la debilidad y la miseria. Por eso, sólo después de haber pasado a través de mil errores en las cosas más esenciales a la vida y a la libertad, sólo después de la fatiga que da el sufrir los males hasta el extremo, se sienten inducidos a remediar los defectos que los oprimen y a reconocer las más palpables verdades, las cuales, precisamente por su propia simplicidad, escapan a las mentes vulgares, no a menudo a analizar los asuntos, sino a recibir sus impresiones todas de un golpe, más por tradición que por examen".

Estas palabras sirvieron de introducción a la obra *De los Delitos y de las Penas*, en la cual el autor manifestó la importancia de limitar el poder punitivo del monarca, reglando tanto la situación merecedora de sanción, como el tiempo y tipo de pena a aplicar; todo lo que se conoce

* Trabajo presentado en el primer congreso del año 1986 en el curso "Forensología Forense" a cargo del Dr. Mariano Castro.

hoy con el nombre de "principio de legalidad", sin el cual prácticamente no se concebiría al derecho penal moderno.

Sin embargo, en el umbral del siglo XXI aún queda una zona librada a la prudencia y discreción de los operadores, como a sus impresiones y sentimientos personales, y sobre la cual, un Estado que se llame respetuoso de la dignidad del hombre, deberá comenzar a pensar: esta zona es la abarcada por las conocidas "medidas de seguridad".

El proceso de limitación que sufrió el derecho penal desde la época de Beccaria, no se reflejó en absoluto en el conjunto de "medidas" que se aplica a quienes —en el mejor de los casos— cometen delitos sin haber podido motivarse por la norma; ello así, pese a que en la práctica, las diferencias materiales entre dichas medidas y la pena, son casi inexistentes.

Los pilares que dan origen a esta situación son dos: el concepto de "peligrosidad" del autor, que obra como permiso de intervención para el Estado, y el miedo a lo diferente, de una sociedad que está acostumbrada a defenderse de aquello que no entiende o no conoce.

En este contexto obran los operadores (peritos, jueces, abogados, etc.), sobre cuyas espaldas cae la responsabilidad de decidir cuándo debe cesar una medida de seguridad, y en consecuencia, la de dejar libre a un sujeto que fue tildado de "peligroso" y cuyos actos posteriores probablemente nunca dejarán de verse a la luz de este apodo.

Este trabajo tiene como principal objetivo, poner de relieve la forma en que opera el sistema con respecto a los imputables, y sentar algunas pinceladas que ayuden a repensar este problema.

II. EL NACIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Con la aparición del principio de culpabilidad en el derecho penal, según el cual sólo será aplicable una pena al autor de un delito si éste tuvo la posibilidad de motivarse por la norma, es decir, de actuar conforme a Derecho, el Estado se vio desprovisto de la posibilidad de aplicar coerción sobre aquellos individuos que también produjeran un mal a la sociedad, pero que no se encontraban en condiciones físicas o psíquicas de motivarse por la norma. A raíz de ello, como complemento de la pena como medida de excelencia, se incorporaron las medidas de seguridad a fin de que existiera una legitimación para poder operar sobre aquellos sujetos cuyas conductas eran no deseadas por la sociedad, pero no eran susceptibles de ser reprochadas por incapacidad de motivación (doble vía del derecho penal).

Al respecto Günter Stratenwerth expresa:

"Según su origen histórico, estas medidas jurídico-penales no se concibieron sobre la base de especiales necesidades

terapéuticas, sino con el fin de sortear las limitaciones que son consecuencia del principio de culpabilidad. La idea ha sido desarrollada por primera vez en el siglo XVIII por E. F. Klein y encontró principios de realización en el derecho general prusiano de 1794. Allí puede leerse que los ladrones y otros delincuentes que pudieran llegar a ser peligrosos a causa de reprobables tendencias provenientes de su carácter cruel, no deben ser puestos en libertad luego de cumplida la pena hasta que no demuestren que se encuentran en condiciones de vivir de una manera honorable. Independientemente de esto, Carl Stoss, el autor del Código Penal suizo, procuró superar la oposición entre fines de la pena de la retribución y de la prevención especial, proponiendo penas vinculadas con la culpabilidad y medidas orientadas a la prevención especial¹.

En el mismo sentido, complementando la idea expuesta, Claus Roxin manifiesta:

"La autolimitación del poder de injerencia del Estado que se deriva de la vinculación a la medida de la culpabilidad si bien por regla general posibilita una compensación adecuada entre los requerimientos de protección estatales y los intereses de libertad de los sometidos al derecho, en el caso particular, la peligrosidad de un autor para la generalidad puede ser tan grande que la pena, según la culpabilidad, no sea suficiente para asegurar en forma efectiva a la generalidad de sus ataques².

Las medidas de seguridad entonces, nacieron como complemento del principio de culpabilidad, y se basan en las características peligrosas del sujeto que puso en riesgo la seguridad social, no por una actitud contraria a Derecho, sino por no poder obrar de otro modo.

Como no puede dejar de observarse, estas medidas responden en su origen, al más puro positivismo criminológico: las características de algunos sujetos los hacen de por sí peligrosos, y la sociedad debe arbitrar los medios necesarios para defenderse de ellos, evitando así consecuencias dañosas. Como ya veremos, estas ideas que parecen haber quedado destruidas del derecho penal moderno —que no interviene a partir de las características de un sujeto, sino por las de un determinado hecho— aún se mantienen firmemente arraigadas en la problemática que nos ocupa.

El fin de las medidas de seguridad es entonces de tipo preventivo, dado que se trata de que el sujeto afectado por ellas, no cometa con posterioridad delitos.

¹ Stratenwerth, Gustav, *Derecho Penal*, Edersa, Madrid, pág. 21.

² Roxin, Claus, "Fin y justificación de las penas y las medidas de seguridad", en *Determinación Judicial de la Pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pág. 43.

III. EL PROBLEMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

Esta concepción de las medidas de seguridad es también la acogida por el artículo 34, inciso 1° de nuestro Código Penal.

Respecto de los incapaces, el Código establece una diferenciación entre los enajenados y no enajenados.

a) Enajenados: el segundo párrafo del artículo 34 dispone: "En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás".

Esta medida es aplicable tanto a autores de delitos que hayan comenzado a cumplir su pena y luego caigan en estado de enajenación, como a autores que hayan cometido el hecho ya enajenados, a autores de conductas efectuadas con error de tipo condicionado por enajenación y a involuntables alienados.

b) No enajenados: el supuesto está regulado por el primer párrafo del artículo 34, el cual expresa: "El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas, o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones".

Este párrafo abarca los supuestos de autores de injustos inimputables no enajenados, autores de conductas atípicas por errores de tipo psíquicamente condicionados que no provengan de enajenación, los involuntables no enajenados y sujetos que actúan por errores de tipo o prohibición culturalmente condicionados.

Por su parte, el párrafo tercero del mencionado inciso, establece —complementando al primer párrafo— que: "En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso".

IV. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO "PELIGROSO"

Como ya se ha dicho en la introducción al presente trabajo, la utilización del término "peligroso" es la llave de acceso que el Estado posee para utilizar este medio de control social tan efectivo.

El término en general, y las interpretaciones que de él se hacen, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, son tan vagas, que per-

miten considerar supuestos totalmente diferentes según la época y las concepciones políticas e ideológicas imperantes.

Es entonces, que el sentido y alcance del término en cuestión, constituyen la piedra angular del tema que nos ocupa: los límites a las medidas de seguridad, y en particular, a la internación manicomial.

Entrando ya a la cuestión, el término "peligro", significa riesgo o contingencia eminente de que suceda algún mal.

Por su parte, el término "peligrosidad" presenta varias acepciones:

"Probabilidad de que un individuo cometerá o volverá a cometer un delito" (Jiménez de Asúa).

"Peligrosidad criminal es la probabilidad de que un hombre cometa un crimen o bien el conjunto de condiciones de un hombre que hacen de él un probable autor de delitos" (Sebastián Soler).

"Situación de peligro subjetivo que ha de deducirse de una cuidadosa investigación del individuo desde los puntos de vista antropológico, psíquico y patológico, así como de los factores familiares y sociales que lo rodean" (Gisbert Calabrig).

"Estado jurídico biológico surgido de la esencia psicosocial del propio individuo y que le concede singulares dotes para infringir de manera sistemática la ley penal a lo largo de su existencia" (Bonnet).

En una obra escrita en el año 1987, por Jorge Riá y Guillermina Tavelle de Riá, puede leerse:

"En general, se acepta que el estado peligroso admite dos variedades, una predelictual y otra postdelictual.

"La variedad predelictual, denominada también 'peligrosidad social' por Ferri o 'capacidad para delinquir' por Rancieri, y a la que podríamos denominar potencial, corresponde al que presentan aquellos individuos que si bien no han delinquido nunca, reúnen todas las características que los hacen proclives a la comisión de delitos.

"La variedad postdelictual, a la que Ferri denomina 'peligrosidad criminal' y Francis llamará 'estado de inmediata criminalidad' corresponde a aquellos individuos que habiéndose iniciado en el delito exhiben características de probabilidad de reincidencia. Ello trae aparejada la existencia de dos posiciones jurídicas contrapuestas con respecto a la oportunidad del inicio del juicio de peligrosidad. Así, la que requiere como exigencia para la iniciación de dicho juicio la comisión previa de un delito (variedad postdelictual), y la que no requiere tal exigencia, considerando suficiente que el individuo posea las características necesarias (variedad predelictual)"³.

³ Riá, Jorge - Tavelle de Riá, Guillermina, *Psiquiatría Forense*, Lerner. Buenos Aires, 1987, pág. 323.

Cabe aclarar que en el marco del presente trabajo, estas consideraciones no serán tenidas en cuenta porque la aplicación de una medida basada en la peligrosidad predelictual constituye un claro resabio del positivismo criminológico y una intervención del Estado en una zona claramente amparada por el principio establecido por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Sin embargo, no se puede dejar de mencionar que esta concepción existe aún hoy, ya que hay quienes consideran que se puede aplicar una medida de las establecidas por el artículo 34 del Código Penal pese a no estar comprobada la comisión de un injusto penal.

Ahora bien, a la hora de determinar quién es el encargado de formular el juicio de peligrosidad, si el perito o el juez, encontramos posiciones contrapuestas:

Para Tavella y Riú, a tal fin, es necesario distinguir entre peligro y estado peligroso:

“...el peligro es el fundamento del tratamiento jurídico que el Tribunal ‘podrá’ o ‘deberá’ según el caso, administrar al actor, y para lo cual deberá contar ineludiblemente con el asesoramiento médico-legal. De ahí la importancia que reviste para el perito médico tener bien en claro el concepto del peligro que pueda generar la afección mental que presenta el encartado, como así también para el magistrado, comprender que la evaluación de la existencia de dicho peligro es materia de exclusiva valoración psiquiátrica-forense, y en ningún caso asumir la temeraria decisión de resolver por sí en contrario a lo que al respecto aconseja el médico perito. ...consideramos un despropósito pretender que el perito médico emita opinión sobre si el examinado se encuentra en estado peligroso, ya que a lo más que podrá aspirar el examen médico pericial es a informar sobre la situación psicopatológica del mismo, pues el diagnóstico del estado peligroso es de exclusiva competencia del juzgador”⁴.

Por su parte, Soler sostiene que siendo la peligrosidad una condición subjetiva el individuo será tanto más peligroso cuanto más se evidencien en la estructuración de su personalidad los caracteres médicos-psicológicos de peligrosidad, y lo confiere a los peritos médicos la mayor importancia en el tema llegando a expresar que el juicio de peligrosidad es preferentemente psiquiátrico-psicológico.

Ahora, si bien es cierto que por regla general los dictámenes de los peritos no son vinculantes para el juez, el que efectivamente podrá hacer un análisis del contexto en que se plantea el juicio de peligrosidad, cabe preguntarse si verdaderamente puede tomarse la opinión del experto que

⁴ Riú, J. - Tavella de Riú, G., *Psiquiatría...*, cit., págs. 329 y 322.

expresa que el sujeto está en peligro (de dañarse a sí mismo o a terceros), como un elemento más, a la hora de determinar la cesación o no de la medida de seguridad.

Entendemos que por más que del contexto surja que el sujeto no presenta signos de peligrosidad, si del informe médico surge que es peligroso para sí y para terceros, prácticamente ningún juez determinará la cesación de la medida de seguridad, razón por la cual, a nuestro criterio, se torna imperativo un análisis no en abstracto acerca de la peligrosidad, sino en concreto, es decir, un informe por parte del perito acerca de las dimensiones de esa peligrosidad, a fin de que el juez resuelva esa suerte de colisión entre lo que significa que el sujeto siga bajo los efectos de la medida o que la sociedad sea la que deba soportar esos efectos, tema este que luego trataré de profundizar.

Distinto es el caso de que del informe médico surja que la peligrosidad desapareció, dado que aquí si el juez, si considera que de los demás factores a analizar (como ser los sociales y legales) surge que el sujeto puede ser aún peligroso, puede a su criterio mantener o no la medida.

Finalmente, cabe hacer mención de los parámetros que en general se consideran para efectuar un juicio de peligrosidad; ellos son de índole médico-psicológicos, sociales y legales.

Los índices médico-psicológicos o subjetivos comprenden los diferentes tipos de psicosis y de personalidades anormales, antisociales o psicopáticas; los sociales son los aportados por el entorno que circunda al individuo; los legales están dados por los antecedentes policiales y criminológicos.

V. RELACIÓN ENTRE LA INDETERMINACIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD Y EL JUICIO DE PELIGROSIDAD

La forma en que la jurisprudencia ha interpretado la relación entre las enfermedades mentales y la peligrosidad ha evolucionado en los últimos años.

Al respecto Raúl E. Zaffaroni expresa:

"Las primeras interpretaciones fueron en general más inflexibles que los criterios jurisprudenciales actuales. Así, Emilio C. Díaz afirmaba que por el mero hecho de la enajenación o la incapacidad penal la ley consideraba que estaba probada automáticamente la peligrosidad, concepto al que daba una amplitud tal que resultaba como efecto de cualquier enfermedad mental, lo que descartaba cualquier posibilidad de que el sometido a la medida, en algún momento pudiera ser transferido a una custodia ordinaria conforme al Código Civil.

"El razonamiento era que cualquier incapaz penal era peligroso por su enfermedad, que la medida no podía cesar hasta que la desaparición del peligro fuese absoluta y radical, lo que importaba la desaparición de la enfermedad misma. Conforme a este criterio no se admitió la cesación de la medida para un alienado, aun cuando los médicos certificaron que había cesado su peligrosidad, en razón de que no había cesado su alienación y se exigió que el juicio sobre cesación de peligrosidad fuese totalmente asertivo"².

En los últimos diez años, la jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal parece comenzar a inclinarse hacia un criterio más restrictivo de la aplicación de medidas de seguridad privativas de libertad, pese a lo cual vincula, en la mayoría de los casos, la cesación de la medida a la desaparición absoluta de la peligrosidad, sin hacer ningún tipo de consideración al respecto.

En el caso "Hwang", del 15-VI-1983, puede leerse:

"...Debe declararse el cese de la internación del procesado, no obstante la contradicción existente entre los dictámenes médicos respecto a si desapareció o no la peligrosidad, ya que para mantener internada a una persona luego de 15 años no es suficiente la teórica y genérica posibilidad de la amenaza o del riesgo a protagonizar conjuntamente por el recluso, sino que se necesita algo más específico y palpable".

En el caso "Suinchisky, Edgardo", pese a haberse abusado al procesado, se decidió:

"No obstante absolverse al procesado por ser éste peligroso debe imponérsle la medida de seguridad contemplada en el art. 34, inc. 1° del Código Penal, que en el caso consiste en establecer un sistema de atención médica de carácter ambulatorio, sin perjuicio de que, de ser necesario, se lo recluya en un establecimiento adecuado".

En el caso "Sáenz Valiente", de noviembre de 1986, puede leerse en la disidencia del Dr. Donna lo siguiente:

"...Adviértase el profundo desfase que se lograría advirtiendo que toda personalidad psicopática es inimputable, y por ende tal como lo sostienen los peritos médicos, peligrosos para sí y para terceros. La conclusión es que se vaciarían las cárceles y se llenarían los hospitales creados a tal efecto, con las consecuencias de que un juez no podría tener el control del cumplimiento de la pena, que quedaría en manos de los médicos, violándose las garantías constitucionales que existen en la Constitución Nacional.

² Zaffaroni, Raúl E., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. V, Ediar, Buenos Aires, pág. 483.

"Además, no se puede decir que estamos en la duda y por lo tanto, hay que estar a lo más favorable al imputado. No alcanza a ver este razonamiento, porque desde la perspectiva futura del proceso manteniendo el criterio de la imputabilidad, se le da la esperanza de salir de su encierro, aun en hipotético caso de que sea después de muchos años de prisión. La alternativa contraria, la condena de por vida a permanecer en un establecimiento de seguridad, sin la esperanza mínima de salir de ese sitio"⁶.

En el caso "Ullmann", de mayo de 1990, la Cámara volvió aparentemente a la forma de razonar que al comienzo de este acápite exponía el Dr. Zaffaroni, es decir, a unir indefectiblemente la peligrosidad con la enfermedad mental:

"La pena sólo puede estar dirigida como intimidación general y con fines individuales de retribución proporcional a la culpabilidad, a individuos que tengan capacidad para captar el significado de la sanción. Quien no ha tenido libertad de voluntad para optar por fines conforme a derecho, sólo puede quedar sujeto a una medida de seguridad curativa, y hasta tanto subsista la enfermedad mental que lo hace peligroso" (considerando 12 del voto del Dr. Tizzoni).

De lo que puede observarse a través del análisis de la evolución de la jurisprudencia, surge que, en mayor o menor medida, la decisión acerca de la limitación a la medida impuesta, queda sujeta a la desaparición de la peligrosidad, no advirtiéndose ningún tipo de valoración al margen que permita deducir el intento de modificar este criterio.

Por su parte, este criterio también es el sostenido por la doctrina, así Tavella - Rió expresan:

"No cabe duda de que resulta tarea difícil diagnosticar la peligrosidad que puede revestir una persona, pero estamos convencidos que mucho más ardua es la tarea que compete tanto a magistrados cuanto a peritos, llamados a determinar sobre el caso de la peligrosidad... jamás se accederá a la extinción de un individuo que revista peligrosidad"⁷.

Como ya lo planteáramos en la introducción al presente trabajo, el problema con este criterio absoluto es precisamente el grado de exposi-

⁶ Lo llamativo a mi criterio de esta voto, es el reconocimiento de que en la práctica son iguales las penas a las medidas de seguridad privativas de libertad. Por otra parte, también puede percibirse el intento de algunos jueces de forzar el caso hacia la imputabilidad —lo que se da en la mayoría de las veces en casos de delitos menores— a fin de que rijan las reglas del principio de legalidad, y no la indeterminación de la medida.

⁷ El problema se presenta principalmente en aquellos supuestos en que el autor tiene una lesión cerebral o una perturbación susceptible de ser solucionada con la ingesta de un medicamento. Aquí podría decirse que el sujeto con ese medicamento no es más peligroso, pero subsiste su peligrosidad.

ción de aquel que debe determinar que la peligrosidad ha desaparecido en un todo, a lo cual debe agregarse la pregunta acerca de cuándo se puede asegurar que un sujeto, ya sea en condiciones normales o anormales, no cometerá en el futuro un ilícito.

La última parte de este trabajo estará destinada a exponer los criterios limitadores que han surgido de la doctrina, y a tratar de encontrar alguno que permita la adopción de medidas no extremas, tendientes a aminorar el peso de la decisión de dejar libre a un imputable para aquellos que deban tomarla, y repartir las consecuencias de la situación entre el sujeto que no se puede motivar por la norma y la sociedad en su conjunto, que deberá aceptar estar eventualmente "desprotegida" a cambio del reconocimiento de la dignidad humana.

VI. CRITERIOS LIMITADORES DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

1) Una de las primeras formas expuestas por la doctrina para limitar la aplicación de las medidas de seguridad privativas de la libertad, es el principio de proporcionalidad.

Al respecto, H. Jeschack expresa:

"Las medidas no son penas y por consiguiente no están sometidas al principio de culpabilidad sino al de proporcionalidad que rige de un modo inmediato y general como principio fundamental del Estado de Derecho... dada la profunda intervención en los derechos del afectado que suponen las medidas. En el enjuiciamiento de la proporcionalidad debe atenderse a la significación de los delitos cometidos por el autor y de los que cabe esperar cometa en el futuro, así como al grado de peligro que procede de él, es decir, a la probabilidad de nuevos delitos. La proporcionalidad de una medida depende sobre todo de la significación de los delitos que cabe esperar en el futuro del autor. Del principio de proporcionalidad se deriva a la hora de elegir entre varias medidas que vienen en consideración, el principio de la menor intervención posible"⁸.

Por su parte, Santiago Mir Puig nos dice:

"También las valoraciones sociales deben orientar la proporcionalidad de las medidas de seguridad. Hay que añadir que éstas deben guardar proporción no sólo con los beneficios sociales que pueden aportar, sino más en concreto, con el grado de la peligrosidad criminal del sujeto y con la gravedad

⁸ Jeschack, H., *Tratado de Derecho Penal*, T. 2, Bosch, Barcelona, pág. 1116.

del hecho cometido y de los que sea probable que pueda cometer. Sería conveniente, además, que sólo se admitieran medidas de internamiento cuando concurriera peligro de comisión de delitos considerablemente graves⁹.

Finalmente Claus Roxin, tras hacer un paralelo entre los fines de la pena y los de las medidas de seguridad, y arribar a la conclusión de que ambas coinciden en cuanto a su finalidad preventiva de delitos, expresa:

"Pena y medida de seguridad por lo tanto no se diferencian entre sí por el objetivo, sino por la limitación. La medida de seguridad está vinculada en su duración y gravedad no a la medida de la culpabilidad, sino solamente al principio de proporcionalidad que permite inferencias más amplias que lo que le está autorizado a la pena.

"De ello se deriva la cuestión de cómo puede ser justificada la facultad estatal para sanciones-medidas de seguridad tan intensas. La respuesta sólo puede surgir de la idea de la ponderación de bienes, según esto, una libertad puede ser privada cuando su utilización conducirá, con gran probabilidad, a perjuicios para otros, los cuales, en su totalidad, son mucho más graves que las restricciones que debe tolerar el que causa el peligro por la medida de seguridad. Con relación a este, valer y dignidad del hombre se encuentran... con todo su peso del lado de la balanza. Cuanto más sean valorados por el ordenamiento jurídico, tanto más estrecho será el círculo de peligros contra los cuales entran en consideración medidas de seguridad precautorias"¹⁰.

Con el principio de proporcionalidad entonces, aparecerá un primer freno a la imposición de medidas de seguridad. Estas medidas no podrán imponerse ante la mera posibilidad de cometer delitos (tal como lo expresa el concepto de "peligrosidad" utilizado por la doctrina) sino que deberán aplicarse sólo si los delitos que se llegaron a cometer pudieran poner en peligro un bien jurídico de mayor entidad que la libertad personal.

Para que el juez pueda hacer esta apreciación, a la hora de efectuarse el informe pericial, no alcanzará con determinar la peligrosidad en abstracto, sino que de ser posible, habrá que especificar qué tipo de delitos se esperan del sujeto incapaz.

2) Si en el caso concreto se estableciera que el sujeto muy probablemente atentará contra bienes jurídicos fundamentales, como la integridad física o la vida misma (y en razón de ello se considerara necesaria la internación), el Estado deberá tratar por todos los medios de efectuar una tarea tendiente a reinsertar al sujeto en la sociedad.

⁹ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, pág. 113.

¹⁰ Roxin, Claus, "Fin...", cit., págs. 44/45.

En este contexto, se encierra el problema de las conocidas "salidas a prueba" con las que —en virtud del apego a los criterios doctrinarios y jurisprudenciales expuestos, que exigen la absoluta desaparición de la peligrosidad— en la actualidad no hay consenso.

En ese sentido puede leerse la siguiente manifestación de Tavella - Rúa:

"Por más que nos esforzamos no llegamos a comprender qué se quiere significar con ese tipo de 'alta a prueba'. Cabría preguntarse: ¿Para probar qué?... ¿Para probar si el paciente externado, reintegrado a su medio familiar, la mayoría de las veces bastante conflictivo, vuelve o no a realizar un acto delictivo?... ¿Y si lo vuelve a realizar, qué pasa?... ¿Nos contentaremos con decir que no había pasado su peligrosidad y que debe volver a internarse?... ¿Y de los resultados delictivos quién se responsabiliza?... Preferimos no continuar planteándonos interrogantes de muy difícil respuesta a no dudar, y en cambio advertir a los peritos médicos que sólo puede aconsejarse la externación cuando no quede la menor duda de que la peligrosidad ha cesado..."¹¹.

Con un criterio totalmente contrario, y en pos de la reinserción gradual del incapaz a la sociedad, el Dr. Zaffaroni expresa:

"...si bien se ha destacado siempre que la cesación de la medida debe ser irrevocable, no admitiéndose su condicionalidad ni salidas a prueba, lo cierto es que la evolución del tratamiento psiquiátrico, que reduce la función del manicomio, y la necesidad terapéutica de salidas transitorias en una suerte de régimen progresivo, han hecho que en la práctica los tribunales, previo informe o pedido del establecimiento, autoricen estos regímenes de paulatina reintegración social del recluso..."

"Por consiguiente, nos parece evidente que por reclusión manicomial o en establecimiento especial debe entenderse en la actualidad el sometimiento del paciente a un régimen institucional de tratamiento psiquiátrico, sin que pueda privárselo de ninguno de los pasos que demanda ese tratamiento, incluyendo las salidas periódicas para su paulatina readaptación a la vida libre. Con el dictamen favorable de los peritos el tribunal no puede negar estas medidas, porque son parte del tratamiento que debe controlar."

"El dictamen de los peritos, en estas salidas de prueba, no podrá declarar que ha cesado el peligro, porque en tal caso no se impediría la salida a prueba, sino la cesación de la medida. Bastará que los peritos acrediten que el paciente ha si-

¹¹ Rúa, J. - Tavella de Rúa, G., *Psiquiatría...*, cit., pág. 335.

canzado un grado tal de recuperación que indica la necesidad de entrar en esa fase del tratamiento. El tribunal podrá imponer al establecimiento la obligación de informar periódicamente acerca de la marcha del tratamiento y del estado del paciente, pudiendo revocar la autorización cuando tenga elementos para creer que las condiciones que la hicieron aconsejable hayan desaparecido o que el paciente no responde positivamente de ella¹².

Como puede observarse, para los primeros autores citados, no es conducente la aplicación de salidas a prueba en virtud de que, cuando éstas se otorgan, se supone que la peligrosidad del individuo no habría desaparecido totalmente; en una postura contraria, Zaffaroni acepta estas salidas, bajo la concepción de que ellas pueden autorizarse a pesar de que no esté acreditada la desaparición total de la peligrosidad, con el simple hecho de suponer razonablemente que ella ha disminuido a tal punto que el sujeto pueda reinsertarse en la sociedad.

En la lógica del presente trabajo, que sostiene la tesis de que no es necesario, a fin de permitir la externación del sujeto, la fehaciente comprobación de que la peligrosidad ha desaparecido, sino que se exige un análisis global del caso, debiendo ponderarse siempre la necesidad de la aplicación de la medida en función de los bienes que se protegerán, estas salidas son perfectamente aceptables.

Es cierto que en algunos casos el criterio del médico que consideró que el sujeto podía reinsertarse a la sociedad, pese a no haber desaparecido totalmente su peligrosidad, puede ser erróneo, pero aquí también debe entrar en consideración una relación de costos y beneficios.

En primer lugar, habría que preguntarse ante qué situaciones un médico puede decir de la noche a la mañana que la peligrosidad ha desaparecido con certeza total, sin tener un mínimo de duda: ¿cuántos médicos, de cualquier otro ámbito, están en condiciones de dar un diagnóstico exacto con respecto a cualquier enfermedad? En efecto, en otras ramas de la medicina, el médico puede efectuar diagnósticos que luego no se verifiquen, y nadie lo cuestionará si aquél se efectuó dentro del marco de las reglas del arte, es decir, si el profesional tuvo razones suficientes para pensar que la diagnosticada era la enfermedad que el paciente tenía.

En este contexto, si un perito tiene razones suficientes para pensar que el sujeto está en condiciones de reinsertarse en la sociedad, pese a no haberse comprobado la desaparición total de la peligrosidad, no hay por qué impedir la salida a prueba del incapaz.

A nuestro modo de ver, debe regir un criterio similar al *ix dubio pro reo*, en virtud del cual, ante la duda acerca de la peligrosidad o no del sujeto, debe prevalecer la tarea de reinsertión social, siendo precisamente

¹² Zaffaroni, E., *Tratado...*, cit., págs. 465/466.

esa duda; la que dé lugar a las salidas a prueba y no a la total internación, pero nunca la que determine —como lo sostienen Tavello y Rid— que el sujeto deba seguir internado *in eternum*.

Es cierto que se pueden cometer errores, pero también en derecho penal con el principio mencionado existe el "riesgo" de que sujetos que no eran inocentes queden libres, sin que por ello el principio mismo sea cuestionado.

3) Finalmente, ante el supuesto de que debido a los bienes en juego, y a que el sujeto no esté en condiciones de salir a prueba, se torne necesario continuar con la internación, cabe presentar un último límite relacionado ahora con el delito cometido y el tiempo de pena establecido para él. Al respecto el Dr. Zaffaroni manifiesta:

"Igualmente, en el caso de que la medida corresponda, no podrá afirmarse que ésta puede llegar a ser perpetua en cualquier supuesto. Si se trata de una medida formalmente penal, lo lógico es que ella no pueda exceder el límite máximo conminado para el hecho que le sirve de base en el caso de que hubiese presentado todos los caracteres delictivos. No es justificable desde ningún punto de vista que una medida asistencial y administrativa resulte más lesiva de bienes jurídicos que la medida máxima de la reacción penal que hubiese tenido lugar en caso de delito.

"Puede argumentarse que ese tiempo máximo puede transcurrir sin que el recluso haya curado su dolencia. En tal caso, si ha pasado ese tiempo máximo y no ha cesado el peligro de que se dañe a sí o a terceros, y por ende, menos aun puede decirse que el sujeto haya curado o haya remitido su dolencia, la permanencia del peligro será justamente lo que justifique su incorporación al régimen de legislación psiquiátrica menos grave del artículo 482 del Código Civil"¹².

Este último criterio también es de gran importancia dado que, pese a que la peligrosidad persista, no existen motivos para olvidar por completo el delito que el incapaz cometió y por el cual se le aplicó una de las medidas establecidas por el artículo 34.

En efecto, la diferencia que existe entre un robo y un homicidio por ejemplo, no puede ser olvidada porque el sujeto sea incapaz; por el contrario, debe ser siempre el parámetro objetivo, si no de imposición, cuanto menos de limitación de las medidas.

¹² Zaffaroni, E., *Tratado...* cit., pág. 483.

VII. CONCLUSIONES

El proceso de limitación por el cual pasó el derecho penal, también se impone en relación con las medidas de seguridad privativas de libertad, principalmente, por ser ellas en la práctica de iguales características que la pena.

La total desaparición de la peligrosidad no debe ser el único criterio para permitir la externación; debe considerarse esta peligrosidad en concreto y ponderarse con la gravedad de la medida que afectará al incapaz.

La sociedad debe ceder —a cambio del reconocimiento de la dignidad humana del sujeto incapaz— una porción de su seguridad, y permitir la reinserción del incapaz pese a la no comprobación de la desaparición absoluta de la peligrosidad, siempre que existan razones suficientes para creer que el sujeto podrá vivir en sociedad.

En ese sentido, se debe permitir a los peritos el dudar, y aconsejar la externación si consideran que existen razones para hacerlo, sin que ello sea concebido como una posibilidad de complicaciones personales si el sujeto vuelve a cometer un delito. A un juez no se lo cuestionaría porque dejó libre a alguien que volvió a cometer un delito, eso era lo que debía hacer.

Es cierto que existen riesgos, y que esta concepción no será tan segura como la que sostiene que el sujeto debe estar internado hasta quedar comprobada su inocuidad; pero estos riesgos son saludables, porque responden a las concepciones de una sociedad que no toma al hombre como medio para cumplir con sus objetivos, sino como un fin en sí mismo.

PÉRDIDA DE CHANCES DE CURACIÓN Y SOBREVIDA

JUAN SONODA

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

1) *El despotismo del azar*

La palabra "azar" viene del árabe *záh* (azahar, en castellano) término éste que designaba a una flor que se pintaba en una de las caras de los dados usados para jugar¹. Sin embargo, a lo largo de los siglos la palabra ha sacrificado algo de su sentido lúdico para entrar a formar parte en muchas de las circunstancias de nuestra vida². Esto, de todas maneras, no ha sido aceptado por todos de forma pacífica. Muchas voces se han alzado contra la mera suerte o mala suerte como factor influyente en la existencia de hombres y mujeres:

— El cristianismo reserva la palabra "providencia" para la atribución al hombre de sus suertes y desgracias. Éstas no son fruto de la casualidad sino que se hallan previstas en la voluntad de un ser superior que procede con arreglo a un plan divino. Otras religiones, como la musulmana, llevan este fatalismo a grados más extremos.

— Al racionalismo, basado en la firme convicción de la omnipotencia de la razón humana, le es repugnante todo suceso que no merezca su lugar en la cadena de causas y efectos, siendo éstos indignos de llamar la atención de la razón humana.

— El voluntarismo rechaza la intromisión del azar por considerar que significaría desconocer el libre albedrío del que el hombre está dotado, y que pone en acto mediante el ejercicio de su voluntad.

¹ Corominas, Juan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, Gredos, Madrid, pág. 76.

² O, dicho de una manera aparentemente contradictoria, nuestro concepto de la vida tal vez se haya vuelto más lúdico.

— Por último, el Derecho, sea por la adopción de una o de otra de las convicciones anteriores³, o de otros motivos no mencionados, no admite en su seno (al menos no abiertamente) la participación del azar en la distribución de derechos y obligaciones a favor de o contra los sujetos cuyas conductas regula.

Ihering, por ejemplo, sostenía que la norma jurídica debe ser abstracta o general, en reemplazo de las normas individuales que emanan de la voluntad del soberano. La abstracción y la generalidad son las mínimas garantías de un orden de Derecho, ya que la orden individual sólo tiene por fin la satisfacción del interés de quien la emite:

“Bajo un régimen semejante al desarrollo del sentimiento jurídico llega a ser un imposible [...]. La masa bajo un régimen despótico no conoce más que la obediencia, la sumisión, la sujeción [...]; no tiene fuerza de resistencia contra lo que cree inevitable, se duerme en la apatía. Esta disposición, formulada como dogma, se convierte en fatalismo; todo lo que ha de suceder ha de suceder, no en virtud de una ley, siempre lógica consigo misma, y que imponiéndose a quien la conoce y observa, le deja su independencia y seguridad, sino por la fatalidad del azar, contra el cual nada protege [...]. En el terreno del derecho, esta situación que domina, no la ley, sino el azar, se llama arbitrariedad”⁴.

De igual manera, el derecho francés del siglo pasado rechazaba la intrusión del azar dentro del sistema jurídico, y ningún hecho ajeno a la voluntad de las personas era fuente de responsabilidad⁵. En este sentido,

³ Por supuesto, no son las únicas concepciones o motivos por los que se condena el recurso a la suerte, y tal vez ni siquiera sean los más importantes. Su inclusión es el simple efecto ejemplificativo. En realidad la cuestión es mucho más compleja: es difícil que un poder consolidado (de la naturaleza que sea) admita abiertamente que sus conductas tienen un componente aleatorio (esto es, que podrían ser de la manera que dicho poder impone, o de cualquier otra) ya que esto implicaría, en numerosos supuestos, socavar las bases mismas de ese poder. Como algunos ejemplos extremos podríamos imaginar un régimen teocrático como los de Europa medieval o, saltando las distancias, como el fundamentalismo islámico de Irak, y aun sin ir tan lejos, nuestro sentido común se rebela a creer que en un orden jurídico tenga lugar la casualidad. El dilema está lejos de ser novedoso; recordemos el diálogo entre Trasímaco y Sócrates que Platón describe en el primer capítulo a libro de *La República*.

⁴ Ihering, Rudolf von, *El Fin en el Derecho*, Bellasra, Buenos Aires, 1976, pág. 174.

⁵ Piaggio, Anibal Norberto, “Azar y certeza en el derecho de daños”, E.D., 153-739. Esta concepción, por supuesto, no es privativa del derecho de daños sino que abarca a todo el derecho. Tal vez, el ámbito donde más influencia ha tenido haya sido el del derecho de los contratos. Recordemos una de las grandes obras de la doctrina nacional, de Marco Aurelio Rinaldi, *Soberanía y Crisis del Contrato*, Abelada-Parrot, Buenos Aires, donde este gran jurista hace una defensa de la autonomía de la voluntad frente al intervencionismo estatal, y frente a institutos como el abuso del derecho, la lesión y la imprevisión.

Vélez escribe en la nota al artículo 900 del Código Civil: "El elemento fundamental de todo acto es la voluntad del que lo ejecuta, es por eso que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no es considerado en el Derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito". Así, vemos que para la materialización de la responsabilidad eran imprescindibles dos elementos:

- La existencia de una causa física conocida.
- La atribución de dicha causa a la acción culposa de un individuo.

II. EL TEMA

1) *El azar del Derecho*

En la actualidad, el pensamiento imperante en el siglo XIX ha cedido, relajándose los límites impuestos por la máxima "no hay responsabilidad sin culpa". Es así como se pasa de castigar al autor, a resarcir a la víctima, y de resarcir a la víctima, a buscar un criterio justo de distribución de los daños⁶. De esta forma se insertan en los distintos ordenamientos, a la par de los tradicionales factores subjetivos de atribución, nuevos factores objetivos basados en el riesgo. Asimismo, aparecen factores de garantía o seguridad, se reconoce a la equidad como fuente de obligaciones, y se introduce el concepto de la "socialización de los daños" mediante la creación de fondos de garantía⁷, e incluso mediante la extensión del seguro⁸. Vemos así que traemos a la suerte de vuelta de su exilio jurídico, produciéndose una verdadera "recuperación del azar"⁹.

El azar, la casualidad, antes tan temidos, pasan al centro de la discusión al ser considerados por distinguidos juristas como criterios válidos de reparto¹⁰. La Dra. Alicia M. Perugini de Paz y Geuze escribe¹¹:

⁶ Para un mejor desarrollo de esta evolución, ver Masset Irujo, Jorge, *Responsabilidad Civil*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, Cap. I.

⁷ Piaggio, A. N., "Azar...", cit., pág. 799.

⁸ Masset Irujo, J., *Responsabilidad...*, cit., pág. 33.

⁹ Piaggio, A. N., "Azar...", cit., pág. 799. Continuando con la escrita en la nota 5, también esta evolución es privativa del derecho de daños. Basta leer lo escrito por Marolla en el año 1989 respecto del estado actual del derecho de los contratos (en "Evolución contemporánea del contrato", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, no. 26, 1989, pág. 699, citado por Marolla, Augusto M., *Contracto y Proceso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990).

¹⁰ Vgr. el profesor que determina los temas de examen mediante un "botiflero", etc.

¹¹ Perugini de Paz y Geuze, Alicia M., "Reflexiones en torno al concepto del azar en una obra clásica; la de Werner Goldschmidt", *E.O.*, 118-803 y sigs.

"Lo arbitrario puede resultar meramente aparente si debajo de la superficie voluntarista late el ritmo sistemático de la razón. Me refiero a determinados supuestos en los que la casualidad desempeña el papel de criterio de reparto [...]. En numerosas ocasiones acuden los hombres conscientemente a la casualidad como criterio de reparto porque desearían de hacer una elección racional [...]. En numerosas circunstancias auténticas dificultades materiales para arribar a soluciones aparentes y profundamente razonables traen como consecuencia una alianza con la casualidad. En otras circunstancias tal alianza se ve motivada por la amenaza de imparcialidad y por ende de injusticia".

Es de esta manera como, en perjuicio del principio "no hay responsabilidad sin culpa", finalmente terminamos soportando un cierto azar en nuestro ordenamiento, con el fin de "simplificar el camino que conduce a la reparación"¹². Es así como una persona pasa de sufrir sus propias chances a sufrir también las ajenas.

2) *Un daño cierto*

La posibilidad de ser indemnizado por pérdida de una chance ha dejado de ser discutida en nuestra doctrina y jurisprudencia¹³. Bastamente Alsina lo define como un daño actual y cierto, que se da cuando, como consecuencia del incumplimiento de un contrato o de la comisión de un hecho ilícito, el acreedor o la víctima se ven privados de obtener una ganancia probable o de evitarse un perjuicio conjeturable. Lo indemnizable es la "oportunidad" o la "esperanza", en la medida en que tengan suficiente fundamento, y no la ganancia o daño evitables mismos¹⁴. Gabriel Stiglitz y Carlos Echevesti la describen como acontecimientos de los que no puede extraerse con absoluta certidumbre que han generado consecuencias dañosas al sujeto que alega el perjuicio, por tratarse de ventajas o pérdidas cuya producción no dependía exclusivamente del sujeto imputado, por estar asimismo sometidas a un riesgo distinto que genera posibilidades a favor y en contra. Afirman estos autores que la incertidumbre no obsta a la reparación si del balance de las probabilidades a favor y en contra surge una proporción basada en probabilidades suficientes de que la chance se perdió con motivo del comportamiento del agente¹⁵.

¹² Mosset Iturrage, J., *Responsabilidad...*, cit., pag. 29.

¹³ A modo de ejemplo: en la red informática de tribunales, respecto de fallos de la Corte Suprema, y de los fueros Civil y Comercial nacionales y federales, a la vez "pérdida de una chance", responden 74 fallos.

¹⁴ Bastamente Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 8ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 152.

¹⁵ En Mosset Iturrage, J., *Responsabilidad...*, cit., págs. 224 y 226.

En definitiva, ninguna controversia hay acerca de que la pérdida de una chance es un daño cierto en la medida de que las posibilidades de materialización de dicha chance sean reales, y que el resarcimiento se refiera a esta "esperanza", y no a la ganancia o perjuicio evitables de esta posibilidad.

3) Un autor incierto

Aquí abandonamos el terreno del elemento "daño" para penetrar en los territorios de la causalidad. Se trata de establecer en caso en el que, dado el actuar conjunto de dos o más agentes, no es posible determinar a ciencia cierta a cual de ellos es atribuible el resultado. A diferencia del caso anterior, aquí no nos hallamos frente a una causalidad cierta que produce un daño incierto, sino de un daño cierto producido por una causalidad incierta.

En el terreno específico de la pérdida de chances de curación o sobrevivencia, se da la concurrencia del agente patógeno con la conducta del médico, por lo que es preciso hacer algunas aclaraciones:

— El actuar de este profesional por definición concurre con otros agentes dañosos. Sin el "agente patógeno" que altera la situación de "homeostasis" del paciente, causando la enfermedad, no se explica la intervención del médico¹⁶. Por ello, en la gran mayoría de los casos el profesional interviene en un proceso ya desencadenado que causó y está causando daños, y que de continuar, los causará aún mayores.

— Dentro de este proceso, hay veces donde es oscura la incidencia del actuar del galeno en el resultado dañoso. Respecto a esto, cabe hacerse las preguntas que formula el Dr. Anibal Piaggio: "¿Qué papel ha jugado la actividad del médico en la producción del daño y de un resultado negativo para el paciente?; su comportamiento profesional ¿ha sido la causa de un lactuoso o agravante resultado, o ha contribuido, y en qué medida, al mismo?"¹⁷.

Respecto de este tema se ha dicho que la actividad probatoria de la víctima se ve obstaculizada, en muchos de estos casos, por la desigualdad existente en la relación entre el médico y el paciente por ser aquél un profesional y éste un lego en la materia. Se sostiene que el afectado se halla en inferioridad de condiciones para desentrañar los hechos ocurridos, mientras que el profesional "se encuentra en una situación probatoria privilegiada"¹⁸. En esta previsión se basa el artículo 1625 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación de

¹⁶ Esto, claro está, sin perjuicio de la fundamental importancia de la labor preventiva.

¹⁷ Piaggio, A. N., "Azor...", cit., pág. 817.

¹⁸ Altieri, Adolfo A. - López Cabana, Roberta M., "Carga de la prueba en los litigios de medios", C.L., 1989-B-253.

1987, qué ha contado con el apoyo de prestigiosas juristas²⁰ y merecido la realización de enojados estudios²¹, mediante el cual se produce la total inversión de la carga de la prueba, pasando a pesar sobre el profesional la demostración de haber actuado sin culpa.

Como otra forma de paliar las dificultades que la efectiva acreditación del nexo causal conlleva cuando la acción presumiblemente dañosa del médico se integra al cuadro patológico, confundiéndose con él²², la jurisprudencia francesa desarrolló una fórmula tendiente a suplir esta incertidumbre en la relación causal; agotada la investigación acerca de la causalidad sin lograr una prueba definitiva acerca de la autoría del profesional, no es posible imputarle sin más la indemnización integral del daño, pero sí es indemnizable la parte de él consistente en la pérdida de chances de curación o supervivencia²³.

Esta última tesis generó adherentes y detractores, tanto en la doctrina extranjera como en la nacional. Al respecto, reproducimos la cétera crítica del maestro Trigo Represas:

"En estos casos se ha sostenido que resulta inútil y peligroso recurrir a la noción de pérdida de una chance; que lo que así impropriadamente se denomina no es más que la insuficiente información del juez sobre la manera en que el destino ha encadenado los hechos; y que cuando se responsabiliza a un médico por entenderse que 'su culpa ha implicado la pérdida de una chance de curación o de sobrevivir el paciente, se lo hace simplemente porque existe una posibilidad de que él hubiese causado el daño'. Es decir, que se lo condena en base a una 'duda', la que por el contrario debiera ser interpretada, en materia civil, a favor y no en contra del demandado, como igualmente aprovecha al acusado en el campo penal: *in dubio pro reo*"²⁴.

²⁰ Tal aserto es demostrado por el despacho de mayoría emitido por la comisión nro. 4 ("La responsabilidad civil de los profesionales liberales en la ley de unificación") en las Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, realizadas en Lomas de Zamora en el año 1986.

²¹ Entre otros: Altaras, A. - López Cabana, R., "Carga...", cit., y Lorenzetti, Ricardo, "La responsabilidad civil del médico en el proyecto de unificación civil y comercial", L.L., 1988-B-934.

²² Vemos así que ambas doctrinas tienden a una misma finalidad: hacer posible la reparación a pesar de una supuesta desigualdad factica entre el galano y su paciente. Pero mientras que la presunción de culpa implica una inversión de la carga de la prueba en materia respecto de la culpa (y por ende, implícitamente respecto del nexo causal), la PCHCS significa una atribución parcial de autoría. De esta manera, vemos que son también antitéticos, para la elección de una hace innecesario la aplicación de la otra.

²³ Piaggio, A. N., "Azar...", cit., pág. 817.

²⁴ Trigo Represas, Félix A., "Pérdida de la chance de curación y daño cierto, servido de mala praxis", L.L., 1986-C-38.

De todas formas, cabe aún preguntarnos qué sucede cuando el actuar culposos del profesional está fuera de toda duda, si bien sigue siendo dudosa la magnitud de su incidencia en el resultado final. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho:

"El o que ha incurrido en un razonamiento objetable al reconocer que el causante era portador de una precaria posibilidad de supervivencia, y después afirmar que el fallecimiento igualmente se iba a producir, pues esta conclusión sólo puede admitir como premisa el carácter irremediablemente mortal de la patología del enfermo y en la sentencia no se verificó este presupuesto sino una limitada chance de sobrevivida, lo que demuestra la existencia de una contradicción que priva de apoyo racional a la conclusión a la que se arribó. [Es precisamente] la frustración de esa chance de supervivencia originada en la ausencia de una oportuna y diligente atención médica, aspecto no ponderado en función de la importancia de los valores y derechos en juego ni del alcance del deber profesional y contractual de los demandados, lo que justifica la descalificación del fallo"²⁴.

Conviene entonces distinguir qué influencias puede tener la actividad médica en la causación del resultado. Al respecto, centraremos nuestra atención en la clasificación de hipótesis presentada por el Dr. Piaggio²⁵:

– El daño sufrido razonablemente encuentra su causa adecuada en una mayor fragilización o exposición en la que quedó el enfermo por el actuar del profesional.

– No es posible demostrar que la actividad del galeno constituya una causa adecuada, pero sí que ha constituido una *conditio sine qua non*.

– No resulta factible establecer la magnitud de la participación del agente en el daño integral, sabiendo sólo que tal hecho no fue totalmente indiferente.

En la primera hipótesis no hay pérdida de chances, sino daño cierto. En la segunda, esto dependerá de la teoría de la causalidad que se adopta: si se aplica la de la equivalencia de las condiciones, procederá la condena contra el médico. Si se adopta la de la causalidad adecuada, será aplicable lo escrito para el próximo supuesto²⁶.

²⁴ CSJN, 24-X-1989, en "Amante, Lezzer y otros s/Asociación Mutual Transporte Automotor (A.M.T.A.) y otros", S.E., 126-678 y sigs., con comentarios del Dr. Germán Hilarit Campos.

²⁵ Piaggio, A. N., "Azar...", cit., pág. 820.

²⁶ La lógica de este razonamiento es impecable y cuenta con una coherencia irrefutable en el campo de la teoría. Pero si nos dedicáramos hacia "el terreno fangoso de los hechos", sería interesante tomar en cuenta el fallo "Solim de Nudelman c/ O.S.S.E.N.", dictado por la CNCJn. Sala C, el 17-VI-1985 (L.L., 1985-C-30), con voto del Dr. Chazarreta, al que adhieren los Dres. Durastona y Vedia y Albornoz. La cuestión tiene su origen en una operación cuyo fin era el de corregir una artrosis en la mandíbula y, "no obstante que no fue comprobada una deficiente cirugía, a raíz del tratamiento, se a el tiempo de la operación, sea con posterioridad, se produjo una parálisis del nervio ciático popliteo externo" (teoría

En el tercer caso, es posible valerse de dos criterios:

— Distinguir la operatividad causal de la culpa médica en el daño final —lo que llevaría a la admisión de la responsabilidad total en contra del galeno de la simplemente ocasional, que no traería responsabilidad alguna.

— Distinguir entre el daño integral sufrido por el paciente y un daño intermedio específico e indemnizable como rubro autónomo, consistente en esta peor situación en la cual la negligencia lo colocó²⁷.

Llegados a este punto, es necesario reflexionar qué situaciones son las que serían posibles de ser incluidas dentro de la pérdida de chances/ causa, si por hipótesis decidiéramos aceptarla provisoriamente.

III. ALGUNAS PRECISIONES ACERCA DEL TEMA

1) *La vida después de la muerte*

"Sobrevivir" es "vivir después de determinado suceso"²⁸; en este caso el suceso en cuestión es la enfermedad. Por otra parte, es posible preguntarse si debemos considerar que el vocablo "sobrevivida" tiene un significado análogo o si, por el contrario, debemos asignarle otro distinto.

En la práctica médica se llama "sobrevivida" al lapso incierto de tiempo que transcurre entre el momento de la declaración de una enfermedad terminal y el momento de su resultado final, la muerte. Es decir, a partir de la comprobación de un estado irreversible, el paciente entra en una suerte de "tiempo de descuento", que será más o menos prolongado según

que, deberemos recordar, ya que es protagonista de un caso similar —"Hijas S.A.T.S.A."— que será citado más adelante en razón de la cual la actora perdió la flexión del tobillo y de los dedos. Asimismo, dicho voto afirma, en el considerando II que "es una realidad no discutida que con posterioridad al acto quirúrgico, se comprobó el déficit irreversible en la movilidad del extremo inferior de la demandante. Es decir que sin dicho antecedente operario no se hubiera llegado a tal consecuencia" (la bastardilla es nuestra). Veamos entonces la similitud de estas afirmaciones con las posturas de la teoría de la causalidad sine qua non, máxime si con el resto del fallo no se demuestra que el resultado fue una consecuencia previsible de la operación, sino que se limitó la cuestión a establecer la impropiedad de otras posibles causas. La solución final es ciertamente justa para este caso en particular ¿pero se ajusta a los criterios de causalidad prescritos por nuestro Código? No es nuestra intención arajar siempre sobre un modoloso pronunciamiento emitido por magistrados y juristas de la talla de los citados, máxime si el resultado final resulta justo para el caso en particular, como se da en esta ocasión.

²⁷ Según el autor citado en el texto, ésta es la postura adoptada por la Corte de Casación francesa, en "Corvas c. Guzmán et autres", op. cit., pág. 821.

²⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 19ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1973.

las circunstancias de cada caso en particular²⁹. A su vez, no es exagerado decir que depende de la pericia, aptitud y, sobre todo, de la experiencia y calidad humana del profesional cuánto y cómo vivirá el paciente en este desdichado estado.

No es irrelevante que el paciente viva pocos días o varios años desde el diagnóstico del mal cuyo inevitable desenlace se desconoce. Asimismo, tampoco es indiferente la posibilidad de quien sufre la enfermedad de tener, dentro de sus posibilidades, una "calidad de vida" lo más cercana posible a lo normal. En estos casos, un tratamiento eficaz puede dar al afectado un lapso de vida lo suficientemente amplio como para considerarlo como una verdadera "vida después de la muerte".

Por el contrario, la negligencia o grossera ineptitud del médico que provoca un notable acortamiento del lapso de tiempo habitual de sobrevida, según lo considerado normal por los criterios médico-estadísticos del caso, provoca un daño cuya autonomía es meridiana. No es posible hablar aquí de un "daño intermedio", y menos aún de una pérdida de chances. El perjuicio consiste en la pérdida de meses o incluso años de la vida de una persona, en el padecimiento de agudos dolores, y de toda la suerte de pesares que hacen que una situación de por sí desgraciada se haga más intolerable aún³⁰.

²⁹ Por supuesto, este tema no es nada sencillo. Cada persona es distinta, y cada cuadro presenta sus caracteres propios. Lo que es más, respecto de ciertas enfermedades, como por ejemplo el sida, el estado actual del tratamiento (tratamientos psicológicos, "ciclitos de pastillas", etc.) hace dudosos determinar si estamos hablando de sobrevida o de una mera enfermedad crónica.

³⁰ No se tiene duda de que se trata de un daño que debería ser reparado, aunque si parece dudoso que efectivamente llegue a serlo. Estimamos que se trata de un daño moral que, basadas en la hipótesis de que la naturaleza contractual del vínculo médico-paciente, quedará al arbitrio judicial no sólo respecto de su extensión sino también en cuanto a su existencia misma (art. 323, Cód. Civ.). Asimismo, cabe preguntarse si tienen legitimación activa los herederos y sucesores: sobre esta cuestión es claro el artículo 1038, que niega la transmisibilidad de la acción por daño moral a herederos y sucesores universales. No obstante, también es digno de tener en cuenta el artículo 1078, que establece que si del hecho resulta la muerte de la víctima, tendrán acción los herederos forzosos. Sin embargo, en este caso el daño no consiste propiamente en la muerte del sujeto, pues ésta tiene su causa en la enfermedad, sino en este tiempo de "sobrevida" del que se ve privado el paciente. Por ello, no habría óbstatulo a que este inicio la acción en vida (porque el tratarlo de un daño futuro no lo hace menos cierto) y que dicha acción sea continuada por los herederos, pero no sería posible que éstos iniciaran la acción en nombre del causante, ya que el daño moral es personal de quien lo sufre. Llegados a este punto, ninguna duda cabe de que los herederos forzosos no podrán ejercer la acción por un título derivativo, pues queda en pie la pregunta de si pueden hacerlo a título propio. Estimamos que a nadie le es indiferente la muerte anticipada de un hijo, un padre o un cónyuge por el hecho culpable de un profesional. El tiempo perdido en su compañía sin duda vulnera una aflicción legítima que merece una tutela jurídica. Esta acción a título propio podría incluso estar fundada en el citado artículo 1078 (pues quien puede lo más, también puede lo menos). Aun así, puede hacerse esta pregunta: ¿sería aplicable el artículo 1123 a este efecto del contrato entre el médico y su

Habrá notado el lector que hemos salido del terreno de la causalidad, saltado el cerco de vuelta hacia los territorios del daño. Es por ello que se hace necesario diferenciar el *acortamiento o empeoramiento culpable del lapso o condiciones de sobrevivencia*, de la *pérdida de chances de supervivencia* en sentido estricto.

2) *Un enfermo riesgoso*

En determinadas circunstancias es necesaria la exposición al paciente a una serie de riesgos en miras de su curación. Es más, el riesgo se encuentra presente en numerosas decisiones que tanto médico como paciente deben asumir a lo largo del tratamiento. No necesitan explicación los peligros que acarrea la administración de anestesia, o el llamado "riesgo quirúrgico". Ni qué hablar de los peligros de tratamientos como la quimioterapia y la radioterapia, en la curación del cáncer, o de los efectos secundarios de drogas como el AZT en el tratamiento del sida, que han llevado a afirmar a algunos especialistas que, en ciertos casos, la muerte no se producirá por la enfermedad sino por los efectos devastadores de la droga.

Estas consideraciones llevan a autores como Carlos Ghersi a sostener que cuando, dada la patología del paciente, nos encontramos en una situación de riesgo, situando al facultativo en una operación at pica, basta por parte de éste acreditar que se adoptó una técnica operatoria generalmente aceptada como prudente para las circunstancias del caso, para considerar que la lesión surge del estado agravado del paciente. De esta manera, el concepto de culpa pasa a ser desdibujado por la aparición de otro factor: el riesgo asumido por el paciente³¹.

paciente? Es indudable la existencia de un daño en una legítima afección, pero recordemos que por hipótesis, estamos hablando de responsabilidad contractual, por lo que no serían rearscribibles las consecuencias medistas, calidad esta que cobrar  asigurar el daño moral del descendiente, ascendiente o cónyuge, pues surge de la conexión entre el mal actuar del profesional que anticipa la muerte de la víctima, con un hecho distinto, que es el sufrimiento de los mencionados pacientes.

³¹ Ghersi, Carlos. "Responsabilidad médica. Culpabilidad y riesgo asumido", L.L., 1987-B-319, comentando el fallo "Rojas, Mercedes L. c/Asociación de Trabajadores de la Salud Argentina", CT* Civ. y Com. La Plata, Sala II, 5-VIII-1986. Dice dicho fallo (al de 1  instancia, confirmado luego por la Cámara): "De la valoración de la pericia me he formado la convicción de que estamos en presencia de una operación de difícil realización l. . . y no se me escapa que si bien toda operación lleva implícito un riesgo quirúrgico, en el caso, éste se resulta por la patología de la actora l. . . . Dada la característica textural crónica de la patología de la actora, la sección del nervio cístico pop teo externo puede pasar desapercibida en el transcurso de la operación l. . . . No escapa a nadie que la lesión del nervio CPE es un riesgo en una operación de la naturaleza de la presente; riesgo que se vio agravado por la patología de la actora y las circunstancias médicas que describe la pericia".

Este es el caso del profesional que, enfrentado a una operación sumamente riesgosa y complicada por lo delicado del estado del paciente, provoca un daño que compromete seriamente la situación del enfermo, incluso haciendo imposible su curación. No se trata del riesgo medio de una operación o tratamiento habituales sino del que surge de situaciones excepcionalmente agravadas.

De lo expuesto deducimos que los requisitos serían:

— Que el facultativo se desempeñe con la diligencia y pericia que requiere la naturaleza de la operación, adoptando un método generalmente aceptado.

— Que la patología del paciente sea de tal gravedad que eleve por encima de lo normal y habitual el riesgo de la operación.

— Que el daño sufrido por el paciente esté en adecuada relación con el riesgo mencionado, no siendo eximibles los meros actos culpables cuya posibilidad de materialización nada tienen que ver con las especiales circunstancias del caso.

— Finalmente, debe haber una razonable proporción entre el riesgo corrido y la curación buscada (vgr. de no operarse el paciente llegaría al mismo resultado).

— — — — —
 Al no poder continuar con el análisis de este caso, y principiado lo que son conclusiones que éste pueda merecer, no cabe más que alabar la bondad de este enfoque desde lo práctico. Si nos obstináramos en hacernos fuertes en la posición contraria, cuanto más grave fuera el estado del paciente, menos profesionales estarían dispuestos a hacerse cargo de él. La enfermedad no sólo generaría un peligro para el paciente: enfermedad y enfermo podrían poner en grave peligro al médico.

Retomando la cuestión, podemos decir que nos encontramos ante un actuar del médico que habitualmente no lleva a un hecho dañoso, resultado al que finalmente se llega por las excepcionales circunstancias del caso³². Vemos así la similitud con otra de las hipótesis de la pérdida de una chance: la del hecho que constituye una *conditio sine qua non*, sin llegar a estar relacionado al resultado por un nexo adecuado de causalidad.

Pero hemos de notar que en el caso de los riesgos asumidos no estamos tratando el tema de la causalidad, sino el de la evaluación de la prueba de la culpa en las obligaciones de medios. A primera vista, podemos encontrar una sospechosa similitud entre estos dos supuestos, pero un análisis sistemático nos llevaría a concluir que no es así:

³² Es necesario aclarar que aquí no hay duda acerca del nexo causal, sino de la culpabilidad.

Teorías	¿Hay causa adecuada?	¿Hay culpa?
Riesgo asumido	Si	No
Condicio sine qua non	No	Si
Pérdida de chance de C. y S.	No	Si

Sin embargo, estos enfoques aparentemente antitéticos, ¿son en verdad tan distintos? Parafraseando a Borges, podríamos decir que nos encontramos ante las dos caras de la misma moneda que son tal vez, ante Dios, iguales.

IV. CAMBIO DE TEMA

D El buen médico de familia y el médico previsor

¿Cuál es el deber de diligencia del médico? Como primera medida, analicémos unos ejemplos:

"El cirujano demandado tomó las precauciones que prescribe la prudencia ordinaria concretada en reglas admitidas por los expertos como ciertas, no hubo desconocimiento técnico por parte del mismo, y adoptó las precauciones elementales marcadas por la técnica moderna"²³.

"Si bien es cierto que en el ramo medicinal que debe regir es el de la discrecionalidad, manifestándose por la libertad de elección, no es menos cierto que si el profesional utilizó un método generalmente aceptado como apto y circunstanciado por una actividad pre-operatoria (análisis, estudios, etc.) no existe antijudicialidad y el criterio judicial respecto del tema no puede ser severo"²⁴.

"No responde el médico en cuanto al método de curación prescripto si se trata de uno de los sistemas aceptables, pues el criterio dominante en la materia es que el profesional sólo debe poner en juego el caudal de preparación que el título acredita, salvo casos de negligencia grave, negligencia inexcusable o falta grossera"²⁵.

Estas afirmaciones podrían sintetizarse en la obligación de observar la diligencia del médico "medio", esto es, observar la conducta considerada correcta para el promedio de los profesionales. A su vez la obligación

²³ En el fallo "Egoz G/A.T.S.A.", anteriormente citado.

²⁴ Ghersi, C., "Responsabilidad...", cit., pág. 324.

²⁵ Bustamante Alsina, J., Teoría..., cit., pag. 487.

impuesta por el artículo 902 del Código Civil es interpretada por esta postura de la siguiente manera:

– No es exigible al profesional un conocimiento mayor al de la media de su género. Si el caso requiere del conocimiento de un especialista, su obligación se reduce a derivarlo al que resulte idóneo. Respecto del especialista, cabe admitir un deber de diligencia análogo si bien, esta vez, contemplando el mayor nivel de exigencia que la especialización impone.

Vemos así que adopta un criterio que hace recordar al del "buen padre de familia", ya que nos encontramos frente a un criterio objetivo de conocimiento y diligencia. La diferencia sería, "a vuelo de pájaro", que tomar en cuenta al médico "medio" no garantiza que la operación estadística de establecer el "promedio" de los profesionales nos dé por resultado un buen profesional. Pero la diferencia podría ser sólo aparente; se necesita mucho coraje para afirmar que es justo disculpar la ineptitud del individuo amparándola en mediocridad general²⁶. Por todo esto, no es vano sospechar que este viejo "buen padre de familia" no sólo gura de buena salud, sino también que estudia medicina y está muy próximo a recibirse.

Y a su vez, ¿de qué hechos será autor este "buen médico"?... De los que fueran previsibles de acuerdo con "todas las circunstancias susceptibles de ser conocidas por el agente al momento de la actividad"²⁷, evaluadas a la luz de su "conocimiento medio"²⁸. De vuelta hemos pasado de la culpabilidad a la causalidad pero, ¿realmente lo hemos hecho? Aunque la moneda gire sólo vemos una cara.

2) La justicia de los grandes números

Hemos visto que la pérdida de chances de curación y supervivencia es usada como fundamento del deber de reparar por la Corte de Casación

²⁶ Tal es el criterio del conocido fallo "Bielmo c/Clínica Bacteriana", L.L., 1977-D-91.

²⁷ Than, Traeger y Von Hippel, citados por Anibal Piaggio en la obra anteriormente mencionada, pág. 856, nota 40.

²⁸ No es posible terminar el análisis de estas posturas sin remarcar otra de sus grandes falencias: el dejar de lado el problema de la relatividad del conocimiento científico, que se mueve dentro del ámbito de lo opinable. Los antiguos medicamentos hoy son venenos; los tratamientos de ayer, hoy son comparados con la tortura. Lo que para unos es evidente y conveniente para otros es ridículo y peligroso; lo que hoy es para todos cierto y apropiado, mañana puede ser dejado de lado. A esta se refiere Thomas Kuhn cuando postula que la ciencia trabaja a través de "paradigmas". Cada paradigma es una concepción acerca del mundo que no sólo determina los métodos para el estudio del objeto, sino también los problemas a resolver, y el objeto mismo. La comparación del científico en el paradigma es tal que todo lo que se halla fuera de él no es meramente irrelevante. Simplemente, no existe. Para un mejor desarrollo, ver Kuhn, Thomas, *Historia de las Revoluciones Científicas*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

francesa. De igual manera, vemos que nuestra propia Corte Suprema de Justicia no es indiferente a esta creación doctrinaria, habiéndola aplicado, si bien no reiteradamente, sí en términos que no dejan lugar a dudas³⁹.

Sin embargo, no es claro el mecanismo mediante el cual se llega a establecer esta responsabilidad pues si bien se impone la obligación de indemnizar la pérdida de chances por parte de quien presuntamente ha contribuido culpablemente a ello, no se establecen los criterios fundantes de esta atribución. El nexo causal que vincula el actuar del sujeto activo de la obligación resarcitoria con el hecho dañoso es azaroso e incierto, por basarse en la mera posibilidad (es decir, que la acción valorada pudo probablemente haber sido causa del evento, lo cual implica admitir que también pudo no haberlo sido), aserto que podría llevarnos a concluir que la valoración de cada caso en particular en principio carecería de un adecuado sustento fáctico. En síntesis, se hace una imputación de la pérdida de chances "en abstracto", pero sin llegar a exponer ni justificar los extremos que fundarían su aplicación concreta.

De todas formas, también se ha dicho que lo que es oscuro e indeterminado en el hecho aislado, deja de serlo en la medida en que adoptamos una visión más global. Los eventos que individualmente considerados son aleatorios e inciertos cambian su naturaleza al ser observados en conjunto. La consideración de los hechos en forma plural permite "despejar reglas constantes", las "reglas del azar". De esta forma lo fortuito e imprevisible aparece domesticado por el cálculo estadístico y probabilístico, por la "ley de los grandes números"⁴⁰. Este elemento, a primera vista novedoso, lleva ya un buen tiempo al servicio del Derecho.

- Lo vemos en el contrato de seguro, donde el "riesgo asegurable" es la clave de la determinación de sus otros elementos, como el monto de la prima o el alcance de la cobertura.

- En el área de la salud, jubilación y seguridad social en general es el factor clave para establecer las posibilidades de prestación y el monto de los aportes. No en vano se habla también de "previsión social".

- En el ámbito del derecho del trabajo tiene fundamental importancia en lo que hace a las convenciones colectivas de trabajo, que necesariamente deben tomar en cuenta los intereses de vastos sectores económicos y ocupacionales.

- Lo vemos (¡curiosa coincidencia!) en los contratos de medicina "prepaga", en los que el elemento riesgo es muchas veces determinante del alcance de la cobertura (y muchas otras encubre la intención de eludir el cumplimiento de las prestaciones⁴¹).

³⁹ En el citado fallo "Amante s/AMTA".

⁴⁰ Paggio, A. N., "Azar...", cit., pág. 758, nota 3, citando a Alain Bénabent.

⁴¹ Por ejemplo, "Avezca, Enrique s/Centro Médico Santa Fe", L.L., diario del 12-V-1997.

Respecto de nuestro tema, cabe considerar ciertas variables estadísticas que podrían resultar esclarecedoras para la valoración del actuar concreto del presunto agente causal:

- Probabilidades de supervivencia y curación del paciente.
- Probabilidad de éxito del tratamiento u operación aplicado.
- Porcentaje de tratamientos y operaciones exitosos y fallidos.
- En los casos de intervenciones fracasadas, los motivos que generalmente llevan a dicho fracaso.

De esta forma, podríamos decir que el hecho individual se encuentra ahora contenido en un margen más amplio, que nos permita valorarlo con mayor acierto. Así, puede argumentarse que, debiendo ser el daño atribuido a alguien (sea el contribuyente, el dañador o la víctima), ¿no es más justo que quien tiene una culpa en su causación se lleve la peor parte? Y también podría decirse que, de todas maneras, la indemnización siempre será directamente proporcional a la probabilidad de causalidad, lo que de cierta forma reflejaría la medida de su negligencia.

Pero la utilidad de estas herramientas en algunos campos no necesariamente implica que sea suficiente una adecuada evaluación estadística para lograr un reparto equitativo de bienes y males. No es lo mismo crear un fondo de garantía solventado mediante el impuesto o promover la utilización de un seguro que cubra los riesgos quirúrgicos, que establecer la obligación de indemnizar un daño de causación incierta en la medida de la mayor o menor probabilidad de autoría. En los dos casos podemos servirnos de la misma información estadística, e incluso llegar a idénticos resultados respecto de la víctima. Pero mientras que en el primero la distribución es proporcionada entre todos los sujetos del sistema del que se trate, en el segundo el imputado podría verse obligado a resarcir consecuencias que no causó, sufriendo un sacrificio especial del cual surge un beneficio incausado a favor de la comunidad.

3) ¿Acaso nos abruma la culpa?

Continuemos con el análisis de la cuestión anterior: habíamos dicho que manejamos una herramienta útil pero no infalible para el reparto de la fortuna. Esto es así porque, como toda cosa en este mundo, necesita ser usada en una forma mínimamente coherente. El criterio de los grandes números debe ser aplicado a muchas personas para evaluar un gran número de conductas, y no para sobrecargar los hombros de un solitario individuo con pesados cálculos y falsas certezas⁴². Podríamos decir que de

⁴² No olvidemos que existe una justicia conformativa y una justicia distributiva, y que para lograr la "Justicia" es preciso tener en cuenta a ambos. No sólo es importante quién recibe la reparación sino que también es preciso asegurarnos tener en cuenta de

esta forma nos aseguramos la reparación del daño injusto, pero ¿acaso sabemos qué es más injusto?

Personalmente opino que nos encontramos frente a una solapada maniobra que realice la culpa en detrimento del nexo causal⁴³.

Vemos que estos dos elementos son en ocasiones tan similares que se hace difícil (y a veces imposible) distinguirlos en forma acabada. Esta similitud hace que sus contenidos sean fácilmente intercambiables para quien no está alerta a sus sutilezas. Por ello no es extraño que se intente suplir la ausencia de uno con la magnificación de la otra, "olvidándose" que no puede haber culpa si ésta no está referida a un autor determinado⁴⁴. Lo que es más, las decisiones fundadas en la doctrina de la pérdida de chances de curación y supervivencia pocas veces se preocupan en fundar fícticamente esta atribución de posibilidades, contentándose con resaltar lo reprochable de la conducta obrada.

De esta manera, al mismo tiempo que se crea un mecanismo de imputación comparable al llamado "derecho penal de autor", paradójicamente se desperdicia la oportunidad de aprovechar las ventajas que los datos estadísticos podrían brindarnos de decidimos a acotar su campo de acción, ubicándolos en su correcto lugar. Esta clase de información podría ser fuente de verdaderas presunciones *hominis*, que de ser graves, precisas y concordantes con otros elementos de juicio aportados⁴⁵, aliviarían sensiblemente la carga probatoria de la víctima.

quien lo recibe, pues si escogemos a la persona errada en definitiva lo único que se hace es trasladar el daño sufrido a quien no tiene por qué sufrirlo. Así, pagaríamos una injusticia con otra.

⁴³ Al respecto, ver tabla supra, punto III, 2). Vemos que en definitiva, el criterio tomado en cuenta para establecer la responsabilidad no es más que la presencia o ausencia de culpa.

⁴⁴ Aún más, recién ahora podemos observar que es imposible hablar de culpa si ésta se refiere a un autor si hubiéramos hecho esta observación antes hubiera sido imposible continuar el trabajo. Aún tomando factores objetivos de medición de la culpa, como el del "buen padre de familia", es importante recordar que el objeto de nuestra condena no es la persona inepta sino el acto ilícito, y que para juzgar lo ilícito del acto es conditio sine qua non contar antes con tal acto. O, dicho de otra manera, una persona sólo es culpable respecto de sus hechos, y no por lo que tal vez haya hecho. Y si queremos basar la responsabilidad en factores de atribución distintos de la culpa, pues bien, que así sea, pero no olvidemos que un criterio de atribución lleva implícito también uno de distribución, y que la conjugación de ambos debe llevarnos a un resultado justo.

⁴⁵ A un paso del final de esta exposición, es preciso volver sobre uno de los temas tratados al principio: la presunta desigualdad probatoria del particular frente al profesional. A nuestro entender, esta revela un carácter sumamente relativo. Si bien no es posible negar que existe al momento en que se convienen y ejecutan las prestaciones en cuestión, es dudoso que subsistan al momento de ventilarse el asunto en juicio, pues los derechohabientes (y también los abogados diligentes) tienen la posibilidad de hacerse asesorar por profesionales cuyos conocimientos son equiparables (e incluso muy superiores) a los del imputado. Asimismo, no conviene olvidar la vieja máxima res ipsa loquitur (la cosa

De no aceptar estas condiciones, pronto dejaríamos de proteger al paciente de la conducta ilícita del médico, para pasar a despojar a uno para favorecer a otro, sin saber mucho acerca de ninguno. No podríamos hablar de *daño injusto*, pues lo será tanto uno como el otro.

Es verdad que en el derecho moderno asistimos a una "alianza entre la justicia y el azar", como es también cierto que el nuevo derecho de daños tiene como meta procurar a la víctima una situación menos incierta, "ampliando las fronteras de legitimados activos y pasivos"⁴⁴, allanando el camino de la reparación. Pero tampoco es falso afirmar que imponer que un individuo soporte los males de un tercero, sin que contemos para ello con un factor no ya solamente de atribución, sino también de distribución idóneo, no es reparar estos males sino multiplicarlos.

¿Estamos tratando de proteger a la víctima, o de culpar al culpable por su sola culpa?

hablo por sí misma) pues muchas veces la respuesta de nuestros dudas se hallará en el mismo cuerpo de la víctima; conociendo los efectos es más sencilla llegar a las causas. A esto agreguemos que el tratamiento u operación nunca pueden estar del todo indocumentados, pues hay ciertos documentos a los que se puede tener acceso en forma relativamente poco complicada (estudios clínicos, radiografías, recetas de medicamentos e indicaciones para su aplicación, etc.). De igual manera, la historia clínica —si bien insuficiente por sí misma para eludir la responsabilidad— es un importante elemento de juicio. Y si quisiéramos trabajar sobre el tema, facilitando la tarea de la víctima, podríamos considerar la sugerencia por Augusto M. Morello acerca de las cargas probatorias dinámicas (es decir, que cada uno prueba los extremos que tiene más a mano). Para terminar, si a todo esto le sumáramos las presunciones *hominis* que podrían surgir de datos estadísticos, podríamos llegar a la conclusión de que no es poco razonable tener por inocente al imputado cuyo autoría no se demuestra.

⁴⁴ Tal como propone el maestro Néstor Irujo.

UNIVERSITARIAS

EL RITUAL

SUSANA BEATRIZ PALACIO

"Pobre Luis María, qué idiota casarse conmigo.
No sabe lo que se hecha encima. O debajo, como dice Nora,
que pesa de emancipada intelectual".

JULIO CORTÁZAR Lejuna

Todavía tenía el privilegio —sólo quedaban muy pocos— de mantener su juzgado y su despacho en el Palacio de Justicia.

El fuero estaba disperso por los más insólitos lugares de Buenos Aires y la Corte había resuelto también su traslado, aunque sin fecha.

Tan luego a él, Luis María Sánchez Orduña, tercera generación de magistrados del fuero civil, que lo sacaran de su ventanal a la Plaza Lavalle.

Aquella mañana, como todas, había llegado al juzgado a las 10, y con la puntualidad que marcan las rutinas, José, el ordenanza, le acercaba la taza de café.

Miró a su alrededor y con la consabida consagración de los ritos, todo estaba dispuesto en los lugares de siempre, tareas que cumplía Gómez, su fiel prosecretario.

A la derecha del escritorio, la pila de expedientes sin problemas, simplemente para firmar. A la izquierda, una más pequeña de asuntos para conversar o con proyectos de resoluciones que requerían la consulta.

Pronunciando a través de dos golpes de nudillos en la puerta apareció Gómez.

— Buen día doctor.

— Buenas Gómez. ¿Novedades?

Nunca había novedades, Gómez le informaba que todo andaba muy bien, que se había ofrecido otro estudiante de leyes como meritario para

reforzar la Mesa de Entradas, cada vez más atsigada de impacientes abogados; que lo había llamado el doctor Pereyra, para invitarlo a almorzar en la Asociación de Magistrados y cosas por el estilo sin mayor importancia.

Luego comentaban los expedientes de consulta, Sánchez Orduña daba sus instrucciones y por último firmaba el despacho que había a su derecha. Así era todos los días.

Pero esa mañana de mayo, Gómez en vez de relatar las novedades de la rutina diaria, le anotició:

— Doctor, quiero avisarle que el viernes 27 tiene que estar en el juzgado a las 8.

— ¿A las 8? Gómez, ¿me quiere explicar para qué tengo que estar en el juzgado a las 8?

— No soy yo el que le cita, doctor. Ocorre que una abogada requiere su presencia en una audiencia de testigos señalada para esa hora.

— La prueba de testigos la toma el secretario, Ud., o cualquier empleado. Yo no tengo porqué estar, lo manda el ritual.

— Doctor, lo que pasa es que la abogada presentó un escrito invocando el artículo 34, inciso 1° del Código Proce..., perdón doctor, del ritual.

Para Sánchez Orduña, el Código Procesal era un Código menor, por algo eran códigos locales y no nacionales. Por ello era que en todo su juzgado, en todas las resoluciones, sentencias y aun conversaciones se debía usar la expresión "el ritual" para referirse a aquel viejo Código de Procedimientos —mero manual de ritos y formas— hoy elevado a Código Procesal Civil y Comercial, en mérito al esfuerzo de profesores que sumidos en el desparpajo, querían llevarlo a una categoría científica más importante que la física o la genética.

— Y me quiere decir Gómez ¿cuál es el motivo por el cual tengo que bancarme el capricho de una abogada que debe estar loca?

— Doctor, la abogada, la doctora Islas, es una joven profesional que defiende a sus clientes con bastante inteligencia. El pedido de su presencia en la audiencia está planteado por escrito, en los expedientes que están a su izquierda y tenemos que resolverlo hoy, porque lo retuve sin resolver para que me viniera a ver por la demora, y cuando vino, traté de disuadirla. Le hablé del recargo de tareas que soportaba el juzgado, de la cantidad de sentencias que Ud. tenía que dictar, que le llevaban tantas horas...

— ¿Y qué le dijo la doctora Islas?

— Que ella no era responsable de esos problemas, y que lo que pedía, si bien no era lo usual, lo necesitaba para la suerte de su defensa.

— Esa abogada debe ser una de las tantas viejas que dan vueltas por el tribunal, creyéndose las dueñas totales de la razón, aunque no la tengan.

— Doctor... no es así, disculpe, pero la Dra. Islas no es vieja. Es una treintatera, digamos de treinta y cinco para abajo, alta, elegante, bonita y además inteligente. Basta leer sus escritos. Según los chismos de la Mesa de Entradas, viste muy bien, anda casi siempre de minifalda y nadie le saca los ojos de encima.

— Gómez, no puedo creer que Ud. se haya iniciado hace veinte años como meritorio de mi padre. Mejor dicho, ahora me doy cuenta por qué en veinte años, Ud. solo ha llegado a prosecretario. Gómez, Ud. es un mediocre y un haboso. No se le ocurrió nada para evitarnos este disgusto.

A la una y diez, la Dra. Islas apoyó su portafolio en el mostrador. Las dos meritorias y el empleado permanente de la Mesa sabían qué expediente pediría. Ni siquiera se lo preguntaron. Cuando llegó su turno, lo pusieron en sus manos.

Leyó: "Buenos Aires, mayo 20 de 1894. Hágase saber a las partes que la audiencia señalada para el día 27 del corriente a las 8 horas, a los fines de recibir la prueba testimonial, se celebrará con la asistencia del suscripto (art. 34, inc. 1° del ritual). Notifíquese a las partes por secretario y con habilitación de días y horas. Doctor Luis María Sánchez Orduña. Juez Nacional en lo Civil".

Sánchez Orduña entró al comedor de la Asociación de mal humor y tarde. Pereyra también tenía cara de pesado. Pereyra era secretario de Superintendencia de la Corte.

— Qué cara Luis.

— La tuya no está muy distinta.

— Pasa que te llamé para almorzar juntos, porque ya no puedo hacer más nada por vos.

— ¿A qué te referís, al traslado?

— Sí, al traslado. Te mostramos Bartolomé Mitre, Maipú, Alsina. Ninguno te vino bien y el tiempo se acaba, Luis, no te podemos tener más en el Palacio.

— Hagan lo que quieran Pereyra; vos que también sos tan inútil como Gómez, mi prosecretario y que te iniciaste de meritorio con mi abuelo, no sirven para nada. Parece que una señorita de minifalda, con patente de abogada me camina por encima, y los burócratas distribuidores de la Corte, deciden dónde tiene que impartir Justicia un Sánchez Orduña.

Se apoltronó en el sillón.

Cerró los ojos y rememoró.

Casi treinta años de familia judicial. Cuando tenía 15 años y aun antes, su padre, juez Nacional en lo Civil y su madre la señora del juez, almorzaban los sábados con sus hijos en casa de su abuela, juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil junto con su abuela, la señora del juez de Cámara.

El almuerzo transcurría entre charlas sociales y judiciales.

A los 18 años entró por un tubo a la Facultad. Era egresado del Buenos Aires y en ese mismo tiempo su padre lo insertó de meritorio en el juzgado de Gutiérrez Acuña.

En la Facultad conoció a Matilde. Absolutamente desinteresada por el Derecho. Hacía tiempo y esperaba su tiempo. Matilde no avanzaba, simplemente concurría.

Cuando Sánchez Orduña tuvo que rendir Proceso I, tuvo que esforzarse algo, digamos no mucho, lo suficiente para no hacer quedar mal a sus ancestros. Bastó con un cocktail de Carnelutti, Chiovenda, Alsina y Couture para traspasar el puente de la ciencia autónoma del ritual.

Proceso II fue distinto. Cuatro años de juzgado. No abrió ni un solo libro; ni siquiera asistió a ninguna clase. Leyó tres veces el en ese entonces Código de Procedimientos, únicamente para no llegar a decir lo que está escrito y jamás se cumple. Con esa dosis de sarcasmo y de falsía, cumplió debidamente.

Graduado, su primer destino fue secretario del juzgado de Gutiérrez Acuña, telefónico pedido de su padre.

Ceremonioso novio de Matilde, que abandonó su vocación por el Derecho, a la tercera frustración académica de primer año, al tercer año como secretario celebró sus nupcias.

Desde el sillón y apoltronado, Sánchez Orduña memoraba sin precisar: ¿Y sus nupcias judiciales, cuándo fueron?

¿Acaso en el acto de su concepción, su augusto padre, estaría elucubrando algún considerando de una sentencia?

Y su madre, la distinguida esposa de V. S. ¿estaría previendo que Laura Sauto, la modista de la familia judicial, la esperaba mañana y temprano?

Faltaban pocos meses para celebrar las bodas de plata. Estaba prevista la misa y luego la cena de honor... La renovación de los votos. Los hijos del matrimonio eran el impagable Luis María (h), ya casi abogado y auxiliar de cuarta del juzgado de Mario Paz, y Mónica que concurría diariamente al egregio edificio de Figueroa Alcorta.

No existían los almuerzos en familia. Matilde casi siempre compartía alguna dieta con amigas. Luis María (h) algún que otro bocadito con su cofradía de aspirantes a la cercana judicatura. Mónica disimulando la lectura colectiva de algunos apuntes, en Las Artes o Plaza Francia. Sánchez Orduña, ritualmente, en la Asociación de Magistrados.

Por las noches, casi todas, cenaban sin los hijos. Comentarios baladíos y luego alguna película del cable.

La noche previa a la audiencia, Sánchez Orduña relejó el ritual por las dudas. Estaba convencido de que la inoportuna abogada que alteraba sus costumbres se había preparado para ponerlo a prueba. Desde que

Gómez le hiciera la breve descripción del personaje, había comenzado a imaginarla. De la imaginación pasó a la fantasía y de la fantasía a una creciente ansiedad por conocerla.

Matilde inquirió la inusual lectura de esa noche. Le respondió pretestando un pleito complicado que hasta lo obligaría a concurrir al día siguiente al juzgado mucho más temprano que lo habitual.

A la mañana siguiente, más pulcramente vestido que nunca, conducía el automóvil por Avenida Libertador. Eran las 8 y le esombió el despejado del tránsito a esa hora.

La audiencia la llamaría puntualmente a las 8,30. Entró a su despacho y le sorprendió la presencia de Gómez con el rostro iluminado.

— Doctor, tengo una muy buena noticia para Ud. No tendrá que tomar la audiencia. En vez de la Dra. Islas, vino otro abogado que pidió excusas por haber solicitado su presencia ya que él la consideraba innecesaria. Gonzalo ya está tomando la audiencia. Llamé a su casa pero Ud. ya había salido.

— Bueno Gómez, que me traigan café y el diario que hoy no pude leer en casa...

Se sentó en el sillón, lo giró y se quedó mirando la Plaza Lavalle.

A las 10.30 lo llamó Pereyra.

— Luis, el lunes entrás de feria por mudanza.

— ¿Dónde me mandaron?

— Lo siento Luis, al puerto, Avda. de los Inmigrantes, hice todo lo posible por...

Le cortó.

LAS TESIS DOCTORALES EN DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (1829-1960)

FERMIN PEDRO UBERTONE

I. INTRODUCCIÓN

A veces algunos docentes de Derecho nos acordamos de que nos hacemos decir "doctores", pero no lo somos. Somos abogados, y unos pocos —solamente unos pocos— son, además doctores.

Muchos hemos hecho y completado los cursos de Doctorado, pero nunca hemos elaborado la tesis, y así continuamos: abogados, con el doctorado cursado, pero sin el título de "doctor".

Sentimos una sensación de culpa. Nos parece que "antes todos eran doctores de veras", y que ahora estamos en un nivel menor.

Esta situación (pocos doctores) tiene seguramente varias explicaciones. Una de las razones puede consistir en el hecho de que no se requiere ese título para el ejercicio profesional, ni de la abogacía, ni de la magistratura, ni de las otras formas de desempeño de la profesión jurídica.

Otra explicación, complementaria de la anterior, puede hallarse en la diversificación de la oferta de carreras y cursos de posgrado que ofrecen las universidades y otras instituciones de estudios superiores, ya sean públicas o privadas, que data desde hace relativamente pocos años. Antes el doctorado era la única alternativa existente; ahora no. Como ejemplos en el ámbito estatal, podemos citar las carreras de posgrado que se ofrecen en el Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP), el Instituto del Servicio Exterior de la Nación (ISEN), la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE), la Escuela Superior de Economistas de Gobierno (ESEG), etcétera; y estas carreras tienen un acentuado perfil de especialización que califican para un área de actividad profesional determinada, por lo que parecen tener más atracción que el doctorado. Éste ha quedado como importante para las actividades de investigación (¿cuántos abogados, en nuestro país, se dedican a la inves-

tigación?) y docencia, aunque tampoco en estos campos resulta actualmente indispensable.

De todos modos, sería interesante averiguar algo sobre las tesis doctorales en Derecho presentadas en la Universidad de Buenos Aires; aunque apenas sea lo que el azar haya traído hasta nuestro escritorio¹.

II. ABOGACÍA Y DOCTORADO

Desde hace muchos años estamos acostumbrados a pensar a la carrera de abogacía como una carrera larga, de seis años de duración estimada (que en el caso de muchos cursantes se excede largamente), y el doctorado como algo posterior, que requiere por lo menos dos años más antes de comenzar a elaborar la tesis.

Efectivamente, esto es así; pero no siempre ha sido así. Veamos lo que hemos podido averiguar².

¹ Este punto I es la versión escrita (por primera vez) de algunas reflexiones personales sobre el tema. Respecto de él, no hay fuente documental irrevocable.

² Para la parte general del punto II, o sea la relativa a la Universidad, a la Academia y a los planes de estudio, se han utilizado las siguientes obras:

Catalo, Vicente Devuldo, *La Facultad de Derecho después de Casares, Eliche*, Buenos Aires, 1951 (Libro muy interesante, que estudia el período 1852-1857. La única observación que se le podría hacer es el título de la obra, ya que en esa época la unidad universitaria considerada no se llamaba "Facultad" sino "Departamento", por lo menos según resulta del mismo libro. Lavagna, Ricardo, "Antecedentes históricos sobre la creación de la jurisdicción y de la historia del derecho patrio en la Argentina", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, "Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", 1946, impreso de la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, tercera época, año III, nro. 10; Juan José Montes de Oca, *Fundador de la Cátedra de Introducción al Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1941. Roscoroni, Atílio, *Los Abogados en el Congreso de Tucumán*, Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires, s.f. [¿La Plata?], Año del Sesquicentenario de la Independencia [1957]. Saavedra Lamas, Carlos, "El gobierno de la creación pública [curso del Ministro de Instrucción Pública doctor... en la apertura de cursos de la Universidad de La Plata, el 25 de abril de 1916", Anexo II, págs. 4332, en Saavedra Lamas, Carlos, *La Universidad y el Gobierno de la Instrucción Pública. Discursos pronunciados por el Dr... en el Colegio Nacional de Buenos Aires, el día 28 de octubre de 1941, al haberse cargo del Rectorado de la Universidad*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1941.

Ciertamente, esta bibliografía es escasa; suficiente para una información básica sobre el tema, pero no para un conocimiento completo y preciso. Pero quisimos evitar el riesgo de que, al profundizar el marco regulatorio, termináramos cambiando el objeto de este trabajo. Lo que en este punto se dice, pues, debe ser tomado como una aproximación informativa al tema, sin que nuestro texto pueda ser utilizado como fuente sobre el asunto.

Hasta 1815 no hubo en Buenos Aires universidades ni instituciones de estudios jurídicos superiores. Se estudiaba en Chuquisaca (Charcas), algunos en Córdoba, y los cuyanos en Chile.

En ese año se funda la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica, que habría de continuar funcionando separadamente hasta principios de la década de 1870, cuando es incorporada a la Universidad de Buenos Aires. Como se ve, la Academia es anterior a la Universidad (fundada en 1821) y en cierta medida su precursora.

La enseñanza de la Academia era acentuadamente práctica, tanto en sus métodos como en sus contenidos. El método era el de casos, sobre la base de casos concretos reales y recientes, que los alumnos preparaban y debatían, unos en la posición de abogados de la parte actora, otros de la parte demandada. El contenido eran los asuntos usuales en los juicios de la época. El curso duraba 3 años, y allí se obtenía el título de abogado.

En 1825 se funda la Universidad de Buenos Aires. En ella los estudios de Derecho se efectuaban en el Departamento de Jurisprudencia (no se llamaba Facultad), duraban 3 años (en alguna época, sólo 2), y concluían con el título de doctor. Más precisamente el de Doctor en Jurisprudencia, que era el único autorizado para esta área de estudios, aunque en algunos casos se otorgaron irregularmente otros títulos de doctor (v.gr. en derecho canónico). La enseñanza de la Universidad era principalmente teórica, comparativa y filosófica, centrada en el derecho civil y el derecho canónico, con omisión de algunas importantes áreas de la legislación positiva vigente, que se estudiaban en la Academia.

Así pues, los estudios de abogacía y doctorado estaban separados; y cuando fueron vinculados por la existencia de las dos instituciones, los estudios de la Academia (abogacía) eran posteriores a los de la Universidad (doctorado).

Esto es completamente diferente de lo que estamos acostumbrados. Y sin embargo, ése es el esquema que actualmente funciona en Italia. En la universidad el estudiante obtiene el título de doctor, y puede comenzar a ejercer la profesión con ciertas limitaciones en cuanto a los tribunales donde puede actuar (no cualquiera). Para acceder al título de abogado (y a una competencia profesional más amplia) tiene dos alternativas: una es rendir un "examen de Estado"; pero como es muy difícil, casi nadie afronta esa prueba. El otro camino, el usual es ejercer la profesión determinado número de años, y a partir de esa experiencia obtener el título de abogado. Así pues, en Italia, ser abogado "es más" que ser doctor. Al revés que entre nosotros; similar a lo que estamos contando sobre los primeros tiempos de la enseñanza jurídica en Buenos Aires.

Hacia 1857 se modificó la asignación de tiempos a los estudios en una y otra institución: 4 años en la Universidad y 2 años en la Academia, pasando algunas materias teóricas de la Academia a la Universidad; pero el sistema en conjunto subsistió unos cuantos años más.

Así pues, en las primeras épocas (por lo menos hasta 1857), la tesis doctoral o disertación correspondía al final de una carrera de 2 o 3 años de duración, la cual se iniciaba a continuación del colegio secundario (a veces previo examen de ingreso).

Recién a partir de 1857, la carrera pasa a tener una duración de 4 años.

Años más tarde, en la década de 1870, se reforman los planes de estudio de las carreras jurídicas, y la misma organización de la Universidad, La Academia, hasta entonces separada de la Universidad, es incorporada a esta en 1871, y el nuevo plan de estudios ya está diseñado para 6 años de duración, al cabo de los cuales se podían obtener los títulos de abogado y de doctor. Este plan cambia la relación temporal entre uno y otro título: las dos carreras duran los mismos 6 años; pero para "optar al título de doctor" (como se decía entonces), además de los estudios completos de abogacía, era necesario agregar la presentación y exposición de la tesis. O sea que es entonces cuando se pasa al esquema al que ahora estamos acostumbrados.

Valga comentar que para obtener el título de doctor era necesario que la tesis fuera aprobada por la autoridad competente. La historia de la UBA registra algunos casos de tesis rechazadas. El más conocido es de Alfredo L. Palacios, en el año 1900: se le rechaza una tesis sobre "La miseria en la República Argentina", invocándose que no se ajustaba al reglamento de la Facultad, aunque lo más probable es que fuera por razones ideológicas relativas al contenido de la tesis. Ante esa situación, Palacios prepara rápidamente otra tesis, sobre un tema menos comprometido o con estilo más neutro, "Disposiciones generales de nuestro Código sobre quiebras", y ésta sí le es aceptada³.

Este episodio ya nos va mostrando algo: la tesis doctoral no era un trabajo de largos años de investigación, se podía hacer bastante rápidamente. Sin desmerecer en lo más mínimo las capacidades de Alfredo L.

³ Lo relativo al caso de Alfredo L. Palacios ha sido tomado del libro de Columba que a continuación se cita, complementado por datos del listado de tesis doctorales que se menciona más adelante.

Cabe advertir que el testimonio de Columba se basa en conversaciones con Palacios posteriores a los hechos. Estas ocurrieron en 1900, y Columba ingresó al Senado de la Nación como taquígrafo recién en 1907; su trato con Palacios, frecuente y fluido, se inicia unos años después. No obstante, no hay ningún motivo para dudar de la veracidad de lo dicho; más bien al contrario, todo concuerda. Columba, *Sanza. El Congreso que yo he visto*. 1906-1943. 3.^a ed., Columba, Buenos Aires, 1988, obra completa —tres tomos agrupados en un solo volumen—. Lo citado y transcrito, T. I, pág. 124. (Esta obra puede ser consultada en la Biblioteca del Congreso de la Nación, en varias ediciones, bajo distintos números).

Palacios, uno de los políticos argentinos más destacados de este siglo, el joven abogado pudo hacer en muy poco tiempo dos tesis doctorales, reconociendo el mismo que debió escribir la segunda "en tiempo premioso, porque se vencía el término de presentación".

Aparentemente, el plazo reglamentario era muy breve, de manera tal que los estudiantes debían ir elaborando la tesis doctoral al mismo tiempo que preparaban los exámenes de las últimas materias de la carrera, y la terminaban de escribir poco después. Este hecho lo confirma expresamente en el año 1897 otro destacado político argentino, Vicente C. Gallo, quien años después habría de llegar a ser —entre otros cargos públicos de la mayor jerarquía institucional— rector de la Universidad de Buenos Aires. Lo hace en la "Advertencia" que, a manera de prólogo, precede a su tesis sobre el juicio político (una de las pocas cuyo texto hemos podido examinar), como disculpándose —innecesariamente, en nuestra modesta opinión— por las limitaciones de su trabajo y de la bibliografía consultada⁴.

Tenemos, pues, una carrera de abogacía de 6 años de duración previa a la tesis doctoral: pero el plazo para elaborarla, muy breve, descartaba cualquier posibilidad de investigaciones largas y pacientes. Lo cual no significa que no se produjeran documentos valiosos; simplemente se trata de marcar la diferencia con la situación actual.

De todos modos, es interesante señalar que en la misma época la situación del doctorado era similar en España. Así resulta de una carta publicada a principios de 1930 por don Luis Jiménez de Asúa, en la que critica una medida gubernamental relativa al doctorado, y se dirige al ministro de Instrucción, Sr. Callejo, hombre que había llegado al ministerio proveniente de la cátedra universitaria. Y le dice: "Acaso el señor Callejo, perteneciente a una quinta intelectual en la que los jóvenes se preparaban para la enseñanza sin grandes esfuerzos, recuerde que en sus lejanos años mozos el estudiante escribía con premura una tesis doctoral sin más documentos que el recuerdo confuso y desvaído de las lecturas de los textos oficiales. Terminaba sus cursos del doctorado y luego, en aquel estilo, junto a sus familias orgullosas del flamante doctor, redactaba su 'memoria' creada por el suave viento de los campos natales. Pero las épocas mudan y hoy la 'tesis' doctoral no se compone con auxilio de la buélica"⁵.

⁴ Gallo, Vicente C., *Juicio Político. Estudio Histórico y de Derecho Constitucional*, Imprenta de Pablo E. Coni e Hijos, Buenos Aires, 1897. (Esta obra puede ser consultada en la Biblioteca del Congreso de la Nación, bajo el n.º. 73-940).

⁵ Jiménez de Asúa, Luis, "El doctorado y la cátedra. Breve comentario a una real cédula", en *Jiménez de Asúa, Luis, Pástor - Figueras - Polanco*, 3ª ed., Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, Monte Lirio, Madrid, 1930. Lo citado y transcrito, pág. 288.

Tiempo después, hacia 1910, vuelve a cambiar el plan de estudios, que pasa a exigir 5 años para el título de abogado y 7 (o sea: 2 más) para el de doctor. Recién entonces se configura la actual situación del doctorado con "más" que el título de abogado: el resultado de un trabajo de investigación y análisis, volcado en un prolijo documento escrito.

No sabemos si después, en algún lapso intermedio este esquema fue modificado; si así fue, se volvió luego a él. El conocimiento de las sucesivas reglamentaciones que rigieron el doctorado en nuestra Facultad (con cursos, sin cursos; con padrino de tesis o sin él; con propuesta y autorización de tema o no) sería muy interesante para poder profundizar el asunto. ¿Estarán recopiladas y publicadas? ¿Las tendrá todas juntas en sus archivos alguna oficina de la Facultad o de la Universidad? Esperemos que sí.

En resumen: el régimen de doctorado en la Universidad de Buenos Aires ha ido variando a lo largo del tiempo. Muy desacertado sería imaginar los trabajos de tesis doctoral de todas las épocas sobre la base de los parámetros actuales.

III. EL CONJUNTO DE LAS TESIS

a) Fuentes

La Universidad de Buenos Aires ha recopilado el listado de las tesis doctorales en Derecho presentadas en la Universidad desde su creación. El resultado se ha publicado en un libro que abarca desde 1829 hasta 1960; habiéndose agregado después un Suplemento con datos complementarios para el lapso 1827-1866⁶.

También la UBA ha publicado folletos —que en conjunto abarcan todo el período 1961-1982— conteniendo la lista de las tesis doctorales presentadas en toda la Universidad, aunque clasificadas por facultad. Estos documentos permiten completar el lapso —con relación a las tesis de Derecho— desde la creación de la universidad hasta 1982⁷. Sobre la

⁶ Instituto Bibliotecológico, *Tesis Presentadas a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1827-1960*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1973.

La edición de 1982 incluye unas ciento setenta y dos tesis, emitidas en la publicación original.

⁷ El Instituto Bibliotecológico de la UBA ha publicado varios folletos, cada uno de los cuales abarca un período bianual o trienal. En conjunto cubren, con continuidad desde 1961 hasta 1982. Pueden ser consultados en la Biblioteca del SIBRI (Sistema de Bibliotecas y de Información) de la Universidad de Buenos Aires, organismo continuador del Instituto Bibliotecológico.

base de esas folletos hemos confeccionado un listado acumulativo del período 1961-1982, que incluye la referencia de trescientos treinta y ocho tesis⁸.

Para los datos a partir de 1982, hace un tiempo hemos solicitado por nota la información a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y estamos a la espera de la respuesta⁹. Con esto, podríamos poner al día el listado. Pero eso queda para un trabajo futuro, cuando dispongamos del material y del tiempo para algún análisis, aunque sea somero.

Mientras tanto, vamos a formular algunos comentarios relativos a la información que surge del libro relativo al amplio período 1829-1980¹⁰.

Se trata de un trabajo muy valioso por el volumen de la información reunida y por las naturales dificultades que plantea una investigación histórico-documental de tal alcance temporal.

Como es de imaginar, la obra tiene algunos errores y omisiones que no desmerecen la importancia y utilidad del trabajo realizado. Son los normales en una recopilación de esta magnitud, tanto por la extensión del lapso abarcado como por la cantidad de material reunido. Los autores ofrecen una breve explicación metodológica sobre criterios, fuentes utilizadas y modos de trabajo; tal vez se les podría haber pedido un mayor detalle, para facilitar la confrontación con otras fuentes y su actualización posterior.

Entre los errores que hemos observado (o datos a revisar, que tal vez sean correctos) se puede mencionar:

- algunos autores con dos tesis doctorales en épocas cercanas, a veces con título parecido y otras veces no; v.gr. Manuel Arauz Castex (tesis nros. 3521 y 3595).
- la misma tesis citada dos veces, según distintas ediciones y mencionando una vez la versión manuscrita o mecanografiada y la otra la versión impresa.
- algún apellido mal transcrito, v.gr. Héctor Rodolfo Orlandini (tesis nro. 3900) casi seguramente es Héctor Rodolfo Orlandi.

⁸ Ubertone, Fermín P., *Trésis Presentadas a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1961-1982)*, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1987.

⁹ La nota de pedido de los datos a partir de 1982 fue presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA el 3 de octubre de 1988. El expediente se halla registrado como "Actuación nro. 3940".

¹⁰ Por razones de índole práctica nuestro trabajo deja de lado el suplemento y se apega únicamente en el primer listado. Ese, pues, es el marco de referencia de este informe.

— omisiones, muchas de ellas relativas a la época más antigua, que otros autores citan en sus trabajos históricos; aunque también otras más recientes (años 1922 y 1938), que hemos detectado por la casualidad de haber conocido personalmente a los autores¹¹.

b) Cantidades, promedios y secuencias

En esa obra se han identificado casi 4.000 tesis doctorales: la lista llega hasta el nro. 3942, a las que se deben sumar seis números bis (evidentemente, datos encontrados cuando la obra y sus índices ya estaban terminados), lo que nos da un total de 3948 tesis doctorales en Derecho presentadas en la UBA.

Si tomamos los ciento treinta y dos años del período abarcado por el libro comentado, tenemos un promedio de casi 30 tesis doctorales por año (más precisamente: 29,9). Hay años en que el número sobrepasa grandemente ese promedio, pero otros ni se acerca.

Tomados los datos por decenio, se observa que la cantidad de tesis va creciendo, de modo tal que al principio las tesis de cada decenio son más que todas las que hasta entonces habían sido presentadas desde la creación de la Universidad. Lógicamente, llega un momento en que el volumen de lo ya acumulado es grande, y se torna difícil duplicarlo en un decenio y ese punto puede ubicarse en el año 1870. Pero en las cinco décadas siguientes el número de tesis continúa aumentando; a punto tal que las tres décadas que corren de 1891 a 1920 son aquellas en las que mayor cantidad de tesis se produce: 2.360, a un promedio de 78,6 tesis por año. Después el número decae, llegándose en la década de 1931 a 1940 a la cantidad más baja desde 1860: solo 7 tesis por año como promedio; y aunque después las cifras suben, ya no se vuelven a alcanzar las cantidades de fines del siglo pasado y principios de éste. Sería interesante poder analizar por qué.

c) Reiteración de temas

Un asunto que llama la atención es la reiteración, en determinadas épocas, de tesis sobre el mismo tema en el mismo año o en años próximos, a veces con el mismo título, palabra por palabra. Como ejemplo

¹¹ Sobre el caso de 1928 hemos de volver más adelante. El caso de 1922 es la tesis de Adolfo Gourdy, titulada "Bases para el fomento y la reglamentación de las cooperativas rurales", que puede consultarse en la Biblioteca de la Facultad, en cuyos ficheros se encuentra registrada bajo el número topográfico 259.10378. La hemos visto personalmente a principios de 1996. Esta tesis fue calificada como sobresaliente, según la declaración del interesado para su legajo docente de la misma Facultad, que también hemos tenido oportunidad de ver personalmente.

puede citarse el tema "Privilegios parlamentarios", objeto de 11 (once!) tesis en el año 1916; o "Periodos legislativos: carácter especial de cada uno de ellos, atribuciones de las cámaras", objeto de 6 tesis en el año 1922, y que no fue tratado en ninguna otra ocasión¹².

Lo primero que a uno se le ocurre imaginar es que se realizaban seminarios donde se estudiaba un tema determinado, y al finalizar todos los participantes presentaban sus tesis sobre el tema considerado. Pero después encontramos una pista en la ya citada "Advertencia" de la tesis de Gallo (tesis nro. 1302): cada año la Facultad fijaba los temas. No obstante, siempre hay tesis sobre temas poco comunes, de manera que se puede suponer que, además de los establecidos por la Facultad, igualmente se permitían otros temas resultantes de la preferencia de los interesados. Quizás los temas fijados correspondían a un concurso para la obtención de un premio universitario, y los otros trabajos valían como tesis pero no participaban del concurso, y no podían, por ende, aspirar a los premios.

Puede ser. Estamos en el capo de la especulación. Sería útil, para poder dilucidar este asunto, conocer las sucesivas reglamentaciones de la UBA o de la Facultad sobre las tesis doctorales. Lo que nos parece interesante para señalar es que el resultado concreto producido nos da una "pista" (o hablando más técnicamente, un "indicio") de la existencia de una determinada reglamentación al respecto, o de una práctica, que podría ser pensada como una reglamentación consuetudinaria.

d) Falta de reconocimiento

Otra cosa que llama la atención es la poca difusión de las tesis doctorales. Los autores de tratados o manuales casi no las citan, ni siquiera en aquellos temas escasamente estudiados, donde las tesis podrían constituir una de las pocas fuentes específicas.

Este hecho lo advertimos cuando estábamos tratando de elaborar una bibliografía de derecho parlamentario argentino anterior a 1983, tarea que todavía no está terminada¹³. A tal fin tomamos un libro de Linares Quintana¹⁴, autor destacable por la cantidad de autores que suele citar, que está dedicado íntegramente al Poder Legislativo. En sus

¹² Datos tomados de Cassóli, Ana Bettina, "El derecho parlamentario en las tesis doctorales. (Parte I)", Buenos Aires, marzo de 1996, inédito. Es el primer informe, previo, de una interesante investigación sobre el tema.

¹³ Lo publicado sobre la materia a partir de 1983 ya lo hemos recitado en nuestro trabajo "La bibliografía argentina sobre derecho parlamentario", *L.L. Actualidad*, 22-CI-1994, pág. 4.

¹⁴ Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, T. VIII, Alfa, Buenos Aires, 1983. En las citas a pie de página el autor habitualmente cita sus fuentes sobre cada tema y sobre cada punto.

notas a pie de página descubrimos apenas la cita de una tesis doctoral (¡oh casualidad, la de Gallo!), sin mención de su carácter de tesis; puede haber algunas más que se nos hayan pasado. Esa fue en realidad la circunstancia que nos impulsó a tratar de ampliar las investigaciones sobre las tesis doctorales presentadas en la Universidad de Buenos Aires.

Pero después, al tener a la vista el documento elaborado por Casadei¹⁵ pudimos comprobar que hasta 1960 se habían presentado en la Facultad de Derecho de la UBA por lo menos 48 tesis doctorales sobre los temas de derecho parlamentario. ¿Qué habrá ocurrido para que a un autor tan cuidadoso como Linares Quintana se le escaparan casi cincuenta obras sobre la materia de su libro? Nuestra razonable suposición es que las tesis doctorales han tenido muy poca difusión: lo que parece lógico que suceda con las inéditas, pero también sucede con las que han sido publicadas.

Esto se confirma examinando, en un tema mucho más acotado, el del nombre de las personas, el *Tratado de Derecho Civil*, de Llambías, una obra clásica de derecho civil, con la que en su momento comenzamos nuestros estudios del derecho positivo argentino¹⁶. Al ocuparse del tema, Llambías no menciona la tesis doctoral de Myriam Ofelia Kibrick "El nombre. Problemas que plantea su falta de reglamentación" (tesis nro. 3701), presentada en 1951 o 1952: época en la que el autor del *Tratado* era profesor de la Facultad.

En cambio, sí menciona Llambías a la tesis de Rómulo Etcheverry Bonco "Derecho al nombre" (tesis nro. 2426), presentada en 1910, pero la cita de una manera peculiar: la incluye en la bibliografía general del tema, pero cuando se trata de citas específicas de las opiniones del autor ya no la menciona sino que lo hace con otra obra muy posterior: un *Curso de Derecho Civil*, publicado en 1947¹⁷. Se podría suponer que en realidad Llambías sólo conoció el *Curso* de Etcheverry Bonco, y de ahí extrajo la referencia a la tesis. Pero de todos modos subsisten las preguntas: ¿las tesis eran desconocidas en el sentido de que la comunidad académica no conocía su existencia (y sólo lo obtiene a través de otras obras del propio autor)? ¿O el autor de un *Tratado* no consideraba adecuado citar las tesis de los aspirantes al doctorado que no fueran profesores?

Mencionamos un tercer ejemplo que reafirma la percepción de una situación de desconocimiento académico de las tesis doctorales. Y este ejemplo es precisamente la varias veces citada tesis doctoral de Vicente C. Gallo, de 1897, que versaba sobre el juicio político que utiliza una abun-

¹⁵ Casadei, A. B., "El derecho...", cit.

¹⁶ Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Partes, Buenos Aires, 1961, págs. 283 y sigs.

¹⁷ Llambías, J. J., *Tratado...*, cit., en bibliografía, pág. 283 y pág. 301, nota 100.

dante bibliografía compuesta por una mayoría de obras en inglés y en francés y traducciones al castellano de obras originales en inglés; obras originales en castellano menciona muy pocas, y de autores argentinos solamente cuatro. Antes de 1897, el año de su tesis, ya habían sido presentadas en la Facultad de Derecho de la UBA nada menos que 10 tesis sobre el mismo tema; y sin embargo, ni una sola de ellas aparece mencionada en la de Gallo. ¿No estarían disponibles en las librerías y bibliotecas? ¿Podría temerse que la referencia a otras tesis anteriores sobre el mismo tema hiciera perder la indispensable originalidad del trabajo? ¿O no se las consideraba como obras de nivel adecuado para ser citadas?

IV. ALGUNOS ASPECTOS EN PARTICULAR

De la información obrante en el libro comentado surgen algunos aspectos que pueden merecer una mayor atención. De dos de ellos nos ocuparemos someramente: las tesis rechazadas y las tesis redactadas por mujeres¹⁸.

a) Tesis rechazadas

Ya hemos mencionado el tema antes, a cuenta del caso de Alfredo Palacios (tesis nro. 1596), porque allí queremos mostrar la rapidez que se hacían las tesis. Pero además de ésa hubo algunas otras rechazadas. Pocos años antes fue rechazada la de Víctor S. Guinazú sobre "Separación de la Iglesia del Estado", del año 1889 (tesis nro. 892), un trabajo de casi 400 páginas; otra vez sospechamos que se trataba de una cuestión ideológica, de disconformidad de las autoridades con los contenidos de la tesis. Y avala esta sospecha el final similar al del caso Palacios: presentación en el mismo año de otra tesis (ahora de 26 páginas), sobre el mismo tema: "La comunidad de derecho fundamento del derecho internacional privado" (tesis nro. 893).

Anteriormente hay dos casos más, aunque no hay certeza sobre el rechazo. El libro pone el dato entre signos de interrogación: ¿Tesis rechazada?

Uno de los casos es del año 1878. Se trata de la tesis de Fabio Ló García "Ensayo, o sea, dos disertaciones ligeras sobre sociología y economía política" (tesis nro. 479), aparentemente de 4 páginas de extensión. Y en el mismo año del mismo autor y sobre otro tema aparecen, extrañamente, dos más: una se titula "¿El crédito es o no capítal?", de 35 pági-

¹⁸ Este punto IV se basa en el listado de tesis doctorales citado.

(nro. 478), y la otra "La república y el sistema representativo", de 84 páginas (nro. 480).

Y sigue en 1888, en carril similar a los anteriormente citados, la tesis de Juan Manuel Balajá sobre "El adulterio" (tesis nro. 832); otra vez la sospecha de problemas alrededor de las ideas contenidas en la tesis, y otra del mismo autor en el mismo año sobre otro tema, "Derechos reales: el dominio" (tesis nro. 833).

Nos queda un caso más, que no figura en el libro; es una de las omisiones que hemos detectado. En realidad, esta tesis no llegó a ser rechazada, pero poco le faltó. Se trata de "La internacional católica. Las normas de derecho internacional público en el derecho constitucional", de Pablo A. Ramella.

Ramella se había recibido de abogado en la UBA en abril de 1930. Poco después se traslada por razones de trabajo a San Juan, que habría de ser su lugar de radicación definitiva. Ya viviendo en San Juan piensa en hacer su tesis doctoral, elige tema y en 1935 (cinco años después de graduado) obtiene la autorización para escribir sobre ese tema. Trabaja en la tesis varios años, y en 1938 la termina y la presenta en la Facultad. Y allí comienza su odisea: la tesis es sometida a los profesores de Derecho Internacional Público, y se emite un dictamen negativo ("este trabajo no puede ser aceptado por la Facultad ni aprobado por la comisión") por el Dr. Isidoro Ruiz Moreno, quien termina su informe mostrando claramente el cuestionamiento ideológico: "Se trata de una tesis que sostiene ideas extremas, contrarias a los principios fundamentales del derecho internacional y de la Constitución Nacional, disolvente de principios esencialismos como el que ordena que todo argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de la Constitución; obligación que, según el autor, está subordinada al concepto que cada uno se forme de lo que es una guerra justa, etcétera".

Ante la situación, amigos de Ramella residentes en Buenos Aires hacen gestiones ante la Facultad y logran que la tesis sea pasada a los profesores de Derecho Constitucional, quienes —no de muy buen grado, como se verá— aprueban el trabajo. En noviembre de 1944 Ramella viaja a Buenos Aires y se presenta al examen oral ante la mesa constituida por los Dres. José A. González Calderón, Alberto G. Padilla y Martín Aberg-Cubo. Los profesores aprueban finalmente la tesis con la salvedad de que el tribunal no compartía las opiniones del autor. En el acta respectiva se dice: "La mesa examinadora deja constancia de haber refutado y rechazado en el curso del respectivo examen, los fundamentos y conclusiones de la tesis del señor Ramella, la que no obstante ha sido aprobada atento lo dispuesto por el artículo 7° de la ordenanza respectiva, según la cual la responsabilidad por los hechos, ideas y doctrinas expuestas por el autor de aquélla, corresponden a este último exclusivamente. Con lo que terminó el acto".

Quien se haya dedicado un poco al derecho constitucional sabe quien fue Ramella. Quien quiera comprobar lo de las ideas extremas, disolventas, etcétera, no tiene más que consultar la tesis: la tercera edición, hecha por el autor en 1992, está disponible en librerías y bibliotecas¹⁹.

En resumen, veamos los tiempos: recibido de abogado en 1930, radicado en San Juan (con las dificultades de acceso a la bibliografía y documentación), Ramella va pensando y estudiando el tema hasta que en 1935 se decide y es autorizado por la Facultad. En 1938 termina y presenta la tesis, que después de los avatares relatados recién es aprobada en 1944²⁰.

Hombre público de conducta intachable, rigidamente fiel a sus principios, hombre digno y hombre bueno, Pablo A. Ramella fue varias veces en su vida víctima de la intolerancia ideológica. También en la Universidad.

¿No debería ser la universidad el lugar del respeto por las ideas ajenas, cualesquiera sean, el hogar del pluralismo ideológico, no más como una mera "tolerancia" sino como reconocimiento y convicción de que las ideas distintas u originales son positivas para el sistema de convivencia que queremos?

Si como universitarios en esto nos hemos equivocado, no lo repitamos más.

b) Tesis de mujeres

Entre las casi 4.000 tesis hemos hallado 27 cuyos autores son mujeres. Parecen muy pocas. Y precisamente por lo pequeño de la cantidad nos parece que, a manera de homenaje, antes de seguir adelante vale la pena transcribir la lista completa.

[Año 1858]

Nro. 67 - Lobo, Matilde, "La mujer puede pedir se quite a su marido jugador la administración de los bienes gananciales". Buenos Aires, 1858.

¹⁹ O mejor aún, la tesis puede ser consultada en la Biblioteca de la Facultad donde se halla registrada bajo el número topográfico 217088. Hemos consultado la obra personalmente a principios de 1998, verificando que esta versión impresa tiene adherida una nota —escrita y firmada de puño y letra por el autor— por medio de la cual la presenta a la Facultad como tesis doctoral.

²⁰ Lo relativo al caso de Pablo A. Ramella ha sido tomado de la autobiografía del mismo Ramella, obra compuesta después de su fallecimiento, a partir de sus manuscritos, por su hija, Ramella, Pablo A., *Autobiografía y Selección de Escritos Jurídicos*, compilados por Susana T. Ramella de Joffrías, H. Senado de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Dirección Publicaciones, Buenos Aires, 1994, págs. 33/34.

Año 1911

Nro. 2537 - Tapias, Celia, "Tutela dativa; garantías del pupilo en el Derecho Romano y en la legislación civil argentina", Buenos Aires, 1911.

Año 1920

Nro. 3276 - Stábile, María L., "Enriquecimiento sin causa", Buenos Aires, 1920.

Año 1921

Nro. 3323 - Rose-Tietjen, Ana H., "Incapacidad de la mujer casada", Buenos Aires, 1921.

Año 1928

Nro. 3438 - Argüas, Margarita, "La regla *Locus regit actum*, en la legislación civil y la jurisprudencia argentina", Buenos Aires, Tall. Maggiolo, 1928.

Año 1936

Nro. 3502 - Gregorio Lavie, Lucila de, "Delincuencia femenina", Buenos Aires, 1936.

Año 1942

Nro. 3545 - Leonfanti, María Antonia Ana A., "La teoría del abuso del derecho", Buenos Aires, 1942.

Año 1947

Nro. 3634 - Cassagne Serres, Blanca A., "El seguro social como institución protectora de los derechos humanos. Posibilidad de implementación de un plan de seguro social en la República Argentina. Principios fundamentales del futuro régimen", Buenos Aires, 1947.

Nro. 3642 - Tiscornia, Ruth H., "Adopción, filiación y legitimación adoptiva", Buenos Aires, 1947.

Año 1951

Nro. 3697 - Gómez Roibás, Beatriz L., "Nacionalización de servicios públicos", Buenos Aires, 1951.

Nro. 3700 - Kaplan de Drimer, Alicia D., "Localización y descentralización de la industria. Estudio general y su aplicación a la República Argentina", Buenos Aires, 1951.

Nro. 3701 - Kibrick, Myriam O., "El nombre. Problemas que plantea su falta de reglamentación", Buenos Aires, 1951.

Año 1952

Nro. 3738 - Izura, María E., "El contrato colectivo de trabajo", Buenos Aires, 1952.

Nro. 3740 - Levi Deresi, Gabriela, "El trabajo de la mujer y la legislación social", Buenos Aires, 1952.

Nro. 3749 - Pariewski, Victoria L., "El divorcio desde el punto de vista del derecho internacional privado y del derecho nacional", Buenos Aires, 1952.

Nro. 3753 - Puente, Elvira L., "Régimen internacional del divorcio según la ley argentina", Buenos Aires, 1952.

Nro. 3758 - "Sesé, Elena C., "La mujer homicida", Buenos Aires, 1952.

Año 1953

Nro. 3764 - "Bidonde Villanueva, Clara A., "Matrimonio putativo en el derecho argentino", Buenos Aires, 1953 [¿1954?].

Nro. 3765 - Bonder, Raquel, "Declaración Universal de los Derechos del Hombre", Buenos Aires, 1953.

Nro. 3774 - Goligorsky, Berta, "Las incapacidades en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", Buenos Aires, 1954 [¿1955?].

Nro. 3788 - Rueda Zúñiga, Delia S., "Problemas jurídicos creados con motivo de la utilización de las nubes", Buenos Aires, [¿1953?].

Año 1954

Nro. 3808 - González Bréard, Nélida F., "El recurso de casación en la Constitución Argentina", Buenos Aires, 1954.

Nro. 3814 - Lezcano de Podetti, Amelia, "Los valores fundamentales de la Constitución argentina", Buenos Aires, 1954.

Año 1956

Nro. 3838 - Buquet de Gilges Raynié, Norah C., "Régimen jurídico penal de la minoridad", Buenos Aires, 1956.

Nro. 3850 - "Mareque, María del Carmen, "La previsión social en Latinoamérica y España", Buenos Aires, 1956 [¿1957?].

Nro. 3861 - Sampayo, Nelly G., "De las escrituras públicas y la función notarial. Arts. 997 y concordantes del Código Civil y sus posibles reformas", Buenos Aires, 1956.

Año 1960

Nro. 3932 - Gómez Paz, Alma, "Actuación de Mariano Moreno anterior a 1810", Buenos Aires, 1960 [¿presentada en 1956?].

Los datos entre corchetes y signos de interrogación corresponden a dudas o discordancias halladas por los autores de la recopilación citada. Los asteriscos colocados en las tesis nros. 3758, 3764 y 3850 significan que no se ha encontrado la ficha representativa del ejemplar en la Biblioteca de la Facultad.

A pártir de esta lista se nos ocurren algunos comentarios.

Lo primero que nos llamó la atención fue que una mujer haya estudiado Derecho en la Universidad en una época tan lejana como la segunda mitad de la década de 1850. Sinceramente no creíamos que por entonces hubiera mujeres en la Universidad: combinación de ignorancia y machismo inconsciente.

Inclusive dudamos: ¿podía tratarse de un error de transcripción de la última letra del nombre, "Matildo" en lugar de "Matilde"? ¿Podía en aquel entonces el nombre "Matilde" ser usado para un varón? (Al fin y al cabo, recordemos que el primer ganador de un "prøde" millonario se llamaba "Mercedes", y —para sorpresa de todos— resultó ser un hombre...).

Pero lo que nos inclina a creer que era una mujer es el tema que toma: la administración de los bienes conyugales, el marido jugador que podía perder todo y los derechos de la mujer al respecto. El tema, de especial interés para las mujeres casadas, hace pensar que haya sido una mujer quien eligió el tema y lo desarrolló. (Recordemos que la fecha de la tesis es anterior a la sanción del Código Civil en más de 10 años).

Así pues, una mujer universitaria en esa época no puede haber pasado inadvertida en la sociedad de su tiempo. Sería interesante conocer algo más sobre ella. ¿Qué bueno sería que algún historiador o historiadora nos contara quién fue y qué hizo (además de la tesis) Matilde Lobo!

El segundo aspecto que se puede mirar es la secuencia temporal de las tesis de mujeres. Podemos observar que al principio sólo encontramos, aislada (única en más de 80 años) la tesis de Lobo de 1858 (nro. 67); ésa podría ser considerado un primer período, desde el origen de la UBA hasta 1910.

Después, en las décadas siguientes comienzan a aparecer unas pocas tesis de mujeres, entre 1 y 3 por década, hasta que esa cifra se supera ampliamente en la década de 1960. O sea que el segundo período abarcaría desde 1911 hasta 1960. Pero en realidad habría que colocar el final del período un poco antes, en 1945, porque 1947 es el año en que por primera vez se presenta más de una tesis de autora mujer (en este caso, 2).

El tercer período sería el que comienza en 1951. En la década que va de 1951 a 1960 se presentan 18 tesis de mujeres, es decir dos tercios del total de tesis de mujeres presentadas en la UBA hasta 1960. O sea: antes de 1951, 9 tesis; entre 1951 y 1960, 18. Y también puede notarse que la gran mayoría de esas tesis corresponden al quinquenio 1951-1954: 14, más de la mitad del total desde la creación de la UBA hasta 1960.

Como las cantidades absolutas de tesis de mujeres podían haber sufrido los mismos altibajos que las de los varones, hemos tratado de hacer una verificación por medio de algunos cálculos de porcentajes. Y así ha resultado, concordantemente con lo dicho más arriba, que después de la época de la solitaria tesis de Lobo, de 1858, la siguiente tesis (Tapias, Nro. 2537, año 1911) es única en su década y significa menos del

1% del total de tesis presentadas en esa década. En las décadas siguientes, el porcentaje sobre el total se ubica entre el 1% y el 2% (1911 a 1930), hasta que en la década de 1950 sube hasta el 7%.

Dado que la década de 1950 (1951-1960) es la última del período estudiado, queda una incógnita sobre cómo ha continuado el asunto. La respuesta ya la tenemos, pero sería metodológicamente incorrecto anticiparla ahora, excediendo el período estudiado. Y por otra parte, no está demás dejar algo interesante para el informe próximo, referido al período que se inicia en 1961.

Otro aspecto que llama la atención es la notable variedad entre las doctoras en cuanto al grado de conocimiento general que sobre ellas se tiene en el ambiente público y universitario. Algunas son muy conocidas, pero la mayoría no.

En la lista se destaca Margarita Argüas, que fue profesora titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad, y la primera mujer (y única hasta ahora) que llegó a ser juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (aunque lo haya sido durante un gobierno de facto...). También son conocidas por su actuación docente a nivel universitario o por sus trabajos publicados Lucila de Gregorio Laví, María Antonia Lacantani, Gabriela L. Deveali, Amelia Podetti.

Pero las demás... ¿Qué fue de ellas? ¿Se dedicaron a la profesión, sin incursionar por la Universidad, la judicatura ni la política?

El último rubro a comentar en esta ocasión es el de los temas elegidos. Algunos sostienen que en las actividades públicas o políticas las mujeres se dedican sólo a determinados temas, considerados por ello "femeninos" (o "típicamente femeninos"): la mujer, la familia, los menores, la asistencia social, etcétera. A esta área temática corresponden las primeras tesis, pero también en el tramo inicial van apareciendo temas generales de derecho civil o derecho internacional privado relativamente cercanos en comparación con otras áreas del Derecho o de otras ramas de la ciencia.

También esa área "femenina" es la que constituye el grupo temático más numeroso; y sumando los temas más o menos cercanos se llega a la mayoría de las tesis de mujeres en el período considerado. Pero la variedad temática es amplia, y no faltan las tesis sobre los temas considerados "masculinos" (los vinculados a la economía política), como la localización industrial (tesis de Kaplan de Drimer, nro. 3706), o la nacionalización de los servicios públicos (tesis de Gómez Roibán, nro. 3697).

Tampoco faltan los temas que sorprenden por su originalidad, como por ejemplo la utilización de las nubes (tesis de Rueda Zúñiga, nro. 3788).

En resumen: las mujeres que han presentado tesis doctorales en el período considerado han abordado una variedad temática muy amplia, aunque predominan en cantidad los temas considerados "femeninos" o cercanos.

V. COMENTARIOS FINALES

Valgan para terminar algunos comentarios finales, ya que —al fin y al cabo— este trabajo todo no es sino un conjunto de comentarios.

El primero se refiere precisamente a ese asunto: a poner de manifiesto las limitaciones de un trabajo realizado sobre listados y títulos, sin verificar los datos en sus fuentes ni completarlos; ni leer las tesis que se mencionan. Sabrá el lector comprender que leer más de 4.000 obras sobre los temas más variados (jurídicos y no jurídicos) no es una tarea para una sola persona. Se la podría calificar de tarea ciclópea... si es que alguien puede suponer a los pobres ciclopes (¡con un solo-ojo!) capaces de leer semejante cantidad de textos.

Un trabajo con ese grado de profundidad solamente puede hacerse si se delimita cuidadosamente el objeto a estudiar de manera tal que resulte factible: por ejemplo, un solo tema determinado con precisión, o un período de años suficientemente reducido como para que la cantidad de tesis sea poca.

El segundo comentario consiste en recordar la limitación temporal del trabajo: hasta 1960. Si se lo mira friamente, esto ya está desactualizado más de 35 años. Es verdad. Pero ya estamos recopilando el material para la continuación. Ya tenemos la lista de tesis presentadas entre 1961 y 1982, ya la hemos empezado a estudiar y ya hemos llegado a algunas conclusiones. Pero no corresponde decir nada ahora, para no anticipar cosas que deben ser analizadas con mayor detenimiento. También hemos puesto en marcha los trámites para obtener la información desde 1983 hasta la fecha.

Asumimos desde ya el compromiso de hacer (y ofrecer a esta revista) como mínimo la lista de las tesis presentadas en la Facultad desde 1961 hasta donde llegue la información que se nos provea de fuente oficial, y agregando, también, algunos comentarios.

Porque, cuando se tienen los datos, hacer comentarios es fácil. Lo difícil es hacer una investigación rigurosa.

Dejemos, no obstante una preocupación. Nos da la impresión de que, salvo meritorias excepciones, es poco lo que en la Universidad se estudia, se escribe y se publica sobre ella y lo universitario. Y es poco por las meritorias excepciones, porque sin ellas habría que decir: "nada". ¿Puede ser que los temas universitarios reciban, en el propio ámbito universitario, una prioridad tan baja?

DE NUESTRA REDACCIÓN

EL MEDIO AMBIENTE EN AMÉRICA: LA CUMBRE DE SANTIAGO DE CHILE

DIEGO S. ESPIGIA Y MARCOS NELIO MOLLAR

I. INTRODUCCIÓN

La problemática ambiental lentamente se ha instaurado en las agendas gubernamentales como un tema prioritario. Basta sólo enunciar algunos de los trastornos ecológicos que sufre hoy nuestro planeta para tomar conciencia del estado de emergencia ambiental y lo imperioso que resulta llevar a la práctica acciones que aglutinen y canalicen el esfuerzo de todos los sectores de la comunidad así como también de cada uno de los Estados.

América, rica aún en selvas y bosques nativos que hacen las veces de pulmón de la Tierra, poseedora de más de la mitad de la biodiversidad que alberga nuestro planeta, un continente de contrastes, con un norte rico y un sur depauperado, requiere hoy respuestas ambientales.

Conscientes de ello los gobiernos americanos aúnan esfuerzos, y renuevan su compromiso en el marco regional de la Organización de los Estados Americanos para promover un desarrollo sostenible en armonía con la naturaleza¹.

De esta forma nos adentramos en la cuestión central de este trabajo, la Segunda Cumbre de las Américas, efectuada en Santiago de Chile en el mes de abril de 1998. En la misma se insta a los Estados a reforzar la

¹ Informe "Nuestro futuro común" de la Comisión de Naciones Unidas para el Cambio Global sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Comisión Brundtland): por desarrollo sostenible se entiende "el desarrollo que cubre las necesidades actuales sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Dicho concepto abarca la interacción entre ecología y desarrollo".

implementación del Plan de Acción de la Declaración de Santa Cruz de la Sierra, valiéndose para ello de la cooperación de la Comisión Interamericana de Desarrollo Sostenible y demás organismos del Sistema Interamericano y de las Naciones Unidas.

Empero nuestra pauta de análisis habrá de estar guiada por una duda metódica, una duda que poniendo en crisis el texto de la Declaración de Principios y del Plan de Acción de la Cumbre, nos permita observar cuál es su aporte para la efectiva solución de los problemas ambientales.

II. ANTECEDENTES

De inevitable referencia resultan para el punto la Cumbre de Miami y la Conferencia Cumbre de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, celebradas en 1994 y 1996 respectivamente.

En la primera se propuso como objetivo elevar la vida de los pueblos americanos y proteger el medio ambiente para las generaciones futuras. Y concretamente centró su atención en tres cuestiones primordiales: a) energía; b) biodiversidad²; y c) contaminación.

Las medidas propuestas, como ser la introducción de energías renovables, no convencionales, la elaboración de planes de gestión de parques y reservas naturales, firma de convenios (se insta a las partes a firmar el Convenio sobre Cambio Climático y la ratificación del Convenio de Biodiversidad³) y demás, hacen posible un camino de preservación del medio ambiente. Sin embargo, el Plan resulta acotado por la amplitud de problemas ambientales existentes, y ello se ve reflejado en la reunión de expertos de Santa Cruz de la Sierra, en la cual se elaboraría el marco de cooperación americana para identificar proyectos ambientales prioritarios.

En la Declaración de Santa Cruz de la Sierra se deja plasmado el carácter interdependiente e integral del medio ambiente. Las iniciativas abarcan aspectos que hacen a la energía, los recursos hídricos y zonas costeras, agricultura y silvicultura sostenible, y por sobre todo se enfatizan los aspectos humanos tales como sanidad y educación, y ciudades y comunidades sostenibles. Se vuelve a principios ya explicitados en la Conferencia sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en 1972,

² Julio Barboza define el concepto de biodiversidad como la variedad y variabilidad entre los organismos vivos y los complejos ecológicos en que ocurren. Esto es, en sus tres niveles: a) la variabilidad dentro de una especie; b) la variabilidad de organismos vivos en el mundo; c) la variedad de hábitats (Oyuela, R. E. - Zeballos de Sista, M. C., *Evolución Reciente del Derecho Ambiental Internacional*, A-Z, Buenos Aires, 1993, pág. 43).

³ Convenios firmados en el marco de la Cumbre de la Sierra, Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Rio de Janeiro, 1992.

propendiendo a la eliminación del subdesarrollo, alivio de la pobreza, encarándose también el tema desde una dimensión social.

Pero no todo quedó zanjado luego de la mencionada declaración. En el reporte elaborado por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en relación a la implementación de la Cumbre de Bolivia, se reconocen serios inconvenientes. Entre otros, diferencias sustanciales entre países desarrollados y subdesarrollados en cuanto al concepto y el modo en que es alcanzable el desarrollo sustentable, la necesidad de coordinar la cooperación de distintas agencias de las Naciones Unidas con el sistema interamericano, el requerimiento de una red de expertos en derecho ambiental que vislumbre un marco legal interamericano, y la insuficiencia en recursos humanos, financieros y tecnológicos, así como su correspondiente transferencia.

III. DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS

La Cumbre de Santiago intenta dar un paso adelante en la solución ambiental. La Declaración de Principios deja traslucir algunas de las preocupaciones primordiales, pero cambia el enfoque. En ella se reconoce que la integración económica, la inversión y el libre comercio son factores claves para elevar el nivel de vida, mejorar las condiciones laborales de los pueblos de las Américas y lograr una mejor protección del medio ambiente.

Dada la naturaleza transfronteriza de los problemas ambientales no se los puede abordar eficazmente mediante medidas políticas circunscritas al nivel nacional. Resulta necesario vigorizar los esfuerzos nacionales, hemisféricos e internacionales, y hacer efectivos los compromisos contraídos en Miami y Bolivia. Más que elocuente es la trascendencia, en el texto, que revisten los procesos de integración americanos, proyectos como el Nafta, el Mercosur, o el mismo Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), impulsado por la Cumbre, exigen la elaboración y coordinación de acciones interamericanas comunes.

Y para el caso habrá de ser de utilidad la experiencia europea. La Unión Europea⁴, en su producción normativa, sanciona directivas en las que se explicitan los objetivos comunitarios, los que a su vez deben ser adoptados por los Estados miembros modificando su legislación nacional en un plazo determinado. Asimismo los Estados miembros son libres de

⁴ El Tratado de la Unión Europea, adoptado por la Comunidad Europea en Maastricht el 7 de febrero de 1992, estableció la política ambiental como una de las tareas de la Comunidad (art. 7). Ligando el objetivo del crecimiento sustentable a la necesidad de mejorar el medio ambiente (art. 7).

tutelar con mayor rigor el medio ambiente, adoptando medidas más severas que las fijadas por la Comunidad (arts. 100 A, apartado 4, y 130 T del Tratado CE).

En el estado larvario en que se encuentran los procesos de integración americana difícil resulta adelantar cómo habrá de implementarse el accionar ambiental. Empero no es de extrañar que la eficiente labor europea sea un ejemplo a imitar.

La Declaración refleja el interés que despierta el sector energético, al que, basado en actividades competitivas y transparentes, se atribuye la facultad de impulsar la integración de las Américas así como el desarrollo sostenible y el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

Por último, el cambio climático comparte un lugar de relevancia en las cuestiones americanas, destacándose el compromiso de los Estados de avanzar en el cumplimiento del acuerdo alcanzado en la Conferencia de Kyoto (Japón) y preparar la Cuarta Conferencia de las Partes para el mes de noviembre de 1998 en Buenos Aires.

Todo ello sin dejar de reconocer a la pobreza como el reto más grande que hoy tiene América. Los gobiernos americanos están decididos a eliminar las barreras que niegan a los pobres el acceso a la nutrición adecuada, a los servicios sociales, y a un medio ambiente sano.

IV. PLAN DE ACCIÓN

Planteados los objetivos en la Declaración de Principios, se espera que el Plan de Acción explice las acciones concretas a tomarse para alcanzar esas metas. Y así, en lo que respecta a la temática ambiental, encontramos en forma dispersa referencias en: a) el apartado 3°, "Integración económica y libre comercio", en los puntos relativos a la energía, el cambio climático y transporte, y b) en el apartado 4°, "Erradicación de la pobreza y la discriminación", en los puntos de poblaciones indígenas y desarrollo sostenible.

Para comenzar cabe destacar el impulso que se pretende dar al ALCA propendiendo a la integración de los mercados, promoviendo el comercio de productos, bienes y servicios, y creando marcos legales, fiscales y regulatorios que incentiven la inversión privada nacional y extranjera.

Se reconoce que el vínculo de desarrollo energético entre los países y la intensificación del comercio en el sector energía fortalecen e impulsan la integración de las Américas. La integración energética basada en actividades competitivas y transparentes, de acuerdo con condiciones y objetivos nacionales contribuye al desarrollo sostenible de nuestras naciones y al mejoramiento de la calidad de vida de nuestras poblaciones, procurando un mínimo impacto en el ambiente.

Debe reconocerse, sin embargo, que en nada se innova respecto de las iniciativas del ámbito energético. Resulta notorio la ausencia de referencia alguna a la utilización o bien a la promoción de energías no convencionales, como si se hacía en el Plan de Acción de la Cumbre de Miami. A decir verdad se conviene estimular el desarrollo de energía renovable y eficiente⁵, aunque hubiera sido oportuno referirse a aquellas que en estado de experimentación requieren de la cooperación científica y técnica de los Estados Americanos.

En cuanto al cambio climático lo fundamental es la celebración de la Cuarta Conferencia de las Partes en Buenos Aires, Argentina, en noviembre de 1998; donde habrá de continuarse con el trabajo en conjunto para lograr los objetivos y metas del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992 y avanzar en el cumplimiento del acuerdo alcanzado en la Conferencia de Kyoto.

Pero también es criticable el nivel de compromiso interamericano en este aspecto. Si bien la celebración de la Conferencia servirá para un análisis acabado de la cuestión, lo cierto es que nuestro continente parece ser uno de los más afectados por esta cuestión, y no necesariamente uno de los que más contribuye al agravamiento del problema. América tiene la particularidad de lindar en sus extremos con los Polos Norte y Sur, donde el deterioro de la capa de ozono está ocasionando el derretimiento de los casquetes polares. Asimismo, cuenta con un gran número de Estados, cuya condición de insulares se ve amenazada por la subida del nivel de los océanos. Y sólo estos ejemplos denotan la trascendencia que tiene para el Continente la cuestión del cambio climático y, por consiguiente, hubiera sido más acertado dejar establecidas ciertas pautas, ciertas acciones comunes a ser implementadas a la brevedad que diferir el tratamiento de la cuestión.

Con respecto al sector de transportes se insta a los gobiernos a emprender las medidas necesarias dirigidas a la promoción de sistemas y servicios de transporte determinadas por el mercado, integrados, viables financieramente y sustentables ambientalmente. Para ello, se elaborará un plan orientado a obtener el más alto nivel de seguridad en los sistemas de transportes, mejorar la infraestructura y aumentar la protección ambiental, acorde con las normas internacionales y las prácticas recomendadas.

El punto cuarto del Plan de Acción se refiere a la erradicación de la pobreza y la discriminación. Las distintas propuestas pueden aglutinarse en medidas dirigidas a fomentar las micro, pequeñas y medianas empresas, el registro de propiedades, el desarrollo sostenible, y el reconocimiento de derechos a las poblaciones indígenas.

⁵ No es muy feliz la terminología utilizada, puesto que la eficiencia responde a criterios de uso e utilidad.

Las micro, pequeñas y medianas empresas se verán favorecidas por un aumento del acceso al crédito y apoyo técnico, se agilizarán los procedimientos para su registro, obtención de licencias, entre otros. Es de esperar que todo ello contribuya a que este nivel empresario pueda asumir los costos ambientales, y que ello no sólo implique una forma de mantener el equilibrio en los mercados.

En lo que respecta al registro de propiedades se propone simplificar los procedimientos de catastro, así como incorporar métodos alternativos de resolución de disputas, y proteger los derechos reconocidos a las poblaciones indígenas. Sin embargo, también en este punto hay cuestiones que parecen no vislumbrar una solución en corto plazo. Prácticamente todos los países americanos padecen de un sistema que ha privilegiado un régimen de tenencia de la tierra que implicó concentraciones parcelarias, donde abundan latifundios improductivos, y sólo se deja margen para minifundios que en nada satisfacen las necesidades de sus dueños. Y al respecto cabe tener en cuenta movimientos como los Sin Tierra en el Brasil. Hubiera sido deseable que en el Plan de Acción se hiciera referencia a conceptos tales como la unidad económica productiva, es decir, a la propiedad de la tierra en una porción tal que se garantice el sustento a su dueño, su familia y sus dependientes.

En contraposición con lo dicho anteriormente es destacable lo elaborado en relación a las comunidades indígenas. El desarrollo sustentable también abarca además de lo ecológico y económico a lo social; y es la preservación de la identidad cultural uno de los vehículos para ese desarrollo. Se propone la educación y mayor participación de las comunidades indígenas en la sociedad, procurar el fortalecimiento de la identidad de estas poblaciones y promover una coexistencia respetuosa entre los diferentes grupos sociales de las comunidades y Estados. Elaborar también proyectos productivos en áreas como la agricultura, artesanía, la pequeña empresa y la comercialización. Por último, procederán los Estados con el examen intergubernamental, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), del Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con miras a la posible adopción de una Declaración.

Y para finalizar, encomienda a la Comisión Interamericana de Desarrollo Sostenible (CIDS), mantener la coordinación en el cumplimiento de los mandatos de la Cumbre de Desarrollo Sostenible y reforzar por parte de los Estados la implementación del Plan de Acción de Santa Cruz.

V. CONCLUSIONES

La Cumbre de Miami constituyó la primera reunión en el marco de la Organización de los Estados Americanos en la que se trató la temática ambiental a nivel de jefes de Estado y de Gobierno. Dicho tratamiento se

limita a tres temáticas específicas: energía, biodiversidad y contaminación. El desarrollo sostenible, en sus tres vertientes: ecológica, económica y social fue la temática específica en la Cumbre de Santa Cruz de la Sierra en 1990. En ella se indica que es necesario que las estrategias de desarrollo incorporen la sostenibilidad como elemento indispensable para lograr de manera equilibrada, interdependiente e integral los objetivos económicos, sociales y ambientales. Finalmente, la Cumbre de Santiago constituyó la Segunda Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno en la cual el tema predominante es la integración hemisférica, reflejando un voto de confianza para el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

La Declaración de Santiago se caracteriza por una dispersidad temática en la que se manifiestan como objetivos: el fortalecimiento de la democracia, el diálogo político, la estabilidad económica, el progreso hacia la justicia social y el impulso de un proceso de integración hemisférica. Asimismo, y con base en el desarrollo sostenible se insta a reforzar los esfuerzos nacionales, hemisféricos e internacionales para la protección del medio ambiente. El comercio y los vínculos en el sector energético son vistos como los medios que permitirán impulsar la integración de las Américas.

El Plan de Acción peca de insuficiente a la hora de determinar las acciones concretas a fin de proteger el medio ambiente. Prueba de ello son las breves iniciativas propuestas en dicha temática, con excepción de la cooperación energética y el cambio climático.

Particular tratamiento merece el Grupo de Revisión de la Implementación de Cumbres (GRIC), el cual a través de sus reuniones periódicas supervisará el proceso de seguimiento y establecerá el grado de cumplimiento de los mandatos de las Cumbres. Cabe preguntarse sobre la necesidad de la existencia del GRIC siendo que sus funciones podrían superponerse con las del Consejo Interamericano de Desarrollo Integral (CIDI), al cual la misma Cumbre de Bolivia le atribuye la tarea de seguimiento y control.

Sin embargo, y a pesar de las consideraciones precedentes, es necesario destacar que la Cumbre de Santiago reafirma el concepto de desarrollo sostenible (en el que ecología y economía interactúan armoniosamente) como el único ciertamente viable, aun cuando resulte difícil su aplicación. Por supuesto que muchos pensarán acerca de la poca efectividad de la inclusión de este concepto en una Declaración, pero debe tenerse en cuenta que "las normas del derecho internacional constituyen un modelo a seguir, más que una obligación de hacer, por los Estados que son parte de una convención o declaración. Es un deber hacer"⁴. A partir de allí corresponde a los Estados transferir a sus respectivos ordenamientos y aplicar los principios aprobados en acuerdos internacionales.

⁴ Oyata, R. E. - Zabalza de Sisto, M. C. *Evolution...*, cit., pág. XI.

¿LO SABÍA?

LA DIVISIÓN DE PODERES SEGÚN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

[sobre la zona de reserva, las atribuciones y los límites del Poder Judicial]

"(...) El riesgo que se corre cuando el Poder Judicial no sabe mantenerse dentro de su órbita de jurisdicción es la judicialización de la política, que sólo puede tener éxito cuando el conflicto no afecte un interés vital de los detentadores políticos del poder. Si se otorga el derecho a los tribunales de frustrar una decisión política del gobierno y del parlamento, amenaza el peligro que la decisión del tribunal no sea respetada —con perjuicio para el Estado de Derecho—; o bien que la decisión política del gobierno sea sustituida por un acto-judicial que, aunque revestido jurídico-constitucionalmente, es en el fondo un acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a cabo esta función".

[sobre la legitimación del jefe de gabinete para recurrir directamente ante la Corte Suprema]

"(...) Ante la presentación directa del jefe de gabinete denunciando la existencia de un grave conflicto de poderes suscitado por la resolución del juez de primera instancia que ordenó suspender cautelarmente los efectos del decreto 842/97 (ADLA, LVII-D, 433) de privatización de los aeropuertos, la resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarando la falta de jurisdicción del juez para así decidir no implica el ejercicio de una suerte de jurisdicción originaria ni la admisión de un salto de instancia, sino el cumplimiento de una actividad institucional en su carácter de guardián e intérprete fiel de la Constitución Nacional, en orden al adecuada respeto de la separación de poderes y para asegurar su coordinado accionar".

(CSJN, 17-XII-99, en autos "Rodríguez, Jorge en Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional" [privatización del servicio aeroportuario argentino]; I.L., 1997-F-879).

"La Corte gobierna, en el sentido de que integra la estructura triangular del gobierno, pero no en el de apoyar o combatir hombres o ideas que ocupan el gobierno en un momento dado. La Corte toma a los otros departamentos del gobierno impersonalmente, como órganos-instituciones y no como órganos-personas físicas. En este concepto científico de la política, la Corte es tan política como políticos son el Poder Ejecutivo y el Congreso; todos gobiernan, y gobernar es desplegar política desde el poder. Pero, en otro sentido, la Corte no es política porque a ella no llegan ni deben llegar programas partidarios, como sí llegan a los poderes que surgen de la elección y de los partidos. La inmunidad de la Corte en esta clase de política ha de ser total, y toda contaminación resulta nociva para su función".

(Germán J. Bidart Campos, "El sentido institucional de la Corte Suprema", en *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. II, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 415).

