y definitivo de la obligación, sino de uno relativo. Además, la segunda excepción se refiere al caso en el cual "se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal", lo que, por razones igualmente obvias, va en la misma línea.

Como es lógico, para el incumplimiento por mora también es posible prever una pena moratoria. O una por resolución. Llegamos, así, a un punto central, sobre el que he venido insistiendo: lo que diferencia a una pena de otra —en lo que aquí nos concierne, a la moratoria de la compensatoria— no necesariamente es el tipo de incumplimiento al que se refieren, sino el efecto que producen. Como es lógico, la pena moratoria solo puede referirse a un incumplimiento por mora, pero la compensatoria, si bien no *debe* hacerlo (podría estar prevista solo para un incumplimiento definitivo y absoluto), lo *puede* hacer (bien sea porque está prevista solo para un incumplimiento por mora [no es lo frecuente] o porque se la estipula para cualquier tipo de incumplimiento de la obligación principal, sin distinguir [como es lo usual]). Por lo tanto, la diferencia, en este aspecto, es contingente. Lo que las distingue de manera esencial es el efecto: la pena compensatoria sustituye a la obligación principal, la moratoria, no: se le suma (si bien cumple una función sustitutoria, sustituye otra cosa: al resarcimiento legal del daño moratorio).

De todos modos, aunque en un sentido completamente distinto, la pena compensatoria siempre se refiere a un incumplimiento definitivo y absoluto, tema que trataré en el parágrafo que sigue.

IV. La *aplicación* de una pena compensatoria presupone un incumplimiento definitivo y absoluto de la obligación principal

Hasta aquí, he procurado demostrar por qué no hay una correlación estricta entre el incumplimiento definitivo y absoluto de la obligación principal y la pena compensatoria. En otros términos, por qué es perfectamente posible que una pena de este tipo sea aplicable a un incumplimiento relativo (v. gr., por mora), bien sea porque fue prevista para esta clase de incumplimiento en particular o porque lo fue para cualquier tipo de incumplimiento de la obligación principal. En este parágrafo, en cambio, explicaré por qué la pena compensatoria supone necesariamente un incumplimiento definitivo y absoluto de la obligación principal. Pareciera contradictorio, pero no lo es, como veremos. La clave está en el factor temporal y en el orden lógico en el funcionamiento de la cláusula penal.

No necesito justificar por qué este tipo de pena presupone un incumplimiento definitivo y absoluto cuando se refiere o aplica, precisamente, a un incumplimiento de esta índole. Sí, en cambio, cómo habría de presuponerlo cuando se refiere o aplica a un incumplimiento relativo. Es lo que intentaré explicar a continuación. Para facilitar el análisis, tomemos como referencia el incumplimiento relativo más típico: la mora.

Supongamos, entonces, que el deudor incurre en mora, y que este incumplimiento está abarcado por una cláusula penal *compensatoria*, bien sea porque se la ha previsto para este supuesto en particular (lo que sería raro) o porque se la previó para cualquier tipo de incumplimiento de la obligación principal (como es lo más usual). Hasta este momento, lo que tenemos es lo siguiente:

- El deudor ha incurrido en mora, no en un incumplimiento definitivo y absoluto.

- El acreedor tiene derecho a optar por la pena compensatoria. También puede decantarse por el cumplimiento (tardío) de la obligación principal. Es su elección (excluyente, por supuesto).

Mal podría decirse, entonces, que en este caso la pena compensatoria presupone un incumplimiento definitivo y absoluto. Sin embargo, una vez que el acreedor opta por la pena compensatoria, se extingue la situación de mora del deudor: su incumplimiento se ha tornado definitivo y absoluto. (Me refiero a la mora en el cumplimiento de la obligación principal, lo que no quita que pueda caer en mora en el pago de la pena, tema que abordo en otro capítulo). La opción por la pena compensatoria y el estado de mora son incompatibles: si el acreedor ha optado por la pena, ya no hay mora —dado que esta supone la posibilidad de cumplir—; si hay mora, por definición, el acreedor aún no ha optado por la pena.

Por lo tanto, el cuadro descripto inicialmente en este parágrafo es una representación de lo que sucede *antes* de la opción por la pena, hasta el momento en el cual, si bien concurren todos los requisitos para ejercer esta opción, todavía no se la ha ejercido. Hasta este momento, no se ha producido un incumplimiento definitivo. Pero el cuadro cambia cuando el acreedor opta por la pena: la obligación principal se extingue, y con ella —por definición— el estado de mora, ya que el incumplimiento se convierte en definitivo. Nace la obligación de pagar la pena (o esta se torna exigible, si se prefiere). Naturalmente, si el deudor no paga, incurrirá en mora… en el cumplimiento de la obligación de pagar la pena, no respecto de la obligación principal, que se ha extinguido.

Contra este encuadre podría objetarse que, en realidad, el cumplimiento de la obligación principal todavía es posible —o, al menos, que no ha dejado de serlo por la opción por la pena compensatoria—. En cierto sentido, esto es correcto: el cumplimiento en especie de la obligación principal tal vez todavía sea posible *en términos materiales*. Pero ya no *en términos jurídicos*: dado que la opción por la pena produce la extinción de la obligación principal, no es concebible el cumplimiento de esta última, ya que ha dejado de existir. En este sentido, nos encontramos frente a un incumplimiento definitivo de la obligación —o, al menos, ante una situación asimilable—.

De este modo, creo haber demostrado que *la aplicación* de una pena compensatoria siempre presupone un incumplimiento definitivo y absoluto de la obligación principal:

- cuando se aplica ante un incumplimiento de este tipo, por razones obvias;

- cuando se aplica ante un incumplimiento relativo, porque la opción por la pena provoca la extinción de la obligación principal, cristalizando, así, un incumplimiento definitivo y absoluto.

V. Efectos de la cláusula penal compensatoria

V.1. Etapa anterior al incumplimiento de la obligación principal

El deudor no puede liberarse pagando la pena: debe cumplir la obligación principal. Así resulta, *a contrario sensu*, del art. 796 del Cód. Civ. y Com.:

> "Opciones del deudor. El deudor puede eximirse de cumplir la obligación con el pago de la pena únicamente si se reservó expresamente este derecho".

Ciertamente, esto vale para cualquier cláusula penal, no solo para la compensatoria. De todos modos, como esta última es la única que cumple una función sustitutoria de la obligación principal, conviene recordar la regla.

Naturalmente, el acreedor puede aceptar el pago de la pena ofrecido por el deudor, con lo cual este último se libera de la obligación. Pero no está obligado a hacerlo.

Como lo precisa la norma transcripta, es válido el pacto en contrario, por el cual se le reconoce al deudor el derecho de optar entre el pago la pena o el cumplimiento de la obligación principal. Se trata del pacto de displicencia.

V.2. Etapa posterior al incumplimiento de la obligación principal

V.2.a. Pena aplicable ante el incumplimiento absoluto y definitivo de la obligación principal

V.2.a.i. Derecho de opción

a) Introducción

Analizaré el tema en dos etapas:

1) en primer lugar, me referiré a los efectos que este tipo de incumplimiento produce de acuerdo con las reglas generales;

2) luego veremos cómo incide la cláusula penal compensatoria.

b) Sobre los efectos de la imposibilidad de pago, en general

La imposibilidad de pago puede o no ser imputable al deudor. Solo analizaré lo que ocurre cuando sí lo es.

La obligación no se extingue, sino que se transforma en la de pagar su equivalente económico [9]. El acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación —esto es, el equivalente económico de la prestación original—. Si esta obligación surgiese de un contrato bilateral, el acreedor también tendría derecho a resolver el contrato [10]. La opción —queda claro— es excluyente.

Las normas del Código Civil y Comercial son muy claras en este sentido. De acuerdo con su artículo 955,

---

(9) V. Jorge A. Mayo y José W. Tobías, "La resolución por autoridad del acreedor", *La Ley*, 1978-D, p. 1065; Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, 1.ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1996, p 449; Manuel Cornet, *Efectos de la resolución de los contratos por incumplimiento*, Córdoba, Lerner, 1993, p. 19.

(10) V. Jorge A. Mayo y José W. Tobías, "La resolución por autoridad del acreedor", cit., p. 1065; *Fernando J. López de Zavalía, Teoría de los contratos. Tomo 1. Parte general, 4.ª ed., Buenos Aires, Zavalía, 1997*, p. 623.

> "[l]a imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados".

Hay que tener en cuenta, además, lo prescripto en el art. 1733, conforme al cual

> "[a]unque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: [...] d. si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa [...]".

El deudor es civilmente responsable por su incumplimiento, cualquiera que sea la opción que ejerza el acreedor (es decir, resolución o cumplimiento por equivalente). Por supuesto, siempre que concurran los demás requisitos de la responsabilidad civil.

c) ¿Es preciso que el acreedor opte por la pena? ¿Es posible?

La existencia de la cláusula penal compensatoria cambia radicalmente el panorama descripto.

El acreedor no puede optar entre la pena y el cumplimiento: solo tiene derecho a la pena [(11)]. El cumplimiento específico es, por definición, imposible. Y, en virtud de la estipulación penal, la pena compensatoria reemplaza *ipso iure*, en virtud del incumplimiento, a la alternativa a la que, de otro modo, el acreedor habría tenido derecho: el cumplimiento de la prestación vía equivalente económico y el resarcimiento del daño compensatorio. La previsión de una cláusula penal compensatoria aplicable a este tipo de incumplimiento altera lo prescripto por el art. 955: la pena sustituye a la obligación legal "de pagar una indemnización de los daños causados".

Planteo un caso hipotético:

- Se celebra una compraventa inmobiliaria mediante un boleto.

- Se estipula una cláusula penal compensatoria respecto de la obligación del vendedor de entregar el inmueble y transmitir su dominio.

- Vencido el plazo, el vendedor no cumple ni puede cumplir: le ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe con mejor derecho (le entregó su posesión).

---

(11) V. Aída Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, cit., p. 230.

- Producido el incumplimiento definitivo y absoluto de la obligación del vendedor, el comprador ha adquirido el derecho a la pena. No puede pedir el cumplimiento específico de la obligación principal porque esto ya no es jurídicamente posible (el tercero tiene mejor derecho). Tampoco su cumplimiento por equivalente económico con el resarcimiento compensatorio —como resultaría de las reglas legales aplicables— porque la pena lo sustituye.

Basta el incumplimiento de la obligación principal para que el deudor deba la pena. No se requiere ninguna opción del acreedor para que esto ocurra: producido el incumplimiento relevante, se debe la pena. Es más: la opción no solo no es necesaria: no es posible.

V.2.a.ii. Interacción de la cláusula penal con los demás medios de tutela del crédito

Si se produce el incumplimiento para el cual fue estipulada la pena, el acreedor puede optar entre estas alternativas:

1) exigir el pago de la pena compensatoria, o

2) resolver el contrato por incumplimiento.

Detengámonos en lo segundo. Cuando se produce la imposibilidad de pago imputable al deudor, la regla general es que el contratante no incumplidor tiene derecho a optar entre la resolución y el cumplimiento por equivalente. En nuestro caso, como la pena compensatoria sustituye a este último, el derecho del contratante se convierte en el de optar entre la resolución y la pena [(12)].

El acreedor no tiene derecho, en cambio, al cumplimiento de la obligación principal, ni en forma específica ni por equivalente económico:

- Lo primero es obvio: por definición, es imposible cumplir en forma específica una prestación cuyo cumplimiento se ha tornado imposible.

- En cuanto a lo segundo, este es, precisamente, el efecto típico de la cláusula penal compensatoria: la pena ocupa el lugar del resarcimiento del daño compensatorio (resarcimiento que compensa el equivalente económico de la prestación y los [¿demás?] daños que el acreedor haya sufrido por el incumplimiento definitivo y absoluto de la obligación).

---

(12) Respecto de lo primero, v. Andrés Sánchez Herrero, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, cit., capítulo 32.

Esto último es, precisamente, lo que se ha producido: un daño derivado del incumplimiento definitivo y absoluto de la obligación.

Esta sustitución está consagrada explícitamente en el art. 793 del Cód. Civ. y Com.:

> "Relación con la indemnización. La pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños [...]; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es reparación suficiente".

No se trata, tan solo, de que la pena compensatoria y el resarcimiento legal del daño compensatorio no son acumulables. La incompatibilidad es todavía más radical: la estipulación de una cláusula de este tipo le suma al acreedor algo a lo que no habría tenido derecho en virtud del régimen legal (la pena compensatoria), pero también le quita una opción con la que de otro modo sí habría podido contar (el resarcimiento del daño compensatorio que resulta del derecho común). La ley es clara: "[l]a pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños [...]; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización [...]". Este efecto-desplazamiento se produce por el solo hecho de estipular la cláusula, a diferencia de otros que solo se generan si, verificado el incumplimiento, el acreedor opta por la pena, y recién a partir de entonces.

Habida cuenta de que la pena es casi siempre dineraria, el impacto de la cláusula no suele ser, en este aspecto, cualitativo, sino cuantitativo. Por el régimen general, el acreedor ya contaba con la opción dineraria directa; lo que cambia es que, al haber una cláusula penal, esa suma de dinero será la que se haya estipulado, no la que resultaría del derecho común (que estaría integrada por el equivalente económico de la prestación originaria más el resarcimiento de los [¿demás?] daños producidos por el incumplimiento).

V.2.a.iii. Acumulabilidad

Lógicamente, la pena no es acumulable con el cumplimiento específico de la obligación principal, dado que este es imposible.

Tampoco con el cumplimiento de la prestación por equivalente económico más el resarcimiento del daño compensatorio.

En caso de que el deudor haya incurrido en mora antes de que el cumplimiento de la obligación se hiciese imposible, la pena compensatoria es acumulable con la sanción que sea aplicable para resarcir el

daño moratorio, ya se trate de una pena o del resarcimiento que resulte del derecho común.

Naturalmente, la pena compensatoria también es acumulable con cualquier otra obligación que pese sobre el deudor o con las sanciones que resulten aplicables ante su incumplimiento, tanto si se trata de una pena como del resarcimiento legal.

V.2.b. Pena aplicable ante el incumplimiento relativo de la obligación principal

V.2.b.i. Introducción

Que la pena sea compensatoria no implica que solo puede estar prevista ante un incumplimiento definitivo y absoluto de la obligación principal [13]. También cabe preverla respecto de un incumplimiento relativo, bien sea porque así se lo ha estipulado específicamente (no es lo usual) o porque está prevista para cualquier tipo de incumplimiento de la obligación principal, ya sea absoluto o relativo. De verificarse un incumplimiento de este tipo (por ejemplo, un incumplimiento por mora), la pena resultará aplicable, pero solo si el acreedor opta por ella.

V.2.b.ii. Situación anterior al ejercicio del derecho de opción

a) Derecho de opción: ¿es preciso que el acreedor opte por la pena?; ¿es posible?

- Regla general

De haber incurrido el deudor en un incumplimiento relativo, el acreedor tiene el derecho de opción. Es decir, el derecho a optar entre la pena compensatoria o el cumplimiento de la obligación principal.

Planteo un caso típico:

- Se celebra una compraventa inmobiliaria mediante un boleto.

- Se estipula una cláusula penal compensatoria como accesoria de la obligación del vendedor de entregar el inmueble y transmitir su dominio.

- Vencido el plazo, el vendedor incurre en mora.

---

(13) V. § 3.

- Como la pena ha sido prevista para cualquier tipo de incumplimiento de esta obligación (y no solo para el absoluto y definitivo), el comprador tiene derecho a optar por la pena. Naturalmente, como es su opción, puede decantarse por el cumplimiento de la obligación principal [14].

A diferencia del caso de la pena moratoria, aquí no basta el incumplimiento de la obligación principal para que el deudor deba la pena. Sigue siendo una obligación en potencia. Por ende, el acreedor todavía no tiene derecho a ella. Ya se ha allanado un "obstáculo", por así decirlo: se ha verificado el incumplimiento de la obligación principal. Tiene derecho a optar por la pena, a elegirla, derecho del que carecía antes del incumplimiento. Si la elige, entonces sí, tiene derecho a la pena, y el deudor está obligado a pagarla. Lo potencial se habrá actualizado. Al optar en este sentido, pierde el derecho a la prestación principal. Naturalmente, como tiene derecho a optar, puede decantarse por esta última y desechar la pena, supuesto en el cual lo que estaba en potencia (el derecho a la pena) no se pondrá en acto. En este último caso, tendrá derecho a la prestación principal y al resarcimiento del daño moratorio. Resarcimiento que, salvo que además se haya estipulado una pena moratoria, será el que resulte de la aplicación de las reglas del derecho común.

En definitiva, el acreedor se encuentra en una situación mejor que cuando carece del derecho de opción. Si prefiere la prestación principal, puede hacerlo. O puede elegir la pena compensatoria. En cambio, en el caso de la pena moratoria, por más que el acreedor prefiera el resarcimiento del daño moratorio que resultaría de la aplicación de las reglas generales, solo tiene derecho a la pena que lo sustituye.

Hay, con todo, un caso en el cual el acreedor carece del derecho de opción: cuando, *por aplicación de las reglas generales*, no tiene derecho a exigir el cumplimiento específico de la obligación incumplida. Es lo que ocurre, por ejemplo, con una obligación de hacer no fungible cuya ejecución específica requeriría ejercer violencia sobre el deudor [15]. En este caso, el acreedor debe conformarse con la pena [16]. De todos modos, la razón por la cual el acreedor no puede optar por el cumplimiento específico de la obligación principal en este supuesto no tiene nada que

---

(14) Insisto en que no estoy considerando otras opciones que resultan del régimen general (por ejemplo, el derecho a ejercer la facultad resolutoria).

(15) V. Aída Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, cit., p. 220.

(16) V. José O. Machado, *Exposición y comentario del Código Civil argentino. Tomo II*, 2.ª ed., Buenos Aires, Librería e imprenta europea, 1915, p. 394; Aída Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, cit., p. 220.

ver con la existencia de la pena: se funda en las reglas generales de las obligaciones. De hecho, aunque la pena no existiese, el cumplimiento específico sería igualmente inviable.

- Manifestación de la voluntad

¿Cómo debe manifestar su voluntad el acreedor? La opción puede ser implícita, como ocurre cuando, sin más, le exige al deudor el pago de la pena. O, en sentido inverso, si le exige o demanda el cumplimiento de la obligación principal. En cualquier caso, la opción surte efectos una vez que el deudor se ha impuesto o ha estado en condiciones de imponerse de la voluntad explícita o implícita del acreedor.

- La opción es dicotómica

El acreedor puede optar por entre la prestación principal o la pena. Son sus dos únicas opciones [17]. No puede elegir que el deudor le pague parte de la prestación principal y parte de la pena [18].

- Ejercicio del derecho de opción por vía subrogatoria

Se discute si los acreedores del acreedor de la obligación principal pueden optar por la pena por vía subrogatoria si este no lo hace [19]. No hay una norma que regule el tema específicamente. Hay que acudir, entonces al régimen general de la acción subrogatoria. En su artículo 739, el Cód. Civ. y Com. dispone que "[e]l acreedor de un crédito cierto, exigible o no, puede ejercer judicialmente los derechos patrimoniales de su deudor, si éste es remiso en hacerlo y esa omisión afecta el cobro de su acreencia". Estamos, evidentemente, ante un derecho patrimonial, de modo que, en principio, el acreedor podría optar por la pena por vía subrogatoria. Sin embargo, con esto no alcanza. El criterio decisivo está previsto en el artículo 741, según el cual "[e]stán excluidos de la acción subrogatoria: [...] c. las meras facultades, excepto que de su ejercicio pueda resultar una mejora en la situación patrimonial del deudor". Por lo tanto, hay que distinguir dos supuestos:

---

(17) Al margen de la facultad que tenga de echar mano de otros medios de tutela, tema que analizaremos en breve (5.2.2.2.2).

(18) V. José O. Machado, *Exposición y comentario del Código Civil argentino. Tomo II*, cit., p. 393.

(19) En sentido afirmativo, en el marco del derecho español: Javier Dávila González, *La obligación con cláusula penal*, Madrid, Montecorvo, 1992, p. 330.

1) si del ejercicio del derecho de opción puede resultar una mejora en la situación patrimonial del deudor (acreedor de la obligación principal), sus acreedores tienen derecho a ejercitarlo por vía oblicua;

2) en su defecto, no.

- El acreedor tiene derecho a optar directamente por la pena: no es necesario que antes haya intentado obtener el cumplimiento de la obligación principal

Incumplida la obligación principal, no es preciso que el acreedor reclame primero su cumplimiento y fracase en el intento para que tenga derecho a optar por la pena [20]. Por supuesto, puede hacerlo, pero no es un requisito.

b) Interacción de la cláusula penal con los demás medios de tutela del crédito

Veamos cómo afecta la existencia de esta cláusula a los distintos medios de tutela del crédito. Si se produce el incumplimiento para el que fue estipulada, el acreedor puede optar entre estas alternativas:

1) exigir el cumplimiento específico de la obligación;

2) exigir el pago de la pena compensatoria, o

3) resolver el contrato por incumplimiento.

No tiene derecho, en cambio, al cumplimiento por equivalente económico. Ya he analizado el porqué de esta exclusión en otro parágrafo, al que remito [21]. En síntesis, es lo que se desprende del art. 793 del Cód. Civ. y Com., según el cual "[l]a pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños [...]; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización [...]". La pena ocupa el lugar del resarcimiento legal del daño compensatorio (resarcimiento que compensa la privación de la prestación principal y los demás daños que el acreedor haya sufrido por el incumplimiento definitivo y absoluto de la obligación).

Como la pena es, casi siempre, dineraria, el impacto de la cláusula no es cualitativo, sino cuantitativo. Por el régimen general (tal como, en minoría, lo interpreto), el acreedor ya contaba con la opción dineraria directa; lo que cambia es que, al haber una cláusula penal, esa suma de

---

(20) V. Aída Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, cit., p. 228.

(21) V. § 5.2.1.2.

dinero será la que se haya estipulado, no la que resultaría del derecho común.

Lógicamente, el impacto de la pena es muy distinto para la doctrina tradicional y dominante en la materia. Como no se admite que, siendo todavía posible el cumplimiento específico de la obligación incumplida, el acreedor tenga derecho a exigir su cumplimiento por equivalente económico, la previsión de una cláusula penal dineraria cambia drásticamente el funcionamiento del esquema básico de protección, ya que le suma al acreedor una alternativa que de otro modo no habría tenido: desechar el cumplimiento específico de la obligación y la opción resolutoria, y reclamar, directamente, dinero (suponiendo que la pena sea dineraria, se entiende). Para esta postura, entonces, el impacto no es solo cuantitativo, sino cualitativo, dado que la opción dineraria pura solo es posible en virtud de la cláusula penal: no estaría disponible si el tema se rigiese por las reglas del derecho común.

En definitiva, si bien esas posturas difieren radicalmente en cuanto a cómo opera el sistema legal de tutela del crédito "en forma pura", coinciden en cuanto a cómo funciona cuando a la obligación incumplida la accede una cláusula penal.

Cierro con una aclaración. Tal vez te llame la atención que aluda al daño compensatorio, que es el que se produce por un incumplimiento absoluto y definitivo de la obligación, siendo que acá estamos analizando qué efectos produce un incumplimiento relativo. Pareciera que es más fácil descartar el derecho a este resarcimiento alegando, simplemente, que no se ha producido el daño que está llamado a resarcir: el compensatorio. Sin embargo, no es así. Como vimos, aun cuando el deudor haya incurrido solo en mora (es decir, en un incumplimiento relativo), una vez que el acreedor opta por la pena compensatoria, su incumplimiento se torna definitivo y absoluto [(22)].

V.2.b.iii. Situación posterior al ejercicio del derecho de opción

a) *Ius variandi*. La opción subsidiaria

¿Es revocable la opción del acreedor? El tema no cuenta con una regulación específica (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el *ius variandi* en el régimen de la facultad resolutoria). La cuestión se resuelve, entonces, con reglas más generales.

(22) V. § 4.

Hay que distinguir dos supuestos:

1) ¿Es posible optar por el cumplimiento de la obligación principal tras haber optado por la pena?

Hay acuerdo en que no [23] - [24]. Una vez que el acreedor opta en este sentido, la obligación principal se extingue. No hay *ius variandi*.

A la hora de justificar esta regla, se han invocado o pueden invocarse varios argumentos:

i) Al optar por la pena, el acreedor ha evidenciado su desinterés por la prestación principal [25].

No me parece un argumento convincente. Si así fuera, también habría que concluir que, al optar por el cumplimiento de la obligación principal, el acreedor manifiesta su desinterés por la pena, y habría que negarle el *ius variandi* también en este caso, solución que descartan incluso quienes sostienen este argumento.

ii) La prohibición del *ius variandi* resulta de la aplicación analógica del art. 1078, inc. *f,* del Cód. Civ. y Com., según el cual ya no puede exigirse el cumplimiento del contrato una vez que se ha ejercido la facultad resolutoria.

El peso de este argumento es relativo. En el caso de referencia, el *ius variandi* se prohíbe porque la resolución extingue el contrato, y, obviamente, no se puede exigir el cumplimiento de un contrato ya extinguido [26]. No es posible "resucitarlo". No es esto lo que ocurre, en cambio, cuando el acreedor opta por la pena [27]. La pena compensatoria no

---

(23) V. Oscar J. Ameal, en Augusto C. Belluscio (director) y Eduardo A. Zannoni (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado. Tomo 3*, Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 227; Luis M. Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones. Tomo 2*, Buenos Aires, Astrea, 1973, p. 404; Aída Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, cit., p. 229. En contra: Javier Dávila González, *La obligación con cláusula penal*, cit., p. 327.

(24) Así lo estipula el Cód. Civ. alemán (§ 340.1).

(25) V. Aída Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, cit., p. 229.

(26) V. Andrés Sánchez Herrero, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, cit., p. 436.

(27) Me refiero a la compensatoria, que es la que aquí estamos analizando, aunque esta consideración vale para todas, incluida la estipulada para la resolución. Esta última no extingue el contrato, sino que presupone su resolución, más allá de que esta implique que se debe la pena.

tiene este efecto extintivo. Por el contrario, presupone la subsistencia del contrato, solo que reemplaza a la obligación principal. Quien paga la pena, cumple el contrato. De todos modos, el argumento podría reformularse sosteniendo que la opción por la pena implica la extinción de la obligación principal. Aun así, no termina de convencerme. Su circularidad es evidente: la extinción invocada presupone la inexistencia del *ius variandi*. Análogamente, también podría sostenerse que la opción por el cumplimiento del contrato extingue o frustra definitivamente la pena, para así descartar el *ius variandi* en sentido inverso, conclusión que nadie comparte.

iii) La prohibición del *ius variandi* tiene por objeto proteger al incumplidor, poniéndolo a salvo de los vaivenes del acreedor. Una vez que este ha optado por la pena, el deudor puede haber tomado decisiones incompatibles con el reclamo ulterior de cumplimiento (por ejemplo, tal vez vendió la cosa objeto de la obligación principal). Es cierto que, al incumplir el contrato, se expone a la pena, pero esto en modo alguno implica sujetarlo a los caprichos del acreedor.

Acaso este sea el argumento más convincente. De todos modos, también podría invocárselo para prohibir el *ius variandi* en sentido inverso: una vez que el acreedor ha optado por el cumplimiento, el deudor puede haber adoptado decisiones incompatibles con el pago de la pena. Es verdad que contra esta objeción se podría replicar que, por lo general, como la pena es dineraria, difícilmente se pueda presentar el cuadro de incompatibilidad planteado. Lo que es cierto, pero no rebate la crítica. Por lo pronto, porque la pena puede no ser dineraria. Y, al margen de esto último, el cambio de criterio del acreedor puede perjudicar al deudor que ya se había puesto en marcha para cumplir la obligación principal, afectando recursos con este fin, que resultarán baldíos por el giro del acreedor. Con todo, hay que tomar en cuenta que la opción por la pena solo puede realizarse mientras el deudor no haya cumplido. El problema se nos presentaría, entonces, si el deudor todavía no ha cumplido, pero está en camino de hacerlo y ha afectado a este fin recursos que no podrá recuperar. Como veremos, este problema puede solucionarse por otra vía.

En fin, ninguno de estos argumentos es contundente. Estamos ante una cuestión abierta, que el legislador podría resolver en uno u otro sentido. Con esta salvedad, me parece que la regla propuesta —la prohibición del *ius variandi* en este caso— está dentro de lo razonable, sobre todo en virtud de la aplicación analógica del régimen de la facultad resolutoria, dada la (relativa) identidad de razón que hay entre los dos supuestos.

2) ¿Es posible optar por la pena tras haber optado por el cumplimiento de la obligación principal?

Sí [28]. Y el acreedor no necesita justificar su decisión. Tiene, en suma, el *ius variandi*. Por supuesto, solo si el deudor no ha cumplido la obligación principal en el ínterin.

Es razonable. Puede que, tras su elección inicial, al acreedor ya no le interese insistir en el camino del cumplimiento de la obligación principal. Por ejemplo, porque se ha cansado de "perseguir" al deudor o considera que ya le ha dado suficientes oportunidades para evitar la pena. Este último no tiene de qué quejarse: pudo haber purgado su mora, y no lo hizo.

Esta interpretación —reitero que no hay una regulación específica— también puede apoyarse en la aplicación analógica del art. 1078, inc. *e*, del Cód. Civ. y Com., que habilita el ejercicio de la facultad resolutoria tras haberse exigido el cumplimiento de la obligación incumplida. Si bien es algo aventurado ponderar el tema en abstracto, es razonable suponer que, si se habilita un giro tan drástico como lo es la resolución del contrato, con mayor razón ha de aceptarse que el acreedor se decante por la pena estipulada, opción con la cual, al fin y al cabo, no afecta la eficacia del contrato: tan solo sustituye a la obligación principal, dejando el resto intacto.

Para algunos, este encuadre se desprende del carácter subsidiario o condicional de la cláusula penal [29]. No estoy de acuerdo. Como vimos, con esta característica se alude al hecho de que el deudor solo debe la pena si incumple su obligación. No veo cómo esto podría influir en la materia que estamos analizando: aun si no se admitiese el *ius variandi* en este supuesto, la cláusula penal seguiría siendo subsidiaria en el sentido apuntado, ya que no sería exigible sin el incumplimiento.

En fin, más allá de cuáles sean los argumentos que soportan esta conclusión, lo que está claro es que el acreedor no pierde el derecho a optar por la pena aunque antes haya exigido el cumplimiento de la obligación incumplida.

---

(28) V. Luis M. Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones. Tomo 2*, cit., p. 404; Aída Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, cit., p. 229; Guillermo A. Borda, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I*, 7.ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 203-204; Jorge J. Llambías, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I*, 4.ª ed., actualizado por Patricio Raffo Benegas, Buenos Aires, Perrot, 1983, p. 457.

(29) V. Guillermo A. Borda, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I*, cit., p. 204.

También tiene derecho a demandar el cumplimiento de la obligación principal como pretensión principal y subsidiariamente el pago de la pena [30]. La acumulación es posible porque la condena al pago de esta última no se pide como pretensión principal, sino como apercibimiento en la etapa de ejecución de sentencia, para el caso en que se incumpla la condena. De prosperar la demanda, en la sentencia se debe fijar un plazo para cumplir la obligación principal, bajo apercibimiento de que, si vence sin que se la haya cumplido, el deudor deberá pagar la pena en su lugar. También es factible demandar subsidiariamente el pago de la pena para el caso de que el cumplimiento que se reclama como pretensión principal no sea viable. En cualquiera de los dos casos, se trata de una acumulación sucesiva de pretensiones que son compatibles entre sí, dado su carácter subsidiario.

La pretensión subsidiaria se debe solicitar en forma explícita; no viene implícita en la demanda de cumplimiento del contrato. Por supuesto, si no se la solicitó y el deudor no cumple la condena, el acreedor tiene derecho a optar por la pena, pero, si aquel no la paga, el interesado deberá iniciar un nuevo juicio a este efecto, ya que el anterior se refirió al cumplimiento de la obligación principal.

b) Acumulabilidad

La pena compensatoria no es acumulable con el cumplimiento de la obligación principal, salvo estipulación en contrario.

En caso de que el deudor haya incurrido en mora antes que el acreedor haya optado por la pena compensatoria, esta es acumulable con la sanción que sea aplicable para resarcir el daño moratorio, ya se trate de una pena o del resarcimiento que resulta del derecho común [31].

Naturalmente, la pena compensatoria también es acumulable con cualquier otra obligación que pese sobre el deudor o con las sanciones que resulten aplicables ante su incumplimiento, tanto si se trata de una pena como del resarcimiento legal.

---

(30) V. Javier Dávila González, *La obligación con cláusula penal*, cit., p. 327; Aída Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, cit., p. 221; Ramón D. Pizarro y Carlos G. Vallespinos, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Tomo 3*, cit., p. 90.

(31) V. Federico A. Ossola, en Ricardo L. Lorenzetti (director), y Miguel F. De Lorenzo y Pablo Lorenzetti (coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo V*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 228.

Reflexiones sobre la ilicitud en la responsabilidad civil: los aportes de Jorge Bustamante Alsina

Por Carlos A. Calvo Costa (*)

I. Introducción. Las razones del tema elegido

Es un honor participar de este justo y merecido homenaje a uno de los más brillantes juristas que ha tenido nuestro país, el profesor Jorge Bustamante Alsina. Sus enseñanzas en el ámbito del derecho privado quedaron inmortalizadas en su vasta producción científica, destacándose sus libros *Teoría General de la Responsabilidad Civil* (con sus nueve ediciones entre 1972 y 1997), *Responsabilidad Civil y otros estudios, Derecho ambiental. Fundamentación y normativa*, y sus más de ciento cincuenta artículos de doctrina publicados en diferentes editoriales jurídicas.

Hemos decidido referirnos a este tema debido a que el homenajeado ha sido uno de los pioneros en el derecho nacional en brindar tratamiento a la antijuridicidad como presupuesto autónomo de la responsabilidad civil desde una mirada amplia y abarcadora, comprensiva de las infracciones contractuales y extracontractuales, y deslindada de la culpabilidad (con excepción de lo dispuesto en el art. 1109 del Código Civil de Vélez Sarsfield, ya que a su criterio en dicho caso se fusiona con ella).

En su *Teoría General de la Responsabilidad Civil,* con relación a este tema, también se ha encargado de distinguir entre los actos ilícitos propiamente dichos de los actos ilícitos potenciales, y ha sido uno de los primeros autores argentinos en afirmar que la antijuridicidad es genérica y

---

(*) Abogado (UBA). Doctor en Derecho (Facultad de Derecho, UBA). Profesor Regular Titular por concurso de Obligaciones Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho (UBA). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

no específica, a pesar de lo dispuesto en los arts. 1066 y 1074 del Código Civil para los actos ilícitos positivos y de omisión, respectivamente.

Estos son algunos de los aspectos abordados por el homenajeado en su obra, que nos conducen a aludir a ellos en este aporte.

II. EL CONCEPTO DE ACTO ILÍCITO CIVIL PARA BUSTAMANTE ALSINA

Sabido es que el acto es un comportamiento humano que debe reflejar la personalidad del sujeto [1], debe serle atribuible a éste y ocasionar un cierto resultado, inclusive —según del pensamiento de varios autores— con prescindencia de la voluntariedad o involuntariedad del agente [2].

Es decir, bastará para demostrar la existencia de una conducta (que será luego reputada como lícita o ilícita, una vez confrontada con el ordenamiento jurídico en su conjunto) un mínimo de participación subjetiva del agente, de modo que éste haya obrado como tal y no como un cuerpo inerte [3]. Por ende, como lo afirman algunos autores, basta que se demuestre un coeficiente psíquico, aunque sea mínimo, indicativo de

---

(1) En este sentido, véase: BUERES, Alberto J., *El acto ilícito,* Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986, quien afirma, sin embargo, que "esta opinión no es uniforme ya que hay quien piensa que el acto es voluntario, mientras que el hecho humano involuntario (…) es igual o casi igual al hecho natural (…) De ahí lo de acto y no simplemente de hecho" (p. 31).

En contra: BREBBIA, Roberto H., *Hechos y Actos Jurídicos,* Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, Tomo I, ps. 84 y ss., quien deja traslucir —siguiendo una concepción netamente voluntarista— que la autoría existe en la medida que el acto sea voluntario en los términos de los arts. 897 y 913 Código Civil de Vélez Sarsfield, es decir, en los términos que hoy dispone el art. 260 Cód. Civil y Comercial; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Responsabilidad por Daños: Presupuestos y funciones del Derecho de Daños,* Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, Tomo 4, donde manifiesta que "en su cabal significación, *acto* es el hecho cumplido por el hombre voluntariamente, presidido por la comprensión de su sentido y gobernado de manera inteligente; no un mero proceso causal..." (p. 325).

(2) BUERES, Alberto J., *El daño injusto y la ilicitud e ilicitud de la conducta,* en "Derecho de daños", libro homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 144.

(3) CALVO COSTA, Carlos A., *Daño resarcible,* Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 105.

la participación subjetiva del agente, para que el movimiento corporal pueda considerarse emanación de su personalidad [4].

Como ejemplo de ello, estimamos que debe diferenciarse entre el daño ocasionado por una persona inimputable guiado por su propia energía psicofísica y el perjuicio causado por ella a raíz de una fuerza física irresistible ajena a su conducta (como ser un previo empujón o embestida de un tercero); es indudable, pues, que en el primer supuesto el movimiento es atribuible al propio gobierno psíquico la persona (aun cuando carezca de discernimiento), mientras que en el segundo caso, ocasiona el daño actuando como un cuerpo inerte sin que pueda ello ser atribuido a su conducta.

De tal modo, en el campo de la responsabilidad y más precisamente en el de la antijuridicidad, resulta suficiente que el hecho haya sido conducido por el agente por el impulso propio, es decir, obrando como sujeto y no como objeto [5]; similar postura es sostenida por prestigiosos autores penalistas para el ámbito del derecho represivo [6].

No soslayamos, sin embargo, que existe otra corriente doctrinaria también calificada que concibe a la acción como todo obrar humano voluntario y por ello objetivamente imputable; es decir, debe ser controlable por la voluntad a la cual se imputa el hecho. Destacan la existencia de un concepto jurídico de acción —al que distinguen de su concepción filosófica— comprensivo, además, de la producción de un resultado mediante un movimiento corporal o inconsciente [7], en tanto se dé la posi-

---

(4) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1971, Tomo I, p. 11; véase también: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Reflexiones sobre la ilicitud*, JA, 1981-IV-733.

(5) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Responsabilidad por Daños: Presupuestos y funciones del Derecho de Daños,* Tomo 4, ob. cit., p. 325.

(6) SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino,* Ed. TEA, Buenos Aires, 1963, Tomo I, ps. 252 y ss., quien afirma que la acción debe consistir en "una efectiva expresión del psiquismo del sujeto, sea éste normal o anormal"; NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino. Parte General,* Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, Tomo I, quien determina que existe acción "siempre que el movimiento o falta de movimiento corporal del hombre pueda ser referido al ejercicio o falta de ejercicio de su propia energía psíquica como poder de impulso o de detención de aquella consecuencia física" (p. 296).

(7) En este sentido: SANTOS BRIZ, Jaime, *La Responsabilidad Civil: derecho sustantivo y derecho procesal,* Ed. Montecorvo, Madrid, 1970. Afirma que dentro del concepto jurídico de acción quedan entonces comprendidos las conductas de los dementes y de los niños, excluyendo de tal concepto a los actos realizados bajo coacción, en es-

bilidad de un control de la conciencia junto a la dirección de la voluntad (v. gr., una persona durante una conversación y por un movimiento completamente inconsciente, rompe un jarrón). Esta postura no dejaría fuera del concepto de *acción* así considerada, a los actos en que una persona actúe como un objeto inerte movida por una fuerza ajena que se torne irresistible (como el caso de quien es empujado y cae sobre otra persona lesionándola), a los actos reflejos (los cometidos durante un ataque de epilepsia) y a todos aquellos actos en los cuales se pueda demostrar que no ha existido participación alguna del psiquismo del sujeto.

En definitiva, es indudable a nuestro entender que la autoría humana debe estar siempre presente a la hora de analizar el resarcimiento de un daño y también que no constituye un elemento autónomo de la responsabilidad puesto que se la considera subsumida en la antijuridicidad [8]; es decir, que cuando nos referimos a un hecho como antijurídico, estamos presuponiendo que existe en él un hecho del hombre, ya que la ilicitud o ilicitud solo se puede predicar de una conducta humana [9], lo que no ocurre —por ejemplo— con los hechos naturales ya que aun teniendo estos relevancia jurídica (inundaciones, tsunamis, aluviones, terremotos, etc.) no pueden ser calificados como lícitos o ilícitos.

Enrolado también en esta línea de pensamiento, uno de los más importantes aportes que ha efectuado Bustamante Alsina en cuanto a este tema, ha sido el de brindar una definición de *acto ilícito* civil al afirmar que consiste en una *infracción a la ley que causa daño a otro y que obliga a la reparación a quien resulte responsable en virtud de imputación o atribución legal del perjuicio* [10]. Como se aprecia, destaca en su concepto la necesidad de que dicha violación al ordenamiento jurídico le sea imputable al sujeto para configurar la ilicitud del acto. La importancia de su aporte radica en que el derogado Código Civil argentino no contenía ninguna definición de acto ilícito [11], ya que únicamente en el antiguo art. 898 del texto abrogado definía como actos lícitos a las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, guardando silencio respecto a los ilícitos.

---

tado de sonambulismo o de inconsciencia, toda vez que sobre ellos no es posible realizar control alguno (p. 22).

(8) En este mismo sentido: BUERES, Alberto J., *El daño injusto y la ilicitud e ilicitud de la conducta,* ob. cit., p. 146, nota nro. 11. En contra: MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por Daños,* ob. cit., Tomo I, p. 9.

(9) ORGAZ, Alfredo, *La ilicitud,* Ed. Lerner, Córdoba, 1973, p. 18.

(10) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 8va. edición, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1994, nro. 172, p. 87.

(11) Aclaramos al lector que el Código Civil y Comercial, cuya entrada en vigor data del 1 de agosto de 2015, tampoco define al acto ilícito.

Dicho concepto fue perfeccionado posteriormente por Bueres —quien fuera su discípulo— al definir al acto ilícito civil como *la acción causativa de un daño, antijurídica, y adjudicable a un sujeto a base de un criterio legal de imputación subjetivo u objetivo* (12).

III. Clasificación de los actos ilícitos

Al no existir clasificación legal de los actos ilícitos la doctrina ha contribuido a ello, habiendo sido Bustamante Alsina uno de los principales autores nacionales en efectuar la distinción entre ellos, como lo hemos mencionado al comienzo de este aporte y como lo expondremos seguidamente.

Respecto a sus clases, los ha distinguido entre:

a) *Actos ilícitos propiamente dichos y actos ilícitos potenciales.* Los primeros son aquellos en los cuales el acto es contrario a la ley y causa un daño a otro, siendo imputables a su autor en virtud de algún factor de atribución subjetivo u objetivo, tal como lo mencionamos precedentemente. En cambio, se consideran actos ilícitos *potenciales* a aquellos actos que, si bien no violan la ley directamente, se transforman en ilícitos al conjugarse con otros factores extrínsecos al acto mismo, lo cual provoca que la ley ordene la reparación del daño cometido a través de ellos. Es el caso de la conducta del principal que debe prestar garantía por su dependiente, o bien del dueño o guardián de una cosa riesgosa o viciosa que debe responder por el daño que ésta ocasione (13). En tales supuestos, la ilicitud es potencial, puesto que, ocasionado el daño, tales actos se constituirán en la fuente esencial del deber de reparar el perjuicio ocasionado.

b) *Actos ilícitos positivos y negativos.* La transgresión a la ley puede ser realizada por acción o por omisión. Estaremos en presencia de un acto ilícito *positivo* cuando la ley prohíbe su ejecución de modo expreso (v. gr., quien conduce un vehículo no debe iniciar el cruce de una calle

---

(12) BUERES, Alberto J., *El acto ilícito,* ob. cit., destacar en opinión que compartimos que "lo antijurídico es la conducta y no el daño —al menos esencialmente—. Finalmente, junto a la imputación física del acto dañoso (*imputatio facti)* será necesario que concurra una razón de justicia para cargar el daño en la cuenta del agente *(imputatio iuris),* hecho que abre paso a los criterios legales de imputación o factores de atribución" (p. 62).

(13) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, ob. cit., nro. 179, p. 87.

cuando la luz roja del semáforo se encuentra encendida para quienes circulan en su mismo sentido). En estos supuestos, como existe una norma que contiene una prohibición, la conducta violatoria es considerada una acción positiva. Lo mismo ocurriría y también sería estimado como acto ilícito positivo, aquel respecto del cual existe una prohibición, pero solo en forma genérica o tácita (ej. conducir a gran velocidad por un camino de montaña de ripio, lo que le impidió al conductor evitar la embestida a otro vehículo que lo precedía al cual le ocasionó daños). También quedan comprendidas en esta clasificación los actos de comisión por omisión (v. gr., la madre que no amamanta a su hijo y éste muere a causa de ello). En cuanto a los actos ilícitos *negativos*, es necesario deslindarlos con pulcritud de los actos de omisión en la acción (o de comisión por omisión), que en verdad son actos positivos, pues la omisión genera *per se* un proceso causal propio [(14)]. En los actos de comisión se prohíbe un efecto, y éste se puede provocar positivamente (golpear, disparar un arma) o negativamente (la enfermera que omite suministrar un medicamento al paciente; el guía que no advierte al cliente en peligro mortal que acecha en un trayecto, etc.) [(15)]. En cambio, en las *omisiones ilícitas puras* (actos ilícitos *negativos*), el omitente se abstiene de realizar una conducta que le es exigible con arreglo a los principios del ordenamiento (v. gr., quien realiza una obra en la vía pública debe cercar la zona de trabajo para evitar daños hacia peatones y/o automotores). En tal hipótesis, existe un proceso causal preexistente y extraño al agente que permanece inerte, quien, no obstante, no se interpone y lo frustra. En el derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield, el antiguo art. 1074 del Cód. Civil, comprendía sólo las aludidas omisiones puras, y se vinculaba con la antijuridicidad y no con la culpabilidad [(16)].

---

(14) Véase el amplio desarrollo que hemos efectuado en BUERES, Alberto J. – CALVO COSTA, Carlos A., *Omisiones puras, ilicitud objetiva (amplia) y abuso del derecho,* en "Revista de Derecho de daños", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007-2: "La omisión en el Derecho de daños", p. 28.

(15) ORGAZ, Alfredo, *La culpa (actos ilícitos),* ob. cit., ps. 110 y 111; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Responsabilidad por Daños: Presupuestos y funciones del Derecho de Daños,* Tomo 4, ob. cit., ps. 339 a 342.

(16) BUERES, Alberto J. – CALVO COSTA, Carlos A., *Omisiones puras, ilicitud objetiva (amplia) y abuso del derecho,* en "Revista de Derecho de daños", ob. cit., 2007-2: "La omisión en el Derecho de daños", p. 29.

IV. La distinción entre las concepciones objetiva y subjetiva de la ilicitud. Del subjetivismo de Bustamante Alsina a la actualidad

Ha sido Bustamante Alsina uno de los grandes autores nacionales que ha contribuido con sus aportes a que se comience a analizar con seriedad la distinción entre la ilicitud objetiva y la ilicitud subjetiva. Recordemos que la *ilicitud objetiva* es la conducta o actividad desenvuelta en contradicción con la permitida o impuesta por el ordenamiento jurídico, mientras que la *ilicitud subjetiva* requiere que la conducta —además de ser contraria objetivamente al ordenamiento jurídico— sea considerada como culpable para ser considerada como ilícita (de no ser así, se establecía, ella no podría ser imputable al sujeto).

Decididamente enrolado entre los autores que podemos considerar *subjetivistas,* junto a Llambías [(17)] y Moisset de Espanés [(18)], entre otros, Bustamante Alsina consideraba que el acto ilícito civil requiere la imputabilidad en la conducta del agente. Es decir, estos juristas bregaban por considerar que la antijuridicidad, para ser tal, más allá de la denominada ilicitud objetiva requería de la imputabilidad de tal trasgresión a la culpa o dolo del agente, es decir, poder atribuirle a este último una acción u omisión, con el objeto de hacerla responsable de sus consecuencias; en virtud de ello, no podría calificarse de ilícito al acto de una persona privada de discernimiento, aun cuando por razones de equidad esté obligada a responder.

El tradicional concepto de ilicitud, de tal modo, estuvo siempre íntimamente vinculado al de culpabilidad, y se gestó —como lo resalta una calificada doctrina— sobre la base de una relectura de los textos romanos que asociaba ambos conceptos a partir de la noción de *iniuria* como elemento de la *damnum iniuria datum* de la Lex Aquilia, para luego filtrarse en la codificación francesa (mediante el art. 1382 del *Code)* y per-

---

(17) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*, Tomo 3, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1977, nro. 2135.

(18) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *El acto ilícito y la responsabilidad civil,* en *"*La Responsabilidad – Homenaje a Isidro H. Goldemberg*"*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Destaca a su vez que "de acuerdo a lo dispuesto por nuestro Código Civil, en los artículos 1066 y 1067, para que exista ilicitud civil es menester que se conjuguen tres elementos, a saber: a) elemento objetivo: violación del ordenamiento jurídico; b) elemento subjetivo: voluntariedad del acto, que debe ser imputable al agente en razón de su dolo (delito) o de su culpa (cuasidelito); y c) elemento externo o material: el daño" (p. 97).

vivir en la noción francesa de *faute* [19], que suele traducirse al español como *culpa,* pero en realidad para la doctrina gala ella se amalgama con la ilicitud [20].

En su obra, haciendo referencia a los artículos del derogado Código Civil de Vélez Sarsfield, luego de establecer que para considerar como ilícito un acto este debe ser causado antijurídicamente —que a su entender significa culposa o dolosamente [21]—, aclara que tanto el art. 1066 como el art. 1074 del Cód. Civil velezano fijan una ilicitud de carácter objetiva, ya que entiende que toda conducta que no se ajusta objetivamente a la norma, es en sí misma ilícita, independiente de la culpa. Pero ello, sostiene, no ocurre en el art. 1109 del mencionado Cód. Civil, en donde la ilicitud se unifica con la culpa, y por esta razón, no puede hablarse de autonomía de la ilicitud respecto de la culpa [22]; es —a su criterio— el art. 1109 del Cód. Civil el que subsume la ilicitud en la culpa constitu-

---

(19) PICASSO, Sebastián – SÁENZ, Luis R. *Tratado de Derecho de daños,* Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, T. I, ps. 265 y 266.

(20) VINEY, Geneviève - JOURDAIN, Patrice, "Les conditions de la responsabilité", en *Traité de droit civil* (sous la direction de Jacques Ghestin), 2ª ed., Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1998, p. 320.

(21) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, ob. cit., nro. 174. Destaca allí que "para que el acto se considere ilícito y obligue a la reparación del perjuicio, éste debe ser causado de forma antijurídica, de manera ilícita, etc., o sea "culposa o dolosamente", o que el daño debe ser injusto, es decir, causado en iguales condiciones de imputabilidad" (p. 88).

(22) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX.* en BUERES, Alberto Jesús – KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Responsabilidad por Daños en el tercer milenio – Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini", Ed. Abeledo-Perrot, 1999. En dicho trabajo, afirma textualmente: "En nuestro ordenamiento civil no puede negarse que la ilicitud constituye un elemento del acto ilícito independiente de la culpa, salvo en el caso del artículo 1109 (Cód. Civ.) pues el artículo 1066 del Código así lo declara expresamente: "Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuera expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía..." La norma exige una expresa disposición legal siguiendo el principio *nulla poena sine lege,* o sea, la ley en sentido amplio o material. El artículo 1066 de nuestro Código particulariza el alcance del 1109, que, al igual que su fuente, el artículo 1383 del Código francés, sienta un principio general de responsabilidad por el hecho propio al imponer la obligación de indemnizar el daño que se cause cuando se ejecuta un hecho por culpa o negligencia... El artículo 1066 al igual que el artículo 1074 del Código Civil prefigura una ilicitud objetiva como elemento distinto de la culpa. A su vez el artículo 1109 subsume la ilicitud en la culpa constituyendo así la ilicitud subjetiva, de donde éste al identificarse con la culpa no constituye un elemento diferente y autónomo ... En el primer caso la culpa debe probarse, pues al identificarse con la ilicitud genérica que consiste en dañar a otro culposamente, probar la culpa por acción u omisión es demostrar la ilicitud misma" (ps. 19 y 20).

yendo así la ilicitud subjetiva. A su entender, en el primer caso, probada la ilicitud de la norma la culpa se presume, mientras que, en el segundo caso, la culpa debe probarse, y una vez acreditada en la ejecución de un hecho positivo u omisivo queda evidenciada la ilicitud misma [23].

Es de destacar, que en la postura de Bustamante Alsina se advertía una notable influencia de la doctrina tradicional francesa [Savatier, Demolombe, Ripert, Boulanger, Josserand y Demogue, entre otros], que, si bien ha mantenido la dualidad de los elementos del ilícito civil, se ha preocupado con notable insistencia de la ilicitud subjetiva. Para todos ellos, el acto ilícito-culposo implicaba la disconformidad de éste con el derecho, un acto no permitido por el ordenamiento que conllevaría necesariamente una respuesta sancionatoria, debido a la necesidad de restaurar la norma violada [24]. Sin embargo, la responsabilidad únicamente podría configurarse ante la conjunción de estos tres elementos: la autoría, el hecho ilícito (culposo, obviamente) y la sanción consistente en reparar el perjuicio ocasionado [25].

Sin embargo, la tesis que sustenta la necesaria concurrencia en el ilícito civil de un elemento subjetivo, ha sufrido, desde la década de los años treinta del siglo XX, los embates de una doctrina resueltamente *objetivista*, que considera suficiente para caracterizar al ilícito civil una *desviación de conducta* o la transgresión de un deber impuesto por las normas jurídicas, sin que haya lugar a interrogarse sobre el aspecto sub-

---

(23) El jurista español Pena López destaca, en una muy interesante apreciación, que el motivo por el cual se suele confundir al acto ilícito con el acto culposo se debe a que en los códigos civiles de corte liberal, "el acto ilícito, como principio, en cuanto fuente de la obligación de indemnizar o responsabilidad civil, sólo es relevante cuando haya intervenido, como mínimo, culpa, o lo que es lo mismo, negligencia; (y) en que, dicho de otro modo, en estos Códigos, como regla, sólo constituye una "contravención" en el ámbito de la responsabilidad civil, generadora, como tal de la correspondiente reacción o "sanción" consistente en la obligación de reparar el daño ocasionado ilícita y culposamente" (PENA LÓPEZ, José M., *Prólogo* en BUSTO LAGO, José Manuel, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual,* Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1998, p. 20).

(24) En idéntico sentido, BARBERO, Doménico, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano,* Utet, Torino, 1951, Tomo II, p. 783, quien destaca que la responsabilidad será sólo por ilícito y subjetiva (siempre atribuible por culpa o dolo).

(25) GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo,* Segunda edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, Tomo XIX, Vol. 1° "Responsabilidad Civil Extracontractual", p. 10. Para este autor uruguayo, la doctrina tradicional tomaba a la norma jurídica como una orden que emanaba del ordenamiento jurídico hacia los particulares, por lo cual, en caso de incumplimiento de tal mandato, incurrían en las sanciones que acompañaban al precepto.

jetivo o interno del agente [26]. Dentro de los representantes de la postura objetivista, cabe citar a Marty, Raynaud, Dejean de la Batie, Chabas y Le Tourneau [27], entre otros.

El traslado del eje del sistema de responsabilidad civil desde la culpa hacia el daño y la consiguiente aparición de numerosos supuestos en los cuales se responde sin culpa (con la posibilidad de que el acto ilícito esté constituido también por el hecho de las cosas) han sido algunos de los disparadores que han ido dejando atrás la concepción subjetivista de ilicitud. Agregado a ello, el reconocimiento de que en ciertas hipótesis puede existir responsabilidad por actos lícitos, tornaron insostenible aquella concepción subjetiva de la antijuridicidad [28].

En la Argentina, esta corriente *objetivista* se ha ido arraigando con el correr de los años. Ya en la década del '50 del siglo XX, Boffi Boggero primero (influido por el penalista Jiménez de Asúa) y Orgaz después, disgregaron ambos presupuestos. Esta corriente fue continuada en la década del '60 por otros autores como Atilio Alterini y Goldenberg, y en la década del '70 por Mosset Iturraspe y Trigo Represas, entre otros.

A nuestro entender, tal como lo hemos manifestado oportunamente en otra obra de nuestra autoría [29], una mayoritaria y muy calificada doctrina a la que podemos categorizar como *objetivistas* (integrada entre otros por Bueres, Alterini, López Cabana, Orgaz, Mosset Iturraspe, y Zavala de González), en contraposición a la postura defensora de la ilicitud subjetiva antes analizada venía sosteniendo en forma reiterada que

---

(26) BUSTO LAGO, José M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual,* Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1998, p. 195. Refiriéndose a la evolución del pensamiento de la doctrina francesa, da cuenta que ha sido Planiol el primero en definir al ilícito civil como "la violación de un deber preexistente", y colocar la noción de antijuridicidad en el "deber violado". Pero tal concepción, lejos de lograr adeptos, fue considerada peligrosa, entre otros por los Mazeaud, ya que se podría hacer creer —de tal modo— que quien actúa conforme a una obligación legal o reglamentaria no puede en ningún caso incurrir en responsabilidad. En razón de ello, se ha reemplazado el término ilicitud por *d´écart du conduite* —desviación de conducta— para señalar los comportamientos sociales defectuosos o los errores de conducta para que el daño pueda reputarse como injusto (ps. 193 y 194).

(27) VINEY, Geneviève, - JOURDAIN, Patrice, "Les conditions de la responsabilité", en *Traité de droit civil* (sous la direction de Jacques Ghestin), ob. cit. n° 444.

(28) PICASSO, Sebastián, *La antijuridicidad en el Proyecto del Código,* La Ley 2013-E, 666.

(29) CALVO COSTA, Carlos, *Derecho de las obligaciones*, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, 2025. Véase en especial, nuestro desarrollo en el capítulo VII.A (ps. 493 y ss.).

la antijuridicidad es, en un principio, la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad, comprensivo éste de las leyes, las costumbres relevantes, los principios jurídicos estrictos derivados del sistema y los principios del orden natural *(natura rerum)* [30].

Dentro de la antijuridicidad cabe también mencionar a los incumplimientos contractuales, como bien lo refería en su obra también Bustamante Alsina, en cuanto afirmaba que la responsabilidad contractual supone obviamente la existencia de un contrato el cual impone al deudor la obligación que resulta violada por éste y que, al causar un daño al acreedor, obliga a aquél a repararlo [31]. Por ende, la antijuridicidad también se configura ante el incumplimiento y violación de las convenciones privadas lícitas, a tenor de lo que disponía el derogado art. 1197 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield, que hoy se ve replicado —en esencia— en los arts. 959 y 1716 Cód. Civil y Comercial.

Ello así, pues entendemos que constituyendo el contrato una ley para las partes, en donde se hallan involucrados principios generales del derecho (v. gr., buena fe), su violación implica un acto repudiable por el ordenamiento jurídico en su conjunto. Los arts. 959 y 1716 del Cód. Civil y Comercial (como en el pasado lo era el art. 1197 del derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield) son los que consagran en la actualidad, principalmente, la antijuridicidad en el ámbito convencional, frente al incumplimiento de los deberes jurídicos que de él se derivan; en virtud de ello, incumplir una obligación contractual es antijurídico. Si las normas son imperativas, al tener que ser observadas y cumplidas, ninguna duda cabe de que el deudor carece de facultad para cumplir o no una obligación contractual, ya que está compelido a ello por el vínculo convencional creado; su inobservancia será, entonces, contraria a derecho, es decir, antijurídica.

---

(30) BUERES, Alberto J, *Comentario al Art. 1066 del Código Civil,* en BUERES, Alberto J, director – HIGHTON, Elena I., coordinación, "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Tomo 3A, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, ps. 30 y 31. En idéntico sentido: ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad Civil,* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 66; LÓPEZ CABANA, Roberto, *Ilicitud,* en BUERES, Alberto J. – KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio", ob. cit., p. 153; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por Daños: Parte General,* Ed. Ediar, Buenos Aires, 1979, Tomo I, p. 27; ORGAZ, Alfredo, *El acto ilícito,* LL, 140-1099; y ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Reflexiones en torno a la ilicitud (a propósito de un comentario bibliográfico),*JA, 1981-IV-734.

(31) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, ob. cit., nro. 184, p. 95.

Debemos advertir, pues, que la antijuridicidad objetiva, entonces, está constituida por esta contrariedad entre la conducta y el ordenamiento jurídico, y es previa al eventual juicio de reproche (culpa o dolo) que pueda llegar a ejercerse sobre el autor del acto.

De tal modo, la doctrina moderna comenzó a postular que el fundamento de todo el sistema resarcitorio reside en la existencia de un daño que se considera resarcible, y no ya en la calificación de un acto determinado como ilícito. Al colocar el centro de protección del sistema en la víctima, el sistema ya no soporta que ella sufra injustamente un daño; en consecuencia, será tarea del Derecho de daños traspasar las consecuencias económicas desfavorables desde el patrimonio de la víctima hacia otro patrimonio obligado a indemnizarlo (estimando especialmente para ello, pues, la posición de la víctima, atendiendo a una concepción de justicia distributiva que permita el resarcimiento del daño injustamente sufrido). Por ende, con ello se ha abandonado definitivamente la idea de una responsabilidad como sanción frente al comportamiento ilícito culposo.

Es importante destacar entonces que en materia de responsabilidad civil la antijuridicidad comprende no sólo la transgresión de normas positivas, sino también la violación, entre otros, del principio *alterum non laedere*, tal como actualmente ha quedado consagrado en lo dispuesto por los arts. 1716 y 1717 Cód. Civil y Comercial. No podemos soslayar que, oportunamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación le había otorgado jerarquía constitucional a este principio general del derecho [(32)]. A través de él se impide y condena toda conducta contraria al valor que protege: no dañar; e implícitamente obliga a que todos debamos ser respetuosos de los derechos e intereses ajenos jurídicamente protegidos. Por ende, la ilicitud (al igual que la licitud) es un concepto *objetivo*, puesto que no depende de circunstancia alguna concerniente a los sujetos (voluntariedad, culpabilidad), sino de la conformidad o no del acto con el derecho objetivo.

Estimamos que esta concepción objetiva de la ilicitud resulta fundamental para poder incluir dentro del concepto de acto ilícito a las *omisiones*, las que si bien habían sido contempladas expresamente por Vélez Sarsfield en el art. 1074 del derogado Código Civil debe atenderse a ellas en su confrontación con el ordenamiento jurídico en su totalidad,

---

(32) CSJN, 05/08/86, "Santa Coloma, Luis I. y otros c/Ferrocarriles Argentinos", JA, 1986-IV-624; y CSJN, 05/08/86, "Gunther, Fernando Raúl c/Nación Argentina", ED, T. 120-522, con nota de Germán Bidart Campos titulada "*Base constitucional del resarcimiento por daños sufrido en acto de servicio militar*".

comprensivo éste de los principios generales del derecho, y por ende, del *alterum non laedere.* En el actual Código Civil y Comercial, encontramos tratada a la ilicitud por omisión, en los arts. 1717 y 1749.

Inclusive a la luz de lo normado en el art. 1074 del derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield que imponía responsabilidad solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido, estimábamos que no resultaba necesario que el abstenerse estuviese prohibido o que la ley impusiera realizar el hecho omitido (dado que resultaba suficiente que la omisión resultara contraria al ordenamiento jurídico por abusiva, violación de la buena fe o de la moral, o por ser lesiva al principio de la solidaridad social, etc.) [33]. Frente a ello, y tal como lo destacaba una calificada doctrina, frente a un conflicto de intereses entre la víctima y el omitente, el juez debería decidir en consideración de esos valores cuáles son los intereses prevalecientes, a cuyo efecto tendrá en mira, por lógica, que el acto no implique un riesgo injustificado para el omitente [34]. De este modo, toda conducta omisiva que ocasione un daño a otro sin causa de justificación alguna debe ser reputada como antijurídica.

Acertadamente a nuestro entender se sostiene que únicamente mediante una concepción objetiva del fenómeno de la ilicitud puede hablarse sin problemas de su *unidad*, puesto que bastará observar la violación o no del ordenamiento jurídico por parte del acto [35]. Ello así,

---

(33) BUERES, Alberto J. – CALVO COSTA, Carlos A., *Omisiones puras, ilicitud objetiva (amplia) y abuso del derecho,* ob. cit., p. 33.

(34) LÓPEZ PENA, José M., *Prólogo*, en Busto Lago, José M., "La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual", Tecnos, Madrid, 1998, p 25.

(35) LÓPEZ CABANA, Roberto, *Ilicitud,* en BUERES, Alberto J. – KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio", ob. cit., p. 154.

En idéntico sentido, véase: VON THUR, Andreas, *Tratado de las Obligaciones,* traducción de W. Roces, Ed. Reus, Madrid, 1934, Tomo I, en donde manifiesta que la ilicitud se refiere al orden jurídico o Derecho vigente en general, sea civil, penal, o administrativo. También participan de esta idea: WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal*, traducido por J. Cerezo Mir, Barcelona, 1964, en donde afirma que: "La antijuridicidad, como mera relación contradictoria entre el tipo realizado y las exigencias del Derecho, es una y la misma para todo el Derecho, (aun cuando) existen en las distintas esferas jurídicas especies diferentes de hechos típicos (materia de prohibición)... Por eso ciertamente hay un específico injusto jurídico-penal o un específico injusto jurídico-civil o un específico injusto-jurídico administrativo... pero únicamente hay una sola antijuridicidad. Todas las materias reguladas como prohibidas en las diferentes ramas del Derecho son antijurídicas para el orden jurídico en general" (ps. 48 y 49); RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General,* Ed. Civitas, Madrid, 1978, Tomo I, ps. 343 y 344; MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA

puesto que la antijuridicidad, como mera relación contradictoria entre la conducta obrada y las exigencias del derecho en su conjunto, *es una y la misma para todo el derecho*. Como lo hemos expresado ya en una obra de nuestra autoría, consideramos que no existe una ilicitud exclusiva de alguna rama del derecho [36]; en tal sentido, en razón de su unidad y congruencia, y en honor al principio lógico de no contradicción, podemos afirmar que: lo lícito en algún sector del ordenamiento lo será para todo el ámbito del derecho; y no resulta posible dividir la ilicitud, puesto que el derecho no permite en un sector lo que prohíbe en otro. Aun cuando existen opiniones contrarias a esta posición [37] —minoritarias por cierto—, ninguna duda nos asiste de que más allá de que exista una tendencia hacia la formación de "islas jurídicas" producto de la especialización de cada rama del derecho, la antijuridicidad es siempre la misma, aun cuando existan supuestos específicos de ilícito (el delito penal, el ilícito civil, el ilícito administrativo, etc.) a los que las distintas disciplinas jurídicas atribuyen consecuencias jurídicas diversas para cada uno de dichos actos obrados en contradicción al ordenamiento jurídico. A saber: la pena para el ilícito penal; el resarcimiento, el cese inmediato y la reparación para el ilícito civil, etcétera.

Finalmente, e inclusive aun cuando existan opiniones contrarias a nuestro punto de vista, consideramos que la antijuridicidad permanece vigente también en la responsabilidad objetiva [38], por las razones que podemos sintetizar brevemente, alguna de las cuales ya las hemos mencionado: *a*) la creación de un riesgo mediante una cosa o un animal, es atribuible en forma mediata a una conducta humana que en

---

ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General,* 8va. Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, ps. 275 y ss.

(36) CALVO COSTA, Carlos A., *Daño resarcible,* ob. cit., p. 118.

(37) BATTAGLINI, Giovanni, *Diritto Penale. Parte Generale,* Cedam, Padova, 3ra. edición, 1949, p. 193; RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho Penal. Parte General,* traducción de la 4ta. edición italiana de Jorge Guerrero, Ed. Temis, Bogotá, 1975, Tomo I, ps. 192 y ss., quien expresa que la antijuridicidad tendrá el carácter de tal, simplemente, en el ámbito de cada una de aquellas, pero no en las demás.

(38) En contra: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Responsabilidad por Daños: Presupuestos y funciones del Derecho de Daños,* Tomo 4, ob. cit., en donde destaca esta autora cordobesa que "la antijuridicidad no es presupuesto indispensable ni constante de la responsabilidad resarcitoria, sino eventual y únicamente aplicable al obrar humano dañoso. Hay numerosos supuestos de responsabilidad que no exigen la individualización de una acción del hombre y donde, por tanto, es innecesario formular un juicio de licitud o ilicitud...", ejemplificando luego los supuestos de daño derivados del vicio o riesgo de la cosa sin conexión causal averiguable con una conducta humana, o el supuesto cuando se responde por la conducta dañosa aun cuando la misma está justificada (p. 317).

principio es lícita, pero se convertirá en ilícita cuando por razón de dicho riesgo se ocasione injustificadamente un daño a un tercero; *b*) la actividad riesgosa que provoca el daño sin justificación es una actividad antijurídica, toda vez que viola el principio del *alterum non laedere*; en cambio, no resultará tal si —aun siendo riesgosa (por su naturaleza o por los medios empleados)— no ocasiona daño alguno a un tercero; y, *c*) la antijuridicidad no es un presupuesto de la responsabilidad civil que haya sido concebido únicamente para los supuestos de responsabilidad subjetiva, sino que, por el contrario y con el alcance que hemos mencionado al inicio de este capítulo, la misma estará presente en todos los ámbitos del Derecho de daños, con la única excepción de la responsabilidad por actos lícitos.

V. Palabras finales

No debemos olvidar que en el pensamiento de Vélez Sarsfield, sólo cabía como posibilidad admitir una antijuridicidad formal, con apoyo primordialmente en el principio de legalidad emanado del art. 19 de la Constitución Nacional de 1853 ("Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"),que había sido utilizado como fuente de inspiración del derogado art. 1066 del Cód. Civil para el Codificador, al establecer en esa norma que: "Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto".

Sin embargo, pese a la letra de las normas del código derogado (sobre todo de los arts. 1066 y 1074), antes de la sanción del Código Civil y Comercial (cuya entrada en vigor data del 1 de agosto de 2015) la concepción de la antijuridicidad había evolucionado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia argentinas, con una interpretación mucho más amplia de su sentido y concibiendo a la ilicitud en un sentido material y objetivo, y con un significado más acorde a las transformaciones producidas en el Derecho de daños en las últimas décadas, en donde impera el principio de no dañar a otro *(alterum non laedere)* como cláusula general y norma primaria. Ello ha implicado aceptar una atipicidad de actos ilícitos donde se privilegia la injusta situación de la víctima que soportó el daño por encima de la conducta del agente que provocó el perjuicio [ello así, puesto que se rechaza actualmente la idea estrecha de ilícitos tipificados y se busca continuamente hallar conceptos amplios y abier-

tos que permitan la reparación del perjuicio [39]], y una configuración del daño mediante la amalgama del *contra ius* (lesión a un interés jurídico merecedor de tutela) y del *sine iure* (ausencia de causas de justificación).

No existe duda alguna de que, en la actualidad, el fenómeno de la atipicidad del ilícito ha permitido extender las fronteras del daño: ello ha dado lugar a la admisión de nuevas figuras resarcitorias tales como la lesión a los derechos de crédito, a las expectativas o chances, etc., y, en definitiva, a una mayor recepción al resarcimiento de la lesión de los intereses lícitos, aun cuando éstos no sean sustrato de derechos subjetivos.

Hoy, todas estas ideas se hallan condensadas en el concepto de antijuridicidad que se encuentra plasmado legislativamente en el art. 1717 del Código Civil y Comercial, en cuanto dispone que "cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada".

Es indudable, pues, que la letra de dicha norma resulta ser el corolario de las enseñanzas que sobre este tema nos han dejado varios juristas y verdaderos maestros del derecho civil, entre los que indudablemente Jorge Bustamante Alsina ocupa un sitial de privilegio.

---

(39) CASIELLO, Juan José, *Atipicidad del ilícito civil,* en BUERES, Alberto Jesús – KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Responsabilidad por Daños en el tercer milenio – Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini", ob. cit., p. 158.

La prevención del daño en el ámbito contractual

Por Miguel Federico De Lorenzo

I. La prevención en la responsabilidad contractual y en la responsabilidad patrimonial universal

En el ámbito de la relación jurídica obligatoria, la tutela preventiva puede referirse tanto a la *prevención del incumplimiento*, terreno que es propio de la responsabilidad contractual (en rigor, obligacional), como a la *prevención de la impotencia patrimonial del deudor,* que es asunto de la llamada responsabilidad patrimonial y que se basa en la idea de que los bienes del deudor están afectados al pago de sus deudas y a la circunstancia de que los acreedores cuentan con esa responsabilidad patrimonial (arts. 242 y 743, CCyC) [1].

Si bien se trata de responsabilidades distintas, no son, sin embargo, absolutamente independientes una de la otra.

Para explicar el hilo que las une, basta con observar que el derecho subjetivo que tiene el acreedor y que en una primera etapa supone el poder de exigir un comportamiento del deudor, no se agota en ello y *comprende también,* en caso de incumplimiento, la factibilidad de agredir el patrimonio del deudor en cuyo caso se ingresa en la denominada etapa de *responsabilidad patrimonial y universal* [2].

Por su lado, para diferenciar los dos ámbitos de prevención se pueden suministrar algunos ejemplos. Podría decirse que el CCyC contempla la *prevención del incumplimiento* cuando, por caso, faculta al

---

(1) Pizarro, Daniel - Vallespinos, Gustavo "Tratado de Obligaciones", Rubinzal Culzoni, 2017, tomo II, pág. 465; CICU, Antonio "L'obbligazione nel patrimonio del debitore", Milano, 1948.

(2) Bueres, Alberto J. "Objeto del negocio jurídico", Bs.As., 1986, pág. 33.

mutuante a no entregar la cantidad prometida si, *con posterioridad al contrato*, un cambio en la situación del mutuario hace incierta la restitución (art. 1526, CCyC). En cambio, se ocupa de la prevención *de la responsabilidad patrimonial y universal* cuando dispone que el acreedor de un crédito puede ejercer judicialmente los derechos patrimoniales de su deudor, si éste es remiso en hacerlo y esa omisión afecta el cobro de su acreencia (art. 739, CCyC).

Del mismo modo, se contempla la prevención del incumplimiento cuando se dispone que "el titular de un derecho que se halla supeditado a condición suspensiva puede solicitar medidas conservatorias" (art. 347); o cuando dispone que "las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista de personas por muerte o daños corporales se tienen por no escritas" (art. 1292). Mientras que se ocupa de la responsabilidad patrimonial y universal cuando precisa que "si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio" (art. 243); o cuando se exceptúa de la garantía común a la indemnización del daño moral [(3)].

De manera que el deudor se encuentra sujeto a dos responsabilidades: una es la *responsabilidad contractual u obligacional,* cuyo objeto es el daño derivado del incumplimiento (arts. 730 del CCyC y cc.); otra, es la *responsabilidad patrimonial y universal,* que se refiere no ya al cumplimiento de la prestación debida, sino a la sujeción del patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores (arts. 242 y 743 CCyC) [(4)].

De todos modos, como ya se dijo, es fácil intuir que, si bien no existe identidad entre el objeto de una y otra, ambas responsabilidades comparten un fondo común [(5)].

En uno y otro caso, las finalidades son concurrentes. Sea por los conductos de tutela previstos para antes del incumplimiento, como para

---

(3) Pizarro, Daniel "El derecho a la reparación del daño moral y su relación con el patrimonio" en RC D 585/2021.

(4) Tobías, José "Tratado de Derecho Civil", tomo III, pág. 149 y ss.; Saux, Edgardo y Wagner, Claudia en Saux, Edgardo: "Tratado de derecho Civil. Parte General", Bs. As., 2018, III, pág. 71; Pizarro - Vallespinos, tomo II, pág. 371; Morello, Augusto - Galdós, Jorge "Indemnización del daño contractual", 3ª ed. La Plata 2003, n° 151, pág. 302; Salerno, Marcelo U. - Salerno, Javier "El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor", Bs. As. 2012, n° 52, entre tantos otros.

(5) Resalta este vínculo entre una y otra responsabilidad: Giorgianni, Michele "La obligación", Bosch, 1958, pág. 153 con amplio desarrollo; véase también: Pizarro - Vallespinos, "Tratado de Obligaciones", citado, tomo II, pág. 465 y ss.

después de él, a través de la ejecución directa o forzada, el fin último es la satisfacción del interés del acreedor canalizado en la estructura institucional de la obligación.

La ejecución forzada, dice Bueres, no constituye una nueva obligación derivada del acto ilícito de incumplimiento. En todos los casos, antes y después del incumplimiento, estamos siempre en presencia *del mismo derecho subjetivo de crédito* (6). No existe ni se produce, estrictamente, una mutación ontológica de lo sustancial a lo procesal como pensaba Carnelutti (7).

Todas estas manifestaciones o facultades con que se exterioriza la actuación del derecho de crédito son emanaciones de la relación y forman parte *del mismo derecho de crédito originario* y son concurrentes al logro de la satisfacción del interés legalmente tutelado por el ordenamiento (8). Como decía el ilustre Salvatore Satta, *la obligación contiene ya toda en sí la ejecución forzada*, ya que ésta, por ser un momento de la vida de la obligación, no puede ser disociada de ella (9).

Esta idea, es la que *grosso modo* se halla en el art. 724 del CCyC al decir que la obligación es una relación jurídica en virtud de la cual *el acreedor tiene el derecho a obtener forzadamente la satisfacción del interés.*

En las dos responsabilidades (la contractual y la patrimonial) el derecho aspira a *prevenir el daño*. En un caso, se trata de prevenir "el incumplimiento" en sí mismo, o eventualmente los daños que se derivan del incumplimiento de la prestación. En el segundo, ya producido el incumplimiento, dado que el patrimonio del deudor es la garantía de los acreedores, la idea del sistema es *prevenir el daño que provoca la afectación de dicha garantía* frente a la eventual responsabilidad del deudor (10).

---

(6) Bueres, Alberto J. "Objeto del negocio jurídico", Bs. As., 1986, pág. 33.

(7) Para el ilustre jurista, en apretada síntesis, el derecho del acreedor a la prestación, después del incumplimiento, se transforma en un "derecho procesal del acreedor a la condena" (Carnelutti, Francesco "Diritto e proceso nella teoría delle obbligazioni", en "Studi Chiovenda", 1927, pág. 225 y ss.).

(8) Palmero, Juan "Tutela jurídica del crédito", Bs. As. 1975, págs. 38, 49, 88 y 110; Nicoló, Rosario "Tutela dei Diritti", "Codice Scialoja e Branca", Bologna, 1953, pág. 4.

(9) Satta, Salvatore "Manual de Derecho Procesal Civil" (de la edición italiana de 1967 por Sentis Melendo), Bs. As. 1972, tomo II, n° 316, pág. 5.

(10) Que Emilio Betti la definía como la "aspettativa eventuale di realizzazione forzata pel caso che manchi la realizzazione volontaria del diritto" ("Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell´azione", reproducido en "Diritto Sostanziale e processo", Milano, 2006, pág. 54).

Por razones de eficiencia, el Derecho tiende a prevenir, por diferentes conductos, los dos tipos de perjuicios.

En ambos supuestos, además —y este es el punto— *la tutela preventiva* pone en evidencia el mismo conflicto de intereses que genera la obligación en el patrimonio del deudor: por un lado, *la libertad de gestión patrimonial* que obviamente tiene el deudor no obstante haberse obligado. Por el otro, el interés del acreedor a que se conserve tanto la *aptitud para cumplir* (arg. art. 1032 CCyC), como a que se conserve *la consistencia del patrimonio* de su deudor a fin de poder, llegado el caso, *obtener forzadamente la satisfacción de dicho interés* (art. 724, CCyC).

Con estas precisiones por delante, podemos adentrarnos en cada una de estas hipótesis.

II. LA PREVENCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

Ingresamos ahora en el ámbito de la prevención del daño en el marco de la "responsabilidad patrimonial universal".

Ya hemos dicho que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores lo que significa que todos los bienes que integran su patrimonio o que se incorporen a él, responden por las deudas que haya contraído (arts. 242 y 743, CCyC).

Pero esta relación entre acreedores y deudor resulta compleja. Por un lado, el deudor —por el hecho de serlo— no pierde la gestión de su patrimonio. Por el otro, ocurre que cuando la situación del deudor es de insolvencia o próxima a ella, aumenta el derecho de "control" de los acreedores insatisfechos sobre su "gestión" [(11)].

De nada valdría —explicaba Mosset Iturraspe— la consagración del principio una responsabilidad patrimonial universal si todo quedara librado a la buena o mala fe del deudor; si los acreedores pudieran encontrarse en el momento del cobro con un título *sine re,* vale decir sin la posibilidad de hacerlo efectivo sobre los bienes que respaldan el pasivo [(12)].

---

(11) Mosset Iturraspe, Jorge, "Contratos simulados y fraudulentos", Rubinzal, 2001, tomo II, pág. 171 (énfasis en original).

(12) Mosset Iturraspe, Jorge, "Contratos simulados y fraudulentos", tomo II, pág. 175.

¿Cuál es entonces la relación jurídica entre el interés de los acreedores y el derecho del deudor? La respuesta a este interrogante es fundamental toda vez que —como explicaba Bustamante Alsina— se hallan en juego principios elementales para el sistema económico como lo son la propiedad y el crédito [13].

Ya hemos puesto de relieve que la existencia de la obligación no priva al deudor de sus facultades ordinarias referentes a la gestión y explotación de sus bienes [14]. Se trata de una facultad que tiene un hábitat constitucional (art. 17 CN). Pero este principio no es absoluto y debe conciliarse —en defensa de la función económica del crédito— con el deber que tiene el deudor de satisfacer sus deudas [15].

Como lo expresaba un recordado jurista, quien contrae obligaciones o se las impone la ley, no es enteramente libre; por el contrario, es patrimonialmente medio soberano por virtud del deber moral y jurídico que pesa sobre él de pagar las deudas [16]. En otras palabras, *la libertad del que se endeuda no es ilimitada*" [17].

De modo que cobra importancia precisar el objeto de la denominada responsabilidad patrimonial universal que consagran los artículos 242 y 743 del CCyC.

¿Cuál es el alcance de la *acción preventiva* que tiene el acreedor para que el deudor no altere la sustancia de su patrimonio? ¿Cuál es el límite que tiene el deudor para gestionar y disponer de los bienes que integran su patrimonio? ¿cuál es el necesario *punto de equilibrio* entre ambos? [18].

---

(13) Decía lúcidamente nuestro jurista homenajeado que existe una "estrecha relación entre derecho y economía, pues en el ámbito del patrimonio es donde aquellos derechos subjetivos apreciados pecuniariamente se modelan en función de la realidad económica y ésta a su vez se disciplina y ordena dentro de una normativa jurídica que tiende a realizar la justicia conmutativa mediante la formación de las relaciones de cambio con el justo equilibrio que significa la igualdad entre las partes" (Bustamante Alsina, Jorge "El patrimonio como punto de convergencia del derecho y la economía", en anales de la Academia Nacional de Derecho, 1988, pág. 22).

(14) Llambías, Jorge J. "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", tomo I, n° 383.

(15) Rivera, Julio César – Crovi, Daniel "Derecho Civil. Parte General", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2023, pág. 597.

(16) Sánchez de Bustamante, Miguel "Acción revocatoria", Perrot, 1954, pág. 17.

(17) Ginossar, Samuel, "Liberté contractuelle et respect des droits des tiers", Paris, 1963, pág. 13.

(18) Laserra, Giorgio "La responsabilitá patrimoniale", Napoli, 1966, pág. 284.

En torno a estos interrogantes, decía Emilio Betti [19], se ha desarrollado numerosas fantasías de los juristas. Se ha hablado de una suerte de "prenda" sobre el patrimonio del deudor [20]; de una pretendida obligación, e incluso se llegó a sostener directamente que se trata de una obligación que incumbiría al deudor de no suprimir o disminuir la garantía patrimonial [21].

Los enfoques modernos concuerdan en que del hecho que "todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores" (art. 242, CCyC) *no se deriva un derecho a la integridad del patrimonio del deudor.* Si existiera y fuera exigible semejante derecho, cualquier acto de disposición que haga el deudor podría ser atacado por la acción de inoponibilidad. De ser así, se suprimiría la libertad de gestión del deudor sobre su propio patrimonio [22], algo que, en línea de principio, un sistema jurídico no puede sustentar [23]. Como afirma una doctrina autorizada, sensatamente no puede concebirse un derecho subjetivo autónomo cuyo objeto sea el patrimonio de una persona [24].

La explicación más lograda, según entiendo, continúa siendo la de Emilio Betti. Según este jurista, la *garantía patrimonial es parte de la misma relación obligatoria* la cual no se agota en el deber de realizar la

---

(19) Betti, Emilio "Teoría general de las obligaciones", RDP, Madrid, 1969, tomo II, pág. 400.

(20) Rocco, Alfredo, "Studi sulla teoria generale del fallimento", Riv. dir. comm., 1910, I, p. 669 y ss., para quien «todo derecho de crédito es acompañado por un derecho de prenda sobre el patrimonio del deudor, el cual nace contemporáneamente a la obligación y no en el momento de la ejecución». La teoría fue criticada, quizás más por el uso del término "prenda" que por el real alcance que tenía. Véase: Cicu, A. "L'obbligazione nel patrimonio del debitore", cit., 16 ss., 21 ss., 121-122, passim.

(21) El tema es ampliamente desarrollado por: Laserra, Giorgio "La responsabilitá patrimoniale", Napoli, 1966; notable también el estudio de: Sicchiero Gianluca, "La responsabilità patrimoniale del debitore", en "Trattato di Diritto Civile", de Sacco, Torino, 2011.

(22) En este sentido, absolutamente interesantes los argumentos de Giampiccolo, Giorgio "Azione surrogatoria", Enciclopedia del Diritto, pág. 951; Nicolo, Rosario "Tutela dei Diritti", Commentario Codice Civile Scialoja e Branca, Roma, 1953, pág. 4 y ss.; Bianca, Massimo "Diritto Civile. La Responsabilitá", Milano, 1994, n° 180, pág. 415.

(23) Cristóbal Montes, Ángel "La vía pauliana", Madrid, 1997, pág. 45.

(24) Pizarro y Vallespinos, Tratado de Obligaciones, tomo II, pág. 467. Resalta con exactitud Benavente, María Isabel, en "Código Civil y Comercial Comentado" (Lorenzetti- De Lorenzo), tomo II, pág. 373: "que es preciso equilibrar las exigencias del tráfico jurídico y la tutela del acreedor defraudado, sin mengua de las garantías constitucionales".

prestación, sino que conlleva junto al deber de cumplir la prestación, que es correlativo al crédito, una responsabilidad: la responsabilidad del deudor con su patrimonio [25].

Queda sin embargo por precisar cuándo es procedente la intervención "preventiva" del acreedor sobre el patrimonio del deudor [26].

Puesto de otro modo, ¿cuándo puede el acreedor intervenir, *con una acción preventiva* y sustancial (es decir, no cautelar) sobre el patrimonio del deudor?

En términos generales, del conjunto de condiciones que son exigidas para promover las acciones de conservación del patrimonio (acción directa, subrogatoria, simulación e inoponibilidad) se puede deducir que el acreedor cuenta con una *tutela preventiva* cuando debido a la *pérdida de la consistencia del patrimonio flotante, en proporción al crédito*, ocasionada por la acción o la inercia del obligado (art. 338 CCyC) se produce una *lesión efectiva* del interés que tiene a satisfacer su crédito con los bienes del deudor [27].

Esta lesión al interés del acreedor, por así decirlo, constituye un ilícito *objetivo*, aunque vale recordar que no siempre fue así concebido. En efecto, tiempo atrás, cuando se explicaba el tema a la luz del código anterior, se decía que el acreedor no puede inmiscuirse en la gestión del deudor, porque no existe un contralor por el acreedor de la actividad del deudor, *mientras éste obre de buena fe* [28].

En la actualidad, este punto de vista de la buena fe subjetiva ha quedado en parte desplazado por un cartabón objetivo. El fraude ya no es —como se solía decir— una defección en la licitud del querer [29], o de

---

(25) Betti, Emilio "Teoría general de las obligaciones", cit., tomo II, pág. 401.

(26) Sobre la *naturaleza preventiva* de las acciones conservatorias: Sánchez de Bustamante, Miguel "Acción revocatoria", Perrot, 1954, p. 16; Mosset Iturraspe, cit., p. 183; Pizarro, Daniel y Vallespinos, Gustavo "Tratado de Obligaciones", Rubinzal Culzoni, 2017, tomo II, pág. 510.

(27) Va de suyo que la "consistencia" no es un criterio rígido e inmutable, sino que debe calibrarse en proporción adecuada entre crédito, patrimonio y *par condicio*. Por lo demás, no interesa que se trate de un crédito exigible o todavía pendiente de plazo (Borda, Guillermo "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Bs. As. 2008, tomo I, n° 1213).

(28) Llambías, Jorge J. "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Bs, As. 1973, tomo I, n° 384 (énfasis en original).

(29) López Olaciregui, José M. en Salvat, R. "Tratado de Derecho Civil. Parte General, Bs. As. 1964, tomo II, n° 0-2422.A, pág. 617.

la buena fe [30], sino un *ilícito objetivo* basado en la lesión de la expectativa jurídica que tiene el acreedor sobre la consistencia del patrimonio de su deudor [31] que abre las puertas a la *tutela preventiva* para impedir los efectos nocivos de una eventual insolvencia [32].

El CCyC desplaza al eje de la cuestión, y exige, para que negocio jurídico le sea inoponible al acreedor, que el acto cuestionado provoque o agrave la insolvencia del deudor (art. 339, inc. b). En cuanto al aspecto subjetivo, sólo se exige en los actos onerosos y con relación al cocontratante que conoció o debió haber conocido que el acto provocaba o agravaba la insolvencia (art. 339 inc. c). No es necesario por lo tanto un *concilium fraudis* (que obviamente puede existir) sino solo que al momento de contratar *el tercero haya conocido o debido conocer* que el acto en cuestión provocaba o agravaba la insolvencia del deudor [33]. De tal

---

(30) Zannoni, Eduardo A. Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, Bs. As. 2007, pág. 413.

(31) Mosset Iturraspe, Jorge, op. cit. Tomo II, pág. 220; Betti, Emilio "Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell´azione", reproducido en "Diritto Sostanziale e processo", Milano, 2006, pág. 191.

(32) Bustamante Alsina, Jorge "La acción revocatoria o pauliana - Requisitos de procedencia y carga probatoria", El Derecho t. 174, p. 677.

Pueden existir actos híbridos en fraude que dificultan la consistencia sin alterar la composición contable de la garantía flotante del deudor (v.gr. una locación a largo plazo, una dación en pago, la venta del inmueble por la que ingresa efectivo de difícil trazabilidad, etc.). Se suscita una cuestión peculiar sobre la existencia de "evento dañoso" cuando se abonó el contravalor adecuado, según las pautas de mercado, pero ello importó la transformación de un activo concreto en otro de fácil ocultamiento (véase: Truffat Daniel, "Sobre criterios mecanicistas, perplejidades varias, supuestos cuya falta de ponderación clamaría al cielo, y sobre el dogma de la ajenidad del fraude", en RDCO 2009-B, 134). Claro es que, en estos casos, como dice Julio Rivera, es necesario acreditar el elemento subjetivo del cocontratante del deudor (Rivera, Julio C. "Instituciones de Derecho Civil. Parte General", Bs. As. 7ª edic. 2020, tomo I, Capítulo XLIII).

De particular interés sobre este punto resulta el trabajo de Gentili, Aurelio "Ricchezza digitale e responsabilita patrimoniale", en Contratto e Impresa, 2024, pág. 1019.

(33) Se trata de un aspecto clave y delicado. Va de suyo que el deber de conocer por parte del tercero no supone un "deber general e indiscriminado" de indagar sobre la influencia del acto en el patrimonio del deudor, lo que sería no sólo ilógico sino atentatorio a la dinámica del crédito. Una carga semejante tornaría intolerable la vida negocial cotidiana. Es necesario ponderar, según la diligencia que el caso concreto imponía, atendiendo a la "naturaleza de la obligación" y "a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar" (arts. 1724 y 1725), partiendo de la presunción de buena fe. Confr. Lucchini Guastalla, Emanuele "Danno e frode nella revocatoria ordinaria", Milano, 1995, 373.

modo que, probado debidamente este extremo resultará procedente la inoponibilidad del acto al acreedor [34].

En definitiva, conforme a este nuevo régimen de la acción de inoponibilidad se establece *un nuevo confín* al conflicto que se presenta entre el interés del deudor a conservar la libre gestión de su patrimonio y el interés del acreedor a no ver menoscabada su garantía frente una eventual ejecución forzada del crédito.

Pasando ahora a la acción subrogatoria, todo indica que el legislador es aún menos exigente para conceder la tutela preventiva. Al acreedor de un crédito cierto, *aunque no sea aún exigible*, le basta para ejercer la acción que el deudor sea —con o sin culpa— remiso en ejercer judicialmente un derecho patrimonial y esa omisión *afecte el cobro de su acreencia* (art. 739 CCyC).

En síntesis, estas acciones, que convergen en la tutela del crédito a través de la conservación de la garantía patrimonial (art. 242, CCyC) [35], ponen en evidencia la existencia de un *sistema amplio de prevención del daño en materia obligacional* que el ordenamiento pone a disposición del acreedor.

Más aún, bastaría con considerar este incisivo alcance que tiene la tutela preventiva en el marco de la llamada responsabilidad patrimonial universal (por lo general escasamente apreciada desde la perspectiva de la prevención del daño) para concluir que la "libre gestión de su patrimonio que tiene el deudor" —y esto es lo que se quiere resaltar— lejos está de ser un derecho absoluto, o una libertad tan amplia que se pueda invocar para enervar la *tutela preventiva* en el ámbito contractual.

---

(34) Para el derecho francés después de la reforma: Benabent, Alain "Droit des Obligations", Paris, 2019, n° 811: « la jurisprudence récente n'exige plus une «intention de nuire» et se contente de «la seule connaissance qu'a le débiteur du préjudice qu'il cause au créancier en se rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité»; en el mismo sentido: Malinvaud - Mekki - Seube "Droit des obligations", Paris, 2019, pág. 878; Presenta un enfoque diverso: Lucchini Guastalla, Emanuele "Danno e frode nella revocatoria ordinaria", cit. pág. 216 y 319 quien afirma, en una valiosa obra sobre el tema, que en Italia la «objetivación de la revocatoria» ha sido fruto más de la doctrina que del "derecho viviente" jurisprudencial.

(35) Ampliamente: Calvo Costa, Carlos. Obligaciones, 2020, pág. 140 y ss.

III. LA PREVENCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD OBLIGACIONAL

Pasamos ahora a la otra responsabilidad. Es decir, a la que técnicamente se la denomina *responsabilidad civil contractual u obligacional*.

Abordar en este ámbito el problema de la tutela preventiva del crédito significa preguntarse si, y en qué términos, el acreedor puede actuar para prevenir un futuro incumplimiento del deudor en un momento en el que la prestación aún no sea exigible.

He aquí nuevamente en un tema que involucra una cuestión de política legislativa que se pone en evidencia con las diversas opiniones que se expresan sobre el tema.

Como sabemos, dentro de la responsabilidad civil, la "finalidad preventiva" puede aplicarse en el campo contractual como en el extracontractual, aunque generalmente, señala con autoridad Sagarna [(36)], en la práctica se ha venido manifestando mayoritariamente en el ámbito aquiliano de la responsabilidad civil y en este para proteger, fundamentalmente, los derechos personalísimos, ensanchándose hacia los derechos de incidencia colectiva.

Por su parte, el CCyC dio un paso trascendente —no es un dato menor— al incorporar una regulación *atípica y general de la acción inhibitoria*, como conducto para la prevención del daño (art. 1711) [(37)].

---

(36) Sagarna, Fernando "La función preventiva en la responsabilidad civil", 2ª edición, Bs.As., La Ley, 2022, pág. 207; Sobre el tema también con lúcidas consideraciones: Picasso, Sebastián, "El año que vivimos en peligro: efectos de la pandemia en los contratos y supuesta obligación de renegociar", L.L. del 18/12/2020, p. 1, punto III.2.

(37) Lorenzetti, Ricardo, "Fundamentos de Derecho Privado", Bs. As., 2016, pág. 351 y ss.; Kemelmajer, Aída "El derecho de la responsabilidad civil y los nuevos paradigmas en el código civil y comercial argentino: prevención, precaución y represión", en RCyS 2019,164; Calvo Costa, Carlos A., "La pretensión preventiva en el derecho de daños", L.L. 2018-A-976.

Señala con razón Fernando Sagarna —que ha estudiado el tema en profundidad— que la finalidad preventiva no es excepcional, ni de interpretación restrictiva (op. cit. pág. 226). También coincidimos con el destacado jurista que la renegociación del contrato no puede ampararse en la finalidad preventiva (op. cit. p. 207) salvo que se trate de contratos de larga duración (p. 208).

Cabe señalar que, en Italia, a falta de una norma general sobre la inhibitoria, la doctrina debate sobre la posibilidad de extender o no analógicamente los supuestos expresamente contemplados (véase: Libertini, Mario "Nuove riflexxioni in tema di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno", en Rivista Critica di Diritto Privato, 19095, pág. 393 y ss. en favor de una extensión discrecional por parte del juez).

La doctrina, sin embargo, no se muestra coincidente. Mientras que para algunos juristas el ámbito de la tutela inhibitoria sería, como regla, más apropiada al ámbito aquiliano [38], para otros, en cambio, la tutela preventiva funcionaría por igual en ambos sectores [39].

De su lado, en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en La Plata en el año 2017, se aprobó por unanimidad que el deber de prevención del daño que requiere el art. 1710 del CCCN, *es aplicable tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual de la responsabilidad*.

De todos modos, la disparidad de criterios tiene su razón de ser en este caso. Por un lado, el ámbito contractual ofrece sus particularidades para admitir una tutela preventiva *antes del incumplimiento del deudor*. Las partes, se alega, son las que mejor pueden distribuir el riesgo de un incumplimiento previendo las vicisitudes. Sería distorsiva una intervención sobre la gestión patrimonial del deudor solo por existir una "amenaza fundada" de un futuro incumplimiento. Por eso, según el enfoque tradicional, el legislador pone a disposición del acreedor diversos instrumentos de tutela (especialmente basados sobre una opción de "salida" del contrato).

Sin embargo, como hemos visto en el acápite anterior, este argumento es relativo pues el ordenamiento jurídico permite *la injerencia preventiva del acreedor en el patrimonio del deudor* cuando, cumplidos ciertos requisitos, se ve comprometido el éxito de una eventual ejecución forzada.

Por otra parte, existen numerosos y trascendentes supuestos de tutela preventiva previstos específicamente para el ámbito obligacional [40].

Se puede enumerar algunos:

a) Se contempla la *excepción de incumplimiento contractual* (art. 1031).

b) Existe la posibilidad de "controlar" la entidad del daño a través de *la resolución del contrato aun antes del (efectivo) incumplimiento* (art. 1084, inc. "e") en dos casos: cuando una de las partes manifiesta

---

(38) Sagarna, Fernando, op. cit. n° IV.

(39) Para un tratamiento de este punto de vista: Galdós, Jorge "La Responsabilidad Civil", Bs. As., 2021, tomo I, pág. 190 y ss.

(40) Sobre la prevención en el ámbito precontractual: Basilico, Giorgetta "La tutela civile preventiva", Giuffré, Milano, 2013, pág. 109 y ss.

su voluntad de no cumplir (art. 1084 CCyC), y *cuando es evidente que el contrato no será cumplido* [41].

c) Según el artículo 1032 del CCyC se establece una tutela preventiva *amplia* en que posibilita al contratante suspender el propio cumplimiento si los derechos (del contratante) sufriesen *una grave amenaza de daño* porque la otra parte ha sufrido un *menoscabo significativo en su aptitud para cumplir,* o en su solvencia [42].

d) De acuerdo con el artículo 1526 del CCyC el mutuante puede no entregar la cantidad prometida si, con posterioridad al contrato, un cambio en la situación del mutuario *hace incierta la restitución*.

e) Según el artículo 353 del CCyC el obligado a cumplir no puede invocar la pendencia del plazo si se ha declarado su quiebra, si disminuye por acto propio las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o si no ha constituido las garantías prometidas, *entre otros supuestos relevantes*.

La doctrina moderna atribuye a esta norma una naturaleza "preventiva", tal como surge del evidente carácter enunciativo del precepto. Incluso, según lo señala una autorizada opinión, si se tiene en cuenta la importancia que tiene la prevención en el CCyC, es posible entender que el acreedor tiene posibilidades de invocar la disminución no solamente de las garantías sino también de la garantía genérica constituida por el patrimonio del deudor. A dichos fines deberá acreditar el temor *fundado* de que el deudor incurra en una acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción del daño injusto de acuerdo con el art. 1711 del CCyC [43].

---

(41) Bravo D´André, Ignacio "Incumplimiento previsible del contrato", Astrea, Buenos Aires, 2024; Sánchez Herrero, Andrés "Resolución de los contratos por incumplimiento", Bs. As. 2018, n° 3.5

(42) Sobre el tema: Hernández, Carlos en "Código Civil y Comercial comentado" (Dir. Lorenzetti), Bs. As. 2015, tomo t. VI, p. 51; Hernández, Carlos A. - Trivisonno, Julieta "Suspensión del contrato en el Proyecto de Código", en L.L., t. 2012-E, 1067; Aparicio, Juan M. "Contratos. Parte General", Bs. As. 2016, tomo II, pág. 315; Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis "Tratado de Derecho de Daños", Bs. As. 2019, tomo II, pág. 95 y ss. y con un análisis de las "herramientas preventivas especiales", pág. 131 y ss.; asimismo: Bravo D´André, Ignacio "Incumplimiento previsible del contrato", cit. pág. 183 y ss. con un excelente abordaje del tema.

(43) Parellada, Carlos "Comentario al art. 353 del Código Bueres", Hammurabi, Bs. As., 2016, tomo 1B, pág. 491 y autores allí citados. Es también la solución adoptada en Italia: Natoli, Ugo "L´attuazione del rapporto obbligatorio", Giuffré, Milano 1974, p. 126.

f) El acreedor a quien se le entrega un inmueble en anticresis (art. 2212) con el fin de que se cobre con su producido las deudas que el propietario tuviera, pierde el beneficio del plazo si explota o utiliza el bien de manera abusiva o incumpliendo los deberes de conservación y cuidado (art. 2216, último párrafo).

g) Según el art. 2224 del CCyC "Si el acreedor que recibe en prenda una cosa ajena que cree del constituyente la restituye al dueño que la reclama, puede exigir al deudor la entrega en prenda de otra de igual valor. Si el deudor no lo hace, el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación principal, aunque tenga plazo pendiente; el crédito está sujeto a condición, se aplica el artículo 2197.

Sin posibilidad de poder ahondar aquí el funcionamiento de cada uno de estos supuestos, lo cierto es que todos estos *conductos de prevención* están emparentados con la idea de que, según el principio de la buena fe y la dinámica propia de la obligación, que tiende inexorablemente a su plena realización, el acreedor goza frente a la amenaza de un daño, del derecho a "prevenir" que este se efectivice [44].

En suma, queda en claro que la tutela preventiva cuenta con un rol trascendente no solo en el ámbito aquiliano, sino también en el terreno contractual.

IV. La estructura compleja de la obligación y el deber de preservar la posibilidad de cumplir

Vayamos ahora a un supuesto poco abordado por la doctrina; me refiero a la posibilidad de prevenir el daño por incumplimiento de deberes accesorios o instrumentales a la prestación principal.

Entre estos variados deberes (v.gr. deberes de protección, etc.) me detendré en uno de ellos que por sus características cobra particular importancia con relación al tema de la prevención del daño; me refiero al deber de preservar la posibilidad de cumplir.

Como sabemos el deudor asume, junto a la prestación principal, la obligación "de preservar la posibilidad del cumplimiento", e incluso de "evitar el casus" (art. 1733 inc. d del CCyC) [45].

---

(44) Betti, Emilio "Teoría general de las obligaciones", cit., tomo 1, pág. 108.

(45) Jordano Fraga, Francisco "La responsabilidad contractual", Madrid, 1988, pág. 221.

Como señala Picasso, en todas las obligaciones, ya sean de medios o de resultado, el deudor asume, como deber complementario de la prestación principal, el accesorio de preservar diligentemente la posibilidad del cumplimiento [46].

La inserción de este deber en el contenido de la obligación, es una consecuencia del sometimiento de las relaciones obligatorias a una valoración de la buena fe. Buena fe que no sólo exige que el deudor realice todos los actos necesarios para cumplir, sino que se comporte diligentemente a fin de mantener la posibilidad misma de prestar [47].

Desde esta perspectiva, el contrato, como relación jurídica compleja, no sólo pone a cargo de los contratantes el deber primario de prestación y los deberes de protección, sino también el deber de preparar y aun el de conservar la aptitud para el cumplimiento de la prestación que, como se sabe, no es solo conducta del deudor sino conducta orientada a satisfacer el interés del acreedor [48].

Estos deberes, que en otra época eran vistos como meramente "instrumentales e integrativos de la prestación", hoy adquieren, en cambio, una renovada importancia en la estructura relacional del contrato [49] y particularmente, en los contratos de larga duración (art. 1011 del CCyC).

IV.1. Sobre la exigibilidad de los deberes instrumentales

Ahora bien, este deber de "conservar la aptitud para cumplir y satisfacer el interés del acreedor" ¿puede ser exigido en forma autónoma? ¿En

---

(46) Picasso, Sebastián "La singularidad de la responsabilidad contractual", (Prólogo Bueres), Bs. As. 2011, pág. 183 (énfasis añadido).

(47) Jordano Fraga, Francisco "La responsabilidad contractual", cit., pág. 222; Larenz, Karl, Derecho de Obligaciones (del alemán por Santos Briz), Madrid, 1958, tomo I, pág. 21; Mancini, Giuseppe F. "La responsabilitá contrattuale", Milano, 1957, pág. 59 y ss., quien ubica la fuente de este deber implícito y accesorio de todo contrato, en el deber de no contradicción (hoy art. 1067, CCyC) que tiene el deudor con el deber que asumió de cumplir.

(48) Márquez, Fernando, "El interés del acreedor", en L.L., del 19 de junio de 2020, p. 2; Ossola, Federico "Obligaciones", Bs. As., 2016, pág. 130; De Lorenzo, M. F. "La causa en el Código civil y Comercial", Bs. As., 2021, pág. 12.

(49) La idea de deberes meramente integrativos y no autónomos en: Betti, Emilio "Teoría...", tomo I, pág. 106; en la evolución posterior: D´Amico, Giovanni "Contribución a la teoría de la responsabilidad contractual", Lima, 2015, pág. 122; Diez Picazo, Luis "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", Madrid, 1996, tomo II, pág. 121, que formula, en orden a la exigibilidad autónoma, una distinción entre estos deberes.

su caso —y este es el punto— a partir de qué momento? Ambas cuestiones se entrelazan.

Comencemos por la primera cuestión. ¿Pueden ser exigidos en forma autónoma a la prestación principal?

La respuesta a este interrogante divide las opiniones (50). Para algunos, la violación de estos deberes es accionable y da lugar a la indemnización o la resolución del contrato (51).

En cambio, para otros, se trataría de deberes accesorios, instrumentales, pero no autónomos, razón por la cual, sería inviable su exigencia "antes del incumplimiento de la prestación" (52); o eventualmente, según otro punto de vista, frente a su incumplimiento el acreedor sólo podría recurrir a los remedios ablativos o resolutivos del contrato (53).

Esta última era también la opinión de Emilio Betti, para quien estos deberes integrativos instrumentales están estrechamente ligados a la prestación, de la que no pueden escindirse en modo alguno ni pensarse en una acción judicial autónoma (54).

Del mismo modo Giuseppe Mancini, que estudió en detalle el tema, señalaba la no exigibilidad autónoma de estos deberes. Para explicar su punto de vista, daba el ejemplo del vendedor de una obra de arte que, antes del plazo de entrega al comprador, la envía al exterior para exponerla en una muestra. Si luego de ello, decía el autor, la obra regresa sana y salva y la entrega en tiempo, ninguna responsabilidad puede atribuirse pese a lo negligente que haya sido el vendedor. Por lo mismo, si la obra llega dañada o tarde, el deudor responderá por el incumplimiento. En ninguno de los dos supuestos —concluía— el deber instrumental puede ser exigido en juicio en forma autónoma (55).

Sin embargo, esta conclusión genera perplejidad si se la compara con la disciplina de los medios de conservación de la garantía patrimonial,

---

(50) Un logrado panorama de las diversas opiniones en: Pizarro - Vallespinos, op. cit., pág. 28, n° 1086.4.

(51) Larenz, Karl, Derecho de Obligaciones (del alemán por Santos Briz), Madrid, 1958, tomo I, pág. 22.

(52) Mancini, Giuseppe F. "La responsabilitá contrattuale", cit. pág. 69.

(53) Nicolussi, Andrea "Le obbligazioni", Padova, 2021, pág. 50; Benatti, Francesco "La costituzione in mora del deudore", Milano, 1968, pág. 165.

(54) Betti, E. Op. cit. tomo I, pág. 106.

(55) Mancini, G. op. cit. pág. 68 y 69.

que —como hemos visto— otorgan relevancia al interés del acreedor incluso antes del vencimiento del plazo [56].

Por lo tanto, de estar al ejemplo de Mancini, el vendedor no solo debe entregar la cosa enajenada, sino también debe "custodiarla y evitar que ella pueda destruirse o deteriorarse" dado que se ha obligado a hacer todo cuanto sea necesario para asegurar a la contraparte el resultado útil de la prestación misma (ver art. 1151 CCyC) [57].

Del mismo modo, y solo por dar otro ejemplo, el titular de un derecho supeditado a condición suspensiva puede solicitar medidas conservatorias, esto es, hacer uso de todos los instrumentos tendientes a mantener la garantía de cumplimiento de su derecho (art. 347 CCyC) [58].

Por lo tanto, la cuestión en todo caso no es si el objeto resulta ileso o dañado al momento del cumplimiento, sino si el acreedor puede exigir "preventivamente" que, pendiente el plazo de entrega, el vendedor se abstenga de poner en riesgo el objeto del contrato.

Una respuesta afirmativa cuenta con el respaldo explícito de numerosos supuestos en los cuales, *antes del incumplimiento*, el acreedor puede recurrir a la tutela preventiva cuando sus intereses resulten afectados, frente a la amenaza cierta y verosímil de que el deudor ha perdido "la aptitud" para cumplir la prestación debida (art. 52 de LDC); art. 71 de la Ley 22.765; art. 347, 1031,1032, del CCyC, etcétera).

Por estas razones, es de considerar que el acreedor no tiene por qué verse obligado a esperar inerte —cruzado de brazos— que se consume el daño sin poder impedirlo [59]. Tal resultado, sería someter a quien se halla en una relación jurídica obligacional, inequitativamente a una tutela menos efectiva y comprensiva de la que posee cualquier persona en la vida cotidiana frente a la amenaza de sufrir un perjuicio resultado [60].

---

(56) Albanese, Antonio "Il rapporto obbligatorio: profili strutturale e funzionale", Roma, 2014, pág. 25.

(57) Véase: Betti, Emilio "Teoria generale delle obbligazioni", Giuffré, Milano, 1953, tomo 1, pág. 94.

(58) Ossola, Federico "Obligaciones", cit. pág. 209.

(59) Pizarro -Vallespinos, op. cit., tomo II, n° 1087. Albanese, Antonio "Il rapporto obbligatorio: profili strutturale e funzionale", Roma, 2014, pág. 14.

(60) Es la lógica que lleva al legislador a prever la resolución anticipada (art. 1084, inc. "c" del CCyC) antes del vencimiento de la obligación cuando se hace evidente que no será cumplida.

Como se ha hecho notar con razón, los deberes accesorios no sólo complementan la prestación misma, sino que frecuentemente contribuyen a configurarla, por lo que su no cumplimiento puede determinar situaciones que, por su gravedad, nos ubiquen en los confines del incumplimiento absoluto [61].

De ser así, como creo que lo es, no hay motivo para negar que, cuando las circunstancias y la naturaleza del contrato lo justifiquen, existe la posibilidad de una tutela inhibitoria que evite que el acreedor se vea constreñido a esperar a que se consume el daño derivado del incumplimiento [62].

La "suspensión del cumplimiento" (art. 1032 del CCyC), que indudablemente representa una herramienta valiosa para prevenir el daño en estos casos y que puede resultar útil en el contexto de una compraventa, puede en cambio resultar insuficiente o incluso inadecuada para canalizar las necesidades de tutela preventiva frente a otras modalidades prestacionales.

Esta necesidad se aprecia con mayor claridad, por ejemplo, en los *contratos de larga duración* (pienso en la concesión, la agencia, etc.) en los cuales el tiempo abre espacios posibles para que se produzcan variaciones no pactadas ni contempladas al inicio de la relación con respecto estos deberes instrumentales, y en los que resultaría injusto y poco eficiente que el acreedor sea sometido a la alternativa de "resolver" el contrato o esperar a que se consume el incumplimiento. Esa lógica ablativa no se corresponde en muchos casos a los intereses de los contratantes que, para asegurar el flujo prestacional a futuro, depositaron toda su estructura económica en la relación contractual duradera, renunciado a otras opciones de mercado [63].

En cuanto a la necesidad de una ilicitud para que proceda la tutela preventiva, no hay mucho que aclarar. Es cierto que el incumplimiento del deber de preservar la posibilidad de cumplir no equivale al incumplimiento de la prestación. Sin embargo, si se toma en serio que se trata de un "deber jurídico", forzoso es admitir que su inobservancia, además

---

(61) Pizarro - Vallespinos, op. cit., tomo II, n° 1087, pág. 30.

(62) Una parte podría plantear la invalidez de una cláusula abusiva que limita el resarcimiento antes de que se produzca el hecho condicionante de su operatividad.

(63) En este sentido, para el contrato de trabajo, sumamente interesantes las consideraciones de: Formaro, Juan en Bueres Alberto J. "Código Civil y Comercial", t. 3C, Bs. As. 2018, pág. 247 y ss.

de poner en riesgo el cumplimiento, constituye una lesión a un interés jurídicamente protegido del acreedor (64).

Tampoco obsta a la tutela preventiva la idea que la satisfacción del interés del acreedor a la prestación tiene el límite de la libertad del deudor y de las obligaciones que integran el tejido obligacional del contrato. Como se puso de relieve en la primera parte, un sistema eficiente y razonable, debe *balancear adecuadamente la prevención del daño con la libertad de obrar*, cualquiera sea el ámbito del que se trate. Pero este límite, por cierto, indiscutido (65), no debería impedir que el acreedor pueda —insisto— *si la naturaleza y el fin del contrato en particular lo justifican razonablemente* (art. 1065, inc. c del CCyC), recurrir a la tutela inhibitoria atípica.

Más aún, si atendemos a la razón de ser los llamados deberes instrumentales —destinados a preservar el *interés del acreedor a la prestación*— sería un contrasentido que el acreedor, frente a su inobservancia por el deudor, se encuentre sometido a la alternativa de esperar a que se consume el incumplimiento o a resolver el contrato renunciando en ambos casos, precisamente, a la prestación.

En suma, perdería en coherencia el sistema si, la tutela preventiva de cara a la responsabilidad patrimonial universal —destinada como se vio a operar después del incumplimiento— fuera más amplia y otorgara mayores facultades al acreedor que la prevención del "primer daño" que lo genera precisamente el incumplimiento (66).

IV.2. Límites y criterios de la prevención

Hasta aquí las reglas generales que, como decía Colmo, son fáciles como todas las reglas en su noción teórica, pero resultan tan difíciles como todas las reglas en su juego positivo.

A propósito de ello —y casi no valdría la pena reiterarlo de no ser que la injerencia en el patrimonio ajeno es siempre una cuestión delicada que roza no sólo la esfera de libertad del deudor sino también al

---

(64) Conf. Albanese Antonio "La tutela preventiva del crédito: dall´azione inibitoria all´adempimento coattivo degli obblighi integrativi e strumentali", en Europa e Diritto Privato, 2018, pág. 377.

(65) Frenda, Daniela "Appunti per una teoría dell´inibitoria come forma di tutela preventiva dell´inadempimento", en Europa e Diritto Privato, 2016, pág. 721.

(66) Conf.: Albanese, Antonio "Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali", Roma, 2014, pág. 16, n° 4.

equilibrio del sistema— *el acreedor no puede pretender ni exigir cualquier comportamiento del deudor que sea funcional a conservar la posibilidad de cumplir*. Esto debe ser subrayado. Además de ilógico, sería extender el contenido contractual más allá del objeto y de la causa. Semejante injerencia en la gestión del patrimonio del deudor debe descartarse por completo (art. 960).

Se trata por lo tanto de establecer parámetros para delimitar el alcance que no superen la regla de oro de la lógica contractual: los contratos obligan a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, *con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor* (art. 961).

Uno de ellos podría ser que, así como *la imputabilidad* de la imposibilidad absoluta y objetiva de la prestación (arts. 955 y 1732, CCyC) [(67)] debe valorarse a la luz de *los medios a los que razonablemente, acorde a la naturaleza y el fin del contrato, el deudor se comprometió a emplear* a fin de cumplir la prestación, del mismo modo, una eventual tutela preventiva del incumplimiento no se justifica por el simple temor por muy fundado que sea, sino que exigirá ponderar, en el caso concreto, si la acción u omisión antijurídica del deudor, *valorada a la luz de dichos parámetros*, otorgan justificación a la acción preventiva.

El interesado debe siempre acreditar la gravedad y la verosimilitud de la amenaza de daño, es decir, la existencia de un *interés razonable y proporcional con la naturaleza y la causa objetiva del contrato*. La procedencia —siempre excepcional— queda supeditada, en caso concreto, al balance comparativo entre la entidad de la amenaza de daño que invoca el acreedor, con la esfera de libertad para la gestión del patrimonio que, por principio, le pertenece al deudor.

En cualquier caso, la sentencia debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (art. 1713).

---

(67) Sobre lo cual: Bueres, Alberto "Derecho de daños", Bs. As. 2001, pág. 438; Picasso - Sáenz "Tratado de Derecho de Daños" tomo I, pág. 390.

La Cuarta Revolución Industrial. Neurociencias, neurotecnologías y neuroderechos

Por Jorge Mario Galdós

I. El homenaje al Dr. Jorge Bustamante Alsina

El Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires —dirigido por el Dr. José W. Tobías— acierta nuevamente con la elección de jurista a quién se rinde homenaje en su tradicional publicación anual. Jurista, académico, profesor, autor de numerosas obras, Bustamante Alsina fue un estudioso de la responsabilidad civil en el derecho argentino. Su clásica obra —*Teoría General de la Responsabilidad Civil*— tuvo el enorme mérito de abarcar, en un único tomo, los aspectos generales de la responsabilidad civil y los supuestos típicos o clásicos que generan el deber de reparar. Y lo hizo con claridad, síntesis y profundidad. Luego, en otros cuatro volúmenes posteriores —*Responsabilidad civil y otros estudios*— recopiló y actualizó sus trabajos y comentarios de fallos publicados en distintas revistas especializadas, dedicándose —y anticipándose— hace más de cuatro décadas, a temas que en la actualidad concitan marcado y renovado interés: daño ambiental, libertad de prensa, bioética, biotecnología, Proyecto Genoma Humano, informática, daño genético, trasplante de órganos, entre muchos otros. Me sumo, muy agradecido por haber sido convocado, al homenaje al Profesor Dr. Jorge Bustamante Alsina.

II. Introducción. Nuestro propósito

Nos proponemos efectuar un análisis —un esbozo apenas introductorio— de un fenómeno emergente de la Cuarta Revolución Industrial: el apogeo de las neurociencias (que no debe desbordar en "neurocen-

trismo") conduce al desarrollo exponencial de las neurotecnologías, facilitadas e intensificadas por la utilización y aplicación de la Inteligencia Artificial. De ahí que los estudios y tratamientos sobre el cerebro y su funcionalidad generan modalidades inéditas de dañosidad (v. gr. a la privacidad, a la autodeterminación neuronal, etc.) que dan lugar a la aparición de los neuroderechos (derechos sobre el cerebro). En este contexto, al menos por ahora, la protección de la persona humana y los derechos personalísimos encuentra cobijo en los derechos fundamentales constitucionales y convencionales, que permiten su resguardo.

En definitiva: asistimos (desde este enfoque) a un proceso secuencial y escalonado de interacción multidisciplinaria y transversal entre neurociencias, neurotecnologías, Inteligencia Artificial, neuroderechos y derechos fundamentales.

III. LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

1. Estamos transitando la Cuarta Revolución Industrial (4RI), o Revolución 4.0 [(1)], en la que convergen las nuevas tecnologías (CT), la Inteligencia Artificial (IA), Internet de las cosas ("IdC" o "loT"), las interfaces humano-máquina (IHM), la ingeniería genética, la fabricación informatizada, la producción inteligente, la computación en la nube, la impresión 3D, entre muchas otras.

La Primera Revolución Industrial nació con la agricultura y el comercio; la Segunda con el surgimiento de la energía (gas, electricidad), el transporte y la comunicación (automóvil, avión, teléfono, radio) y la producción en masa; la Tercera con la automatización, Internet, las computadoras personales, las tecnologías de la información y del conocimiento. Incluso se anticipa la proximidad de la Quinta Revolución Industrial (con el metaverso, la Web3 y la informática cuántica) [(2)]. Ahora la Cuarta Revolución se enmarca en la multiplicación de esas tecnologías de la información y en el fenomenal, imparable e impredecible desarrollo de la Inteligencia Artificial o —como términos equivalentes— los Sis-

(1) Algunos autores aluden como términos equivalentes a "Revolución industrial etapa cuatro" "fabricación inteligente" o "fabricación automatizada"

(2) Gil Domínguez, Andrés, "Inteligencia artificial: posibles modelos de regulación y gestión", cita online: TR La Ley AR/DOC/1688/2024: Gil Domínguez, Andrés, "Inteligencia Artificial y Derecho", Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2019, p. 17 y ss.; Conte-Grand, Julio, "El desafío de las instituciones en tiempos vertiginosos", La Nación, 15/2/2925; disponible en https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-desafio-de-las-instituciones-en-tiempos-vertiginosos-nid15022025/

temas Inteligentes (SI) o Sistemas de Inteligencia Artificial (SIA) [3]. La "tecnología disruptiva" (y los acelerados cambios, avances y descubrimientos) impacta naturalmente en la forma en que operan las empresas y las industrias y en la que piensan y actúan las personas y los consumidores (la denominada "innovación disruptiva") [4]. Se señala desde las esferas gubernamentales que la "Industria 4.0" (que no es sólo la producción sino que incluye a toda la cadena de valor) necesita de "soluciones enfocadas en la interconectividad, la automatización y los datos en tiempo real, requiriendo de la incorporación en las empresas de Inteligencia artificial, Internet de las cosas, robótica, impresión 3D, servicios en la nube y ciberseguridad" [5].

La 4RI se caracteriza por "la desmaterialización de los procesos y la consolidación de un sistema de interconectividad superintensiva fundada en el manejo y procesamiento instantáneo de inmensas masas de información (*big data*), ordenadas a escala global y en tiempo presente" [6]. En ella se presenta "la convergencia y complementariedad de los dominios tecnológicos emergentes, incluyendo la nanotecnología, la biotecnología, los nuevos materiales y las tecnologías de producción digital avanzada" (PDA) [7]. Hablar de 4RI —se dice— significa hablar de tecnologías de la información (Internet, máquinas, robots, secuenciación genética, etc.) interactuando "fusionadamente con los dominios físicos, digitales y biológicos (IA, Robótica, Internet de las cosas y servicios, nanotecnología, Biotecnología, neurociencias), retroalimentándose y aprendiendo de su propio operar" [8].

---

(3) Galdós, Jorge M. - Valicenti, Ezequiel, "Responsabilidad civil derivada de la inteligencia artificial y los sistemas inteligentes", Cita: TR La Ley AR/DOC/270/2025.

(4) Negri, Nicolás J. - Guerreiro, Pablo N., "Inteligencia artificial. ¿Colapso del sistema maestro de responsabilidad civil?", RCCyC, 2024 (septiembre-octubre), 57, TR La Ley AR/DOC/1979/2024, nota 3.

(5) Plan de Desarrollo Productivo Argentina 4.0, Ministerio de Economía; disponible en https://www.argentina.gob.ar/produccion/planargentina40/industria-4-0

(6) Conte-Grand Julio "El desafío de las instituciones en tiempos vertiginosos" La Nación 15/2/2925; disponible en https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-desafio-de-las-instituciones-en-tiempos-vertiginosos-nid15022025/

(7) Lavopa, Alejandro- Delera, Michele, "Qué es la cuarta revolución industrial?", disponible en https://iap.unido.org/es/articles/que-es-la-cuarta-revolucion-industrial

(8) López Oneto, Marcos, "Fundamentos Antropológicos, éticos, filosóficos, históricos, sociológicos y jurídicos para la constitución universal de un derecho de la Inteligencia Artificial (DIA)" en Corvalán Juan G. (Dir.), "Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho", Ed. La Ley, T I, p. 88.

La doctrina pone de manifiesto que la Revolución Industrial 4.0 está formada por "una sucesión interrelacionada de cambios tecnológicos que pueden resumirse en tres grandes avances: la sustitución del trabajo humano por la máquina; el relevo de la energía animal por la energía inanimada; la introducción de grandes mejoras en los métodos de obtención y elaboración de materias primas, en especial en campos como la metalurgia y la química" [9]. Este estadio de la inicial revolución industrial tiene su epicentro en el aumento exponencial de dos factores: "capacidad de almacenamiento y velocidad de procesamiento de la información y de los datos" [10].

La Cuarta Revolución Industrial se representa con varios acrónimos: GNR (genética, la nanotecnología y robótica); NBIC (nanotecnología, la biotecnología, las tecnologías de la información y las ciencias cognitivas) [11]. La letra N hace referencia a la nanotecnología y las nanociencias; la B a la biotecnología, biomedicina e ingeniería genética; la I, a las tecnologías de la información, computación y comunicaciones y la C a las ciencias cognitivas y neurociencias [12]. "La nanotecnología agrupa el conjunto de técnicas a nivel atómico o molecular; la biotecnología se refiere a lo vivo y a la ingeniería genética; la informática incluye la electrónica, las telecomunicaciones, la robótica y la inteligencia artificial; y, las ciencias cognitivas se interesan mayormente por el funcionamiento del cerebro humano" [13].

---

(9) Lamanna Guiñazú, Emiliano, "Reflexiones en torno a la responsabilidad civil en la revolución industrial 4.0. Desafíos de la normativa sobre prevención y reparación del daño en la Argentina digital 4.0". Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas, Vol. 10, N° 2 (julio-diciembre). Santa Rosa: disponible en http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a05, cita n° 3.

(10) Corvalán, Juan Gustavo, "La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea", La Ley 2017-E, 1008, Cita Online: AR/DOC/2520/2017.

(11) Gil Domínguez, Andrés, "Inteligencia artificial: posibles modelos de regulación y gestión", cita online: TR La Ley AR/DOC/1688/2024: Gil Domínguez, Andrés, "Inteligencia Artificial y Derecho", Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2019, p. 17 y ss.; Conte-Grand, Julio, "El desafío de las instituciones en tiempos vertiginosos", La Nación, 15/2/2925; https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-desafio-de-las-instituciones-en-tiempos-vertiginosos-nid15022025/

(12) López Oneto, Marcos, "Fundamentos Antropológicos, éticos, filosóficos, históricos, sociológicos y jurídicos para la constitución universal de un derecho de la Inteligencia Artificial (DIA)" en Corvalán Juan G. (Dir), "Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho", Ed. La Ley, T. I, p. 80.

(13) Ansermet François- François Forestier François "La devoración Digital" Ed UNSM 2023; ver también una síntesis disponible en https://unsamedita.unsam.edu.ar/product/la-devoracion-digital/

También se acude a otros acrónimos. Inicialmente se aludía a las GAFA, las corporaciones multinacionales vinculadas a Internet (Google, Apple, Facebook y Amazon); tras ello, y con otras incorporaciones, se habla de GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft), al que —desde una mirada crítica— se lo califica como el "monopolio vampírico". Sadin continúa diciendo que el dominio de los SI crea una "sociedad fantasmal"," sumergida en una atmósfera espectral" que "confunden los flujos de la vida y los flujos digitales", que el "tecnoliberalismo" instituye un "acompañamiento algorítmico" y que la "racionalidad computacional" gestiona nuestra vida y el mundo, expulsando nuestra falibilidad, sensibilidad e inventiva [(14)]. Asistimos —dice otro autor— a la "Era del Silicio", aludiendo al material con el que se fabrican, al menos hasta ahora, los chips de las computadoras que ejecutan los algoritmos [(15)]. En ese concordante sentido se sostiene que la convergencia tecnológica (CT) se apoya en cuatro pilares: 1) Nanotecnología, 2) Biotecnología (genoma humano); 3) Inteligencia Artificial; 4) Neurotecnología (Neurociencias) [(16)]. Luego de las GAFAM nacieron "émulos muy exitosos en el campo digital, las NATU (Netflix, Airbnb, Tesla y Uber), e incluso las ulteriores "siete magníficas": Alphabet, Amazon, Meta, Apple, Microsoft, Tesla y Nvidia" [(17)].

El impacto de la Cuarta Revolución industrial en la reformulación de la relaciones del trabajo y en la prestación de servicios condujo a que distintos autores calificaran a las nuevas formas de organización empre-

---

(14) Sadin Éric "La vida espectral. Pensar la era del metaverso y las inteligencias artificiales generativas", Ed. Caja Negra, Bs. As., 2024, p. 17, 21, 25, 33, 61, 231. Claudia Piñeiro brinda como ejemplos de casos "espectrales", "tres revelaciones (presentadas a la fecha de su nota) que modificaron la percepción de realidad: un escritor que no existe (en referencia a Jianwei Xun como supuesto autor del libro Hipnocracia, un "bestseller"), un teórico inventado (Ron Vara supuesto especialista en economía que tampoco existe) y "una comunidad que le chupó la sangre al Estudio Ghibli" (aludiendo a la utilización en masa y sin autorización del estilo de animación japonés). Ver Piñeiro Claudia "Espectros, vampiros y fantasmas: ¿para esto usamos la inteligencia artificial?, Revista Cenital 19/4/2025 disponible en https://cenital.com/author/claudia-pineiro/

(15) Harari Yuval Noah "Nexus" Ed Debate Bs As 2004, p 32.465

(16) Sobrino, Waldo A. "Las Neurociencias aplicadas al Código Civil y Comercial de la Nación (con la normativa actualmente vigente), SAIJ DACF210169, www.saijgob.ar (4/10/019).

(17) Ansermet François- François Forestier François "La devoración Digital" Ed UNSM 2023; ver también https://unsamedita.unsam.edu.ar/product/la-devoracion-digital/

sarial-laboral como: "capitalismo de datos" [18], "capitalismo de plataformas" [19]; "capitalismo de vigilancia" (por el monitoreo del comportamiento por parte de las empresas a través de las publicidades gratuitas) y "capitalismo de la información" (por la predicción y modificación del comportamiento de los usuarios); asistimos al pasaje de la "industria del software como servicio" a la "movilidad como servicio" (en relación a la industria del transporte; v. gr. las prestaciones de Uber, Cabify, etc.) [20].

2. La incidencia de la 4RI en el mundo jurídico es compleja, difícil de abordar, analizar y de formular propuestas para los distintos problemas que se presentan en la actualidad y en el impredecible futuro inmediato. Los desafíos y dificultades son enormes, pues "la era digital en el espejo del derecho tensa los principios y normas que operaron durante siglos" [21]; el Derecho, sin el adecuado control humano, corre riesgo de convertirse en "Derecho Artificial" [22]. De ahí que el "Derecho de la Inteligencia Artificial" (DIA) debe estar fundado en los principios jurídicos, expresos e implícitos, y en el derecho internacional de los derechos humanos, sobre la base de una visión humanista [23]. La presencia, intervención y supervisión del humano en los procesos de desarrollo, implementación y aplicación de los SIA es la garantía de la supervivencia y —si se permite el juego de palabras— del "humanismo de la humanidad" (el conjunto de seres humanos, con sus cualidades inmanentes de pensar, sentir, emocionarse, actuar).

3. En lo relativo a la aplicación en la justicia de los SIA se concibe a la "justicia digital", en sentido amplio, como "una gran variedad de fenómenos propios de la aplicación de las nuevas tecnologías al derecho, como la "justicia predictiva", las *legaltech* (o aplicaciones jurídicas) y hasta *blockchains*. La informatización del derecho en general no solo modifi-

---

(18) Soares Valentini, "Industria 4.0 y gestión laboral por Inteligencia Artificial. Las Plataformas de trabajo y los nuevos desafíos del Derecho laboral" en Corvalán Juan G. (Dir) "Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho", Ed. La Ley, T. III, p. 179.

(19) Srnicer, Nick, "Capitalismo de Plataformas", Ed. Caja Negra, Bs. As. 2018.

(20) Cajén, Facundo, "El Estado Virtual", Bs. As., 2023, p. 105 y 30.

(21) Saravia Frías, Bernardo, "La era Digital en el espejo del Derecho", TR La Ley AR/DOC/279/2024.

(22) Falcón, Enrique M., "El Derecho Artificial", TR La Ley AR/DOC/283/2024.

(23) López Oneto, Marcos, "Fundamentos Antropológicos, éticos, filosóficos, históricos, sociológicos y jurídicos para la constitución universal de un derecho de la Inteligencia Artificial (DIA)" en Corvalán Juan G. (Dir) "Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho", Ed. La Ley, T. I, p. 137; ver Álvarez Larrondo, Federico M., «El nuevo ‹derecho artificial›. Desafíos para el derecho en general», en Álvarez Larrondo, Federico M. (Dir), "Inteligencia artificial y derecho", Hammurabi, Bs. As., 2020, p. 86.

caría los medios de difusión de la ley sino su misma elaboración, es decir, la producción de la norma [24]. Por lo demás suele identificarse "la justicia digital" (que es el género) con la "justicia predictiva" (que es la especie), que está vinculada con la automatización en el dictado de resoluciones judiciales y en la predicción de sentencias. En este tema son pioneros los estudios y desarrollo de programas del IALAB [25], especialmente a partir de "Prometea", "el primer e inédito sistema (implementado a partir del año 2017) de inteligencia artificial predictivo que además trabaja con un asistente de voz (tal como lo hace Siri de Apple) y permite realizar un dictamen jurídico de manera íntegra, inicialmente en la gestión del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires" [26]. Luego se profundizaron las investigaciones y experiencias a nivel de distintos Poderes Judiciales del país, y más recientemente se dieron a conocer los resultados del "Programa Piloto de Uso Estratégico y Responsable de IA Generativa en la Justicia Argentina" que concluyen que "esta tecnología puede optimizar tiempos, mejorar la calidad de los documentos y permitir a los y las agentes judiciales concentrarse en tareas más complejas que requieren su experiencia y criterio" [27].

Finalmente, y lo que aquí nos interesa enfatizar, el uso responsable y ético de la Inteligencia Artificial Generativa (IAGEN) requiere —en todas sus aplicaciones y especialmente en el ámbito de la justicia (en esta etapa de utilización de la "justicia predictiva")— del control y supervisión humano. Esta nueva tecnología puede completar y complementarla actividad de los sujetos humanos que intervienen en el sistema de administración de justicia y contribuir a mejorar y darle mayor eficiencia

---

(24) Wierzba, Sandra M. - Marhaba, Débora - Pérez Felicioni, Nicolás - Cosoy, Diego, "Justicia digital, inteligencia artificial y profesiones jurídicas", TR La Ley AR/DOC/2327/2024.

(25) "Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA-IALAB) dirigido por el Dr. Juan G. Corvalán.

(26) Disponible en https://ialab.com.ar/investigacion-aplicada/; Ver Corvalán, Juan Gustavo, "La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea", La Ley 2017-E, 1008. Cita Online: AR/DOC/2520/2017; Corvalán, Juan Gustavo, "Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades. Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia", Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 295-316, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55334.

(27) Ver el informe "Resultados Preliminares del Programa Piloto de Uso Estratégico y Responsable de IA Generativa en la Justicia Argentina", disponible en https://www.diariojudicial.com/news-100224-la-ia-judicial-ya-dio-resultados con nota de Diario Judicial, "La IA judicial ya dio resultados" (25/3/2025). Se concluyó, en síntesis, que el uso más difundido por los tribunales consistió en la redacción de documentos y en la búsqueda de información.

al Poder Judicial, pero —enfáticamente— no puede prescindir de la persona humana.

4. En el contexto general descripto, un aspecto emergente de la 4RI es la interacción entre IA, neurociencias, neurotecnologías y neuroderechos, en los que el hilo conductor radica en la tutela enfática de la persona humana a partir de los derechos fundamentales locales y globales, los que se erigen —además de la legislación de cada país— como el escudo normativo que puede proteger al ser humano de los daños derivados de la aplicación de las nuevas tecnologías, particularmente de la intromisión de las neurotecnologías en la integridad cerebral.

Esa interacción es la que procuramos destacar y correlacionar: la IA potencia las tecnologías emergentes y reformulan y resignifican la relación hombre-máquinas o agentes inteligentes; las neurociencias se ocupan del ser humano y su actividad cerebral, mental y conductual; las neurotecnologías, permiten medir o mejorar el funcionamiento del cerebro y del cuerpo humano. Todo ello da origen a los neuroderechos —o derechos sobre el cerebro— frente a modalidades novedosas de dañosidad (captación de datos neuronales, manipulación de la personalidad, etc.). En ese contexto la garantía de protección de la persona humana, como base mínima de cobertura ante la ausencia de normas específicas, son los derechos fundamentales. De ahí que un nuevo fenómeno puede expresarse en la sigla 4RIANNNDF que significa: 4° Revolución Industrial; IA; neurociencias (estudios sobre el cerebro, la mente y la conducta); neurotecnologías (tecnología para curar o mejorar el funcionamiento cerebral y corporal); neuroderechos (nuevos derechos o adecuación de los existentes para proteger la invasión de la integridad cerebral) y los derechos fundamentales como paraguas de protección de la persona humana y su mismidad.

IV. Sistemas de Inteligencia Artificial y neurociencias

IV.1. ¿Qué son los Sistemas de Inteligencia Artificial? Breve referencia conceptual

No existe un concepto uniforme o universal de Inteligencia Artificial (IA), Sistemas de Inteligencia Artificial (SIA) o Sistemas Inteligentes (SI) [28].

(28) Abordamos el tema y remitimos a Galdós, Jorge M. - Valicenti, Ezequiel "Responsabilidad civil derivada de la inteligencia artificial y los sistemas inteligentes", Cita: TR La Ley AR/DOC/270/20250.

En el plano normativo es importante destacar la definición dada en el "Reglamento de Inteligencia Artificial" (Reglamento UE 2024/1689, también llamada "Ley de Inteligencia Artificial"), adoptada por la Unión Europea (en marzo del 2024 y publicado oficialmente el 12 de julio de ese año) y que constituye una de las fuentes legislativas vigentes de mayor relevancia [(29)]. En el art. 3 el Reglamento establece que un "Sistema de IA" es "un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales". Por nuestro lado sostuvimos que la Inteligencia Artificial constituye una especie de "sistema complejo" caracterizado por la interconexión de sus partes, las interacciones no lineales entre ellas, la capacidad de adaptación y autoorganización, y la derivación de propiedades que no estaban presentes en los componentes individuales. Los Sistemas de Inteligencia Artificial (SIA) o Sistemas Inteligentes (SI) comprenden todos los sistemas complejos en los que, a partir de ciertos componentes (algoritmos, datos, software y, en su caso, hardware) se producen resultados "de salida" diferentes a esos componentes considerados individualmente (nuevos datos o contenidos, recomendaciones, cursos de acción o decisiones, etc.) [(30)].

Estos sistemas son inteligentes pues presentan algún grado de autonomía respecto a quién los opera o los utiliza, lo que incluye además la posibilidad de "aprendizaje" a partir de la interacción con el entorno. De allí que, simplificadamente, podría sostenerse que la IA o los SI o SIA presentan —esencialmente— dos cualidades básicas:

a) la "automatización", es decir, la capacidad de operar con mayor o menor autonomía, con potencialidad de reemplazar, total o parcialmente, la voluntad humana;

b) el "autoaprendizaje", lo que implica, que las IA van procesando los datos que obtienen de su entorno y de su propio funcionamiento, "mejorando" y adaptando continuamente su actividad, e incorporando nuevas competencias. Todo ello produce fuertes impactos tecnológicos y jurí-

---

(29) Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial. La publicación oficial se encuentra disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AL_202401689

(30) Galdós, Jorge M. - Valicenti, Ezequiel "Responsabilidad civil derivada de la inteligencia artificial y los sistemas inteligentes", Cita: TR La Ley AR/DOC/270/20250.

dicos y nuevos paradigmas en el ámbito de la responsabilidad civil que requieren articular el mundo real con el virtual [31].

IV.1.a. Síntesis descriptiva

Procurando sistematizar y resumir las notas sobresalientes de la IA, se coincide que la mayoría de las definiciones la caracterizan como: 1) una tecnología o conjunto de ellas; 2) sistemas, máquinas o sistema s basados en máquinas; 3) campos o ramas de las ciencias; 4) conjunto o constelación de procesos. Y en lo relativo a los fines y propósitos de la IA, se señala que la finalidad es: 1) ejecutar o simular tareas propias del ser humano que se consideran inteligentes cuando estos las realizan; 2) el procesamiento de datos o información; 3) la resolución de problemas y elaboración de predicciones y recomendaciones; 4) el incremento del bienestar [32].

IV.1.b. Tipos de IA

Conforme la opinión de distintos autores, es posible diferenciar hoy tres tipos de inteligencia artificial [33]:

---

(31) Ver, entre muchos otros: Corvalán, Juan; Díaz, Laura; Simari, Gerardo, "Inteligencia Artificial: bases conceptuales para comprender la revolución de las revoluciones", en Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho, La Ley, Bs As, 2021, Tomo I, p. 34; Álvarez Larrondo, Federico M., "El nuevo 'derecho artificial'. Desafíos para el derecho en general", en Álvarez Larrondo, Federico M., "Inteligencia artificial y derecho", Hammurabi, Bs. As., 2020, p. 86; Colombo, María Celeste, "La responsabilidad civil derivada de la utilización de algoritmos en el derecho de consumo", Thomson Reuters La Ley, Bs. As., 2023, p. 85; Weingarten, Celia, "La disrupción digital y sus impactos" en Weingarten, Celia (dir.), "La disrupción digital y sus impactos en el ser humano. Una mirada jurídica", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2023, p. 13; Wierzba, Sandra M. y Danesi, Cecilia C., "Violencia en las redes sociales. ¿Acciones judiciales o normas y algoritmos como clave para la prevención?", en La Ley, cita online: AR/DOC/199/2020.

(32) Corvalán, Juan –Díaz, Laura-Simari, Gerardo, "Inteligencia Artificial: bases conceptuales para comprender la revolución de las revoluciones" en Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho", Ed. La Ley, T. I, p. 34, Bs. As., 2021.

(33) Seguimos a Saux, Edgardo I, "Algunas reflexiones sobre la notable incidencia de las nuevas tecnologías en ámbitos del derecho privado de tradicional conformación: la persona y el contrato", en Tobías, W (Dir.) Las Nuevas Tecnologías y el Derecho, Instituto de Derecho Civil. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Bs. As, 2022, p. 49. La misma clasificación es utilizada por Núñez, Javier F. "Inteligencia Artificial: experiencias y propuestas de regulación en el derecho comparado", SJA 15/07/2020, 15/07/2020, 3, Cita Online: AR/DOC/1730/2020. Negri y Guerreiro aluden a "modalidades" (Negri, Nicolás J. – Guerreiro, Pablo N. "Inteligencia

a) la Inteligencia Artificial limitada o débil (o "Artificial Narrow Intelligence") (ANI): especializada en una actividad específica, excluyente de otras (v. gr. la supercomputadora "Deep Blue" que venció a Kasparov en ajedrez; la que se inserta en los "vehículos inteligentes" y que no necesitan de un conductor humano);

b) la Inteligencia Artificial general, fuerte o generativa ("Artificial General Intelligence") (AGI): tiene un grado de Inteligencia Artificial de nivel humano (v. gr. la máquina que puede realizar las mismas tareas intelectuales que una persona, y cuenta con capacidad de razonar, planificar, resolver problemas a nivel teórico, pensar en forma abstracta e incluso aprender de su propia experiencia);

c) la "Superinteligencia Artificial" ("Artificial Super Intelligence") (ASI): dispositivo de IA que cuenta con una función intelectual incluso superior a los seres humanos más dotados en todos los campos, incluyendo la creatividad científica, aún en etapa de desarrollo.

En este tríptico, los debates actuales se refieren a sistemas de inteligencia artificial limitada (ANI) e incluso, aunque aún con incipiente desarrollo, sistemas fuertes (AGI).

IV.2. Las neurociencias. Cerebro, mente y conducta

IV.2.a. Las neurociencias. Referencia conceptual

IV.2.a.i. Concepto

Según el *Diccionario* de la Real Academia Española, la Neurociencia es "la ciencia transversal que se ocupa del sistema nervioso o de cada uno de sus diversos aspectos y funciones especializadas" (34). Conceptualmente se sostiene que "cualquier definición de neurociencias conduce al sistema nervioso; estudian los aspectos celular, funcional, evolutivo, computacional, molecular, celular y médico del sistema nervioso; y también las bases biológicas de la conducta humana. Buscan entender y explicar científicamente cómo la función cerebral da lugar a las actividades mentales, tales como la percepción, la memoria, el lenguaje e incluso la conciencia" (35). Bonet se refiere "al sistema integrado por la comunica-

---

Artificial. ¿Colapso del sistema maestro de responsabilidad civil?", RCCyC 2024 (septiembre-octubre), 57, Cita: TR LALEY AR/DOC/1979/2024.

(34) Diccionario Real Academia Española https://dle.rae.es/neurociencia?m=form

(35) Villanueva Raspall, Paula N., ¿"Neuro Derecho? Hacia un diálogo entre el derecho y las neurociencias", Cita Online: AR/DOC/3829/2019.

ción estructural, funcional y constante entre los sistemas nerviosos, endócrino, inmune y el psiquismo por lo que los sistemas corporales funcionan de una manera interactiva, intermodulada o interregulada" (lo que denomina "psiconeuroinmunoendocronología" —PINE—) [36]. Manes explica que las neurociencias estudian la organización y el funcionamiento del sistema nervioso y cómo los diferentes elementos del cerebro interactúan y dan origen a la conducta de los seres humanos" [37]. En ese orden de ideas y poniendo el foco en el aspecto biológico y su relación con el comportamiento se afirma que "el concepto de neurociencias abarca las tradicionales disciplinas de la neurofisiología, la neuroanatomía, la neuroquímica y la neuroembriología, entre otros discursos relativos al sistema nervioso..." [38].

Las neurociencias comprenden "el conjunto de aproximaciones de tipo neurocientífico que tratan sobre las altas funciones mentales y comportamentales del ser humano y que intenta explicar campos del cerebro humano dedicados no sólo a funciones cognitivas sino también sociales, afectivas y culturales [39]. Palmero —uno de los autores argentinos que primero abordó el tema— define a las neurociencias como "el conjunto de materias y disciplinas de diverso origen o procedencia que tienden a encontrar explicaciones científica y con validez empírica, del funcionamiento del cerebro y su incidencia sobre los comportamientos humanos, de forma tal que resulte factible encontrar puntos de apoyo firmes y certeros ... acerca de las diversas razones que mueven o condicionan de alguna manera el proceder de las personas" [40].

Existen numerosas ramas de las neurociencias; la neurociencia afectiva: analiza el comportamiento de las neuronas y las emociones; neurociencia del comportamiento: estudia las bases biológicas de la conducta; neurociencia celular: se ocupa de las neuronas; neurociencia clínica: se

---

(36) Bonet, José, "PINE Psiconeuroinmunoendocrinología", Ediciones Bs. As., 2013, p. 131. ps. 56 y ss.

(37) Manes, Facundo–Niro, Mateo, "Usar el cerebro (Conocer nuestra mente para vivir mejor)", Ed. Planeta, Bs. As., 2014, p. 25.

(38) Lolas Stepke, Fernando - Cornejo Plaza, María Isabel, "Neurociencias, neuroética y derecho: culturas epistémicas y comunidades de práctica", Cita Online: AP/DOC/347/2017.

(39) Marco Francia, María Pilar, "Neurociencias, sistema neuroendocrino. Derecho Penal y Abusos sexuales en la infancia", La Ley 018-D-871; DPyC 2018 (Agosto),3.

(40) Palmero, Juan C., "Derecho y neurociencia Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba", Tomo LI - Año Académico 2012, (01-06-2013) Cita: IJ-XDII-833; ver también https://www.muyinteresante.es/ciencia/preguntas-respuestas/que-es-la-neurociencia-89152715666.

dedica a los trastornos del sistema nervioso (v. gr. la psiquiatría); neurociencia cognitiva: a las funciones cognitivas y su base neuronal; neurociencia computacional: utiliza ordenadores para simular y estudiar la función cerebral; neuroingeniería: mediante técnicas de ingeniería procura mejorar los sistemas neuronales; neuroimagen: se ocupa del diagnóstico de enfermedades; neurociencia social: dedicado a analizar cómo los sistemas biológicos implementan el comportamiento social [41].

IV.2.a.ii. Síntesis e interacciones

La aproximación a una noción conceptual de neurociencias (o neurociencia) requiere de una mirada holística y de síntesis porque involucra la confluencia de varias disciplinas [42]. Su campo de aplicación es el estudio del cerebro y sus procesos biológicos y del sistema nervioso y cómo influyen en el comportamiento. De modo que remite, principalmente, por un lado, a los aspectos biológicos del estudio del cerebro y, por el otro, a la teoría de la mente. En definitiva, se trata, de una convergencia de las ciencias biológicas y de las ciencias sociales que comprenden cerebro, mente y comportamiento. Nos interesa enfatizar estos dos aspectos: 1) las neurociencias en su relación con el cerebro y con el sistema nervioso; 2) las neurociencias en su relación con la teoría de la mente.

Esta interacción, que incide en el ámbito del Derecho, la expresa con claridad el autor argentino Roberto Andorno cuando afirma que "la neurociencia comprende el estudio científico del sistema nervioso, que tiene por objeto facilitar una mejor comprensión del funcionamiento de nuestro cerebro y de los mecanismos neurológicos que subyacen a nuestras funciones mentales y comportamiento, así como su relación con las enfermedades y dolencias neurológicas", conocimientos que —acota— "sirven de base para el desarrollo de las tecnologías (neurotecnologías) [43].

---

(41) Ver Villanueva Raspall, Paula N., ¿"Neuro Derecho? Hacia un diálogo entre el derecho y las neurociencias", Cita Online: AR/DOC/3829/2019. 4 ; la autora citada también alude a la neurociencia cultural, del desarrollo; molecular, etc.

(42) Galdós, Jorge M., "Los neuroderechos del consumidor", La Ley AR/DOC/2566/2024; "Daño moral y neurociencias", Cita: Rubinzal Doctrina Digital RC D 101/2021; "Hacia una nueva noción conceptual del daño moral. El aporte de las neurociencias", cita Online: La Ley AR/DOC/2903/2020; y en "La responsabilidad civil. Análisis Exegético, doctrinal y jurisprudencial. Arts. 1708-1780 CCCN" (con la colaboración de Exequiel Valicenti), T°. II, p. 359, Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2021.

(43) Andorno, Roberto, "Neurotecnologías y Derechos Humanos en América Latina y el Caribe. Desafíos y Propuestas de Política Pública", Unesco 2023. CILAC; Ienca, Marcello – Andorno, Roberto, "Hacia nuevos derechos humanos en la neurociencia y la neurotecnología" en "Análisis filosófico" 41(1), (mayo 2021) 141-18.

IV.3. Cerebro, mente, conducta. El sistema límbico y la corteza frontal. Los Sistemas Uno y Dos de Kahneman

IV.3.a. El cerebro humano y el sistema límbico, y la corteza prefrontal

El cerebro es el centro de las decisiones, racionales e irracionales, voluntarias e involuntarias, originadas por procesos neurobiológicos y mentales. Controla las funciones y las manifestaciones del cuerpo, y en él se generan la memoria, los pensamientos, emociones, sentimientos, la conducta y el comportamiento. El cerebro humano pesa aproximadamente un kilo y cuarto, tiene una superficie de dos metros cuadrados (plegados dentro del cráneo), más de 86.000 millones de neuronas, 100 neurotransmisores (serotonina, acetilcona, dopamina, glicina, entre otros) y hormonas (cortisol, progesterona, testosterona, oxitocina)y 150 billones de sinapsis [(44)] —que se multiplican con el aprendizaje— y al menos 700 millones de años de adaptación a un entorno complejo y cambiante [(45)].

La ciencia permitió comprobar que el proceso de la toma de decisiones no es, como se sostenía tradicionalmente, "racional" (es decir basado en la lógica y el sentido común y fundado en un criterio utilitario) sino que está influenciado por las emociones, que las tornan "irracionales"; las emociones condicionan las decisiones [(46)]. Esta conclusión tiene apoyo en los estudios del cerebro (especialmente acerca del funcionamiento del sistema límbico y de la corteza frontal) y en los estudios sobre actividad de la mente y del comportamiento (a partir de los denominados Sistemas Uno y Sistemas Dos elaborados por Kahneman y Tversky).

En la actualidad prevalece la tesis que sostiene la integración de lo neuronal, lo mental y lo conductual [(47)], con el libre albedrío; "el cere-

---

(44) 150 billones representan un 1 seguido de 14 ceros

(45) Torres Ariel, disponible en https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/en-defensa-de-nuestra-misteriosa-materia-gris-nid26042025/ (26/4/2025). Acota que la sexualidad humana nace con estructuras complejas radicadas y activadas por el cerebro

(46) Damasio, Antonio, "En busca de Spinoza. Neurobiología de la emoción y los sentimientos", Bs. As., Paidós, 2014, ps. 18, 38, 65, 103; Damasio, Antonio, "Y el cerebro creó al hombre ¿Cómo pudo el cerebro generar emociones, sentimientos, ideas y el yo?, Bs. As., Ed. Ariel, 2014, ps. 23, 147, 507; Kahneman, Daniel, "Pensar rápido, pensar despacio", 3ª ed., Bs. As., Debate, 2013, p. 52; Thaler, Richard H., y Sunstein, Cass R., "Un pequeño empujón (Nudge) El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad", 1° ed. Bs As, Taunus, 2018.

(47) González Lagier, Daniel, "¿La tercera humillación? (Sobre neurociencia, filosofía y libre albedrío) en Taruffo, Michele, Jordi Nieva Fenoll (dirs.), "Neurociencia y proceso judicial", Marcial Pons, Barcelona, 2013, ps. 25, 36, 37, 40.

bro es una red material de neuronas, sinapsis y sustancias bioquímicas; la mente es el flujo de experiencias subjetivas (como dolor, placer, ira y amor)" (48).

IV.3.a.i. Desde el punto de vista neurobiológico el funcionamiento del sistema límbico y del córtex cerebral incide en el proceso de toma de decisiones. El sistema límbico procesa las señales exteriores, producen las emociones (a partir de los pensamientos) y los sentimientos y genera los impulsos vitales valiéndose principalmente de la intervención de la amígdala, el hipocampo y el hipotálamo. Actúa de modo rápido y más irracional conectando los estímulos exteriores con el tálamo (que transmite las conexiones eléctricas nerviosas), activando los sistemas nervioso autónomo y endocrino y en la respuesta del cuerpo al estrés.

Juegan un papel fundamental las siguientes estructuras del cerebro: la amígdala, donde residen las emociones (amor, afecto, amistad) y especialmente el miedo y la agresión (la amígdala es muy pequeña en las personas violentas) y actúa en la formación de recuerdos emocionales; el hipocampo, donde se procesa la memoria episódica y espacial y los recuerdos (una lesión en esta área acabaría con la capacidad de crear nuevos recuerdos a largo plazo);el hipotálamo que regula la homeostasis y la temperatura corporal, el ritmo circadiano, el hambre, la sed, el sueño, entre otros (49); el tálamo constituye un verdadero transmisor de la mayoría de las interconexiones eléctricas nerviosas del ser humano (50).

El sistema límbico interactúa con funciones que se activan en la corteza cerebral, en la que el córtex prefrontal está involucrado con el pensamiento, la percepción, la conciencia, la planificación, toma de decisiones y permite desarrollar el pensamiento analítico, lógico y crítico.

---

(48) Harari Yuval, Noah, "21 Lecciones para el siglo XXI", Ed. Debate, Bs. As., 2018.

(49) Abdala, Elías Norberto, "Nuestras locuras privadas", Ediciones B, Bs. As., 2009, p. 122.

(50) Palmero, Juan C., "Derecho y neurociencia Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba", Tomo LI - Año Académico 2012, (01-06-2013) Cita: IJ-XDII-833; disponible en https://www.muyinteresante.es/ciencia/preguntas-respuestas/que-es-la-neurociencia-89152715666; Arocena Gustavo "El Derecho Penal, el pronóstico de la conducta delictiva y las neurociencias. XXIII Reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires" ED-VI-CLXXIX-28.

Es la nota más distintiva de los seres humanos y pensantes [51]. Se dice que la estructura más reciente de la corteza cerebral (o córtex cerebral) es la neocorteza ("nueva corteza"), que controla los comportamientos cognitivos más elevados; constituye casi un 80 por ciento de la masa cerebral, a pesar de que es tan gruesa como una servilleta" [52]. En el lóbulo frontal se asientan los valores, la personalidad y los procesos cognitivos más avanzados [53]. El córtex interpreta y traduce las percepciones externas de la persona (según su propio sistema de creencias, valores y la percepción de sí mismo y del mundo circundante) en emociones (más espontáneas y a veces difíciles de controlar) y en sentimientos, todo lo que se exterioriza en conductas y comportamientos.

Mientras el sistema límbico actúa más impulsivamente, de modo acelerado y reactivo, la corteza prefrontal coordina las otras áreas del cerebro e inhibe o controla aquellas reacciones más instantáneas. La corteza consume más energía y exige mayor esfuerzo, concentración y atención. "Se puede decir que la amígdala propone y el lóbulo frontal dispone" [54].

IV.3.a.ii. El sistema límbico y la corteza prefrontal tienen su correlato con los procesos mentales de toma de decisiones denominados por Khaneman y Tversky como "Sistema Uno" (pensamiento rápido) y "Sistema Dos" (pensamiento lento) [55]. El Sistema Uno opera de manera rápida, instantánea, automática y no requiere de mayor esfuerzo cognitivo; actúa de modo más inconsciente y está mucho más presente en nuestras acciones y decisiones de la vida cotidiana. Al operar más "automáticamente" ahorramos energía vital y podemos simplificar las tareas habituales, más sencillas y mecanizadas (v. gr. atarse los cordones, andar en bicicleta, saltar un charco, efectuar mentalmente operaciones matemáticas sencillas —4 x 8—). El Sistema Dos es más racional, deliberado y voluntario y requiere de esfuerzo cognitivo, por eso es más lento; actúa de manera más consciente y requiere concentración porque centra la atención en las actividades mentales más esforzadas (v. gr. estacionar un

---

(51) Shina Fernando E. "Responsabilidad por daños. Análisis Doctrinal y jurisprudencial" Ed Hammurabi Bs As 2024 p 36.

(52) Kaku, Michio, "El futuro de nuestra mente. El reto científico para entender, mejorar y fortalecer nuestra mente", ed. Debate, 2017, ps. 42 y 43

(53) Torres Ariel cita disponible en https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/en-defensa-de-nuestra-misteriosa-materia-gris-nid26042025/ (26/4/2025).

(54) Abdala, Elías Norberto, "Nuestras locuras privadas", Ediciones B, Bs. As., 2009, p. 122.

(55) Khaneman "Pensar Rápido, Pensar Despacio". Ed. Debate, Argentina, 2021, 14a edición.

auto en reversa, buscar un amigo en la multitud, efectuar mentalmente operaciones matemáticas más complejas). El Sistema Dos es el que caracteriza al cerebro como un "órgano perezoso".

El Sistema Uno —dice Kahneman— sin esfuerzo genera impresiones, intuiciones y sensaciones; y si cuentan con la aprobación del del Sistema Dos se tornan creencias y acciones voluntarias. El Sistema Uno genera patrones de comportamiento (conforme —como dijimos—nuestro régimen de creencias, de pensamientos, de la manera de sentir y verse a sí mismo, a los demás y al mundo exterior), que suelen producir los denominados sesgos cognitivos o heurísticos. Se trata de "fallas", desvíos, atajos o errores involuntarios que distorsionan el procesamiento lógico o racional y que el cerebro utiliza para resolver rápidamente situaciones o tomar decisiones [56].

Todos estos estudios de Kahneman, continuados y profundizados por otros investigadores (Sunstein, Sibony, Thaler, entre otros) [57], son seguidos por calificados autores argentinos y constituyen el fundamento inicial de la teoría del comportamiento y de la economía del comportamiento [58].

---

(56) Ver Shina Fernando E. "Responsabilidad por daños. Análisis Doctrinal y jurisprudencial" Ed Hammurabi Bs As 2024 p 458

(57) Kahneman, Daniel, "Pensar rápido, pensar despacio", 3ª Ed., Bs. As., Debate, 2013; Kahneman, Daniel; Sibony Olivier; Sunstein, Cass R., "Ruido. Una falla en el juicio humano" Ed Debate Bs As 2021; Thaler, Richard H., y Sunstein, Cass R., "Un pequeño empujón (Nudge) El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad", 1° Ed. Bs As, Taunus, 2018; Thaler, Richard H., "Portarse mal: el comportamiento irracional en la vida económica", Bs. As., Ed. Paidós, 2017. Ariely, Dan, "Las ventajas del deseo. Cómo sacar partido de la irracionalidad en nuestras relaciones personales y laborales", Barcelona, Ed. Ariel, 2010.; Kaku, Michio, "El futuro de nuestra mente", Bs. As., Ed. Debate, 2017. Dobelli, Rolf, "El arte de pensar: 52 errores de lógica que es mejor dejar que cometan otros", Ed. Grupo Zeta, Bs. As., 2012; Tallinan, Joseph T., "Las trampas de la mente: por qué miramos sin ver, olvidamos las cosas, y creemos estar por encima de los demás", 1ª. Ed. Bs. As., 2014, Editorial Kairós, 2014. Sigman, Mariano, "La vida secreta de la mente: nuestro cerebro cuando decidimos, sentimos y pensamos", Bs. As., Ed. Debate, 2015;

(58) Acciarri, Hugo; "De 'Análisis Económico del Derecho' a 'Derecho, Economía y Comportamiento'. Por qué renovar (y ampliar) la denominación", La Ley 2018-C, 1272; Cita: TR La Ley AR/DOC/577/20187; Sobrino, Waldo, "Neurociencias y la "humanización" del derecho", Cita: TR La Ley AR/DOC/2265/2024 disponible en https://derechoycomportamiento.wordpress.com/2017/03/05/derecho-y-analisis-del-comportamiento-por-hugo-acciarri/#_ftn4; Acciarri, Hugo A. (dir.), "Derecho, economía y ciencias del comportamiento", SAIJ, Buenos Aires, 2019, 1ª ed., disponible en disponible en www.bibliotecadigital.gob.ar; Sunstein, Cass, "Malentendidos acerca de los

Por otro lado, y complementariamente, la teoría cognitiva pone también de relieve la importancia de los pensamientos (lo que pensamos acerca de los hechos); los pensamientos (y no los hechos) son los que determinan las emociones sobre los hechos y dan lugar a las reacciones vitales (incluso las biológicas).

En definitiva, las neurociencias estudian el comportamiento humano correlacionado e integrando la actividad cerebral (el sistema límbico y la corteza cerebral) con la actividad mental (los Sistemas Uno y Dos).

IV.3.b. Neurociencias y derecho

La interacción entre el Derecho y las neurociencias la explican con claridad Andorno e Ienca: "aunque a priori se presentan como disciplinas inconexas, se encuentran necesariamente asociadas. La conducta humana es abordada por ambas disciplinas. La neurociencia se ocupa de estudiar los procesos cerebrales que subyacen al comportamiento humano y el Derecho, por su parte, apunta a regular tal comportamiento [(59)].

Si bien inicialmente se vinculó las neurociencias con el derecho penal [(60)], la nueva disciplina va mucho más allá e involucra temas cruciales, como el libre albedrío, la capacidad de las personas, la teoría del acto y del negocio jurídico etc. Sobrino enumera numerosos supuestos en los que las neurociencias impactan en el derecho; aunque no coincidamos con todos ellos, transcribimos los principales por su detallada descrip-

---

nudges", LL 24/7/2020, p. 6, (traducción de Martín A. Frúgali. Título original: "Misconceptions about nudges", publicado en Journal of Behavioral Economics for Policy, 2, n. 1, ps. 61-67, 2018); Chamatropulos, Demetrio A., "Orden público y nudges en el Código Civil y Comercial (algunos aportes desde la economía del comportamiento)", RCCyC 2017 (noviembre),17/11/2017, 23; Cita Online: AR/DOC/2621/2017; aut. cit., "¿Qué hacer ante las decisiones "no racionales" de los consumidores?", Cita Online: AR/DOC/2783/2017. Sobrino, Waldo, "Neurociencias y Derecho", LL AR/DOC/2556/2019, LL 2019-D, 1070; SJA AR/DOC/2556/2019; aut. cit. "Neuroderecho y neuroética" RCCyC 2020 (marzo), 233; AR/DOC/4065/2019; Shina Fernando E. "Responsabilidad por daños. Análisis Doctrinal y jurisprudencial" Ed Hammurabi Bs As 2024 p 36;

(59) Ienca Marcello – Andorno Roberto, "Hacia nuevos derechos humanos en la neurociencia y la neurotecnología" en "Análisis filosófico" 41(1), (mayo 2021) 141-18); Pucheta, Leonardo, "Desafíos Jurídicos de la Neurociencia y la Neurotecnología", Id SAIJ: DACF210125, www.centrodebioetica.org.

(60) González Lagier, Daniel, "¿La tercera humillación? (Sobre neurociencia, filosofía y libre albedrío) en Taruffo, Michele, Jordi Nieva Fenoll (dirs.), "Neurociencia y proceso judicial", Marcial Pons, 2013, ps. 25, 36, 37, 40.

ción: (i) la toma de decisiones de las personas; (ii) el análisis del libre albedrío vs. el determinismo; (iii) la memoria y la fiabilidad de los testigos en las declaraciones judiciales; (iv) la imposición de penas; (v) la eficiencia de las normas legales; (vi) la eficacia de los procesos judiciales; (vii) el funcionamiento de los tribunales (*neuromanagement*); (viii) la objetividad e imparcialidad de los jueces; (ix) la producción de pruebas periciales basadas en las neurociencias; (x) la imputabilidad de los acusados; (xi) la asunción de riesgos; (xii) el análisis del discernimiento, la intención y la libertad en los actos jurídicos; (xiii) las expectativas de los consumidores; (xiv) la determinación de los daños cerebrales; (xv) la cuantificación del daño psíquico; (xvi) el establecimiento del sufrimiento (específico) en el daño moral; (xvii) la predicción de conductas futuras de los criminales; (xviii) el análisis concreto de la justicia adolescente; (xix) el estudio del neuromarketing y su aplicación a los consumidores; (xx) la prevención de accidentes de tránsito; (xxi) las nuevas maneras eficientes del deber de información, consejo y advertencia; (xxii) etc. (61).

V. Neurotecnologías, neuroderechos y derechos fundamentales

V.1. Neurotecnologías. Aproximación conceptual. Aplicaciones. El caso chileno

V.1.a. Los formidables avances de las neurociencias, la fuerte dominancia de la IA y la ingeniería informática, facilitan e inducen el desarrollo de nuevos dispositivos que estudian e intervienen el cerebro: se trata de la neurotecnología, que se presenta —con sus ventajas y peligros— como una "revolución" y determina una "omnipresencia neurotecnológica" (62). Señala Andorno, pionero en esta materia, que el término "neurotecnologías" abarca una gran variedad de métodos e instrumentos que interactúan con el cerebro y el sistema nervioso en general, ya sea de modo pasivo —monitorizando la actividad cerebral—, o de modo activo —alterando tal actividad— (63).

---

(61) Sobrino, Waldo, "Neurociencias y Derecho", LL AR/DOC/2556/2019, LL 2019-D, 1070; SJA 06/05/2020, 15; JA 2020-II; AR/DOC/2556/2019; del mismo autor Neuroderecho y neuroética, Sobrino, Waldo, RCCyC 2020 (marzo), 233; AR/DOC/4065/2019.

(62) Ienca, Marcello – Andorno Roberto, "Hacia nuevos derechos humanos en la neurociencia y la neurotecnología" en "Análisis filosófico" 41(1), (mayo 2021) 141-18).

(63) Andorno, Roberto, "Neurotecnologías y Derechos Humanos en América Latina y el Caribe. Desafíos y Propuestas de Política Pública", Unesco 2023. CILAC; Ienca,

Rafael Yuste, neurobiólogo también precursor en estudios e investigaciones de estas disciplinas, afirma que la neurotecnología es el conjunto de métodos, herramientas o dispositivos para registrar o cambiar la actividad cerebral [(64)].

En sentido concordante se explica que puede entenderse por neurotecnología "cualquier herramienta o técnica capaz de manipular, registrar, medir y obtener información del cerebro. Son aquellas tecnologías dirigidas al estudio del sistema nervioso o a mejorar su función. Permiten extender el rango de tratamientos disponibles para la rehabilitación de funciones dañadas y proporcionan nuevas soluciones asistenciales para las funciones perdidas" [(65)].

En otras palabras, la neurotecnología se refiere a los dispositivos: invasivos (v. gr. chips colocados en el cerebro con cirugía) o no invasivos (v. gr. utilización de electrodos externos); médicos (o terapéuticos, dedicados a investigar, prevenir y tratar enfermedades como la epilepsia, el Parkinson, la disminución visual o auditiva, enfermedades mentales) o lúdicos (o no terapéuticos; v. gr. videojuegos). La modernas tecnologías aplicadas a los estudios del cerebro permiten acceder, investigar, estudiar, evaluar, modular, intervenir, manipular o acceder a la estructura y función de los sistemas neuronales. Entre los dispositivos invasivos se destacan las interfaces cerebro-computadoras (BCI) que comunican el sistema nervioso con una computadora y a través de la interpretación de la actividad eléctrica de las neuronas transmiten esa información neural a dispositivos o comandos que aumentan la capacidad humana, ejecutan alguna actividad o rehabilitan funciones (v. gr. para personas cuadripléjicas, tetrapléjicas, problemas motores, etc.). En definitiva, las interfaces cerebro-computadoras conectan el cerebro con un dispositivo exterior que traduce las ondas motoras. Incluso, y aunque parezca de ciencia ficción, a través del pensamiento de la persona se activan los

---

Marcello – Andorno, Roberto, "Hacia nuevos derechos humanos en la neurociencia y la neurotecnología" en "Análisis filosófico" 41(1), (mayo 2021) 141-18.

(64) Yuste, Rafael, "Un paso histórico" en Sánchez Moisés-Colombara Ciro-Monti Natalia (Ed), "En defensa de los Neuroderechos" disponible en www.Kamanau.or (obra colectiva sobre el caso chileno Girardi c/ Emotic).

¿Qué son los neuroderechos y por qué son vitales ante los avances en neurociencia? disponible en https://www.iberdrola.com/innovacion/neuroderechos#:~:text=Los%20neuroderechos%20se%20pueden%20definir,se%20produzcan%20avances%20en%20neurotecnolog%C3%ADa.

(65) Viñas, Laura A. "¿Se debe permitir utilizar neurotecnologías para mejorar la capacidad cognitiva humana?" Sup. Innovación y Derecho 2024 (diciembre), 1 Cita: TR LALEY AR/DOC/3002/2024

dispositivos tecnológicos que ejecutan acciones. Tan es así que desde el ámbito jurídico se discute la naturaleza jurídica del pensamiento, si es o no un neuroderecho y si resulta conveniente su regulación [66].

Las neurotecnologías "pueden agruparse en dos grandes categorías: 1) herramientas que procuran identificar las propiedades de la actividad del sistema nervioso, comprender como funciona el cerebro, para diagnosticar —con fines terapéuticos, preventivos o curativos— estados patológicos o enfermedades o controlar dispositivos externos (neuroprótesis, interfaces cerebro-máquina); 2) herramientas que interactúan con el sistema nervioso para modificar su actividad, por ejemplo para restablecer un estímulo sensorial, como los implantes cocleares o la estimulación cerebral profunda [67].

V.1.b. El desarrollo de la tecnología permite obtener imágenes cerebrales (neuroimágenes) clasificadas en estructurales (que detectan patologías), o dinámicas (que brindan información acerca de su funcionamiento); pasivas (que "leen" información) o activas (que estimulan dicha actividad) [68].

Esta tecnología —que Palmero denomina aparatología moderna— comprende, por ejemplo, la electroencefalografía, la tomografía computarizada, la resonancia magnética y la resonancia magnética funcional [IRFM, que "monitorea" el funcionamiento cerebral y mediante el análisis de las imágenes o escáneres pueden medir la activación de los circui-

---

(66) Ferrarte Alfredo "Sobre la naturaleza jurídica del pensamiento y la esencia de la persona" en Saux Edgardo-De Lorenzo Miguel-Santarelli Fulvio "Estudios sobre la Capacidad y Derechos Personalísimos. Homenaje al Profesor Dr. José W. Tobías" Ed La Ley Bs As 2024 p 90).

(67) Ver Comité Jurídico Interamericano OEA (2021). Declaración sobre neurociencia, neurotecnologías y derechos humanos: nuevos desafíos para las Américas (4/8/2021). disponible en CJI/doc. 641/21 rev. 1. http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-DEC_01_XCIX-O-21.pdf.; Comité Jurídico Interamericano (2022) OEA. Segundo informe de avance: Proyecto de principios interamericanos en materia de neurociencias, neurotecnologías y derechos humanos (presentado por el Dr. Ramiro Orias Arredondo). Río de Janeiro (25/8/2022), CJI/doc. 673/22 rev. 1. Estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la conveniencia de disponer de un instrumento normativo sobre la ética de la neurotecnología (6/4/23) disponible en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385016_spa

(68) Andorno, Roberto, "Neurotecnologías y Derechos Humanos en América Latina y el Caribe. Desafíos y Propuestas de Política Pública", Unesco 2023. CILAC; Ienca, Marcello – Andorno, Roberto, "Hacia nuevos derechos humanos en la neurociencia y la neurotecnología" en "Análisis filosófico" 41(1), (mayo 2021) 141-18.

tos neuronales [(69)]], la tomografía por emisión de positrones, las interfaces cerebro-computadora, etc. [(70)].

"El desarrollo de la electroencefalografía (EC) transfiere sobre una serie de gráficos específicos —a semejanza de un electrocardiograma—, las distintas pulsaciones del cerebro, facilitando una apreciación de sus movimientos o aspectos especiales; la tomografía computarizada por emisión de fotones, detecta los distintos cambios experimentados en el cerebro, desde un punto de vista estructural o anatómico y funcional o dinámico; los denominados potenciales evocados (EP) son un instrumento para lograr precisiones en la relación entre las conexiones neuronales y su reflejo en el comportamiento de las personas [(71)]; se desarrollaron softwares que analizan las microexpresiones, estudiando simultáneamente los cuarenta y cuatro músculos faciales que están relacionados con el engaño, la angustia, la desconfianza y el miedo [(72)].

Estos "escáneres del cerebro" permiten, por ejemplo, interpretar de forma no invasiva intenciones y recuerdos e incluso decodificar preferencias (de consumo, de esparcimiento, electorales, etc.). En una experiencia realizada en EE. UU., hace años (en 2013) usando la técnica FMRI se escanearon los cerebros de 96 prisioneros varones (para medir las reacciones ante la toma de decisiones rápidas y la inhibición de reacciones impulsivas) y en el curso de cuatro años se comprobó que quienes tienen baja actividad en una zona del cerebro (la corteza cingulada) tenían mayor probabilidad de cometer delitos [(73)]. Para esa época y mediante un

---

(69) El funcionamiento del cerebro "mapeado" en colores puede verse en la conferencia de Antonio Damasio en Charlas TED/2011, "Cómo funciona el cerebro" disponible en https://www.ted.com/talks/antonio_damasio_the_quest_to_understand_consciousness?referrer=playlist-how_does_my_brain_work#t-34432.

(70) Palmero, Juan C., "Derecho y neurociencia Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba", Tomo LI - Año Académico 2012, (01-06-2013) Cita: IJ-XDII-833; Ver Andorno, Roberto, "Neurotecnologías y Derechos Humanos en América Latina y el Caribe. Desafíos y Propuestas de Política Pública" cit.; Ienca, Marcello – Andorno, Roberto, "Hacia nuevos derechos humanos en la neurociencia y la neurotecnología", cit.

(71) Palmero, Juan C., "Derecho y neurociencia Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba", Tomo LI - Año Académico 2012, (01-06-2013) Cita: IJ-XDII-833;

(72) Sobrino, Waldo, "Neurociencias y Derecho", LL 2019-D, 1070; AR/DOC/2556/2019; autor cit.: Neuroderecho y neuroética; Sobrino, Waldo, RCCyC 2020 (marzo), 233; AR/DOC/4065/2019.

(73) Ienca Marcello – Andorno Roberto, "Hacia nuevos derechos humanos en la neurociencia y la neurotecnología" en "Análisis filosófico" 41(1), (mayo 2021) 141-18.

programa que medía las oscilaciones cerebrales se condenó a una joven india por el homicidio de su pareja [74].

Otro antecedente reciente, y a modo de simple muestreo, lo constituye el caso de Noland Arbaugh, un joven con parálisis (de los hombros para abajo) como consecuencia de un accidente, a quien a comienzos del año 2024 la empresa Neurolink (dedicada a la investigación y desarrollo de neurodispositivos) implantó por primera vez un chip cerebral, consistente en una tecnología externa que se maneja con la mente. Se trata de un dispositivo, diseñado para pacientes con parálisis, con 1024 electrodos distribuidos en 64 hilos, que recogen datos cerebrales y mediante su conexión a una computadora permite la decodificación del pensamiento que lo transforma en acción, lo que le permitió al joven jugar ajedrez y videojuegos. Al poco tiempo falló el sistema (se desprendieron algunos hilos) pero la vida de Noland no corrió riesgo y el problema se resolvió rápidamente. El joven manifestó públicamente que el dispositivo mejoró su calidad de vida y que le permite mediante su pensamiento mover el cursor de la computadora y comunicarse con el mundo exterior, utilizándola unas horas por día [75]. El gran desafío es la privacidad e intimidad mental.

En Europa (en una clínica suiza) se logró que un hombre tetrapléjico, también a raíz de un accidente, pueda caminar lentamente con la aplicación de una interfaz cerebro-computadora entrenada con inteligencia artificial. El neurodispositivo creó un "puente digital" entre su cerebro y los nervios debajo de su lesión [76].

Desde una visión controvertida y polémica un científico —Ray Kurzweil— predice que "a comienzos de la década de 2040, los nanorrobots

---

(74) Scaliter Juan, "Exploradores del futuro" Ed. Debate, Bs. As., 2014. Se trata del caso de Aditi Sharma a quién estudiaron (mediante el funcionamiento de 32 electrodos) cómo reaccionaba frente a diferentes frases (una especie "de detector de mentiras"); disponible en https://deeppolitics.com/project/neurodetectores-de-mentiras

(75) Disponible en https://es.wired.com/articulos/primer-usuario-del-implante-cerebral-de-neuralink-puede-hacer-varias-actividades-a-la-vez; consultar https://www.nationalgeographic.com.es/ciencia/primer-hombre-chip-neuralink-elon-musk-rompe-su-silencio_24553;disponible en https://www.bbc.com/news/articles/cewk49j7j1po; disponible en https://www.eleconomista.es/tecnologia/noticias/13283054/03/25/el-hombre-al-que-musk-implanto-un-chip-en-el-cerebro-muestra-como-esta-un-ano-despues-no-deberia-ser-posible.html

(76) Disponible en https://www.infobae.com/salud/ciencia/2023/05/25/un-hombre-tetraplejico-volvio-a-caminar-gracias-a-un-nuevo-dispositivo-cerebral-entrenado-con-inteligencia-artificial/.

podrán entrar en el cerebro de una persona viva y hacer una copia de todos los datos que componen sus recuerdos y personalidad" (77).

V.1.c. Empero los notables avances de las neurotecnologías —especialmente en el campo biomédico— engendran nuevos peligros y desafíos —científicos, éticos, morales y jurídicos— porque esencialmente su uso compromete la invasión y extracción de datos e información del cerebro humano (y los derechos fundamentales: privacidad, intimidad, integridad cerebral, etc.) además de eventuales daños derivados de los defectos o fallas de los dispositivos. El caso chileno "Guirado" es un *leading case* internacional en materia de neurotecnologías y neuroderechos que ejemplifica esos riesgos. Se trató del juicio en el que una persona adquirió a una empresa estadounidense de bioinformática un neurodispositivo ("Insight", una especie de vincha con sensores o electrodos) que recaba y conserva información sobre la actividad eléctrica del cerebro y obtiene datos neuronales (gestos, movimientos, preferencias, tiempos de reacción, funcionamiento cognitivo). El comprador se colocó la vincha sobre su cabeza, aceptó la política de privacidad de la empresa y cargó los datos en la plataforma de la empresa para poder visualizarlos. Posteriormente quiso borrar esos datos y, además de otras cuestiones debatidas, la desarrolladora y vendedora del neurodispositivo se negó a su eliminación porque la política de privacidad preveía que conservaría en la nube los datos neuronales almacenados con fines de investigación científica e histórica. Planteada la cuestión en sede judicial, la Corte Suprema de Chile admitió un recurso de protección y juzgó que la demandada violó derechos fundamentales del actor sobre su vida privada y consentimiento expreso, libre e informado para la utilización de datos para investigación científica. Por ello ordenó eliminar la información almacenada en la nube o portales de la empresa y dispuso la intervención de la autoridad aduanera y sanitaria porque el producto de electroencefalografía portátil no contaba con la autorización de esos organismos (había sido adquirido a través de la página web de la empresa). Cabe señalar que la Constitución de Chile, reformada en el año 2021, prevé expresamente que el "el desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas", resguardando la actividad cerebral y su información (art 19 Constitución Política de la República), lo que —sostuvo la Corte— constituye un mandato directo de protección. También invocó la ley sobre investigación científica y la de datos personales y tratados internacionales.

---

(77) Disponible en https://www.esquire.com/es/tecnologia/a64539611/ray-kurzweil-inteligencia-artificial-nanorobots-cerebro-copia-replicantes/

La sentencia ha sido elogiada y es un paso trascendente para el reconocimiento y tutela de los derechos cerebrales, aunque destacando que en Chile tienen reconocimiento normativo de raigambre constitucional [78].

V.2. Neuroderechos y derechos fundamentales

V.2.a. ¿Qué son los neuroderechos? Los neuroderechos propuestos. Problemas y desafíos. La situación en Argentina

V.2.a.i. Los "neuroderechos", o derechos sobre el cerebro, constituyen un nuevo marco jurídico internacional de derechos humanos destinados específicamente a proteger el cerebro y su actividad a medida que se produzcan avances en neurotecnología; se pueden entender en dos aspectos: la privacidad mental y la identidad" [79]. Los neuroderechos preservan la integridad física y psíquica en un nuevo estadio: resguardar la estructura cerebral y mental, sobre la base de los derechos humanos universales, procurando una normativa internacional apoyada en estándares mínimos. Constituyen un escudo defensivo contra el acceso, recopilación y utilización de los datos cerebrales que no son consentidos de manera libre e informada, y contra la difusión, manipulación, aprovechamiento o uso arbitrario de esa "base de datos". Impide "penetrar en la mente, condicionarla o aprovecharse de ese conocimiento" [80].

---

(78) CS Chile 9/9/2023 "Guirado Lavin Guido c/Emotic Inc.", Oficina de Referencia Extranjera Dirección General de Bibliotecas Corte Suprema de Justicia de la Nación República Argentina; Laferriere Jorge N. "Chile: sentencia de la Corte Suprema sobre neuroderechos" Cita Digital ED-IV-CMLI-101; Ver obra colectiva "En defensa de los Neuroderechos" disponible en www.Kamanau.or (obra colectiva sobre el caso chileno Girardi c/ Emotic"); Ferrante Alfredo "Sobre la naturaleza jurídica del pensamiento y la esencia de la persona" en Saux, Edgardo-De Lorenzo, Miguel-Santarelli, Fulvio "Estudios sobre Capacidad y Derechos Personalísimos. Homenaje al Profesor Doctor José W. Tobías", Ed. La Ley Bs. As., 2024, cit., T II, p. 89.

(79) Este concepto (que genera polémicas) corresponde parcialmente al Preámbulo del "Proyecto de Ley Modelo de Neuroderechos para América Latina y el Caribe" Parlamento Latinoamericano y Caribe disponible en https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/plm-ia2024.pdf; ver Flores Dapkevicius Rubén "Texto y comentarios respecto al proyecto de ley modelo de neuroderechos para América Latina y el Caribe" en Neuroderechos, Neurociencia e Internet of Bodies: Inteligencia Artificial y Legaltech, 2023, pp. 205-214.

(80) OEA. Comité Jurídico Interamericano (2021). Declaración sobre neurociencia, neurotecnologías y derechos humanos: nuevos desafíos para las Américas. 4 de agosto de 2021. CJI/doc. 641/21 rev. 1. disponible en http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-DEC_01_XCIX-O-21; Cornejo, María Isabel, "Neuroderecho: Definición y ámbitos

Rafael Yuste sostiene que "los neuroderechos protegen los cerebros y las mentes de todas las personas"; acota que se trata de "complementar los derechos humanos existentes, codificados principalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y en los siete tratados adicionales más importantes de derechos humanos de la ONU" (81). Procuran "proteger la santidad de la mente humana, garantizar el acceso equitativo a los avances tecnológicos y preservar las libertades individuales... para que la tecnología y la humanidad coexistan armoniosamente. Ahora es el momento de actuar y adoptar un enfoque proactivo para defender la dignidad y los derechos de las personas frente a capacidades tecnológicas sin precedentes" (82).

Desde el punto de vista dogmático se señala que neuroderecho o neuroderechos (que en Iberoamérica se identifican como una parte de la convergencia entre neurociencias y Derecho) es la traducción al castellano de dos conceptos diferentes: *neurolaw* (que es el género) y *neurorights* (que es una especie). Estos últimos (los *neurorights*) son los derechos humanos emergentes identificados con el sustrato neural, es decir, con las neurotecnologías que impactan los conceptos relacionados con agencia, autonomía, privacidad, identidad, libre albedrío y cognición principalmente" (83).

V.2.a.ii. Distintos organismos internacionales ya expresaron su preocupación acerca de esta novedosa, compleja y polémica problemática que plantea el cruce entre neurotecnologías y protección jurídica de la persona humana, al cobijo de los derechos fundamentales universales, A modo de ejemplo la UNESCO elaboró —en 2023— un documento en el que afirma "que es urgente que se tomen medidas para crear un instrumento global no vinculante en forma de recomendación relativo a las neurotecnologías, que sirva de marco ético y coadyuve a crear con-

---

de aplicación en Datos protegidos", (22/11/20199) disponible en https://datosprotegidos.org/columna-de-opinion-definicion-y-ambitos-de-aplicacion-del-neuroderecho-de-maria-isabel-cornejo/; Villanueva Raspall, Paula, "¿'Neuro' Derecho? Hacia un diálogo entre el Derecho y las Neurociencias". La Ley 2019-F, 9.

(81) Yuste Rafael "Neurotecnologías y Neuroderechos" en Casas Bahamonde María E- (Dir.)-Perez del Prado Daniel (Coord.) "Derecho y Tecnología" Ed Fundación Ramón Areces, Madrid. 2025, p. 721.

(82) Yuste Rafael "Neurotecnologías y Neuroderechos" en Casas Bahamonde María E- (Dir.)-Perez del Prado Daniel (Coord.) "Derecho y Tecnologías" Ed Fundación Ramón Areces, Madrid. 2025, p. 721.

(83) Cornejo Plaza, María Isabel "Neuroderecho(s): propuesta normativa de protección a la persona del uso inadecuado de neurotecnologías disruptivas", Cita: TR La Ley AR/DOC/3284/2021.

senso sobre la gobernanza de estas tecnologías, que permita aprovechar sus ventajas, garantizar el acceso equitativo a ellas y mitigar los riesgos asociados a los derechos humanos y las libertades fundamentales" (84). Por su lado la OEA, también en el año 2023, emitió la Declaración de Principios Interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos identificando los diez principios siguientes: 1) Identidad, autonomía y privacidad de la actividad neuronal; 2) Protección de los derechos humanos desde el diseño de las neurotecnologías; 3) Los datos neuronales como datos personales sensibles; 4) Consentimiento expreso e informado de los datos neuronales; 5) Igualdad, no discriminación y acceso equitativo a las neurotecnologías; 6) Aplicación terapéutica exclusiva respecto de las capacidades cognitivas; 7) Protección neurocognitiva; 8) Gobernanza transparente de las neurotecnologías; 9) Supervisión y fiscalización de las neurotecnología; 10) Acceso a la tutela efectiva y acceso a remedios asociados al desarrollo y uso de las neurotecnologías (85).

V.2.a.iii. Los autores que propician la identificación y reconocimiento normativo —local y global— de los neuroderechos coinciden en general en las reglas y principios generales (como se advierte incluso en los mencionados instrumentos internacionales y en las caracterizaciones doctrinarias propuestas) aunque se presentan varios matices cuando se trata de enumerarlos y diferenciarlos entre sí.

En este sentido, Ienca y Andorno consideran que el marco actual de derechos humanos no resulta suficiente para responder a los desafíos que surgirán por la utilización de neurodispositivos, por lo cual será necesario el reconocimiento de nuevos derechos (que no produciría una inflación de derechos) o, al menos, una reinterpretación de los s tradicionales. Identifican cuatro nuevos derechos:

1) Derecho a la libertad cognitiva o "autodeterminación mental" que comprende, por un lado, el derecho a utilizar las neurotecnologías y por el otro a impedir su uso coercitivo y no consentido. Es un principio que

---

(84) UNESCO, "Estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la conveniencia de disponer de un instrumento normativo sobre la ética de la neurotecnología" disponible https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385016_spa

Viñas, Laura A. "¿Se debe permitir utilizar neurotecnologías para mejorar la capacidad cognitiva humana?" Sup. Innovación y Derecho 2024 (diciembre), 1 Cita: TR La Ley AR/DOC/3002/2024.

(85) OEA, 9/3/2023 Río de Janeiro, Brasil, "Declaración de principios interamericanos en materia de neurociencias, neurotecnologías y derechos humanos" del Comité Jurídico Interamericano. https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-RES_281_CII-O-23_corr1_ESP.pdf

garantiza el derecho a alterar nuestros estados mentales con la ayuda de herramientas neurocientíficas y también el de negarse a hacerlo. Constituye el sustrato neurocognitivo de los otros derechos y se asemeja a la libertad de pensamiento.

2) Derecho a la privacidad mental que protege el acceso no consentido a los datos personales, así como su difusión. Se trata de impedir que la recopilación de datos mentales mediante neurodispositivos sean usados por terceras personas (empleadores, empresas publicitarias, aseguradoras, etc.). Constituye una suerte de extensión del clásico derecho a la privacidad, aplicado a los datos mentales, que previene del abuso de información íntima (pensamientos, preferencias, recuerdos).

3) Derecho a la integridad mental: protege al cerebro y sus datos neurales de la intrusión y alteración (no ya de la privacidad mental) sino de invasión y manipulación de los procesos neuronales o de la "computación neuronal". Resguarda a la persona de las actividades neurocriminales, impidiendo el hacheo de la integridad mental, particularmente cuando se utilizan las interfaces cerebro-computadora.

4) Derecho a la continuidad psicológica, es decir a la identidad personal y conductual, a la percepción de las personas sobre su propia identidad y la coherencia del comportamiento, impidiendo su modificación no consentida [(86)].

De modo similar, Rafael Yuste considera que la mejor manera de asumir el desafío de las nuevas tecnologías es adicionar a la Declaración de Derechos Humanos derechos fundamentales nuevos: los "neuroderechos". Refiere dentro de esta categoría los siguientes: derecho a la privacidad mental y al consentimiento; derecho a la identidad y a la toma de decisiones; derecho al aumento cognitivo justo y equitativo; derecho a la ausencia de sesgos [(87)].

En nuestro continente, el Parlatino (Parlamento Latinoamericano y del Caribe) proyectó —en el año 2022— la Ley Modelo uniforme postu-

---

(86) Ienca, Marcello – Andorno, Roberto, "Hacia nuevos derechos humanos en la neurociencia y la neurotecnología" en "Análisis filosófico" 41(1), (mayo 2021) 141-18. Posteriormente Andorno propuso diez principios para ser analizados en las propuestas de políticas públicas; ver Andorno, Roberto, "Neurotecnologías y Derechos Humanos en América Latina y el Caribe. Desafíos y Propuestas de Política Pública", Unesco 2023. CILAC.

(87) Yuste Rafael "Neurotecnologías y Neuroderechos" en Casas Bahamonde María E- (Dir.)-Perez del Prado Daniel (Coord.) "Derecho y Tecnologías" Ed Fundación Ramón Areces, Madrid. 2025, p 721.

lando el reconocimiento y protección de los siguientes neuroderechos: a) derecho a la privacidad mental; b) derecho a la identidad y autonomía personal; c) derecho al libre albedrío y a la autodeterminación; d) derecho al acceso equitativo a la aumentación cognitiva; e) derecho a la protección de sesgos de algoritmos; f) derecho inalienable a no ser objeto de cualquier forma de intrusión a nivel cerebral mediante el uso de neurotecnología, sin contar con el consentimiento libre, expreso e informado [(88)].

V.3. Problemas y desafíos. La situación en Argentina

V.3.a. Parece sobreabundante destacar los beneficios y ventajas que aportan las neurotecnologías especialmente para prevenir, diagnosticar y tratar enfermedades físicas y mentales. Pero simultáneamente la utilización no consentida de esos dispositivos, la recopilación y almacenamiento de datos neuronales, su uso para fines distintos de los terapéuticos, la invasión o intromisión de la integridad mental y su manipulación, plantean la necesidad de procurar defensas jurídicas e instrumentos de protección de la persona humana y de sus derechos personalísimos.

La propuesta de acudir a la categoría de neuroderechos, en cuanto resguardo jurídico particularizado frente a nuevas causas de dañosidad, o de reformular y resignificar los derechos vigentes sobre la base de los derechos fundamentales, parece interesante y necesaria de explorar y estudiar.

V.3.b. En el interín, y mientras se intensifican y profundizan los estudios acerca de la procedencia y conveniencia de reconocer y regular, a nivel local, regional o global los neuroderechos, debe ponerse de relieve que en nuestro país el sistema jurídico vigente puede abastecer idóneamente la tutela de la persona humana frente al avance de las neurotecnologías [(89)]. La ausencia de legislación específica no significa desprotección de la persona humana frente a posibles ataques a su integridad neurobiológica, cerebral y mental.

---

(88) "Proyecto de Ley Modelo de Neuroderechos para América Latina y el Caribe" Parlamento Latinoamericano y Caribe disponible en https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/plm-ia2024.pdf; ver Viñas, Laura A. "¿Se debe permitir utilizar neurotecnologías para mejorar la capacidad cognitiva humana?" Sup. Innovación y Derecho 2024 (diciembre), 1 Cita: TR La Ley AR/DOC/3002/2024.

(89) Galdós, Jorge M., "Los neuroderechos del consumidor", La Ley AR/DOC/2566/2024; "Daño moral y neurociencias", Cita: Rubinzal Doctrina Digital RC D 101/2021.

Ese andamiaje jurídico se estructura sobre la base del sistema de reglas, principios y valores vigentes, conformado por el derecho convencional y constitucional (arts. 18, 19, 41, 42, 43, 75 inc. 22 Const. Nac.), público y privado, sustancial y procesal, el microsistema del consumidor, el derecho *soft*, el aporte activista de la doctrina y la jurisprudencia y por la legislación especial (v. gr. ley 25.326 de Protección de Datos Personales y Hábeas Data; ley 23.592 de Actos Discriminatorios; ley 26.529 de Derechos del Paciente; ley 26.657 de Salud Mental; ley 24.193 —t.o. Ley 26.066— sobre trasplantes de órganos; ley 26.742 sobre muerte digna; ley 26.661 de protección de niños, niñas y adolescentes; ley 22.990 de donación y utilización de sangre; ley 26.743 de identidad de género; ley de Defensa del Consumidor (LDC 24.240, y legislación complementaria; ley 25.156 de Defensa de la Competencia; ley 22.802 de Lealtad Comercial). Estas normas y las garantías y herramientas sustanciales y procesales emergentes de ellas son trasladables (en lo que sea compatible), a la protección de los neuroderechos, es decir a la libertad cognitiva, la privacidad mental, la integridad neurocognitiva, la continuidad psicológica, el libre albedrío, la no discriminación y acceso igualitario a las neurotecnologías y el resguardo de los datos neuronales cerebrales —en realidad "datos hipersensibles"— (ley 25.326 arts. 1, 2, 4 y 6) [(90)].

En el ámbito de la protección constitucional de la persona humana, la jurisprudencia de la Corte Suprema, inveteradamente, se pronunció por su enfática tutela. De modo meramente ejemplificativo, y sólo para referir algunos antecedentes que podrían hacerse valer para resguardar los derechos sobre el cerebro, cabe recordar que "el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respeto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" [(91)]. Ello significa —en lo que aquí interesa— que debe conferirse "prioridad indiscutible a la preservación de la salud" [(92)], mental y física [(93)], la que comprende "el derecho a solicitar, recibir y difundir in-

(90) Ver la más reciente Declaración de Principios Interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos. Río de Janeiro (9/3/2023). Comité Jurídico Interamericano OEA (2023) disponible en CJI/RES. 281 (CII-O/23) corr. 1. https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-RES_281_CII-O-23_corr1_ESP.pdf

(91) CS, 6/4/93, "Bahamondez Marcelo s/medida cautelar", Fallos 316:479 y LL 1993-D-127.

(92) CS, 21/12/70, "American Cyanamid Company c/ S.A. Unifa Química e Industrial"; Fallos 278:313.

(93) CS, 11/12/1984, "Ponzetti de Balbín Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.", Fallos 306:1893.

formación" [94]. La Corte Suprema reconoció el derecho a "la diversidad de los pensamientos y valores" [95], a negarse por razones religiosas a portar armas [96], a realizarse transfusión de sangre [97], a revelar las creencias religiosas [98], a rechazar tratamientos terapéuticos incruentos y medidas de soporte vital (supuestos ahora previstos por el art. 59 inc. h del CCCN) [99], a "la identidad dinámica individual y colectiva (que significa que todas las personas humanas o las comunidades pueden pretender preservar dicha identidad) [100], a la libertad de expresión (de pensamiento, de información y de opinión) [101], incluso a la libertad de expresión digital [102], a la "autodeterminación informativa", en cuanto "control que todo sujeto posee sobre su información personal. El señorío del hombre sobre sí se extiende a los datos sobre sus hábitos y costumbres, su sistema de valores y de creencias, su patrimonio, sus relaciones

---

(94) CS, 29/8/2017, "Boston Medical Group SA c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y otros/ daños y perjuicios", Fallos 340:1111.

(95) CS, "Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual", Fallos: 329:5266; CS, "Portillo", Fallos: 312:496, CS, "Arriola", Fallos: 332:1963, CS, "Maldonado", Fallos: 328:4343; Ver Ferrante Alfredo "Sobre la naturaleza jurídica del pensamiento y la esencia de la persona" en Saux, Edgardo-De Lorenzo, Miguel-Santarelli, Fulvio, "Estudios sobre Capacidad y Derechos Personalísimos. Homenaje al Profesor Doctor José W. Tobías", Ed. La Ley Bs. As., 2024, T II, p. 89.

(96) CS, "Portillo", Fallos 312:496.

(97) CS, "Albarracini Nieves", Fallos 335:799.

(98) CS, "Castillo", Fallos: 340:1795.

(99) CS, 7/7/2015, "D.M.A. s/ Declaración de incapacidad", Fallos: 338:556.

(100) CS "Asociación Civil APDH c/ Dirección General de Escuelas s/ Acción de Amparo", 23/8/2022 (caso Patrono Santiago) Cita TR La Ley AR/JUR 209 735/2022 (voto Dr. Lorenzetti).

(101) CS, "De Sanctis" 342:166; CS, "Brugo", 332:2559; CS, "Patitó", 331:1530.: CS, "Pando de Mercado", Fallos 321:412; CS, "De Sanctis", Fallos 342:1665; CS, 8/9/92, "Servini de Cubría", Fallos 315:199; CS, "Martín c/ Telearte S.A.", Fallos: 340:1364; CS, "Barrantes", Fallos: 336:879; CS, "Brieger" RC J 1664/23; CS, 15/05/1986", "Campillay, Julio C. v. La Razón y otras", Fallos: 308:789: CS, 26/10/1993, "Triaca Alberto c/ Diario La Razón; y otros", Fallos 316:2416; "Menem, Amado Calixto c. La Voz del Interior s/ sumario", Fallos 326:2491; CS, 27/12/1996, "Ramos Juan c/ LR3 Radio Belgrano", Fallos: 319:3428; CS, 23/8/2001, "Bruno Arnaldo c/LA Nación S.A." LL 2001-E-644; CS, 19/11/91, "Vago Jorge c/ Ediciones La Urraca S.A.", LL 1992-B-367, entre muchos otros más.

(102) Ver Galdós Jorge M "La libertad de expresión y de expresión digital. Perspectiva actual" en Saux, Edgardo-De Lorenzo, Miguel-Santarelli, Fulvio, "Estudios sobre Capacidad y Derechos Personalísimos. Homenaje al Profesor Doctor José W. Tobías", Ed. La Ley Bs. As., 2024, T II, p 193.

familiares, económicas y sociales [103]. Igualmente, la prevalencia de los derechos personalísimos (arts. 51, 52, 53,55, 1770 CCCN) abarca, con tono enunciativo, la intimidad, honra, imagen, identidad, dignidad; la proscripción de la intromisión arbitraria en la vida ajena y de la mortificación de las costumbres y los sentimientos [104]. También se resguardan los derechos sobre el cuerpo o sus partes (art. 17 CCCN); se contemplan los límites de las investigaciones en seres humanos, el consentimiento informado para actos médicos e intervenciones en salud, las prácticas prohibidas, las directivas médicas anticipadas; la disponibilidad relativa de los derechos personalísimos y sobre el cuerpo en la medida que se respete su valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario y social (arts. 17 y 51 a 60 CCCN). La Corte Suprema, siguiendo su jurisprudencia tradicional sobre el alcance de la privacidad e intimidad, personal y familiar [105], reiteró más cerca en el tiempo la primacía del ámbito de reserva y de la libertad de las acciones privadas de las personas y de su proyecto de vida, la proscripción de cualquier interferencia y el derecho a la salud [106].

VI. CIERRE CONCLUSIVO

La Cuarta Revolución Industrial permite y facilita *"nuevas"* investigaciones y fructíferos estudios acerca del funcionamiento del cerebro y de la mente y el descubrimiento e invención de "*nuevas"* tecnologías y neurodispositivos —mayormente diseñados mediante Sistemas de Inteligencia Artificial— que permiten notables avances para enfrentar enfermedades y otros padecimientos. Ello también trae consigo *"nuevas"* formas de ataques contra la integridad de la persona humana, en su faz cerebral y neurobiológica. Entonces surgen los neuroderechos, es decir

---

(103) CS, 15/10/98, "Urteaga, Facundo R. c. Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. s/ amparo ley 16.986", voto del Dr. Fayt

(104) Ver Tobías, José W., "Derechos personalísimos y libertad de información", LL 2008-A, 620; Tobías, José W., "Los Derechos personalísimos, los avances científicos y las nuevas tecnologías" en Tobías, José W. (director) Instituto de Derecho Civil. Las Nuevas Tecnologías y el Derecho, La Ley Bs As 2022, p. 1.

(105) CS, 11/12/1984, "Ponzetti de Balbín Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.", Fallos 306: 1892.

(106) CS, 02/07/2024 "Garay, Diego Sebastián c. Provincia de Mendoza s/ amparo", TR La Ley AR/JUR/89195/2024, con nota de Andrés Gil Domínguez "Privacidad y uso obligatorio del cinturón de seguridad"; de Casas, Laura J. - Flores, Oscar El artículo 19 de la Constitución Nacional y la obligación de usar cinturón de seguridad, Cita: TR La Ley AR/DOC/2218/2024.

una *"nueva"* categoría de derechos que tienen por objetivo una específica protección del ser humano sustentada en *"nuevos"* derechos fundamentales o en la reformulación de los vigentes(a la libertad cognitiva, a la privacidad mental, a la integralidad cerebral, a la identidad o continuidad psicológica, al aumento cognitivo igualitario, etc.).En este contexto y mientras se suscita el debate sobre el reconocimiento, identificación y regulación de los neuroderechos, la estructura clásica del sistema de derecho argentino (convencional, constitucional e infraconstitucional) se muestra como operativa y eficaz para afrontar —al menos por ahora— tantos *"nuevos"* desafíos.

Efectos del ejercicio abusivo de derecho

Por Juan Carlos Hariri

I. Introducción

El tratamiento del tema que nos impusimos tiene por fin testimoniar al doctor Jorge Bustamante Alsina, quien en su considerable tarea jurídica se destacó como abogado, profesor, tratadista y Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Debemos resaltar sus condiciones personales, movidas por sentimientos dignos de elogios que llevaron al doctor Bustamante Alsina a cumplir con la más ambiciosa tarea de un hombre: trascender como tal.

Seguramente el conjunto de aquellas particularidades humanas, por cierto, evidentes, lo dirigieron a tratar con suma intensidad su obra plasmada en la *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, donde quedó demostrada, una vez más, cómo la justicia preside al derecho positivo.

Por ello, decidimos abordar este tema, con el único fin de recordarlo, pues su distinguida y extensa trayectoria es merecedora de los mejores conceptos.

Así el Instituyo de Derecho Civil de la Academia ha dispuesto rendirle este sentido homenaje y por tanto dar cumplimiento con actos de celebración en su honor.

II. Competencia del derecho

Debe tenerse presente que el derecho tiene su finalidad en ordenar las normas jurídicas y así poder exigir de otro una determinada conducta.

La competencia se encuentra en las disposiciones que precisan las conductas que deben seguir las personas para puntualizar los principios jurídicos.

Es necesario valorar que aquel que tiene un derecho está legitimado para requerir su defensa y, en consecuencia, ejercer las acciones que le otorga la ley para lograr su protección, no siendo necesario mencionar los fundamentos que posee para alcanzar su tutela.

Por tanto, cuando un derecho le es vulnerado a una persona quien lo infringió deberá repararlo, sin importar si obró con culpa o bien con dolo, pues lo trascendente es el resarcimiento del daño, más allá de la extensión que corresponda indemnizar de acuerdo con la apreciación que realice el juez, que dependerá con las circunstancias propias del perjuicio ocasionado, lo cual constituye el elemento principal de todo ordenamiento jurídico.

La posibilidad de recibir un daño permite una actividad preventiva que: "... procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento ..." y en principio, "... no se debe exigir la concurrencia de ningún factor de atribución (art. 1711 del C.C.C.), y solo se encuentran legitimados quienes acrediten un interés razonable para lograr la prevención ..." (art. 1712 del C.C.C.).

La finalidad última del derecho es regular la conducta de las personas y de ese modo hacer que se cumplan aquellos valores jurídicos acreditados por la sociedad.

"... Pero lo importante es que la fuerza del Estado está siempre respaldando los preceptos jurídicos y que, si se los viola, se hace presente para restablecer el orden jurídico alterado ..." (G. A. Borda: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T° I, 7° edición actualizada, pág. 15, n° 2, c: ed. Perrot, 1980).

En definitiva, la competencia del derecho forma una ciencia del saber jurídico a través del conocimiento organizado y de su desenvolvimiento vigente en la comunidad.

III. ABUSO DEL DERECHO SOBRE SU EJERCICIO

Siempre el abuso es un exceso indebido, con el fin de causar un perjuicio a otro, de modo que al ejercer un derecho es necesario tener pre-

sente que no se cause un daño, pues ellos no se encuentran destinados a vulnerar la protección general para lo cual están propuestos, que no es otra cosa que el núcleo social, al que debe protegerse.

Por tanto, el ejercicio de los derechos debe llevar un fin lícito, de modo tal que no podrán ser ejercidos con mala fe, en forma irregular, abusando del fin para el cual fueron otorgados.

Resulta necesario saber cuándo un ejercicio de un derecho es ciertamente abusivo, y pensamos que ese es el punto de mayor interés, máxime que la ciencia del derecho se encuentra para dar soluciones justas. Que el derecho que se ejercite debe igual provenir de un ejercicio regular, pues la ley no ampara aquel que sea abusivo.

Regular es lo opuesto a abusivo, concepto este último comprensivo de negligencia o imprudencia, es decir culpa, y de ese modo se valorará la responsabilidad y en consecuencia se deberá indemnizar el daño.

En tal sentido no podemos dejar de lado aquello que sentenció la Corte Suprema: "La valoración de extremos tan generales como es la buena fe, la culpa del deudor, el ejercicio abusivo de los derechos, no queda, por razón de su generalidad, librada a la actividad discrecional del juzgador, por el contrario un imperativo de nuestro sistema exige que tales extremos necesariamente sean apreciados con toda objetividad, es decir conforme a las circunstancias que el caso concreto exhibe" (C.S.J.N., E.D. T° 52, pág. 532; septiembre 29 de 1974; también S.C. de Buenos Aires, julio 23 de 1980, E.D. T° 90, pág. 289).

No perdamos de vista que el ejercicio abusivo de un derecho configura siempre una situación de excepción, de modo que su apreciación y valoración deben efectuarse con rigor, para no desviar los fines que la ley tuvo en miras al otorgarlos.

La delimitación de la teoría debe ser necesariamente precisa, valorada con la misma claridad que se distinguió el ejercicio abusivo del no ejercicio de un derecho (E.D. T° 41, pág. 185 Cám. Nac. en lo Civ. y Com. votos de los doctores Quintana Terán y Echegaray), con alcances de interpretación restrictivos, e introducida al pleito.

Como antecedente podemos señalar que, dentro del derecho comparado, las primeras sentencias que recibieron esta trascendente doctrina se encuentran en la mitad del siglo XIX, las cuales fueron sistematizadas en 1905 por Saleilles y Josserand (Mazeaud: *Lecciones de Derecho Civil –Parte Segunda", Vol. II, pág. 386, ed. EJEA, 1968.*

Cuando se obra de manera abusiva y se causa un daño sobre el patrimonio del acreedor, al desviar el derecho de sus fines regulares que la ley tuvo en miras al concederlo, debe repararse el perjuicio provocado, determinando para ello la extensión que pueda probarse teniendo presente si actuó con culpa o con dolo.

En efecto: "... la teoría del abuso de los derechos, cuya ambición y razón de ser es asegurar el triunfo del espíritu de los derechos y, por consiguiente, hacer reinar la justicia, no solamente en los textos legales y en las fórmulas abstractas, sino —siendo este ideal más sustancial— en su misma aplicación, y hasta en la realidad viviente" (J. Bustamante Alsina: *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, pág. 408, n° 1214, Quinta edición, ed. Abeledo Perrot, 1987).

El ejercicio de un derecho no de emplearse abusivamente, pues ello de ningún modo encuentra justificación alguna. "La cuestión consiste entonces en saber cuál es el criterio que permitiría afirmar que un derecho ha sido ejercido con abuso y, por consiguiente, ha constituido en ilícito su acto debiendo repararse el perjuicio ocasionado" (J. Bustamante Alsina: obra citada, pág. 408/409, n° 1215).

El ejercicio abusivo se verifica cuando: "... en su titular existió intención maligna, 'culpa' o 'falta legítima de interés' y desviación de los fines sociales y económicos que el legislador tuvo en mira al conceder esa prerrogativa jurídica" (Abel M. Fleitas: *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, Bs. As., 1944, pág. 5, n° 1).

Este instituto fue introducido en el Código Civil por la ley 17.711 con toda extensión, pues con anterioridad si bien fue reconocido por la jurisprudencia haciendo una interpretación de varios artículos, lo cierto es que parte de la doctrina no lo reconocía.

Así Marcel Planiol en su obra *Tratado Elemental de Derecho Civil* consideró que: "El derecho cesa donde el abuso comienza, no puede haber aquí uso abusivo de un derecho cualquiera, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez, conforme y contrario al derecho" (T° II, n° 871).

En igual sentido podemos señalar que el anteproyecto de Código Civil del doctor Juan Antonio Bibiloni también rechazaba la teoría del abuso del derecho, como lo indicó el artículo 411 de ese cuerpo indicando que: "Los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales, aunque de ello resulte perjuicio a tercero" y añadió en la nota a este artículo que: "... el que los usa, usa de lo suyo".

Afortunadamente esta teoría no fue recibida y en cambio se adoptó la doctrina que lo propició, la cual fue regulada en primer lugar por el artículo 1071 del Código Civil, como dijimos, modificado por la ley 17.711, y en segundo lugar la encontramos aceptada por el artículo 10 del Código Civil y Comercial.

"Abuso del Derecho: El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".

De este modo se evidencia que el ejercicio de los derechos subjetivos no se encuentra apartado de la justicia, o en contra del propósito que tuvo la ley para regularlos.

Los derechos no están concedidos para provocar perjuicios a las personas, ni a los bienes que le pertenezcan, o aquellos que estén bajo su guarda, y ello ocurre cuando se ejercen con falta de interés o utilidad en el titular del derecho, lo cual constituye un índice demostrativo del propósito de causar un perjuicio.

IV. Efectos del abuso del derecho

No podemos dejar de lado que la teoría del abuso del derecho configura una situación de excepción, de modo que su apreciación y valoración debe efectuarse con rigor para no desviar los fines que la ley tuvo en mira al otorgarlos.

La delimitación de esta teoría debe ser necesariamente precisa, valorada con igual claridad que se distinguió el ejercicio abusivo del no ejercicio de un derecho (E.D. T° 41, Cám. Civ. y Com., Sala II pág. 185), con alcances de interpretación restrictivos.

Cuando se abusa de un derecho resulta indispensable la reparación del daño causado, pues a través de esa conducta nace la responsabilidad civil, y en el caso el daño provocado tiene que ser resarcible, el cual debe reconocer un nexo de causalidad vinculante con la acción ejercida que sea por cierto antijurídica y se encuentre sancionada en la ley.

El obrar reprochable causa un daño específico y grave sobre el patrimonio que la ley tuvo por fin concederlo.

Por tanto, se deberá indemnizar también las consecuencias que deriven de ese proceder ilícito, pues se ha cometido un acto que ocasionó un perjuicio que fue provocado con culpa o dolo.

El artículo 10 del Código Civil y Comercial otorga facultades al juez para disponer todo aquello que considere necesario con el fin de impedir los efectos del ejercicio que estime abusivo, o de la situación abusiva procurando el restablecimiento al estado anterior, y disponer en el caso una indemnización que deberá ser, en nuestro criterio, completa.

En suma, el juez tiene ahora tres funciones: "a) preventiva o precautoria, en tanto debe arbitrar medios tendientes a evitar los efectos del acto o de la situación anti funcional; b) restauradora o de recomposición al estadio previo al ejercicio abusivo del acto o situación, en la medida en que fuera posible y c) indemnizatoria o resarcitoria ..." (J. C. Rivera-G. Medina: *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T° I, pág. 88, n° 2-3, ed. Thomson Reuters, La Ley, año 2014).

De cualquier manera, la determinación del criterio relativo al abuso del derecho, corresponderá analizarla en cada caso en particular. Es la jurisprudencia quien lo decida, pero las pautas deberán ser lo suficientemente medidas como para no generar la existencia del abuso con demasiada amplitud. Más bien se tratará de establecer un criterio restrictivo, debidamente ponderado y prudente.

Adviértase que esta teoría pone sus efectos en manos de los jueces una herramienta muy delicada, y los particulares pueden sentirse afectados por la inestabilidad que una interpretación amplia alcance sobre sus derechos.

También es necesario tener presente que no ocurra el abuso de una posición dominante, el cual constituye un elemento importante para atribuir responsabilidad civil.

No obstante lo expuesto, opinamos que el efecto más grave cuando se abusa del derecho es el incumplimiento de la finalidad de la ley y la costumbre, que deberá valorase en forma reflexiva y cuidadosamente.

En definitiva, ¿qué puede ocasionar el ejercicio de un derecho de manera abusiva? Guillermo Borda lo ha sintetizado de forma sumamente esclarecedora: "...la respuesta es simple: puesto que no se permite el ejercicio abusivo de los derechos, tal conducta es ilícita y producirá, por

tanto, todos los efectos propios de un acto ilícito ...” (G. A. Borda: *La Reforma de 1968 al Código Civil*, pág. 134, n° 90, ed. Perrot).

No obstante lo expuesto, el efecto más trascendente donde impacta el abuso del derecho lo encontramos cuando se demuestra que se procedió contra la buena fe, la moral y las buenas costumbres, todo ello deberá ser considerado por el tribunal que juzgue ese accionar ilícito.

Finalmente, las consecuencias se advierten cuando su ejercicio se ve apartado de aquello que tuvo en miras el legislador al concederlo y demostrando un obrar justo.

V. Derecho comparado

Consideramos que se trata de una buena argumentación advertir como el derecho comparado ha tratado el tema del abuso del derecho, regulándolo o bien permitiéndole a los jueces analizar situaciones que no se encuentran previstas dentro del código respectivo y por tanto deberán argumentar con toda justicia la sentencia que corresponda. Pero sea de una manera o de otra esta teoría se admite.

Así el Código Civil alemán en el artículo 226 dispone: “El ejercicio de un derecho es inadmisible si su propósito solo es el de causar daño a otro”. Esta regulación tiene su fundamento en el dolo.

También no podemos dejar de lado lo dispuesto por el artículo 826: “Quien dolosamente causa un daño a otra persona de una manera contraria a las buenas costumbres está obligado a indemnizarle por el daño”.

Ciertamente advertimos como son valoradas las buenas costumbres, pues desde nuestro punto de vista, la teoría del abuso del derecho atenta contra ellas.

El Código Civil de España en el artículo 7.2: “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

No obstante la claridad de esta norma, no podemos dejar de lado que previamente en el artículo 7.1 se encuentra previsto que los derechos de-

berán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe; la cual constituye el centro del tema.

Entre otros antecedentes debemos recordar aquello que escribió el Rey Alfonso el Sabio en "Las Siete Partidas" (T° I, Primera Parte, Ley 4, -Ley IX- pág. 48): "Ley tanto quiere decir como castigo o enseniamiento escripto que liega á hombre que non faga mal, ó quel aduce a seer leal faciendo derecho ..." (Barcelona imprenta de Antonio Bergnes, año 1843).

Esta cita que indicamos, desde nuestro punto de vista, ciertamente constituye un fundamento amplio a la teoría que estamos tratando y observando como el derecho español la recibió.

El Código Civil de Chile no contiene en particular ningún artículo que se refiera al abuso de derecho. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia lo admiten en determinadas circunstancias, con ciertas limitaciones, pues se entiende que el ejercicio de un derecho no produce responsabilidad para su titular, aunque se perjudique a un tercero. Se tiene en miras el principio romano: *nemo dominum facit qui suo jure utitur* ("a nadie daña quien ejerce su derecho").

Empero, ha entendido que los derechos pueden ser ejercidos en forma abusiva y en ese supuesto corresponde otorgar una indemnización pecuniaria a quien lo sufre.

También para observar esta teoría tan importante han reconocido lo dispuesto en la segunda y tercera parte del artículo 2284 del Código Civil: "... si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito ...".

En suma, la relatividad de los derechos la describe en líneas generales, el artículo 12 del Código Civil: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia", configura, desde nuestro criterio, la teoría del abuso del derecho.

Si bien puede resultar dificultoso determinar cuándo se ejerció un derecho abusivamente, no podemos dejar de lado aquello que sostiene el doctor Juan Andrés Orrego Acuña, profesor de Derecho Civil, en su obra: *Derecho Civil –Parte General*, Vol. I, editorial Criterios Subjetivos y Objetivos. "Los criterios subjetivos, exigen que haya culpa o dolo en el ejercicio del derecho, es decir, aplican las normas de la responsabilidad extracontractual. Otros criterios, objetivos, estiman que hay abuso si el derecho no se ejerce de acuerdo a su función social".

El Código Civil del Perú ha regulado este derecho, especialmente en el Título Preliminar art. II Ejercicio Abusivo del Derecho: "La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso".

Este criterio se reflejó en el artículo 924: "Aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados".

También ha tenido presente este instituto con relación a la prórroga o elección de tribunales extranjeros en cuestiones que son de competencia de esa nación, lo cual se ve plasmado en el artículo 2060: "La elección de un tribunal extranjero o la prórroga de jurisdicción en su favor para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial, serán reconocidas, siempre que no versen sobre asuntos de jurisdicción peruana exclusiva, ni constituyan abuso de derecho, ni sean contrarias al orden público del Perú".

Admitimos, entonces, cómo la regulación peruana en su Código Civil ha resguardado el abuso de derecho y la proyección que tiene.

El Código Civil de Italia, luego de su reforma de 1942, si bien no trae una parte general, no define el abuso de derecho como lo hacen las otras legislaciones, simplemente se refiere en precisas circunstancias, como son las que indican el Título II De la Propiedad en el artículo 833: "Actos de equidad. El propietario tiene derecho a disfrutar y disponer de las cosas plena y exclusivamente, dentro de los límites y con observancia de las obligaciones que establece el ordenamiento jurídico".

También el artículo 838 en su última parte dispone: "Expropiación de bienes que sean de interés para la producción nacional o de interés público predominante... La misma disposición se aplica si el deterioro de los bienes tiene por efecto dañar gravemente el decoro de la ciudad o las razones del arte, la historia o la salud pública".

Y el artículo 1015, en otro aspecto cubre esta teoría al establecer: "Abuso del usufructuario. El usufructo también puede cesar por el abuso que el usufructuario haga de su derecho enajenando los bienes o deteriorándolos o dejándolos perecer por falta de reparaciones ordinarias ...".

Debemos decir que la proyección del Código Civil Italiano si bien tuvo influencia en la reforma al Código Civil Argentino a través de la ley 17.711, ésta la concibió mucho más allá, criterio que el nuevo Código Civil y Comercial la mantuvo.

El Código Civil de la República Oriental del Uruguay mantiene muy limitada esta teoría, y ello se advierte en el artículo 1321 que dispone: "El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable".

No obstante lo prescripto en esta norma, debemos recordar un principio que en definitiva siempre tiene aplicación: "Aquel que por su culpa o dolo causa un daño, debe repararlo", todo lo cual se repite en el artículo 1323: "El daño comprende no solo el mal directamente causado, sino también la privación de ganancia que fuere consecuencia inmediata del hecho ilícito".

Empero, no podemos dejar de lado el concepto que nos dijo en esta materia refiriéndonos al derecho procesal Eduardo J. Couture en el "Vocabulario Jurídico": "Forma excesiva y vejatoria de acción u omisión de parte de quien, so pretexto de ejercer un derecho procesal, causa perjuicio al adversario, sin que ello sea requerido por las necesidades de la defensa" (Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, ROU, 1960, pág. 73).

El Código Civil paraguayo habilita el abuso de derecho en el Libro II, Capítulo III del Ejercicio y Prueba de los Derechos, Sección I, en el artículo 372: "Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente".

En definitiva, el abuso puede ocurrir tanto por omisión como por acción, pero tiene en la ley una regulación específica. Quien abuse sin justificación alguna y provoque perjuicio deberá reparar el daño causado.

También el artículo 1912 del Código Civil de México prevé: "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho solo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

Con esta disposición tan clara la teoría del abuso de derecho y las consecuencias que provoca cuando se incurre en este acto ilícito, deberá buscarse aquello regulado en el Capítulo V, del Libro Cuarto —De las Obligaciones—.

Señalamos algunos códigos de otros países que cuentan con costumbres diferentes y podemos advertir con claridad que todos de alguna manera reconocen este instituto importante, pues consideran primordialmente al titular que tiene el derecho y las limitaciones que deben contener para no caer en un ejercicio abusivo, el cual, como ya dijimos antes, puede ocurrir tanto con dolo o bien con culpa por parte de quien lo lleva a cabo, contrariando los límites de la moral, la buna fe y el orden público imperante.

VI. Conclusiones

Fácilmente podemos advertir que es trascendental que aquel que ejecuta un derecho no incurra en aquello que tuvo en miras el legislador al protegerlo.

Es necesario tener presente la función del juez en su apreciación de las relaciones jurídicas, el cual deberá adoptar un criterio objetivo para poder asignarle a la conducta ejercida como un acto ilícito, teniendo como objetivo la valoración de la buena fe.

No podemos concluir estas reflexiones sin recordar que: "La observación del frecuente fenómeno del ejercicio de los derechos de un modo que resulta agraviante a la idea de justicia, hizo nacer la teoría del abuso del derecho" (G. A. Borda: *La Reforma de 1968 al Código Civil*, pág. 126, n° 84; ed. Perrot; 1971).

Empero, una vez más recordamos al gran jurista Jorge Bustamante Alsina quien se adelantó a los cambios de la vida actual, como lo demostró su sobresaliente nota: "Límites legales de la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores de edad" (L.L., T° 1988 –B, pág. 380).

Sus extensos conocimientos lo llevaron a la convicción que el abuso de derecho se demuestra cuando el acto realizado carece de interés para el que lo ejerce y causa un perjuicio a otro, lo cual impone una profunda exigencia sobre la responsabilidad civil que se encuentre adecuada a los acontecimientos que exterioriza la vida y su proyección sobre los distin-

tos peligros que se presentan, siendo necesario que la doctrina y la jurisprudencia otorguen respuesta.

Por último, no podemos dejar de ponderar que la obra de este eminente jurista mantiene plena vigencia, no obstante haberse presentado un nuevo Código Civil y Comercial.

El contrato de claque y la responsabilidad civil

Por Luis F. P. Leiva Fernández

I. Jorge Horacio Bustamante Alsina

En una oportunidad, luego de dar mi clase en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, me detuve a conversar con mi querido y recordado amigo Atilio Aníbal Alterini. En tal situación una estudiante de mi cátedra se acercó para hacerme alguna pregunta, y ante su insistente presencia me vi en la necesidad social de presentarle a mi interlocutor.

Bastó hacerlo para que la estudiante empezase a tartamudear. Dirigiéndose a Atilio Alterini, logró preguntar: "¿Usted es el libro?".

La pequeña *gaffe* nos causó gracia a los tres.

Todo ello me permitió sacar dos conclusiones: en primer lugar, que ella tenía alguna familiaridad con la obra publicada por Atilio, y eso sin duda era bueno para ella. En segundo término, me resultó claro que primero se conoce al libro y luego, en algunos casos, al autor. La obra conduce al autor.

Yo también primero conocí al libro.

A decir verdad, primero el prestigio de Jorge Bustamante Alsina como catedrático. Luego su libro más difundido la *Teoría general de la responsabilidad civil*.

Y después —como le pasó a la estudiante de mi anécdota— tuve el gusto de conocer a la persona.

No tanto como sus estudiantes, ni —por supuesto— como los integrantes de su cátedra.

Cuando presenté mi tesis doctoral, fue él el encargado de establecer si yo además de haber aprobado los cursos de doctorado, estaba en condiciones de presentar una tesis. Para esa entrevista me invitó a visitarlo en su estudio donde estuvimos conversando varios temas jurídicos interesantes. Recuerdo la fotografía dedicada por Henri Capitant, y alguna confidencia sobre su vínculo inicial con las publicaciones jurídicas a través del derecho procesal civil.

Pero, sobre todo disfruté de su *savoir faire*. Algo que —en definitiva— era una entrevista de selección resultó una amabilísima y memorable reunión.

Algo después presenté mi tesis "Teoría general del derecho de retención", que la editorial sintetizó en un libro bajo el título Derecho de Retención". Esto fue en el año 1989.

Ya como jurado le tocó a Jorge Bustamante Alsina, aquí homenajeado, elaborar el dictamen luego compartido por los otros jurados Juan Carlos Cassagne y Alberto Bueres.

Mi padrino (asesor) de tesis doctoral, mi querido maestro Alberto D. Molinario, había fallecido unos meses antes, por lo que le rogué al Prof. Dr. Julio César Rivera cumplir ese rol por lo que le estuve y sigo estando muy agradecido [(1)].

No consideré abusivo pedirle a Jorge Bustamante Alsina que prologase mi libro, aprovechando que la tarea fundamental ya estaba hecha en su dictamen. Por supuesto ese prólogo jerarquizó la edición y me benefició.

Por algo de todo eso también recuerdo haber sido invitado a visitarlo en su casa en la Av. Callao, pese a que estaba en cama enfermo de gripe; en 1991.

Quizá pueda decirse que "el libro" desde los hechos que relato, para mí, tuvo (al menos) un capítulo más.

---

(1) Tiene cosas curiosas la vida.

En por lo menos dos oportunidades me cupo asumir el papel de asesor de tesis doctorales del trabajo de doctorandos que perdieron a su asesor primigenio, a la sazón un muy querido amigo y destacado civilista, también Académico de número de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires.

Asumí las tareas muy honrado por poder continuar las tareas inconclusas de mi entrañable amigo, y en la creencia que con ello retribuía lo que en situación similar me tocó recibir.

Ese capítulo, con el método que le caracterizó, contuvo enseñanzas (que nunca vienen mal) de señorío, gran generosidad, empatía, humildad y un enorme y profundo conocimiento jurídico que no se reducía a los datos objetivos, sino que alcanzaba al por qué se generó esa información.

En definitiva, el sustrato que permite a un jurista comprender y aplicar distintos sistemas jurídicos, sucesivos en el tiempo, o coetáneos pero separados por la distancia; que no otra cosa es el derecho comparado.

II. Método de este ensayo

El contrato de claque estuvo, y aún está, poco difundido. Sin duda es un contrato atípico, al que —sin embargo— cabe reconocerle tipicidad social, bien que solo una de sus modalidades es reconocida como tal.

Su uso se extendió —me atrevo a afirmar— a todo el mundo, en distintas épocas, con caracteres que referiré más adelante, al desarrollar el concepto que sostengo.

Sin duda es una variante del contrato de servicios, que —como tal— participa de los principales caracteres del tipo contractual.

En mi opinión existen tres modalidades diferentes que —a los efectos de este ensayo— he debido denominar.

La más antigua, y aún vigente en algunos ámbitos es la que paso a denominar "contrato de claque tanática", referida a las ceremonias fúnebres (velorio y entierro). Tan antiguo como peculiar.

La modalidad más conocida es la que da su nombre al contrato, la claque teatral, que hoy se usa no solo en el teatro, sino en todo tipo de espectáculo público, en vivo o a distancia.

En este ensayo la denominaré "contrato de claque recreativa".

Finalmente está la variable de contrato de claque utilizado en reclamos sociales o políticos. Tan presente como lo fueron, o son, en nuestra República, las manifestaciones de masas para solicitar mejoras económicas, reclamos sociales o para postular apoyos o rechazos a expresiones o decisiones políticas o gubernamentales. En este ensayo lo denomino "contrato de claque requirente".

Sobre esta última modalidad extraeré conclusiones atinentes a los diversos casos de responsabilidad civil.

Me propongo explicar la totalidad del fenómeno bajo la óptica contractual lo que permitirá aplicar, ante un eventual caso de responsabilidad civil, la garantía de seguridad de origen contractual debida por el comitente al claquista damnificado, y por otra parte, la responsabilidad del principal (comitente) por los hechos del claquista en perjuicio de terceros. Incluido el Estado.

Pero para llegar allí, me veo en la necesidad de exponer —al menos someramente— las tres modalidades enunciadas, la claque tanática, la claque recreativa utilizada en espectáculos públicos presenciales o virtuales, y finalmente, el contrato de claque requirente; pues de todo ello extraeré los caracteres comunes.

Desde ya que este enfoque civilista no evitará el uso del contrato de claque requirente; pero al abrir una puerta al reclamo patrimonial del claquista ante el comitente y empoderar al primero, debería conducir a que el segundo sopese previamente las consecuencias posibles.

III. USO HISTÓRICO DEL CONTRATO DE CLAQUE TANÁTICA

Tengo claro que escribir sobre claque puede sonar en algunos oídos como pretender resucitar la *in jure cesio*. Y sería así si en algún momento de este ensayo no pudiese demostrar un uso actual del contrato.

Pero como su uso llega hasta la actualidad —como demostraré más adelante— me siento autorizado a abrir la ventana del tiempo para señalar algunos usos antiguos de esta modalidad contractual.

La más antigua modalidad de claque —por supuesto no la única— es la utilizada en velorios y entierros cuya finalidad directa era compartir el dolor de la pérdida [(2)], a la par que expresar cuan querido era el difunto; y —por qué no— demostrar el nivel socioeconómico de la familia que integraba.

Luego se verá, a lo largo de este ensayo, que hay muchas otras modalidades que mantienen un perfil común cuyo contenido expresaré al exponer mi concepto del contrato de claque.

Las fuentes más claras y confiables sobre la claque que denomino claque tanática, son las que provienen del arte legado por cada civiliza-

(2) Quizás pueda vincularse al refrán que expresa "alegría compartida doble alegría, dolor compartido mitad de dolor."

ción [3] y recuperado por la arqueología a través de pinturas en tumbas, frentes de sarcófagos, urnas funerarias, terracotas funerarias, estelas, bajorrelieves, etc. También aparece en relatos como la epopeya de Gilgamesh, y textos religiosos como el Antiguo testamento.

IV. El contrato de claque tanática. Su uso en entierros y velatorios

Todo empieza cuando termina la vida [4].

En velorios, cortejos fúnebres y entierros, sobre todo en la difusión del dolor por la pérdida de la vida.

Seguramente la primer claquista fue mujer. Llorona, plañidera [5], endechadera, o choronas, lastimera, rezandera o lamentatriz. Probablemente de mediana edad, viudas o personas que, habían quedado solas [6]. Era un medio de subsistencia.

Sin embargo, no todo era subsistencia económica. Había, al decir de Erias Martínez, dos tipos de lloronas: 1) las que se mueven en el territorio sagrado de los dioses, y 2) las plañideras terrenales que cobraban por su oficio [7].

Estos diferentes móviles se perciben sobre todo en Egipto. El llanto de Isis por Osiris corresponde al modelo sagrado y terminará enlazando, siglos más tarde, con los espectaculares lamentos procesionales por la muerte de Attis, en Roma. Pero las plañideras o lamentatrices de oficio las vemos también, en paralelo, desde el principio, en Egipto, Mesopota-

---

(3) Cabe destacar el magnífico ensayo de Erias Martínez, Alfredo "Iconografía de la plañidera en el mundo antiguo y medieval de Galicia y norte de Portugal "https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7705733.pdf

(4) No deja de resultar curioso que las emociones se desaten y adquieran carácter social al concluir la vida, y no al iniciarse.

(5) Del latín *plangere*: mujer a quien se le pagaba por ir a llorar al rito funerario o al entierro de los difuntos

(6) V, Mariano de la Canal tiene un emprendimiento llamado "lágrimas de olvido" y cobra por llorar en los velorios: "Es un servicio de llanto" en https://www.airedesantafe.com.ar/espectaculos/mariano-la-canal-tiene-un-emprendimiento-llamado-lagrimas-olvido-y-cobra-llorar-los-velorios-es-un-servicio-llanto-n446214m.

(7) ERIAS MARTÍNEZ, Alfredo "Iconografía de la plañidera en el mundo antiguo y medieval de Galicia y norte de Portugal https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7705733.pdf. Consultado el día 16 de abril de 2025

mia y el mundo grecolatino. Incluso en el Antiguo Testamento el propio Yahveh las invoca en los lamentos de Jeremías por los pecados del pueblo y su consecuencia, la devastación de Judea" (8).

IV.1. La *Epopeya de Gilgamesh* en Sumeria

En la *Epopeya de Gilgamesh*, en Sumeria, ya se mencionaba a las plañideras.

El poema expresa, en la versión babilónica antigua: "¡Oídme, oh ancianos, [y prestad oído] a mí! Por Enkidu, mi [amigo], lloro, gimiendo amargamente como una plañidera" (9).

Quizás sea esa la más antigua referencia al contrato de claque (tanática).

IV.2. Su uso en el antiguo Egipto

Quizás su utilización en ese país revista la segunda mayor antigüedad.

Habría surgido vinculada a una creencia religiosa. Luego para reforzar el culto debe haber surgido la colaboración espontánea, y a esta, la retribución primero también espontánea, y luego la costumbre hizo lo suyo.

"Estas lloronas eran contratadas porque se creía que los llantos que emitían limpiaban el alma del difunto de pecados facilitando así su alcance rápido a la gloria eterna. Además de brindar sus lágrimas, estas lloronas servían de posta para que los deudos pudieran atender de manera adecuada a quienes habían venido a esta ceremonia de despedida. Una vez finalizado el entierro, las plañideras o lloronas pedían el pago de sus honorarios por haber realizado su trabajo. Esta paga podía ser en dinero o víveres como trigo, yerba o harina" (10).

---

(8) ERIAS MARTÍNEZ, Alfredo "Iconografía de la plañidera en el mundo antiguo y medieval de Galicia y norte de Portugal https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7705733.pdf. Consultado el día 16 de abril de 2025

(9) ERIAS MARTÍNEZ, Alfredo "Iconografía de la plañidera en el mundo antiguo y medieval de Galicia y norte de Portugal https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7705733.pdf. Consultado el día 16 de abril de 2025

(10) Aire Digital ed. del 08 de abril de 2023 , en https://www.airedesantafe.com.ar/espectaculos/mariano-la-canal-tiene-un-emprendimiento-llamado-lagrimas-olvido-y-cobra-llorar-los-velorios-es-un-servicio-llanto-n446214. Consultado el día 16 de abril de 2025.

Refiere Erias Martínez: "en Egipto vemos reiteradamente sus figuras en tumbas de personajes importantes, generalmente pintadas en grupo, con ojos subrayados teatralmente por chorretones de lágrimas, al tiempo que suelen tener los brazos levantados: a veces con las manos hacia delante, otras hacia atrás y aún otras en las que se tapan la cara con ellas. Las sacerdotisas de Hathor lloraban con gritos desconsolados mientras se golpeaban el pecho, se tiraban en el suelo y se lamentaban alzando las manos, o rogaban por el alma del muerto, bajándolas. En ocasiones, las plañideras tienen una o las dos manos sobre la cabeza, como es el caso de una escultura de la Dinastía XVIII (1550-1292 AC), probablemente de Isis llorando por la muerte de Osiris, del Museo del Louvre" [(11)].

IV.3. Su uso en Grecia

Dada la conexidad entre las últimas dinastías egipcias, con la antigua Grecia, no cabe sino esperar que las prácticas de la claque tanática resulte análoga.

En Grecia, señala Erias Martínez "la espectacularidad de los entierros se relacionaba también con el poder del difunto. Temían los griegos a los muertos y al hecho de pudrirse, por lo que se tomaban muy en serio las ceremonias de purificación.

En los velatorios no había más mujeres que las parientas próximas, pero se contrataban plañideras que se alisaban el pelo delante del difunto y producían el treno fúnebre, que no es otra cosa que el canto y lamentación por la desgracia acaecida". [(12)]

En la *Ilíada*, Homero describe a Hécabe, madre de Héctor, arrancándose los cabellos ante la muerte de su hijo, o el llanto de las Ninfas por el padre de Andrómaca y el de las Nereidas en el funeral de Aquiles [(13)].

---

(11) ERIAS MARTÍNEZ, Alfredo "Iconografía de la plañidera en el mundo antiguo y medieval de Galicia y norte de Portugal https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7705733.pdf. Consultado el día 16 de abril de 2025

(12) ERIAS MARTÍNEZ, Alfredo "Iconografía de la plañidera en el mundo antiguo y medieval de Galicia y norte de Portugal https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7705733.pdf. Consultado el día 16 de abril de 2025

(13) Macías Carmen. Historia de las plañideras: vida y obra de las mujeres que cobraban por llorar, en El Confidencial de España del 23/10/2021, en https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2021-10-23/mujeres-que-cobraban-por-llorar_3310746/

IV.4. Su uso en Judea

En el Antiguo Testamento en la boca de Jeremías 9 16: Yahveh expresa Así habla Yahveh Sebaot: "¡Hala! Llamad a las plañideras, que vengan: mandad por las más hábiles, que vengan" (14).

Jeremías expresa que el Dios de Israel mandó a su pueblo a hacer venir "lamentatrices". Estas lloronas regulaban la intensidad de sus lamentos y llantos según la clase del difunto. Las lágrimas se recogían en vasos lacrimatorios que luego se guardaban junto a los restos del difunto.

También en el Eclesiastés 12, 5 se expresa "cuando en las alturas haya temores y en los caminos angustias; y florezca el almendro, y se haga pesada la langosta y no sirva para nada la alcaparra, porque el hombre se va a su morada eterna, y las plañideras recorren la calle" (15).

IV.5. Su uso en Roma

También en Roma las plañideras utilizaban vasos lacrimatorios y también allí la principal conocida como *praefica*, dirigía el grupo de plañideras y era seguida por otras 6 que flanquean el féretro un poco descontroladas, reproduciendo gestos de dolor específicos como tirarse del cabello, según les indicase la que seguía a la *praefica* (16).

IV.6. Su uso en el Medioevo

En la península ibérica, donde también se usaba de lloronas y a veces también de hombres en tal rol, se exageró la nota con nuevas manifestaciones de pesar tales como tirarse del cabello, arañarse la cara, o llorar a viva voz.

Tal exagerado recrudecimiento de las manifestaciones de dolor habría generado un rechazo en la Iglesia Católica pues cabía interpretarlas como negando la existencia de algo posterior a la muerte (17).

---

(14) Jeremías 9 16, Biblia de Jerusalén en https://www.bibliatodo.com/concordancia-biblica?s=Jeremias+9&version=JER&ant=tb

(15) O los "endechadores", que es sinónimo de plañideras o lloronas según la edición de Reina-Valera 1960.

(16) V. ERIAS MARTÍNEZ, Alfredo "Iconografía de la plañidera en el mundo antiguo y medieval de Galicia y norte de Portugal https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7705733.pdf. Consultado el día 16 de abril de 2025

(17) V. ERIAS MARTÍNEZ, Alfredo "Iconografía de la plañidera en el mundo antiguo y medieval de Galicia y norte de Portugal https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7705733.pdf. Consultado el día 16 de abril de 2025.

IV.7. El contrato de claque tanática en el siglo XX y en la actualidad

IV.7.a. En Taiwán

"Al igual que en el resto de los países, las plañideras tienen una larga historia en Taiwán donde los difuntos necesitan irse de manera ruidosa para pasar de manera más adecuada a otra vida. Muchos años atrás, las mujeres dejaban su hogar para ir a trabajar a otras ciudades mientras que el transporte era muy limitado por lo que si un familiar moría no llegaban a tiempo para el funeral por lo que la familia contrataba a una llorona para que los acompañara en este duelo" [(18)].

IV.7.b. En Inglaterra

Allí existe hoy una empresa que ofrece figurantes para casos en los que el fallecido resulte poco convocante, sea por no haber sido muy querido, o ser de reciente domicilio en la ciudad.

Su tarea es fingir haber conocido y ser amigos del fallecido contando relatos de su vida —que adquirieron previamente— a los restantes asistentes.

A modo de ejemplo, un sitio web publicita: "Si necesita alquilar deudos profesionales para el funeral de una persona querida podemos ofrecerle deudos profesionales en cualquier lugar del Reino Unido. Entendemos que este es un servicio que necesita ofrecer discreción sensibilidad y comprensión. Haremos una charla anteriormente al funeral y de esa manera le podemos informar a los deudos. Usted puede decir cuánto o qué poco desea que estas personas sepan de la persona fallecida. Le aseguramos que nuestro personal está siempre muy informado y ensaya sobre este tema. Son muy discretos profesionales. Van a estar vestidos de acuerdo con lo que se solicite. Pueden estar tristes, o si usted prefiere en el velorio, pueden estar alegres. Lo que usted desea ellos lo van a brindar. Los deudos pueden llegar bien vestidos, ir al servicio religioso o al crematorio y también pueden quedarse en el velatorio para mezclarse con

---

El mismo reparo podría haber tenido cualquier otra religión pues todas sostienen la existencia posterior a la muerte.

(18) "Mariano de la Canal tiene un emprendimiento llamado "lágrimas de olvido" y cobra por llorar en los velorios: "Es un servicio de llanto" Por Redacción Aire Digital, 08 de abril de 2023 , en "Aire Digital" (Santa Fe), en https://www.airedesantafe.com.ar/espectaculos/mariano-la-canal-tiene-un-emprendimiento-llamado-lagrimas-olvido-y-cobra-llorar-los-velorios-es-un-servicio-llanto-n446214, consultado el día 17 de abril de 2025

otros invitados tanto como usted lo desee y nosotros mantendremos su estatus en forma confidencial todo el tiempo" (19).

IV.7.c. En España

En España era una actividad contratada muy habitual hasta mediados del siglo pasado. En la localidad de Abarán (Murcia) se registró la existencia de plañideras profesionales hasta de década de 1950.

"Eran muy habituales, especialmente en los pueblos, hasta que la iglesia católica decidió erradicarlas a mediados del siglo XVIII, excomulgando a toda mujer que acudiese a llorar a los funerales a cambio de dinero. Aunque, curiosamente, se quiso recuperar esta figura con la crisis económica mundial del 2008... cuando fue rescatado en España para intentar salvar la economía de muchas amas de casa en tiempos de crisis. Algunos sacerdotes de parroquias rurales dieron su aprobación y se mostraron flexibles con el fin de que las familias pudieran conseguir un ingreso extra" (20).

Federico García Lorca en su poema "Muerto de amor" parece referirse a las lloronas al expresar: "Tristes mujeres del valle/bajaban su sangre de hombre/tranquila de flor cortada/y amarga de muslo joven. /Viejas mujeres del río/lloraban al pie del monte, /un minuto intransitable/ de cabelleras y nombres" (21).

IV.7.d. En México

"En la cultura *náhuatl* el llanto tenía una psicología compleja, por lo cual es probable que sea el principal factor para la aparición de plañideras mexicanas. De acuerdo con el testimonio de Diego Durán (22), du-

---

(19) Síntesis de https://www.envisagepromotions.co.uk/services/crowd-services/rent-a-mourner/

(20) V. El negocio de llorar: conoce a las plañideras y su historia", 8 noviembre 2024. En el blog de Áltima, empresa funeraria: https://www.altima-sfi.com/es/blog/planideras.

(21) Macías Carmen. Historia de las plañideras: vida y obra de las mujeres que cobraban por llorar, en El Confidencial de España del 23/10/2021, en https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2021-10-23/mujeres-que-cobraban-por-llorar_3310746/, Consultado el día 17 de abril de 2025.

V. El Poema en V. https://marcelosaraceno.tripod.com/poemaslorca.html

(22) Historiador y Fraile domínico español autor de *Historia de las Indias de Nueva España e islas de Tierra Firme* (1537 – 1588).

rante el funeral del gobernador Ahuízotl [23] se empleó 'un gran llanto' luctuoso. Dichos ritos podían extenderse hasta por cuatro días, sin embargo, hubo eventos en los que se lloró hasta por 80 días continuos" [24].

Parece haberlo hasta hace poco en Guadalajara [25].

En el Estado de México subsisten plañideras —también llamadas, lloronas, chillonas o mariquitas— en los rituales fúnebres, cuy oficio les ha llegado por tradición familiar.

Sin embargo, el contrato de claque tanática convergió hacia el área del espectáculo. Así se explica el concurso de Plañideras, en el Festival del día de muertos de San Juan del Río, Querétaro, donde las plañideras compiten premiándose a la que llora o se lamenta con mayor eficacia por alguna celebridad recientemente fallecida. Se destacan allí las capacidades teatrales como en una representación teatral o musical.

IV.7.e. En Paraguay

Hasta mediados del siglo XX la tradición de contratar lloronas en Paraguay estaba muy arraigada; por ende, la figura contractual que nos ocupa.

En alguna medida también era también era una muestra de estatus, con mayor poder económico se podían contratar mayor cantidad de lloronas e incluso conseguir mayor intensidad y duración en los llantos [26].

Pero en la década de las ochenta, dicha actividad empezó a mermar.

IV.7.f. En la Argentina

El tema no es tan ajeno a nuestro medio. Prueba de ello es la letra de la canción "La plañidera" del cantautor Leonardo Favio que expresa al-

---

(23) Gobernó desde 1486 a 1502.

(24) V. "Las plañideras, mujeres que cobran por llorar", en https://www.mexicodesconocido.com.mx/las-planideras-mujeres-que-cobran-por-llorar.html- Consultado el día 17 de abril de 2025.

(25) V. https://www.facebook.com/photo.php?fbid=4042648499138037&id=158910117511914&set=a.483107521758837&locale=ms_MY

(26) Tolces Marcelo, "El ocaso de las lloronas", periódico La Nación (Paraguay) 19 de mayo 2019; en https://www.lanacion.com.py/gran-diario-domingo/2019/05/19/el-ocaso-de-las-lloronas, consultado el día 17 de abril de 2025.

gunos avatares del oficio: "La plañidera / la plañidera / que sus lágrimas, / vendió / la plañidera / la plañidera / llora a aquel que no conoció".

También en Perú la canción "La plañidera" del cantautor peruano Raúl Vásquez hace referencia a este oficio.

Muy recientemente una persona del espectáculo televisivo parece haber decidido crear un emprendimiento a través del cual él mismo realiza la actividad de llorar y dramatizar momentos. Habría expresado "creé una empresa que se llama Lágrimas de olvido y me contratan para llorar en velorios. Es gente que por ahí no tiene familiares que lloren al muerto, y voy yo" [27].

En este caso que cito, me cabe alguna duda, porque no parecen concurrir dos de los elementos que en mi opinión son requeribles para caracterizar el contrato de claque, que son, primero la existencia de un grupo formado por claquistas, (no me imagino una claque unipersonal); en segundo lugar, por tratarse de un personaje conocido —según la publicación— se pierde lo que caracteriza al contrato que es proyectar la imagen de espontaneidad.

V. EL CONTRATO DE CLAQUE RECREATIVA

Paso ahora a referirme a la segunda modalidad: el contrato de claque recreativa.

V.1. Origen

Durante el período Barroco, refiere Balmaceda [28] los espectadores empezaron a manifestar su gusto —o disgusto— golpeando con fuerza los pies sobre el piso de madera, en vez de expresarse a través de aplausos, ovaciones o abucheos. Del teatro habría pasado a las universidades y academias.

---

(27) "Mariano de la Canal tiene un emprendimiento llamado "lágrimas de olvido" y cobra por llorar en los velorios: "Es un servicio de llanto" Por Redacción Aire Digital, 08 de abril de 2023 , en "Aire Digital" (Santa Fe), en https://www.airedesantafe.com.ar/espectaculos/mariano-la-canal-tiene-un-emprendimiento-llamado-lagrimas-olvido-y-cobra-llorar-los-velorios-es-un-servicio-llanto-n446214, consultado el día 17 de abril de 2025.

(28) Balmaceda. Daniel. "El apasionante origen de las palabras". Bs. As. Sudamericana 2021, p. 352.

En tal contexto algunos dramaturgos "les daban unas monedas a ciertos asistentes al gallinero para que reprobaran determinada obra de un colega. Seguro contagiarían a los mediocres que no tenían capacidad para realizar una valoración propia... había que encontrar un antídoto. Ese remedio se denominó "claque", un grupo de aplaudidores que se ubicaban en plateas costosas" (29).

Tal recurso, la creación de este grupo de aplaudidores, se atribuye a Lope de Vega.

"En Francia se generó un formidable negocio con los profesionales del aplauso. La claque pasó a tener un lugar destacado en la planificación empresarial, y se destacaron grandes jefes de claque", habiéndose incorporado también la risa como elemento de la claque (30).

V.2. La claque y los roles secundarios en los espectáculos públicos. Los extras y aplaudidores

La reacción esperable ante una representación humorística no es el aplauso sino la risa. De allí que desde mediados del siglo XIX y hasta la actualidad, así como se funge el aplauso, también sucede con la risa (31).

En la actualidad la risa —como las voces —son imitables con IA, pero mucho más simplemente con la grabación de audio de algún evento realmente gracioso.

Ello no obsta a que, en el marco de diferentes esquemas de espectáculo, se efectúe la representación con el público a la vista, que aplaude o se ríe cuando recibe la indicación precisa de hacerlo, generalmente por medio de carteles que les exhibe un emulador moderno de la antigua *praefica*.

---

(29) En francés la voz "claque" significa "bofetada".

(30) a modo de ejemplo Balmaceda cita los honorarios que se cobraban en Italia en 1919: aplauso durante la entrada de un actor 25 liras; aplauso durante la entrada de una actriz 15 liras; aplauso común durante la representación 10 liras cada uno; hola aplauso insistente durante la representación 17 liras cada uno; interrupción para gritar *bene* o *bravo,* 5 liras cada uno; pedido de bis 50 liras. p. 355.

(31) Tolces Marcelo, "El ocaso de las lloronas", periódico La Nación (Paraguay) 19 de mayo 2019; en https://www.lanacion.com.py/gran-diario-domingo/2019/05/19/el-ocaso-de-las-lloronas, consultado el día 25 de abril de 2025.

En nuestro medio televisivo, usar un público simulado es un recurso que fue utilizado —sin desmerecimiento— por grandes cómicos [32] y que, a su vez, genera especialistas que suelen nuclearse en un sindicato de extras que ampara a los grupos de "risas y aplausos [33] . Son profesionales —sindicalizados— de reírse por dinero, y aunque utilizan técnicas teatrales, no se consideran actores [34].

Corresponde distinguir al claquista, sea extra aplaudidor o reidor, de otras manifestaciones vinculadas al espectáculo público; tal como la publicidad escenificada por medio de diálogos y discusiones a viva voz que mantienen dos supuestos espectadores en medio del público al apagarse la luz de una sala; y que una vez que logran concitar la atención del público, publicitan un producto. Allí la finalidad es claramente publicitaria y rápidamente se advierte que no se trata de verdaderos espectadores.

Difiere la causa fin.

Y si de espectáculos se trata, también corresponde distinguir la claque recreativa de lo que acontece en algunos espectáculos deportivos. Me refiero a la actividad de las porristas y personas disfrazadas que representan mascotas de un equipo deportivo.

Las porristas hacen su propio espectáculo con coreografías gimnásticas para alentar a su equipo entretener al público y motivarlo a que aliente.

Pero no simulan ser nada. Son porristas. No simulan su calidad de tales.

Lo mismo puede decirse de los disfrazados de mascotas, concitan la atención, alientan y estimulan a alentar; pero no simulan ser algo que no son.

---

(32) https://www.clarin.com/espectaculos/tv/lombriz-vida-tipo-serio-solo-rie-dinero_0_7Y9ibj4Kq.html

(33) V. CCT N.º 524/07 Extras de Televisión Art. 8.1. Extra. Se entenderá por tal a aquel que forme parte de la puesta en escena artística de un programa, con o sin marcación de movimientos y a través de distintas exteriorizaciones — aplausos, risas, etc.—, ya sea que se desenvuelvan en cámara o detrás de ella, los que podrán ser convocados en forma individual o colectiva, conforme al procedimiento previsto en este CCT. en https://www.sutep.com.ar/convenios/cct524.pdf

V. también https://www.clarin.com/espectaculos/tv/lombriz-vida-tipo-serio-solo-rie-dinero_0_7Y9ibj4Kq.html

(34) https://www.clarin.com/espectaculos/tv/lombriz-vida-tipo-serio-solo-rie-dinero_0_7Y9ibj4Kq.html

VI. El contrato de claque requirente. Su uso actual y contraprestación

Esta tercera modalidad es propia de las manifestaciones de masas convocadas o reunidas para solicitar mejoras económicas, reclamos sociales o para postular apoyos o rechazos a expresiones o decisiones gubernamentales o políticas.

Por supuesto que también existen manifestaciones espontáneas de voluntades coincidentes, pero no son remuneradas.

De esta categoría —claque requirente— debe haber una abrumadora cantidad de expresiones en todas las épocas y lugares.

Las manifestaciones populares existen no sólo en las democracias, aunque en este sistema de gobierno —en el que las personas tienen mayor posibilidad de incidir sobre decisiones o políticas del gobierno— es natural que sean más frecuentes [(35)].

A veces se anuncian o se autorizan, o ni una cosa ni la otra. Pero de cualquier manera pueden congregarse multitudes pacificas a veces —a veces no— peticionando o criticando, algún acto o plan del poder público.

Algunas son espontáneas y otras organizadas. Y estas últimas, las más de las veces, importan alguna retribución que puede consistir en dinero efectivo, crédito, alimentos varios (incluso lo mínimo necesario para afrontar el tiempo de la convocatoria), el hecho de un tercero, o alguna prestación futura (ser admitido en la lista de recipiendario de un beneficio a lograrse a futuro), para si o para un tercero.

Todas estas contraprestaciones tienen contenido patrimonial y son aptas para configurar un contrato oneroso. Pero incluso si no hubiese contraprestación, poco cambiaría.

Un supuesto particular de claque requirente fue frecuente en nuestro país como caso de micro militancia, que —por supuesto— podía ser espontánea, o no serlo.

---

(35) V. su uso en Guatemala, en Ramírez Tovar, Osman Romeo. "Contrato de claque y el abuso en las campañas políticas por parte de los partidos políticos". Tesis presentada para acceder al grado de Lic. En Cs Jurídicas en la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala 2017 en http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_14303.pdf Consultado el día 26 de abril de 2025.

Me refiero al *acting* como acto de campaña política, realizado en cualquier transporte público, o reunión circunstancial de personas, como los que hacen una cola, en la que dos o más personas conversan, en forma audible por los concurrentes, sobre los defectos del gobierno o partido político, opositor al que propicia el comitente.

Sería claque requirente si lo hacen mediando un contrato y ocultan su causa, ya que de lo contrario sería publicidad.

VII. MI CONCEPTO DEL CONTRATO DE CLAQUE

VII.1. Denominación de las partes

El comitente [36] o contratante puede ser cualquier sujeto de derecho, persona o entidad del ámbito social económico o político. E incluso el gobierno administrador del Estado, lo que es frecuente cuando se trata de claque requirente laudatoria.

El claquista contratista o prestador de servicios es el manifestante.

Así como el comitente puede llegar a ser el gobierno, no logro imaginarme que pueda constituir el claquista.

VII.2. El objeto y la causa

El objeto del contrato consiste en realizar acciones en apoyo o rechazo de una emoción (claque tanática) espectáculo (claque recreativa) acto, programa, idea o decisión de gobierno (claque requirente), en un contexto de licitud.

El contrato de claque tanática es siempre laudatorio, mientras que los de claque recreativa y claque requirente, pueden serlo o utilizarse para manifestar rechazo.

La característica que distingue a los supuestos referidos es fungir espontaneidad y legitimidad para promover actitudes semejantes.

---

(36) Uso aquí la denominación utilizada en mi obra, en razón de las similitudes entre ambos contratos, lo que me lleva a sostener – como luego lo haré, que el contrato de claque es una modalidad del contrato de obra y servicios que admite las tres modalidades expuestas en este ensayo. Claque tanática, Recreativa y requirente V. Leiva Fernández, Luis F. P. "Tratado de los contratos". Bs As. Ed. Thomson Reuters. La Ley. 2017, T. III N° 1271 p. 537.

Es cierto que en el contrato de obra intelectual en el que una personalidad destacada encarga a un *ghost writer* escribir sus memorias, se esconde la identidad del redactor. pero no concurre allí la causa fin consistente en impulsar la conducta de terceros, sino únicamente la de producir la obra intelectual [37].

No hay —por ende— claque alguna.

En el contrato de claque tampoco se trata de una simulación, ni de mandato alguno, porque aplaudir, abuchear, repudiar, o llorar, no son actos jurídicos, sino actos simples que tienen la finalidad de promover una conducta equivalente en cabeza de terceros.

La finalidad del contrato de claque —la causa fin— consiste en que el auténtico asistente al velorio sienta más pena; que el real espectador actúe imitando los aplausos, risas o gestos de rechazo; o que el tercero ajeno a la manifestación piense en la pertinencia de lo requerido (porque, si tanta gente lo pide, por algo debe ser).

Se aprovecha así el fenómeno de psicología social conocido como influencia social normativa, [38] debido al cual tendemos a imitar la respuesta emocional del entorno para evitar el rechazo social. Contribuye a que lloremos cuando vemos llorar, riamos cuando vemos reír: protestemos cuando vemos protestar o critiquemos cuando vemos criticar.

---

(37) Seguramente a través de una propiedad intelectual de la obra a crearse.

(38) En mi conocimiento el primero en acercarse al concepto fue Gustav Le Bon en "Psicología de las masas". Afirmó, por ejemplo :"la primera sugestión que le sea formulada se implantará inmediatamente, por medio de un proceso de contagio en los cerebros de todos los reunidos y la orientación idéntica de los sentimientos de la masa será inmediatamente un hecho consumado", (p. 48); "ni bien algunos pocos individuos se reúnen y ya constituyen una masa y aun cuando sean hombres distinguidos y educados asumen todas las características de las masas en relación con las cuestiones que se encuentren más allá de su profesión" (p. 51); "no necesito agregar que en las masas la tendencia a la exageración se presenta solamente en el caso de los sentimientos y no se presenta en absoluto en cuestiones de inteligencia" (p. 60); "la peculiaridad más sobresaliente que presenta una masa psicológica es la siguiente: sean quienes fueren los individuos que la componen más allá de semejanzas y diferencias en los modos de vida, las ocupaciones los caracteres o la inteligencia de estos individuos, el hecho de que han sido transformados en una masa los pone en posesión de una especie de mente colectiva que los hace sentir pensar y actuar de una manera bastante distinta de la que cada individuo sentiría pensaría y actuaría si estuviese aislado" p. 34. Le Bon, Gustavo "Psicología de las masas. Bs. As. Ed. Sieghhels. 2015.

Este último párrafo también ha sido citado por Freud, bien que desde la Trad. de la Ed. de Le Bon de Rudolf Eisler Ed .1912 sobre la obra en francés *Psycologie des foules* de 1895. Yo utilicé la obra Freud, Sigmund. Obras Completas. Bs As. Amorrortu editores, 1995 T. XVIII en p. 69.

El claquista debe hacer creer, a los ojos desprevenidos, que conoce al fallecido, que es un espectador satisfecho (o lo contrario), o que concurre o se manifiesta espontáneamente.

La realidad es que el claquista en las tres modalidades se manifiesta, siguiendo las directivas del comitente, por lo cual recibe una contraprestación.

Si el claquista, por alguna circunstancia, reconociese haber sido contratado para manifestar, exponiendo su falta de autenticidad, en mi opinión, se frustraría el contrato de claque.

A este respecto, exhibir de cualquier manera la existencia del contrato, impediría satisfacer su causa fin, que consiste en expresar un mayor dolor por la muerte del difunto, o exhibir una mayor trascendencia social por la cantidad de deudos que lo lloran, en la claque tanática. O magnificar el éxito —o el fracaso— del espectáculo, en el contrato de claque recreativa. O —finalmente— manifestar un contundente apoyo popular en la protesta o la aprobación, en el contrato de claque requirente.

El claquista debe proyectar una imagen de espontaneidad.

Compárese con un común contrato de obra en construcción en el que no sólo no se oculta a los directores de obra o empresas contratistas, sino que se lo publicita mediante cartelería obligatoria [39].

VII.3. Comparación con el contrato de servicios

Los contratos de obra y de servicios [40] aportan el tipo contractual que tiene aplicación supletoria en las tres modalidades del contrato de claque [41].

---

(39) En la Ciudad de Buenos Aires V. el Código de la Edificación aprobado por Ley 6100.

(40) Art. 1252 del Código Civil y Comercial de la Nación: Calificación del contrato. Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega.

Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral.

Las disposiciones de este Capítulo se integran con las reglas específicas que resulten aplicables a servicios u obras especialmente regulados.

(41) La analogía ya se advierte en Spota, Alberto G. - Leiva Fernández, Luis F. P., Instituciones de derecho civil. Contratos, t. VI, La Ley, Buenos Aires, 2009, n. 918, p. 1671;

Sin embargo, hay diferencias.

La primera diferencia notoria entre el contrato de claque y el contrato de servicios reside en el ocultamiento de la causa, pues en el contrato de servicios está expuesta a la vista de terceros mientras que se oculta en el contrato de claque para simular espontaneidad sin la cual no se produce la influencia social normativa ya referida.

Mientras el contrato de servicios puede cumplirse en un ámbito privado, el contrato de claque sólo produce sus efectos en un ámbito público dónde existen personas sobre las cuales pueda influirse.

De la misma manera el contratista de servicios perfectamente puede ser un sujeto de derecho unipersonal, pero el contrato de claque el claquetista unipersonal carece de todo efecto. La claque debe ser plural.

También cabe señalar que tanto en los contratos de obras como en el de servicios las partes pueden ser personas naturales o jurídicas, mientras que en el contrato de claque los claquistas sólo pueden ser personas naturales.

Coinciden, sin embargo, en la concurrencia del deber de seguridad tanto en los contratos nominados referidos precedentemente, cuánto en el contrato atípico que nos ocupa. Y esto resulta clave para imputar responsabilidad al comitente.

VIII. Relaciones jurídicas en torno del contrato de claque

VIII.1. La relación contractual entre las partes del contrato

Como celebrar el contrato de claque en cualquiera de sus tres manifestaciones (tanática, recreativa y requirente), no requiere de capacidad especial, ni de forma específica alguna [(42)], queda celebrado por el mero

---

Leiva Fernández, Luis F. P., Tratado de los contratos. Bs. As. Ed. Thomson Reuters, La Ley, 2017, T. III, N° 1274 c) p. 546.

(42) El contrato de servicios es bilateral oneroso nominado (en caso del contrato de claque es nominado con tipicidad social) formal y conmutativo, Para los caracteres del contrato de obra y servicios. V. Leiva Fernández, Luis F. P. "Tratado de los contratos". Bs As. Ed. Thomson Reuters. La Ley. 2017, T. III N° 1274 p. 546 y Spota, Alberto G. - Leiva Fernández, Luis F. P., Instituciones de derecho civil. Contratos, t. VI, La Ley, Buenos Aires, 2009, n. 1367 p. 48.

consentimiento expresado por cualquier medio, oralmente por escrito o por signos inequívocos.

Sus elementos esenciales particulares consisten en establecer un actuar determinado en tiempo y lugar (y por supuesto guardar reserva del contrato), por un lado, y por otro la contraprestación, que puede ir desde lo más simple, cómo sería los alimentos necesarios para el tiempo de duración del contrato y el traslado al sitio determinado ,en el caso de la claque requirente, pasando por una simple prestación dineraria, hasta el compromiso de obtener para el claquista un beneficio, sea a costa del comitente o como hecho de un tercero prometido por este.

Celebrado el contrato las prestaciones se satisfacen normalmente. Y en caso de incumplimiento se aplican las reglas generales.

VIII.2. Las relaciones de eventual responsabilidad entre el comitente y el tercero

Pero —y ahora me centro en el contrato de claque requirente— es posible que, si la claque es desorganizada, infiltrable o revoltosa, se produzcan daños en bienes de terceros, daño emergente o lucro cesante.

Soy de opinión que debe aplicarse la responsabilidad del principal en los términos del art 1753 del Código Civil y Comercial de la Nación [43].

Por supuesto el Estado nacional provincial o municipal, puede ser un tercero damnificado por daño a sus bienes.

VIII.3. Las relaciones de eventual responsabilidad entre el claquista y el tercero

El citado art. 1753 del Código Civil y Comercial de la Nación, prescribe que la responsabilidad directa del dependiente es concurrente con la del principal.

Como expresé anteriormente, el rol de claquista requiere sujetos plurales, por lo que, si bien es posible un daño producido por una persona

---

(43) Art. 1753.- Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.

La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente.

individual, también puede concurrir pluralidad de responsables por lo que la responsabilidad en tal caso sería solidaria, o según el caso, concurrente, conforme a lo dispuesto en el artículo 1751 del Código Civil y Comercial de la Nación [44].

Eventualmente, si no pudiese identificarse al responsable directo, correspondería concluir en aplicar el 1761, y responsabilizar solidariamente a todos los integrantes de la claque excepto a aquel que demuestre no haber contribuido a la producción del daño [45].

Pero, si la actividad a cumplir por la claque es riesgosa —como sería por ejemplo si se prohibió expresamente realizar el evento en ese lugar, o en ese momento, o sí algún grupo opuesto anuncia su intención de intervenir para confrontar— la regla aplicable sería la del artículo 1762 del Código Civil y Comercial de la Nación, que responsabiliza a todo el grupo, es decir a toda la claque, pudiendo liberarse únicamente el que demuestre no haberla integrado [46].

Repito, el Estado damnificado, sea nacional, provincial o municipal, puede asumir el rol de tercero perjudicado.

VIII.4. Las relaciones de eventual responsabilidad entre el contratante y el claquista

Respecto del contrato de espectáculo público, tan afín al contrato de obra y servicios como el de claque, se resolvió que "la responsabilidad del empresario de espectáculos públicos, con relación al espectador lesionado a consecuencia de la rotura de un tablón de la tribuna destinada al público, emerge del contrato innominado que vincula al empresario con el espectador y entre cuyas cláusulas implícitas por razón de su misma naturaleza, debe considerarse comprendida la que atañe a la

---

(44) Art. 1751.- Pluralidad de responsables. Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes.

(45) Art. 1761.- Autor anónimo. Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción.

(46) Art. 1762.- Actividad peligrosa de un grupo. Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo.

seguridad personal de los concurrentes, por lo que está obligado a velar el empresario" (47).

Ello por la regla de buena fe que antes recogía el art. 1198 del Código Civil y ahora —ampliamente los arts. 9, 10, 961 y 1061 del Código Civil y Comercial de la Nación.

"Posteriormente, la "ley 24.192... mantuvo ... la responsabilidad solidaria de las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo por los daños y perjuicios que se generen en los estadios (art. 51). Esta norma... consagra una responsabilidad solidaria en cabeza de todas las entidades que de una y otra manera participan en el evento deportivo, cualquiera sea su naturaleza, siempre que se lleve a cabo dentro del estadio (48).

Es que sólo el comitente tiene el conocimiento de todo el contexto en que se deberá cumplir el contrato, v. gr. en un espectáculo deportivo controla el acceso y egreso, sabe cuántas entradas vendió, si contrató o no seguridad extra, etc. (49). Y en el supuesto de claque requirente, el comitente es el que sabe cuánta gente integra su claque, que otros grupos han sido convocados, por donde ingresarán al sitio donde se manifestarán, hacia donde se dirigirán, a qué hora concluirá, si lo anuncio a las autoridades, si estas lo autorizaron o no, o lo limitaron en las circunstancias de tiempo y lugar, etc.

Él es quien proporciona (o indica) el material de apoyo, (cartelería, slogan, pecheras), y a veces personal de control de la misma organización. Él es quien dirige a la claque contratada, y —por ende— es el que puede con su previsión evitar el daño, es el que tiene el poder de hacer que cese la manifestación, pero, sobre todo, es el que se beneficia porque de lo contrario no habría montado la claque.

---

(47) Spota, Alberto G. - Leiva Fernández, Luis F. P., Instituciones de derecho civil. Contratos, t. VI, La Ley, Buenos Aires, 2009, n. 904, p. 1666 con cita de Bustamante Alsina, Jorge, Los concurrentes a los partidos de fútbol están amparados por la obligación de seguridad impuesta a los organizadores del espectáculo por el artículo 33 de la ley 23.184, LA LEY 1994-D, 426. (a propósito de la sentencia de la CS que dejó firme un pronunciamiento de la sala E de la CNCiv. El autor cita de un fallo de la Cámara Civil 2da de la Capital Federal del 13 de noviembre de 1941, LEY, 24-645.

(48) Spota, Alberto G. - Leiva Fernández, Luis F. P., Instituciones de derecho civil. Contratos, t. VI, La Ley, Buenos Aires, 2009, n. 904, p. 1666, con cita de Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, T. III, p. 53.

(49) V. También Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Contratos, Actualizado por Borda, Alejandro. Bs As. 9ª Ed. La Ley 2008. T. II N| 1264-1265 p. 188.

IX. Algunas conclusiones

Bajo el nombre de contrato de claque, apenas conocido en el ámbito de los espectáculos artísticos, concurren tres manifestaciones de una misma figura contractual: el contrato de claque tanática, el contrato de claque recreativa, y el contrato de claque requirente.

Las tres participan de caracteres comunes y sólo difieren en el contexto de uso.

El contrato de claque así conceptuado es un contrato con tipicidad social, bilateral, conmutativo, oneroso, no formal, cuya característica principal en los tres supuestos consiste en simular espontaneidad en la emoción que exhibe, o en el reclamo o protesta que realiza, ocultando la existencia del contrato para aprovechar así el fenómeno de psicología social conocido como "influencia social normativa" por el cual las personas tienden a imitar al grupo contextual, aunque sea circunstancial.

Porque lloran, se llora; porque ríen, se ríe; porque protestan, se protesta.

El contrato de claque en cualquiera de sus manifestaciones requiere que el rol de claquista lo desempeñe un grupo de personas. No hay claque de una sola persona. El claquista tampoco puede ser una persona jurídica.

Por lo demás, el contrato de claque produce sus efectos en un ámbito público, dónde existan personas sobre las cuales se pueda influir.

Las normas del contrato de servicio es derecho supletorio.

Difícilmente la primera modalidad —el contrato de claque tanática, utilizado en velorios y entierros— suscite algún caso de responsabilidad civil.

Pero no puede decirse lo mismo en el caso del segundo —contrato de claque recreativa— propio de los espectáculos teatrales, televisivos y deportivos, ni menos aún, en el tercer supuesto que configura el contrato de claque requirente.

Este último es el que se utiliza para manifestaciones políticas y sociales, casi siempre con desplazamientos de gran cantidad de personas y las más de las veces, muy activas para exigir, repudiar, o aprobar ideas políticas, o decisiones sociales, económicas, o actos gubernamentales.

Explicar la totalidad del fenómeno bajo la óptica contractual —como lo hago— permite considerar en orden a la responsabilidad civil, la garantía de seguridad de origen contractual debida por el comitente al claquista damnificado.

De esta manera, el claquista perjudicado en el cumplimiento del contrato de claque podrá dirigir su acción contra el verdadero responsable, que es su comitente.

También destaco la responsabilidad del principal (comitente) por los hechos del claquista en perjuicio de terceros. Sean estos particulares, o incluso el Estado.

El fraude entre cónyuges mediante sociedades

Por Graciela Medina

"El engaño entre esposos es la forma
más refinada de traición, pues corrompe
la confianza en su santuario más íntimo"

I. Introducción

En este trabajo tenemos como objetivo tratar el tema del fraude a la ganancialidad incorporado en el Código Civil y Comercial argentino, con especial referencia al fraude societario.

El fraude —entendido genéricamente como vicio de los negocios jurídicos—, analizado entre cónyuges, comprende muchas variantes entre las que se encuentran: a) el fraude en la celebración del matrimonio; b) el fraude a la ganancialidad; c) el fraude procesal en el proceso de divorcio o de liquidación de bienes, y d) el fraude a los acreedores de los cónyuges, e) el fraude a la legítima o derechos sucesorios del cónyuge. [1] En este aporte vamos analizar solamente el supuesto de fraude a la ganancialidad, en la crisis societaria fundamentalmente con modalidades societarias y dejando para otra oportunidad el tratamiento de los restantes supuestos planteados

El fraude entre cónyuges en el marco del régimen de comunidad de bienes constituye una práctica que, aunque silente en muchas ocasiones, afecta gravemente la equidad del sistema patrimonial matrimonial, de allí que nos resulte importante su estudio.

---

(1) MEDINA, Graciela "Fraude a la legítima hereditaria", Cita: RC D 3324/2012 Tomo: 1993 4 Fraudes. Revista de Derecho Privado y Comunitario, RubinzalCulzoni, ed.

Empezaremos por señalar que una de las técnicas más utilizadas para el ocultamiento y desvío de bienes gananciales consiste en la constitución y/o utilización de sociedades comerciales con el fin deliberado de sustraer activos de la masa ganancial, especialmente en las instancias previas o concomitantes a la disolución de la comunidad.

Dentro de las acciones defraudatorias las más difíciles de combatir son la constitución de sociedades *offshore* y trust bajo jurisdicción extranjera y el entrecruzamiento de ambas, es por ello que gran parte de este artículo va a estar dedicado a explicar este tipo de sociedades y reseñar algunos remedios.

Para el desarrollo del tema propuesto comenzaremos por determinar las acepciones dadas a la palabra fraude, para luego diferenciar el fraude a la ley del fraude a los actos jurídicos.

Tras ello nos adentraremos en el estudio específico del fraude a la ganancialidad, comenzando con sus antecedentes históricos y su tratamiento en el derecho comparado, para dedicarnos, después, específicamente al fraude entre cónyuges mediante la constitución de sociedades.

II. ACEPCIONES DEL TÉRMINO "FRAUDE"

La palabra "fraude" encierra una polisemia que la convierte en un concepto complejo y multifacético dentro del derecho. En un sentido amplio, puede entenderse: a) como sinónimo de "engaño", es decir, cualquier maniobra que induzca a error a otro sujeto con el objetivo de obtener una ventaja indebida; b) como una conducta formalmente ajustada a derecho pero que persigue un resultado contrario al espíritu de una norma imperativa, lo que se conoce como "fraude a la ley"; y c) como un vicio de los actos jurídicos, concretado a través de la realización de negocios que tienden a la insolvencia patrimonial con el fin de perjudicar a terceros, como los acreedores o, en el ámbito familiar, al otro cónyuge.

El término fraude proviene del latín *fraus*, que denota "engaño", "mentira" o "falsedad". En todos los casos, el fraude implica una acción encubierta, oblicua, que se aparta de la transparencia. El sujeto que incurre en una conducta fraudulenta no actúa de manera frontal, sino que despliega una serie de maniobras encubiertas, disimuladas, destinadas a ocultar la verdadera intención de su proceder.

Resulta particularmente ilustrativa la definición que el jurista alemán Rudolf von Jhering (frecuentemente citado como Von Ihering) atri-

buía al fraude, al calificarlo como un "delito hipócrita". Con esa expresión, ponía de relieve que quien defrauda no lo hace con violencia ni con claridad, sino simulando legalidad y amparándose en formas aparentemente válidas para lograr un resultado injusto. (2)

El fraude en su acepción actual es una forma de dolo. Al decir de José Luis de los Mozos es todo artificio, maquinación o astucia tendiente a impedir o a eludir un interés legítimo de terceros o a obtener un resultado contrario a derecho bajo la apariencia de la legalidad (3). En la doctrina actual hoy ya no se discute que el fraude es una noción genérica de la cual el fraude a los acreedores es una de las variantes de fraude, pero no la única. Los autores son contestes en aceptar el fraude a la ley como categoría, actualmente legislada en el Código Civil y Comercial art. 12. (4)

La noción de fraude implica una inmediata referencia al engaño, al acto contrario a la verdad, al recto proceder. Se interpreta mejor esta acepción concibiendo que el fraude supone, en este sentido, una conducta tendiente a eludir los efectos de una norma imperativa o de origen convencional, abstrayéndose del cumplimiento de ellas, con auxilio de otra vía negocial, receptada a su vez por la ley. Se configura el fraude por medio de actos reales, serios y no aparentes, no simulados. No diverge de la voluntad declarada. Es precisamente esta realidad la que, amparada en la norma legal, elude las disposiciones de otra o perjudica a un tercero.

III. El fraude a la gananCialidad

El **fraude a la ganancialidad** regulado en el **artículo 473 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCyCN)** consiste en la disposición dolosa de bienes por parte de uno de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal, con el fin de **afectar la composición del patrimonio ganancial** y, en consecuencia, **perjudicar al otro cónyuge al momento de la liquidación** del régimen.

---

(2) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Negocios fraudulentos, simulados y fiduciarios", Bs. As., 1979, p. 8 y 9.

(3) DE LOS MOZOS, José Luis, El negocio jurídico, en Estudios de Derecho Civil, Madrid, 1987, p. 465.

(4) Ver por todos RIVERA, Julio Cesar, en Código Civil Comentado, ed. La Thomson Reuters La ley, Bs. As., 2023 (en nueve tomos) T I, pág. 95 comentario al art. 12.

A fin de explicar el fraude a la ganancialidad hay que partir de considerar que el **Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN)** regula el fraude desde dos perspectivas generales:

1. El fraude como vicio de los actos jurídicos (arts. 338 a 342): se refiere a la figura del **fraude en sentido técnico**, es decir, cuando un acto jurídico es celebrado en perjuicio de terceros, de manera intencional y dolosa, afectando sus derechos legítimos. Se vincula con la figura de la **acción revocatoria o pauliana**.

2. El fraude a la ley (art. 12): implica la realización de actos aparentes o simulados con la finalidad de **eludir la aplicación de una norma imperativa**, burlando sus efectos mediante una construcción formal que oculta la verdadera intención.

IV. EL FRAUDE ENTRE CÓNYUGES EN LA COMUNIDAD DE BIENES: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PERSPECTIVAS COMPARADAS

El régimen de comunidad de bienes, adoptado por numerosos ordenamientos jurídicos, tiene como piedra angular el principio de solidaridad patrimonial entre los cónyuges. Sin embargo, esta solidaridad se ve vulnerada cuando uno de ellos actúa con la intención de sustraer bienes del acervo común o de frustrar los derechos del otro, configurando lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha calificado como fraude conyugal o fraude a la ganancialidad. Lejos de tratarse de una problemática reciente, la cuestión ha sido objeto de atención desde el derecho consuetudinario medieval hasta las codificaciones contemporáneas, y ha dado lugar al desarrollo de mecanismos jurídicos específicos para su represión o corrección.

Ya en las antiguas Costumbres de París se reconocía al marido amplias facultades de disposición, aunque sometidas a la exigencia de no incurrir en fraude. Este criterio, que consagraba un límite ético y jurídico al ejercicio del poder de administración, también fue recogido por las Costumbres de Bretaña (art. 424), San Quintín (art. 17) y otras. Pothier, al comentar estas disposiciones, sostuvo que la gestión del marido estaba regida por dos principios: podía disponer de los bienes sin necesidad de consentimiento de la esposa, pero tales actos carecían de validez si se realizaban en fraude de los derechos de esta o de sus herederos al momento de la disolución del vínculo.

Aunque el Código Civil francés de 1804 no incorporó una disposición expresa sobre este punto, la doctrina y la jurisprudencia reconocieron su

validez en virtud de los principios generales del derecho, especialmente la máxima *Fraus omnia corrumpit*. Esta postura influyó en diversos ordenamientos del derecho continental europeo y particularmente en el derecho latinoamericano

En Uruguay, por ejemplo, el artículo 1974 [5] del Código Civil establece expresamente que toda enajenación o convenio sobre bienes gananciales realizado por el marido en fraude de su mujer no la perjudica ni a ella ni a sus herederos.

En España, [6] la doctrina [7] reconoce la legitimación de la esposa para impugnar actos de disposición realizados por el marido en fraude de sus derechos, y pone como ejemplo que si un cónyuge abusando de la posibilidad que tiene de la administración del dinero ganancial adquiere bienes a título oneroso y coloca como adquirente a un testaferro que asume la obligación de transmitir a aquel, los bienes después que se haya disuelto la sociedad de gananciales estará defraudando los intereses del otro cónyuge en la comunidad.

La jurisprudencia del STS entendió que existía acción fraudulenta de la esposa, quien, estando separada de hecho, sin consentimiento del marido había arrendado un local comercial ganancial a una sociedad que eran socios los hijos y el yerno destinándose el producido del arrendamiento a engrosar el patrimonio de la arrendadora [8].

---

(5) Código de Uruguay Artículo 1974 "Toda enajenación o convenio que sobre bienes gananciales haga cualquiera de los cónyuges en contravención de la ley o en fraude del otro, no perjudicará a éste ni a sus herederos".

(6) El artículo 1390 del Código Civil español explica qué sucederá si se obtuviera un beneficio o lucro exclusivo para uno de los cónyuges como consecuencia de un acto de administración o disposición. Diciendo Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto.

(7) YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, CUENA CASAS, Matilde, "Tratado de Derecho de la Familia", Volumen III, Los regímenes económicos matrimoniales (I) Ed Aranzadi - Thomson Reuters, Navarra, España 2011, pág. 997.

(8) STS 28 de febrero del 2001, citado por YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, CUENA CASAS, Matilde "Tratado de Derecho de la Familia Volumen III, Los regímenes económicos matrimoniales (I) Ed Aranzadi - Thomson Reuters, Navarra, España 2011, pág. 997.

En Francia, el artículo 1421 [9] del Código Civil actual establece que cada cónyuge puede administrar y disponer de los bienes comunes, siendo responsable por los perjuicios derivados de su gestión. Si bien los actos realizados sin fraude son plenamente oponibles, los cometidos con fraude resultan inoponibles al otro cónyuge. La doctrina exige para ello la intención de dañar (*consilium fraudis*) y la mala fe del tercero interviniente (*scientia fraudis*). Además, el artículo 262-2 introduce una sanción de nulidad para actos fraudulentos realizados después del inicio del proceso de divorcio, cuando la disolución de la comunidad es inminente (art. 1441).

En Paraguay, la Ley N.º 1/92 establece que la comunidad de gananciales nace con el matrimonio, salvo pacto en contrario, y que la administración y disposición de los bienes corresponde a ambos cónyuges en forma conjunta (arts. 38 y 40). No obstante, contempla hipótesis de actuación individual por razones prácticas (arts. 41, 42, 43, 45). El art. 49 [10] prevé expresamente la acción de nulidad contra actos que constituyan

---

(9) El artículo 1421 del Código Civil francés, en su versión actual, regula la administración y disposición de los bienes comunes por parte de los cónyuges. En resumen, cada cónyuge tiene derecho a administrar individualmente los bienes comunes y a disponer de ellos, pero debe responder por cualquier negligencia en la gestión. Los actos realizados sin fraude por uno de los cónyuges son oponibles al otro.

El artículo 1421 del Código Civil francés establece lo siguiente:

- Derecho a la administración y disposición individual:

Cada cónyuge tiene la facultad de administrar a título individual los bienes comunes y de disponer de ellos.

- Responsabilidad por negligencia:

Sin embargo, cada cónyuge debe responder por cualquier negligencia en su gestión.

- Oponibilidad de los actos:

Los actos realizados sin fraude por uno de los cónyuges son oponibles al otro.

En otras palabras, cada cónyuge puede gestionar los bienes comunes como si fuera el único propietario, pero si hay negligencia en su gestión, puede ser responsable por los daños ocasionados. Además, los actos que se realizan sin fraude son válidos para ambos cónyuges.

Este artículo tiene un claro objetivo: otorgar a cada cónyuge un cierto grado de autonomía en la gestión de los bienes comunes, pero también garantizar la responsabilidad por la mala administración. La ausencia de fraude es un elemento crucial para la validez de los actos realizados por uno de los cónyuges, ya que, si hay fraude, el otro cónyuge puede impugnar los actos.

(10) Artículo 47.- Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición de bienes comunes, llevado a cabo por uno solo de los cónyuges, hubiere obtenido el mismo un lucro excesivo y ocasionando un perjuicio a la comunidad, ser deudora a la misma por el importe del perjuicio causado, aunque el otro no lo impugnase.

Artículo 48.- El cónyuge administrador con poder suficiente ser responsable ante el otro por los daños y perjuicios que pudieren causarle sus actos culposos o dolosos.

fraude a los derechos del otro cónyuge, siempre que el tercero adquirente haya actuado de mala fe. A su vez, el art. 210 del Código Civil [11] dispone que, una vez decretada judicialmente la disolución de la comunidad, todo acto unilateral que modifique el estado patrimonial se presume fraudulento. Para que prospere la acción, deben concurrir los elementos clásicos del fraude: acto de disposición, *consilium fraudis, scientia fraudis* y perjuicio económico.

El derecho venezolano también sanciona el fraude conyugal, en particular cuando se estructura a través de sociedades instrumentales. El artículo 148 del Código Civil establece el principio de comunidad por mitades, que puede ser burlado si uno de los cónyuges utiliza una persona jurídica —de la cual es único administrador— para disponer en forma exclusiva de bienes comunes. En tales casos, el acto se considera celebrado en fraude a la ley y, por tanto, con causa ilícita (art. 1157). La jurisprudencia venezolana ha recurrido incluso a la doctrina del levantamiento del velo y a la desestimación de la personalidad jurídica para proteger los derechos de la cónyuge defraudada, como lo hizo el Tribunal Octavo de Familia de Caracas, confirmado por el Tribunal Superior en 1994.

El moderno código Cubano de Derecho de las familias, sancionado en el año 2022, con buena técnica legislativa dispone en su artículo 242.

"Inoponibilidad por fraude:

"No se pueden oponer al otro cónyuge los efectos jurídicos derivados de los actos realizados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades con el propósito de defraudarlo."

Este precepto se refiere a la **inoponibilidad por fraude** dentro del régimen económico matrimonial. En términos claros, expresa que si uno de los cónyuges realiza actos jurídicos —como vender, donar o transferir bienes— dentro de sus facultades legales, pero con la intención de perjudicar o defraudar al otro cónyuge, dichos actos no producirán efectos

---

Artículo 49.- Cuando el acto constituyere un fraude a los derechos del consorte, el afectado podrá demandar su nulidad, siempre que el tercero adquirente hubiere procedido de mala fe.

(11) Código civil de Paraguay ARTICULO 210.- Desde que el juez decrete la disolución de la comunidad no podrá innovarse el estado de los bienes de ella, y se reputarán simulados y fraudulentos, tanto los contratos de locación que celebrare uno de los cónyuges, sin la conformidad del otro o la judicial, como los recibos anticipados de rentas o alquileres no admitidos por el uso.

jurídicos frente a este último. Es decir, el cónyuge afectado puede impugnar tales actos y evitar que le sean oponibles.

Este artículo busca proteger la equidad y la buena fe en las relaciones patrimoniales del matrimonio, evitando que uno de los cónyuges actúe de manera desleal para perjudicar al otro. Por ejemplo, si un cónyuge transfiere bienes a terceros con el objetivo de reducir el patrimonio común antes de un proceso de divorcio, el otro cónyuge puede solicitar que dichos actos sean declarados inoponibles.

El estudio comparado del fraude entre cónyuges revela una constante histórica y normativa: la tensión entre la autonomía de gestión de los bienes comunes y la necesidad de proteger los derechos del otro cónyuge frente a actos de disposición abusivos o dolosos. Si bien los sistemas jurídicos analizados presentan diferencias en cuanto a los mecanismos de control —ya sea a través de la inoponibilidad, la nulidad, la indemnización o el levantamiento del velo societario—, todos ellos coinciden en reconocer que el principio de buena fe y la equidad conyugal imponen límites a la libre disposición de los bienes compartidos.

La acción por fraude emerge así, en los países del sistema continental europeo, como un instrumento correctivo que permite restaurar el equilibrio patrimonial alterado por una gestión disimuladamente perjudicial. Asimismo, su previsión legal expresa en varios ordenamientos refleja la creciente sensibilidad hacia las estrategias de ocultamiento patrimonial, muchas veces sofisticadas, que se presentan especialmente en contextos de crisis matrimonial.

En definitiva, el combate contra el fraude entre cónyuges no solo responde a una exigencia de justicia conmutativa, sino también a la preservación de la confianza mutua que sustenta el régimen de comunidad. A la luz de los desarrollos jurisprudenciales y legislativos relevados, resulta claro que el derecho comparado ofrece valiosas herramientas para desarticular maniobras lesivas y garantizar una distribución equitativa del patrimonio al momento de la disolución del vínculo.

V. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

El eje de la problemática que nos proponemos abordar radica en determinar tanto cuáles actos formalmente legales fueron realizados por un cónyuge con ánimo de defraudar a su consorte, como precisar que sociedades han sido constituidas o utilizadas por un esposo con propósito de defraudar al otro esposo.

La cuestión más ardua es la precisar las maniobras defraudatorias en contextos societarios y la arista más difícil es la de desentrañar el fraude atreves de sociedades *offshore*, vinculadas con trust en el extranjero.

Queremos precisar y poner de manifiesto que no se trata de cuestionar la existencia de una sociedad como forma lícita de organización empresarial, sino de analizar si su constitución o utilización tuvo como objetivo principal la sustracción de bienes gananciales o la dilución de la participación del otro cónyuge.

VI. Fraude en perjuicio de la sociedad conyugal: uso de estructuras societarias

VI.1. El fraude en perjuicio de la sociedad conyugal: concepto y categorías del cónyuge afectado

El fraude a la sociedad conyugal comprende toda maniobra realizada por uno de los cónyuges, mediante la celebración de actos jurídicos, con la finalidad de frustrar las legítimas expectativas del otro cónyuge a participar en la división igualitaria de los bienes gananciales, conforme lo establece el artículo 498 del Código Civil y comercial. En términos de Gowland, se trata de "toda maniobra tendiente a torcer el resultado igualitario de la partición" (12).

En el análisis de este fenómeno, es preciso distinguir dos figuras jurídicas que puede asumir el cónyuge afectado: la de partícipe de la comunidad de gananciales y la de acreedor del otro cónyuge. Esta diferenciación tiene consecuencias prácticas relevantes tanto en relación con las acciones legales que pueden intentarse como en cuanto a los bienes susceptibles de ser alcanzados.

Aludiremos a la situación del cónyuge acreedor, aunque las posibilidades de que el fenómeno se presente son escazas por la prohibición de contratar entre cónyuges.

Desde el punto de vista procesal, el cónyuge acreedor deberá acudir a la acción revocatoria (acción pauliana) prevista en el artículo 338 del Código Civil y Comercial. En cambio, el cónyuge partícipe de la comunidad tiene a su disposición la acción prevista en el artículo 473 del CCyCN,

---

(12) GOWLAND, Alberto J., *El fraude todo lo corrompe*, comentario a fallo, E.D. 195-253, 2002.

específicamente diseñada para proteger su derecho en expectativa sobre el patrimonio ganancial.

En cuanto al **objeto** de la acción, el cónyuge acreedor puede dirigirla contra bienes propios o gananciales del otro cónyuge, mientras que **el cónyuge partícipe** sólo podrá hacerlo respecto de **bienes de origen ganancial**, por ser éstos los únicos que integran el acervo común pasible de partición.

Cuadro resumen: remedios procesales según la posición del cónyuge afectado

Posición del cónyuge afectado	Norma aplicable	Bienes alcanzados	Tipo de acción
Partícipe de la comunidad	Art. 473 CCyCN	Bienes gananciales	Reivindicación / acción específica de protección
Acreedor del otro cónyuge	Art. 338 CCyCN (acción pauliana)	Bienes propios y gananciales del deudor	Revocatoria (fraude a acreedores)

VI.2. El uso de estructuras societarias como medio de fraude conyugal: modalidades y ejemplos

Zannoni [13] ha descripto distintas maniobras de fraude conyugal. Entre las más frecuentes se encuentra la constitución de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada por parte de uno de los cónyuges, con el objetivo de transferir a ellas bienes personales o gananciales sin el conocimiento ni el consentimiento del otro. En muchos casos, la totalidad de las acciones queda en manos del cónyuge aportante o de terceros interpuestos, lo que dificulta la acción judicial posterior.

Un modelo típico es el siguiente:

- En la etapa previa al divorcio, uno de los cónyuges constituye una sociedad.

- Transfiere a la misma activos gananciales (inmuebles, dinero, participaciones).

---

(13) ZANNONI, Eduardo *Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario* Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1980., p. 12

- Recibe a cambio acciones o cuotas sociales que retiene en forma exclusiva.

- Una vez disuelta la comunidad, niega el carácter ganancial de esos activos alegando su titularidad societaria.

A partir de este esquema básico pueden desarrollar diferentes formas de fraude más o menos complejas, por ejemplo:

- Constitución de una sociedad *offshore* en algún paraíso fiscal.

- Aporte de dinero ganancial a la sociedad a cambio de acciones nominativas o al portador.

- Aporte de acciones las acciones de la sociedad *offshore* a un trust en jurisdicción extranjera.

Advertimos que el fraude en perjuicio del otro cónyuge puede materializarse a través de actos jurídicos aislados —simulados o directamente fraudulentos— o mediante la utilización de estructuras societarias como vehículos de ocultamiento y despatrimonialización.

Cuando se recurre a una sociedad comercial con el propósito de frustrar los derechos del cónyuge no socio, quien actúa fraudulentamente se "oculta tras el velo societario" para realizar actos que formalmente se atribuyen a la sociedad, pero que en los hechos encubren una maniobra de sustracción de activos del patrimonio ganancial. Esta estrategia dificulta enormemente su impugnación judicial, ya que el cónyuge perjudicado no reviste la calidad de socio y, por ende, carece de legitimación directa para impugnar actos internos de la sociedad.

En estos casos, la solución exige armonizar normas de derecho civil, derecho de familia y derecho societario, de modo tal de permitir una tutela efectiva de los derechos vulnerados sin desatender la seguridad jurídica de los terceros y de la propia sociedad.

Algunas de las modalidades más frecuentes de fraude mediante sociedades comerciales incluyen:

a) *Uso abusivo de los derechos políticos societarios*. El socio cónyuge puede adoptar decisiones en el seno de la sociedad que impliquen un perjuicio económico indirecto al otro cónyuge, tales como la aprobación de aumentos de capital que diluyen su participación, ventas simuladas a precio vil o disposiciones sobre activos relevantes de la sociedad. Estas decisiones, al adoptar la forma de actos societarios, escapan al control del cónyuge no socio, quien queda así marginado de toda fiscalización.

b) *Omisiones o irregularidades registrales*. La falta de anotaciones en los libros sociales, la falsedad documental o la negativa a exhibir los registros contables pueden entorpecer gravemente la determinación del valor real del patrimonio ganancial, especialmente cuando éste está conformado por participaciones sociales cuyo valor depende del activo subyacente.

c) *Constitución de sociedades con interposición de personas*. Una maniobra habitual consiste en la constitución de una sociedad mediante aportes gananciales, sin que el cónyuge aportante figure como socio. En su lugar, se designan como titulares a terceros sin capacidad económica real, lo que permite mantener el control efectivo sin asumir la titularidad formal, dificultando así el acceso del otro cónyuge a su parte del bien.

d) *Enajenación de participaciones sociales*. En sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, la transferencia de cuotas o acciones realizada por el cónyuge socio a terceros —muchas veces también personas interpuestas— es uno de los mecanismos más utilizados para excluir al otro cónyuge del proceso de liquidación y dividir ficticiamente el acervo conyugal.

e) *Constitución de sociedades offshore*. Estas prácticas deben ser abordadas con criterios flexibles que permitan penetrar el ropaje formal y desarticular maniobras lesivas a los principios de igualdad y buena fe que rigen la disolución del régimen de comunidad. La jurisprudencia ha comenzado a dar respuestas a estos conflictos, aunque todavía subsisten desafíos importantes para lograr una protección efectiva de los derechos del cónyuge defraudado.

VII. CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES *OFFSHORE*

La creciente utilización de estructuras societarias *offshore*, como las constituidas en Nevis, Islas Vírgenes Británicas o Bahamas, plantea importantes desafíos al régimen de comunidad de bienes vigente en el Derecho argentino. En el contexto de procesos de divorcio o liquidación de la sociedad conyugal, estas estructuras pueden ser empleadas con fines de ocultamiento patrimonial y defraudación de la ganancialidad. A continuación, analizaremos las estrategias más comunes de fraude mediante sociedades *offshore* e intentaremos proponer algunas respuestas adecuadas para preservar los derechos del cónyuge acreedor y para incitar al estudio del multifacético tema.

VII.1. Naturaleza y características de las sociedades *offshore*

Las sociedades *offshore* constituidas en jurisdicciones como Nevis o BVI se caracterizan por su opacidad, la facilidad de constitución, la ausencia de controles sustanciales y la escasa cooperación judicial internacional. En particular, permiten:

- Ocultar la identidad del beneficiario final.

- Transferir activos sin publicidad registral.

- Eludir medidas cautelares locales.

Estas características hacen que sean frecuentemente utilizadas como vehículos para sustraer bienes del patrimonio ganancial y frustrar los derechos del otro cónyuge.

Cabe aclarar que una **sociedad *offshore*** es una persona jurídica constituida conforme a las leyes de un país distinto del que reside su beneficiario o controlante final, con el propósito de operar o mantener activos fuera del territorio en que fue creada o distinto al lugar de residencia de su titular. Así por ejemplo el constituyente puede tener el domicilio en Argentina, constituirse en Uruguay, una Sociedad en las Islas Vírgenes británicas. Generalmente, se ubica en **jurisdicciones con baja o nula tributación, escasa regulación financiera y alto grado de confidencialidad**. Estas jurisdicciones son conocidas como **paraísos fiscales** o **jurisdicciones *offshore***.

VII.1.a. Finalidades comunes de las sociedades offshore

- Planificación fiscal internacional (legítima o abusiva).

- Protección de activos frente a riesgos políticos, económicos o judiciales.

- Facilitación de inversiones extranjeras.

- Tenencia de bienes (inmuebles, cuentas, acciones).

- Encubrimiento de titularidad o evasión fiscal, cuando se utilizan con fines ilícitos.

- Planificación sucesoria fraudulenta.

- Fraude a los derechos del cónyuge.

VII.1.b. Características principales

- Requieren **mínima presencia física** en el país de constitución.

- Los **directores pueden ser nominados** (*nominee directors*).

- Las **acciones pueden ser al portador o nominativas**.

- Existen **mínimos o nulos requisitos contables o de auditoría**.

- Se ofrece **alto grado de anonimato** respecto de los beneficiarios finales.

Jurisdicciones *offshore* más comunes

Jurisdicción	Características destacadas
Islas Vírgenes Británicas (BVI)	Régimen societario ágil, sin impuestos locales, anonimato de beneficiarios.
Belice	Costos bajos de constitución y mantenimiento; confidencialidad elevada.
Islas Caimán	No hay impuestos corporativos ni sobre ganancias de capital.
Panamá	Sistema robusto de sociedades anónimas y fundaciones de interés privado.
Seychelles	Bajo costo y veloz constitución; confidencialidad protegida por ley.
Nevis	Alta protección de activos y confidencialidad, especialmente en estructuras fiduciarias.
Delaware (EE. UU.)	Aunque no es paraíso fiscal típico, ofrece anonimato y beneficios fiscales en estructuras LLC.
Uruguay (antes de reformas)	Usado en el pasado por su régimen de "sociedades financieras de inversión" (SAFI).

VII.1.c. Observaciones importantes

- No toda sociedad *offshore* es ilegal, pero su uso puede ser problemático cuando se destina a **ocultar activos, evadir impuestos, lavar dinero o defraudar al cónyuge** (por ejemplo, en procesos de divorcio o sucesión).

- Muchas jurisdicciones están hoy sometidas a presiones internacionales para **identificar al beneficiario final** (por exigencia de la OCDE, FATF/GAFI, etc.).

Nos interesa explicar con más profundidad las sociedades BVI porque son el vehículo de fraude más común en la Argentina.

VII.2. Sociedad BVI

Una sociedad BVI (British Virgin Islands) es una empresa registrada en las "Islas Vírgenes Británicas", un territorio británico de ultramar en el Caribe. Las sociedades BVI son muy populares en el ámbito empresarial, especialmente para fines de inversión, planificación fiscal y protección de activos, debido a las ventajas que ofrecen, y para planificar las sucesiones irregularmente, así como también defraudar la ganancialidad, sus aspectos claves son los siguientes:

a. Confidencialidad: Las sociedades BVI no están obligadas a revelar los nombres de sus propietarios o directores, lo que ofrece un alto nivel de privacidad, por lo tanto, si uno de los cónyuges la constituye, y aporta activos gananciales, al otro cónyuge le será muy difícil obtener información sobre su existencia justamente por el grado de confidencialidad.

b. Impuestos: En las Islas Vírgenes Británicas no se gravan las ganancias corporativas, los dividendos ni las ganancias de capital, lo que las convierte en un entorno fiscalmente ventajoso, y esa es la excusa que se da para su constitución.

c. Flexibilidad: Las BVI permiten una estructura corporativa flexible, lo que facilita la gestión y la operación de la empresa.

d. Regulación y cumplimiento: Aunque se mantienen ciertos estándares de cumplimiento internacional, las BVI tienen regulaciones menos estrictas en comparación con otras jurisdicciones, lo que reduce la burocracia.

e. Uso común: Estas sociedades se utilizan comúnmente además de para operaciones internacionales, como *holding companies*, comercio global, protección de activos, inversiones y vehículos de financiamiento**, para defraudar la ganancialidad e impedir al cónyuge del constituyente el acceso a su participación en los gananciales.**

VII.3. Presunción de fraude

La elección de una Sociedad en las Islas Vírgenes Británicas (BVI, por sus siglas en inglés) para operaciones *offshore* genera la presunción de fraude a la ganancialidad en Argentina por varios motivos:

(i) Ocultación de bienes y evasión del régimen de ganancialidad: En el régimen matrimonial argentino, los bienes adquiridos durante el matrimonio se presumen gananciales, es decir, pertenecen a ambos cónyuges por igual. Crear una sociedad *offshore* en jurisdicciones como las BVI, conocidas por su opacidad fiscal y protección del anonimato de los propietarios, debe ser visto como un intento de ocultar activos que deberían formar parte de la comunidad matrimonial. Esto genera sospechas de fraude, ya que uno de los cónyuges podría estar tratando de evadir las reglas de ganancialidad. En este sentido se invierte el orden de la prueba.

(ii) Opacidad financiera: Las sociedades en las BVI suelen ser elegidas porque ofrecen una gran confidencialidad respecto a los titulares reales de los activos. Esto dificulta el rastreo de bienes por parte del otro cónyuge o incluso por las autoridades fiscales o judiciales. La falta de transparencia debe interpretarse como un esfuerzo deliberado para ocultar bienes gananciales y evitar la obligación de compartirlos en caso de divorcio o nulidad.

(iii) Ventajas fiscales sospechosas: Al ser las BVI un paraíso fiscal, establecer allí una sociedad puede interpretarse como una estrategia para aprovecharse de regímenes fiscales más laxos o inexistentes. Si los fondos colocados en una sociedad en BVI provienen de actividades comerciales o inversiones realizadas durante el matrimonio, es posible que esto se interprete como una maniobra para disminuir el valor de los bienes gananciales que deberían estar sujetos a impuestos y distribución en Argentina.

(iv) Dificultad para el control judicial: Las jurisdicciones *offshore* como las BVI son conocidas por ser resistentes al intercambio de información con otras autoridades fiscales o judiciales. Esto puede complicar la ejecución de sentencias judiciales argentinas que buscan hacer cumplir los derechos de uno de los cónyuges sobre los bienes ocultos en dichas sociedades, lo que refuerza la percepción de fraude.

(v) En resumen, la elección de una sociedad en BVI levanta sospechas de fraude a la ganancialidad en Argentina, sobre todo cuando es constituida en tiempos de crisis matrimoniales, debido a la opacidad, el anonimato, y la posible intención de evadir las obligaciones de transparencia y reparto de bienes que exige el régimen matrimonial argentino.

VII.4. Estrategias típicas de fraude con sociedades *offshore*

VII.4.a. Transferencia simulada de bienes

El cónyuge transfiere bienes gananciales a la sociedad *offshore* para aparentar una enajenación a título oneroso, cuando en realidad conserva el control y la disponibilidad de los mismos.

VII.4.b. Inversión no declarada de fondos gananciales

Se emplean recursos gananciales para invertir en sociedades *offshore*, sin informar al otro cónyuge ni dejar rastros documentales que vinculen al titular con la inversión.

VII.4.c. Desvío de ingresos a entidades offshore

El cónyuge canaliza ingresos personales (honorarios, rentas, regalías) hacia cuentas bancarias o sociedades *offshore*, simulando que no son ingresos propios.

VII.4.d. Postergación del cobro de utilidades

Se difiere el cobro de dividendos, participaciones o retornos económicos hasta después del divorcio, impidiendo que se integren a la masa ganancial.

VII.4.e. Utilización de testaferros

Se recurre a terceros que figuran como socios o administradores, con el fin de disociar jurídicamente al cónyuge del activo transferido.

VII.5. Respuestas jurídicas disponibles en el Derecho argentino

Sin ánimo de agotarlas a título meramente orientativo enunciaremos algunas respuestas que brinda nuestro ordenamiento jurídico:

VII.5.a. Acción de simulación (art. 333 CCyCN)

Procede cuando el acto aparente encubre un negocio diferente, como la transferencia simulada de un bien ganancial a una sociedad *offshore*.

VII.5.b. Acción de inoponibilidad de la persona jurídica (arts. 144 y 145 CCyCN)

Permite penetrar el velo societario cuando la sociedad es utilizada como instrumento para defraudar derechos de terceros, en este caso el otro cónyuge, el problema reside que si estamos en jurisdicción extranjera rige el derecho extranjero en orden a la cuestión societaria.

VII.5.c. Embargo preventivo y prohibición de innovar (art. 230 CPCCN)

Medidas útiles para inmovilizar activos sospechados de pertenecer al patrimonio común, aunque formalmente estén a nombre de la sociedad *offshore*.

VII.5.d. Prueba anticipada y exhortos internacionales

Son fundamentales para obtener documentos, registros bancarios u otra prueba en jurisdicciones extranjeras.

VII.5.e. Medidas de reconstrucción patrimonial

Durante la etapa de liquidación del régimen, puede reclamarse la incorporación de bienes sustraídos mediante estas maniobras, en base al principio de integridad del acervo común.

VIII. REFLEXIONES FINALES

El fraude entre cónyuges constituye una de las formas más insidiosas de vulneración del principio de lealtad que debe regir las relaciones patrimoniales dentro del matrimonio. Ya sea durante la vigencia del régimen de comunidad o en el período de indivisión poscomunitaria, estas maniobras no sólo lesionan derechos individuales, sino que atentan contra la transparencia, la buena fe y el deber de solidaridad que inspiran el ordenamiento jurídico.

Entre los múltiples instrumentos que pueden emplearse con fines defraudatorios, las estructuras societarias —y muy especialmente las sociedades *offshore*— ocupan un lugar de creciente protagonismo. Su utilización deliberada para sustraer bienes de la masa ganancial, disimular titularidades o interponer obstáculos procesales a la ejecución de derechos patrimoniales, representa un desafío formidable tanto para la jurisprudencia como para la doctrina.

Estas sociedades, frecuentemente constituidas en jurisdicciones de opacidad financiera, presentan enormes dificultades probatorias para el cónyuge defraudado. La disociación entre propiedad formal y control efectivo, la inexistencia de registros públicos accesibles, y la facilidad para estructurar cadenas de titularidades ficticias, conspiran contra la efectividad del principio de realidad económica, que debería prevalecer en el análisis judicial de estos casos.

El Derecho no puede permanecer indiferente frente a estas prácticas. Urge consolidar criterios jurisprudenciales firmes que permitan levantar el velo societario cuando se evidencia un uso instrumental de la persona jurídica para eludir la ganancialidad. Asimismo, resulta indispensable repensar las herramientas procesales disponibles, incorporando mecanismos ágiles de prueba, tutela anticipada y medidas cautelares específicas ante la sospecha fundada de ocultamiento patrimonial.

Finalmente, el compromiso ético del abogado adquiere un rol central en este contexto. El asesoramiento profesional no debe convertirse en cómplice de la elusión de derechos, sino en garante de un ejercicio leal de la autonomía privada dentro de los márgenes del orden público familiar.

Combatir el fraude entre cónyuges —en todas sus formas, pero muy especialmente en aquellas que recurren al artificio societario y al ocultamiento tras fronteras jurídicas— es una tarea que interpela no sólo a los jueces, sino a toda la comunidad jurídica. La eficacia del sistema de protección patrimonial en el Derecho de Familia depende, en gran medida, de nuestra capacidad para desenmascarar las formas contemporáneas del fraude y restaurar la justicia material en el proceso de disolución del vínculo matrimonial.

El elemento subjetivo en la responsabilidad civil

Por José M. Orelle

I. Capítulo primero. Introducción. Partir de que el foco del derecho es dominar con mucha profundidad la conducta humana (territorio) y no partir del examen de las reglas (mapas)

He desarrollado el presente estudio con un enfoque integrado por las siguientes premisas conceptuales:

1.- Partir desde la perspectiva del modo "real" en el cual las personas obramos en el "mundo exterior" para obtener los resultados que aspiramos, deseamos, elegimos y desde allí, aplicar las herramientas jurídicas a nuestro alcance.

2.- Haber observado la falta de integración para el conocimiento jurídico, de extensos descubrimientos provenientes de otras disciplinas científicas, que —en mi opinión— deben sumarse para obtener un ejercicio profesional acorde con las necesidades sociales actuales.

3.- El gran desafío que exige a los juristas el profundizar el complejísimo tema de la subjetividad humana, por su repercusión sobre prácticamente todos los elementos de los actos jurídicos, su validez, eficacia, oponibilidad y especialmente en cuanto a la diligencia exigible y al modo de analizar la responsabilidad.

4.- La necesidad de dejar constancia de la provisoriedad de mis especulaciones debido a la referida necesidad de tratar estos temas con un abordaje interdisciplinario, por lo cual mis aportes son necesariamente parciales, relativos, debido a mi falta de conocimiento de esos otros saberes (antropológicos, sociológicos, psicológicos, de psiquiatría forense, neurociencias, sesgos cognitivos y emocionales y de otros aportes que

integran las ciencias de la conducta humana). En síntesis, deben ser tomados como sugerencias para una investigación compartida, sistematizada, consensuada con otros profesionales.

II. Capítulo segundo. Escenario general del accionar humano

Todo tema que se estudia forma parte de un escenario o contexto, cuya descripción facilita la comprensión de dicho punto, por el rol que ocupa dentro del escenario. Un modelo general del accionar humano, se integra por las siguientes etapas:

1.- La aparición de un estímulo, interno o externo.

2.- La reacción emocional que suscita en el sujeto.

3.- La evaluación racional que corresponde desarrollar.

4.- La decisión del sujeto conforme su modelo de pensamiento y estilo de vida.

5.- La planificación del accionar para obtener el resultado previsto.

6.- Desarrollar los movimientos psicofísicos en "el exterior" para dicho resultado, con posibles ajustes.

7.- La generación de resultados.

Es de plena evidencia que esta descripción, si bien fragmenta las etapas, en la realidad del accionar humano se produce con mezclas y matices propios de la naturaleza humana. No obstante, tiene la virtud pedagógica de describir los elementos estrictos de la subjetividad (el proceso psíquico) y los del accionar (forma de los actos).

III. Capítulo tercero. Aproximación al concepto y características esenciales de la subjetividad

El factor subjetivo de la responsabilidad, o sea el o los grados de conciencia de la situación y del modo en el que incide en ella el accionar, forma parte del cuadro genérico de la subjetividad, cuyos rasgos esenciales paso a mencionar.

III.1. Los elementos de la subjetividad

1.- Los sujetos

- Temperamento.

- Carácter.

- Rasgos de personalidad (rol de lo biológico).

- Rol ambiental donde el sujeto se ha formado.

- Grados de estudios.

- Red familiar y social.

- Grados de aptitud para captar los estímulos que general actos y contratos.

- Grados de dominio del Impacto emocional de cada estímulo.

- Grados de experiencia y destreza para efectuar evaluaciones racionales.

- Modelos mentales.

- Situación subjetiva de cada sujeto al momento del acto (plena salud o padecer enfermedades, medicamentos, drogas, alcohol, cansancio extremo, perturbaciones personales).

- Sesgos emocionales y cognitivos.

- Los grados de aptitudes de los sujetos para obtener éxito en sus aspiraciones, deseos.

2.- Deseos, aspiraciones, intereses, modelos

Las personas, combinando elementos de nuestra personalidad (temperamento, carácter, lo genético) con el aprendizaje social conforme el ambiente en el cual nos hemos educado y el que posteriormente desarrollamos de modo individual, generamos un conjunto de patrones, modelos de pensamiento y estilos de vida, resultado de convicciones, elecciones de principios, valores, inclinaciones. Por ello, la respuesta a los estímulos se basa en dicho acervo de elementos y se expresa a través de las finalidades que perseguimos en cada acto.

3.- Los actos

- Simples o compuestos.

- Instantáneos o de mediana o larga duración.

- Cantidad de partes.

- Cantidad de obligaciones y nivel de detalle de las prestaciones.

- Finalidades de cada parte, integrando la causa fin y los motivos relevantes de cada una.

- Grados de complejidad para tomar decisiones y planificar las acciones necesarias para obtener el o los resultados apetecidos.

4.- Las emociones

a.- Aproximación conceptual

El mundo de las emociones es de una vastedad y extensión inimaginable. Por ello he titulado este punto como "aproximación" y algunas de sus consecuencias son: en primer lugar, porque ante tal vastedad, me limitaré solo a ciertos detalles que son útiles conceptualmente para este estudio. En segundo lugar, porque bastará la mera enunciación de las características realmente esenciales. Aclaro, como sucede con las posibilidades de cada autor, que he seleccionado para esta sección, dos libros de José Antonio Marina, filósofo, divulgador y pedagogo, titulados *El laberinto sentimental* (1) y *Diccionario de los sentimientos*, escrito con Marisa López Penas (2) que me han servido de estupenda guía, ya que conforme la manera de analizar de los temas sirve perfectamente para una tesis doctoral, el estilo permite una comprensión accesible a pesar de su profundidad. Marina describe a los sentimientos como "una experiencia consciente, que sintetiza los datos que tenemos acerca de las transacciones entre mis deseos, expectativas o creencias y la realidad. Son una síntesis, algo nuevo como son nuevas las configuraciones perceptivas, las cualidades de forma que emergen de los datos sensibles (3).

b.- La incidencia de la estructura psíquica del sujeto

- Lo biológico: temperamento, carácter, salud.

---

(1) MARINA, José Antonio "El Laberinto Sentimental" editorial Anagrama, Barcelona, 1996.

(2) MARINA, José Antonio y López Penas, Marisa "Diccionario de los Sentimientos" Anagrama, Barcelona, cuarta edición, 2000.

(3) MARINA, José Antonio "El Laberinto Sentimental" editorial Anagrama, Barcelona, 1996, pág. 33.

- Lo social: familia, red social, educación.

- Autopercepción del sujeto.

- Estilo de vida.

- Valores.

- Conjunto de creencias y expectativas.

c.- Características esenciales

Paul Ekman [4] define que las emociones aparecen cuando algo o alguien realiza alguna acción que repercute en algún tema que nos interesa. Son una especie de guía vital, muchas veces para bien, otras veces (cuando son inadecuadas), para mal. Propone la siguiente estructura de análisis para evaluar las causas de alteración:

a).- Cuando la emoción es adecuada a la situación, pero con una intensidad desmedida.

b).- Cuando es adecuada a la situación, pero no se la expresa adecuadamente.

c).- Cuando aparece sin causa (ataques de pánico)

Agrega que cada persona genera inconscientemente una "base de datos" de detonadores de emociones, conectada a la memoria y a la imaginación, que operan a modo de circuitos disparadores. Otras características son:

- Surgen instantáneamente al generarse un estímulo, interno o externo.

- Dicha instantaneidad es tan intensa que anteceden a todo pensamiento.

- Difieren en intensidad conforme la situación.

- No entendemos como aparecen y como influyen.

- No sentimos lo que queremos sentir.

- Impulsan a accionar.

- Son esenciales para nuestra vida, pero no podemos "manejarlas a voluntad". Aparecen sorpresivamente.

---

(4) EKMAN, Paul, "El rostro de las emociones" Editorial RBA, 2024.

- Nos informan sobre nuestra estructura interna de modo fragmentario.

- Aparecen con mayor intensidad cuando estamos implicados.

- Se relacionan con mis intereses.

- Generan placer o dolor, acercamiento o rechazo.

- Cumplen una función adaptativa.

- Enlazan lo general con lo concreto.

- Al explorar nuestros sentimientos surge nuestra historia de vida.

- Conectadas con mis respuestas a cómo funciona el mundo, cómo me manejo yo en dicho mundo.

- Están influidas por los modelos sociales.

- Tienen permanentes cambios dinámicos.

- Se vinculan con experiencias, recuerdos modos de percepción.

- Están dentro del campo de la causalidad.

- Se vinculan con mis respuestas sobre cómo funciona el mundo y cómo me manejo yo en dicho mundo.

- Gobiernan el pasado y el futuro.

5.- La o las evaluaciones "racionales"

En nuestra naturaleza operan ambas instancias, lo emocional y lo racional, si bien la enorme complejidad de lo subjetivo genera una variedad infinita del modo en el cual cada uno aplicamos estas facultades naturales. En los extremos, hay personas en las cuales la reacción emocional tiene una intensidad desmedida, mientras que en otros casos el factor de lo racional es muy preponderante. Lo ideal, como señalan todos los cultores de las ciencias de la conducta es la obtención de un sano equilibrio que permita una convivencia mucho más plena.

6.- La decisión y la planificación del obrar para obtener el resultado apetecido

Este factor es el resultado de las dos operaciones psíquicas que anteceden, y constituye —tema que se retomará posteriormente— una se-

gunda oportunidad de las personas para revisar lo decidido, ya que exige variados cálculos (resistencias, recursos, grados de probabilidad, grados del dominio de los factores del acto, consecuencias de este).

7.- Muchos planos o niveles en cada uno y múltiples combinaciones

Además, cada uno de estos factores presentan prácticamente infinitos niveles o planos en cada sujeto, que varían en el tiempo y según las experiencias y el grado de toma de conciencia de estas, que presentan en su faz dinámica múltiples combinaciones.

IV. Capítulo cuarto. Los riesgos y limitaciones de la subjetividad

Este punto merece especial atención, por el reduccionismo (en mi opinión) del modo en el cual las doctrinas tradicionales describen el accionar humano, basado en la falsa premisa que todos, mientras gocemos de discernimiento, estamos plenamente capacitados para operar racionalmente.

IV.1. En el proceso psíquico

a.- Percepción deformada del estímulo-evento.

Existen tantas realidades como finalidades del observador: mundo de la ciencia, de las relaciones ideales, de los ídolos, la mitología la religión, etc. (5) En la medida que se les presta atención, cada uno de estos mundos es real a su manera. Por ello, se ha afirmado que los órdenes de la realidad no se constituyen mediante la estructura ontológica de su acaecer, sino de la interpretación que cada persona efectúa. Estas diferencias generan múltiples y variadas diferencias de percepción: sobre lo valioso y lo disvalioso, de los riesgos, del modo de proceder en hechos y actos jurídicos de las precauciones a adoptar, sobre la apertura o rigidez respecto a consejos, asesoramiento.

En otro plano de consideraciones, un interesante punto de reflexión relacionado con las diferentes percepciones individuales es que las calificaciones jurídicas (lícito, ilícito, justo, injusto, buen obrar, mal obrar) no corresponden al mundo de lo ontológico, sino que surgen de estima-

(5) ÁLVAREZ, Ricardo, en el prólogo a la obra de Maurice Merleau Ponty "La Fenomenología y las Ciencias Sociales" editorial Prometeo Libros, primera edición, 2011, págs. 10 y sgts.

ciones valorativas propias de las leyes, que asignan "etiquetas" de significantes elegidas por alguna autoridad, lo cual nos permite comprender grados de relatividad. (6)

b.- Reacción emocional sin autocontrol razonable.

c.- Evaluación racional con apresuramientos, errores, sin aplicar modos de reflexionar adecuados.

d.- Decisión apresurada, sin haber listado y ponderado los factores relevantes del tema.

e.- Declaración de voluntad con grados de disociación entre la finalidad perseguida y el modo congruente de expresarla.

f.- Planificación de las acciones necesarias para la obtención de el o los resultados apetecidos con inadecuados cálculos de probabilidad, de ponderación de las consecuencias, con movimientos psico físicos ajenos a los que corresponden conforme la finalidad.

g.- En el plano del aprendizaje social, haber configurado patrones de conducta erróneos, con parámetros alejados de los necesarios para desempeñarse adecuadamente, que dificulten la posibilidad de insertarse normalmente.

h.- En el plano de la estructura cerebral, circuitos cerebrales disfuncionales (7).

i.- Desde la perspectiva del psicoanálisis (8) el riesgo de acciones contrarias al propio bienestar, por efectos de pulsiones negativas, agresivas, viciosas, contrariando la falsa suposición que las personas actúan siempre buscando su bienestar.

j.- Desde la perspectiva de las neurociencias, como incide la estructura de nuestro cerebro, nuestra mente sobre de estilos de pensamiento, de los relatos que cada uno creamos sobre nosotros y lo que nos rodea,

---

(6) SOBRAL, Jorge " Relaciones entre la Psicología y La Ley", capítulo que integra la obra "Manual de Psicología Jurídica", SOBRAL, Jorge, ARCE, Ramon y PRIETO, Ángel, Ediciones Paidós, Buenos Aires, Primera Edición, 1994, pág. 28, quien cita Rawls.

(7) Marinaro José A. "Neurociencias en Derecho Penal. Los hallazgos ontológicos y los desafíos epistemológicos para las Ciencias Sociales "Revista de Derecho Penal, numero 6, noviembre 2017 cita IJ-CDLXXXIII-578".

(8) He anticipado en mayor extensión estos aportes en mi obra ORELLE, José M. R. "Teoría General de las Formas y Solemnidades Jurídicas" Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2022 págs. 285 y sgts.

las palabras e ideas, la posibilidad de autorregular el poder de las emociones [9].

IV.2. Riesgo derivado de las presiones temporales u otras peculiaridades de cada tarea

Con elocuencia y precisión, Taruffo destaca, al referirse a los aspectos pragmáticos de la función judicial (perfectamente extrapolable a las demás profesiones jurídicas) señala que el Juez "no dispone de los instrumentos cognoscitivos ni del tiempo y la libertad de investigación que disponen el científico o el historiador. A diferencia de la actividad de estos últimos, el proceso debe desarrollarse en un tiempo limitado, dado que intereses tanto públicos como privados presionan para que la *finis litium* se alcance rápidamente y este es un gran obstáculo para la búsqueda de la verdad" [10].

Es orientador sobre el punto referir que, en materia de nulidades procesales, el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación, en sus arts. 169 a 174, establece un régimen especial y más flexible, para la tarea judicial, obviamente inspirado en las limitaciones propias del oficio: cantidad de expedientes, de personal, de la necesidad de respetar los tiempos procesales, de la cantidad de juzgados que a veces deben atender los jueces, etc. Esta consideración atendible, comprensiva, es perfectamente extrapolable a las demás Funciones Públicas, que están expuestas a los mismos factores condicionantes.

Uno de los aspectos que se observa en muchos casos de juzgamiento sobre responsabilidad civil y aún penal es el desconocimiento sobre el modo real y pragmático en el cual se trabaja en "un día normal" Empleo esta expresión para acentuar la peligrosidad por parte de quien juzga de generar supuestos imaginarios de dichos modos "reales". La realidad del modo de trabajo de cualquier oficio, profesión o función no deviene de la simple lectura de trabajos doctrinarios, ni de extrapolaciones mentales imaginarias, surge de un proceso milenario de armazón social de la realidad. Por ello la expresión "usos y costumbres" es mucho más trascendente de lo que parece a primera vista.

Comprender e integrar este factor, permite advertir la extrema peligrosidad por parte de algunos intérpretes, que —con un reduccionismo

---

(9) SIGMAN, Mariano "El Poder de las Palabras" editorial Debate, 15 edición, 2024, y en su otra obra "La vida Secreta de la Mente" editorial Debate, 14 edición, 2024.

(10) TARUFFO, Michele "La prueba de los hechos" Editorial Trotta, cuarta edición 2011, Madrid, página 45.

ingenuo— consideran que por el solo hecho de haber leído estudios doctrinarios sobre algunas profesiones u oficios, basta para entender con la debida profundidad, el modo "real" en el cual se ejercen. Dicha peligrosidad se ha impuesto en la sociedad actual, en la cual muchos de nosotros opinamos con el mismo reduccionismo sobre actividades ajenas, con frases tales "yo este tema lo soluciono muy fácil" "deberían hacer esto o aquello". De allí la necesidad imprescindible, para evitar graves daños que no solo perjudican a quienes ejercen oficios o profesiones, sino a la sociedad entera, de contar con pericias muy bien realizadas y con una cuidadosa elección de los puntos de pericia para ser útil a los juzgadores.

IV.3. El rol de azar en las conductas humanas

El tema del azar en la conducta ha recibido particular atención por un doctrinario del campo del Derecho Penal, Tobías J. Schleider [(11)], quien aporta interesantes puntos, algunos de los cuales son de particular relevancia para el presente trabajo.

Sostiene que la suerte no solo opera con "condiciones externas" sino que afecta también a nuestra constitución, la clase de persona que somos: nuestras inclinaciones, temperamento, determinados tanto por factores genéticos como sociales, que dependen de circunstancias azarosas: donde hemos nacido, en cual familia y grupo social, estado de salud, posibilidades culturales, aptitudes, lo cual involucraría una especie de "suerte moral" [(12)].

Otro rasgo de suerte moral es el grado de posibilidad de algunas personas para apartarse de ciertas tendencias negativas y porque otras no. Ello demuestra que la suerte afecta a las personas y a sus acciones de las maneras más diversas [(13)].

Agrega que, en condiciones normales, la planificación, la preparación, pueden disminuir los riesgos, pero jamás puede eliminarse totalmente el factor suerte. [(14)] Un punto de especial relevancia es responder a la pregunta sobre cuánto puede un agente controlar subjetivamente los

---

(11) SCHLEIDER, Tobías "Acción y Resultado" ediciones Dado, primera edición 2011, Argentina.

(12) SCHLEIDER, Tobías "Acción y Resultado" ediciones Dado, primera edición 2011, Argentina, pág. 134.

(13) SCHLEIDER, Tobías "Acción y Resultado" ediciones Dado, primera edición 2011, Argentina, pág. 136

(14) SCHLEIDER, Tobías "Acción y Resultado" ediciones Dado, primera edición 2011, Argentina pág. 138.

factores de un tema. La respuesta incide directamente a la responsabilidad. La consecuencia es que no puede responsabilizarse a un agente por los aspectos de su persona o de su conducta que no controla [15].

IV.4. Incidencia en algunos casos de mala fe de los participantes de actos

Una vez sucedido un daño, es de toda evidencia que los perjudicados cuando accionan (salvo contadísimas excepciones) no relatan con sinceridad la realidad de lo sucedido. Con el afán de obtener la reparación de perjuicios, omiten una descripción veraz, completa, precisa, clara. Este punto tiene particular relevancia en los temas subjetivos, que por su naturaleza son indetectables de modo directo. Por ejemplo, en el caso de consejos o asesoramientos profesionales. Los grados en los cuales los consultantes o asesorados incorporan las directivas varía enormemente, ya que dependen de los factores subjetivos ya relacionados. El problema es que dicha tarea de guía, contención, información evaluación se realiza oralmente, con lo cual en caso de actitud maliciosa de quien lo ha recibido queda en el ámbito de la prueba, "palabra contra palabra".

IV.5. Riesgos del trabajo solitario

Todos quienes realizamos tareas, cualquiera sea su índole, hemos tenido la sensación muchas veces de cierta inseguridad sobre nuestro modo de analizar un tema, aspecto que aumenta en intensidad cuando advertimos que el tema "nos compromete". Dicha sensación emocional, como se ha visto en los capítulos anteriores, es natural, y forma parte de nuestra estructura psico-física.

También he señalado (citando a Khanemann, Sibony, Sunstein) que se han propuesto abordajes técnicos para disminuir los errores de los juicios, uno de cuyos puntos es, precisamente, la intervención autónoma de varias personas que trabajan inicialmente sin conocer las opiniones de los demás, y posteriormente se realiza un intercambio y debate con la finalidad de obtener un cuadro más adecuado técnicamente, integrado por diferentes miradas que luego se integran en una propuesta equilibrada y con menos sesgos. Algunos procedimientos judiciales y administrativos (con tribunales colegiados, y con etapas recursivas) y aún en medios empresariales (juntas de evaluaciones) han captado la conveniencia de contar con varios enfoques.

---

(15) SCHLEIDER, Tobías "Acción y Resultado" ediciones Dado, primera edición 2011, Argentina, pág. 144.

V. Capítulo quinto. Los riesgos derivados de los "sesgos cognitivos"

En este punto me interesa retomar la falacia consistente en " todas las personas tomamos decisiones racionales y lógicas". Uno de los riesgos que derivan de tal convicción, es que el sistema evaluatorio es "perfecto" "universal" que además neutraliza naturalmente la incidencia de lo emocional. Esta falsa presunción, ha quedado intensamente instalada desde hace muchos años en el Derecho.

Curiosamente, en modalidad paralela, pero sin intercomunicación académica, dicha convicción generalizada ha sido extensamente cuestionada desde la Psicología, que ha detectado y estudiado cuidadosamente los riesgos provenientes del inadecuado "manejo" del sistema emocional, como de los errores de los juicios humanos.

Un medular estudio, que facilita el acceso a estos avances surgen con especial dedicación del Profesor Daniel Kahneman, premio Nobel de Economía, que ha desarrollado en dos obras esenciales para quienes desean profundizar este apasionante tema: *Pensar rápido, pensar despacio* (16) y la obra escrita con Olivier Sibony, consultor y escritor especializado en tomas de decisiones estratégicas y organización de procesos de decisión y Cass R. Sunstein especializado en derecho constitucional, políticas regulatorias y análisis económico de las leyes, titulado *Ruido. Una falla en el juicio humano* (17). La tesis central de dichos trabajos, es separar lo que llaman "Sistema Uno" (pensar rápido) y "Sistema Dos" (pensar despacio).

Sistema Uno. Pensar rápido

Este sistema opera de manera rápida y automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario. Este sistema, a pesar de operar en gran medida inconsciente, genera patrones de ideas sorprendentemente complejas, pero es más susceptible de errores o desvíos. Ejemplos de este sistema, que facilita enormemente el accionar cotidiano, es captar la distancia entre un objeto u otro, responder a un sonido repentino, gestos hostiles, atracciones que nos suscita algo o alguien. También lo encontramos, una vez adquiridas las destrezas, en la conducción de un automóvil, de una bicicleta, sacar una entrada de

(16) KAHNEMAN, "Pensar Rápido, Pensar Despacio" Editorial Debate, 14 edición, Argentina, 2021.

(17) KAHNEMAN, Daniel, SIBONY Olivier y SUNSTEIN, Cass. R. Editorial Debate, primera edición argentina, 2021.

un espectáculo, porque son situaciones familiares, habituales, para los cuales basta un mero accionar de "respuesta mecánica". Este sistema, es además esencial para el desenvolvimiento "normal" de muchas actividades de la vida diaria.

Sistema Dos. Pensar despacio

El sistema "pensar despacio" se aplica a situaciones en las cuales se requiere atención, concentración, darse cuenta de que no nos basta una aproximación mecánica: concentrarse en una exposición de un tema que nos interesa, realizar estudios, redactar un texto, afrontar una dolencia que requiere un tratamiento o una intervención quirúrgica, algún acto o negocio jurídico.

Los "sesgos cognitivos"

Consecuencia de la investigación de dichos autores, que como veremos a continuación ha tenido muchos seguidores, es el descubrimiento de los autores, de lo que denominan "sesgos cognitivos" que son todas aquellas fallas o desvíos del pensamiento, que son enormemente frecuentes y además previsibles, que llevan a apartarse de la falacia de presumir que todas las personas compartimos el mismo modelo de pensamiento, que deviene de las características biológicas de nuestra naturaleza, y que adoptamos nuestras decisiones de modo racional, lógico, objetivo.

Los sesgos más frecuentes

A.- Los modelos inconscientes de pensamiento

Otra de las falacias sobre la evaluación de las situaciones, es presumir que todas las personas compartimos el mismo modelo de pensamiento, que deviene de las características biológicas de nuestra naturaleza. Afortunadamente, tal premisa ha sido cuestionada y desarrollada por numerosos trabajos provenientes del ámbito de las investigaciones psicológicas. En el contexto de la presente obra no pretendo desarrollar *in extenso* el tema, solo puedo referirme a obras a las que he podido acceder, pero que son suficientes para demostrar la necesidad de ampliar el campo de los estudios jurídicos sobre el tema de comprensión. Desde la psicología proviene un interesante aporte sobre el tema de los estilos de pensamiento y su trascendencia tanto sea para el propio autoconocimiento, para la vida familiar, laboral, institucional, del profesor Robert J. Sternberg [(18)]. El autor comenta su experiencia como educador, en la cual

(18) STERNBERG, Robert J "Estilos de Pensamiento. Claves para identificar nuestro modo de pensar y enriquecer nuestra capacidad de reflexión" 1999 la edición en castellano, editorial Paidós SACF, Buenos Aires.

detectó que los diseños de la generalidad de las instituciones docentes se basan en pautas generales abstractas, que al aplicarlas de modo global aprueban a quienes las obedecen y sancionan a quienes se subordinan a ellas. También observó la prioridad que se le confiere a la memorización de textos y detalles, en vez de focalizarse en la actitud reflexiva previa, a la organización del material, para luego pasar al nivel de memorización necesario. A partir de dicho enfoque e investigación, detectó que los problemas que surgen de dicha pretensión de homogeneidad de los educandos, se ignoraba los diferentes estilos de pensamiento de las personas, que, en caso de ser conocidos y respetados, mejoraban sorprendentemente los resultados del aprendizaje.

Desarrolla su tesis sobre el tema, con el siguiente diseño académico en el cual combina diferentes planos: estilos, forma de aplicarlos, niveles, alcance e inclinaciones. Aclara que, si bien establece pautas de estimativa, en la realidad las personas los ejercen con cierto nivel de mezclas o combinaciones.

A.- Estilos: legislativo, ejecutivo, judicial.

B.- Formas de autogobierno: monárquico, jerárquico, oligárquico, anárquico.

C.- Niveles: global, local, introvertidos, externos, liberales, conservadores.

B.- Prejuicios

Atienza [19] cita a Carlos Perez Ruiz quien presentó un amplio estudio acerca del papel jugado por las razones morales en las argumentaciones llevadas a cabo por el Tribunal Supremo español durante el franquismo, que llevó al autor a advertir el peligro, especialmente en los regímenes dictatoriales de la confusión entre razones morales y prejuicios. En el resumen estadístico del estudio, el autor detectó importantes deslizamientos subjetivos de los jueces, en diferentes temas: valores familiares, sexuales, con alusiones predominantes a la religión católica, moral cristiana, y con claras esquematizaciones en las cuales se daba preeminencia al rol del empleador respecto al trabajador, a los profesionales respecto a los ciudadanos, a los profesores respecto a los educandos, al rol del hombre en la familia como sostenedor y a la mujer en su casa con los niños, etc.

---

(19) ATIENZA, Manuel "Curso de Argumentación Jurídica" editorial Trotta, Madrid, 2013, pág. 610.

C.- Creencias adquiridas sin revisión ni autocontrol previo

Muchos juristas consideran que el razonamiento jurídico contiene (o debe contener) referencia a valores morales, pero que el juez que justifica una decisión no puede ir más allá de los valores incorporados en la moralidad social. El tema ha ocasionado un amplísimo tratamiento, y diversas teorías que no corresponde tratarse en el punto, pero que apuntan, todas ellas a la búsqueda de criterios (en mayor o menor grado) objetivos, para evitar disvalores [20].

D.- Sesgo de autoridad

Este riesgo deriva de la creencia que por el solo hecho del conocimiento de los temas jurídicos se pueda opinar con certeza como cada operador y cada protagonista de actos, El conocimiento jurídico, ya sea de un estudioso, o ya sea de un operador jurídico, no puede ser omnicomprensivo y autosuficiente de las peculiaridades del ejercicio de las diferentes profesiones y funciones.

Lo abstracto y general debe ceder frente al modo concreto y específico de quien opera en un sector del ejercicio general del Derecho. Este conocimiento, este dominio operativo solo lo puede conocer y opinar con justeza quien tiene suficiente experiencia en cada modalidad. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que solo un legislador puede comprender a otro legislador, un juez a otro juez, un abogado a otro abogado, un escribano a otro escribano.

Este punto resulta mucho más claro y evidente cuando se trata de diferentes actividades (escultor, farmacéutico, programador de software), pero no es tan captado cuando se trata de especialidades dentro del mismo género. Es un riesgo a ser tenido en cuenta en futuras investigaciones, y que en muchas ocasiones aparee con singular importancia tanto sea en estudios doctrinarios como en resoluciones judiciales. Es peligroso, porque debido a acreencias erróneas, algún intérprete puede imaginar y representarse esquemas ideales del modo de trabajo de cada operador, en vez de obtener información precisa, real sobre que puede y que no puede cada uno conforme usos y costumbres propias de cada actividad.

E.- Sesgo de abstracción. Dogmatismo versus realidad

Sobre este punto, uno de los filósofos jurídicos que en mi opinión se ha dedicado a las limitaciones de los ordenamientos jurídicos, ha expre-

---

(20) ATIENZA, Manuel "Curso de Argumentación Jurídica" editorial Trotta, Madrid, 2013, pág. 614.

sado con singular elocuencia este riesgo es Stefano Rodotá: veamos algunas de sus puntualizaciones claramente relevantes para este punto: el Derecho construye un "mundo propio" (21) y queda apresado entre liberación y compulsión, prisionero de esquemas que ocultan su complejidad (22). El tema oculto es la relación entre los límites de la intervención del Derecho y de los criterios a que responde esta operación (23). Por todo ello, se le pide de modo cada vez más intenso que se abstenga de regular una serie de dimensiones de la vida que deberían quedar confiadas a las decisiones autónomas de los interesados, a su personalísima manera de entender la vida, las relaciones sociales, su relación con el yo (24). Nos enfrentamos a un dilema, que Paul Ricouer describe como alternativa paralizante de la que es preciso escapar: la ley como inmutable, universal, obligatoria, objetiva; la conciencia como variable, circunstancial, espontánea y eminentemente subjetiva (25).

F.- Aversión a las pérdidas y "dolor de pagar" (26)

Todos lo experimentamos, aunque sea parte del sistema. Genera dolor, no es un mero trámite. Por ello se prefiere el riesgo del pago futuro respecto al pago actual. Creamos contabilidades mentales falsas. Para comprender este sesgo es esencial captar que es el resultado de dos factores: el tiempo que transcurre entre que el dinero sale de nuestro bolsillo y que consumimos el producto y el segundo es la atención que prestamos al pago en sí mismo, lo cual significa que podemos aliviar el dolor aumentando la brecha entre el pago y consumo y/o reduciendo la atención necesaria sobre la acción de pagar. Asimismo, significa que debido al dolor que sentimos al pagar, estamos dispuestos a pagar más antes, y menos después, y aún menos durante el consumo del mismo producto. Este factor indica que nos manejamos con patrones que desconocemos de "modos de contabilidad mental".

---

(21) RODOTA, Stefano, "La vida y las reglas" Entre el Derecho y no Derecho, editorial Trotta, Madrid, pág. 26.

(22) RODOTA, Stefano, "La vida y las reglas" Entre el Derecho y no Derecho, editorial Trotta, Madrid, pág. 27

(23) RODOTA, Stefano, "La vida y las reglas" Entre el Derecho y no Derecho, editorial Trotta, Madrid, pág. 29

(24) RODOTA, Stefano, "La vida y las reglas" Entre el Derecho y no Derecho, editorial Trotta, Madrid, pág. 31.

(25) RODOTA, Stefano, "La vida y las reglas" Entre el Derecho y no Derecho, editorial Trotta, Madrid, pág. 34.

(26) Ignasi Beltrán De Heredia Ruiz, IUS Labor 3/2019, "Contratación Temporal Ilegal, Sesgos, Teoría de las Perspectivas".

G.- Imaginaria sensación de seguridad sobre "lo que es caro" (27)

Justicia y esfuerzo. Tendemos a estimar un precio por el esfuerzo que nos imaginamos que es necesario para la producción del objeto o servicio. Debido a ello aplicamos "constructos irracionales" sobre lo que es precio justo. Por ello, nos negamos a pagar algún producto o servicio cuando parece "fácil de hacer" o "lleva poco tiempo. Nos dejamos llevar por una impresión falsa: que todos los precios deben ser justos, cuando en realidad tal ideal de justicia no es un tema científico ni todos los precios siguen leyes de transparencia y equidad.

H.- Optimismo no realista

Es el exceso de confianza irracional. Por ejemplo, el caso de los empresarios que subestiman la posibilidad de ser demandados o sancionados por la celebración de un contrato de trabajo temporal ilícito (28). No obstante el ejemplo, es un rasgo universal de los seres humanos. Tendemos a asumir más riesgos individuales porque sobreestimamos nuestra inmunidad personal y tendemos a dejar de tomar medidas preventivas razonables o adoptamos precauciones insuficientes. Nuestra habilidad para predecir estados emocionales futuros (placer o dolor) es "muy mala". Tampoco tenemos conciencia sobre nuestros errores de previsión.

I.- Efecto "ancla" o primera impresión

En el marco de la psicología conductual, la "impronta" no deja de ser una derivada de lo que se conoce como "asociación de ideas a partir de una primera impresión" Por ejemplo, dicha impresión asociada a la compra de un producto genera un mecanismo psicológico asociado al placer o dolor que luego genera una cadena de asociaciones sobre nuestras posteriores decisiones. En otras palabras, nuestras experiencias pasadas también influyen en las expectativas sobre experiencias futuras.

J.- Generalizadas deshonestidades (29)

En esta fascinante obra, cuidadosamente elaborada con una profusa cantidad de comprobaciones experimentales, el autor desarrolla los siguientes aspectos esenciales.

---

(27) Ignasi Beltrán De Heredia Ruiz, IUS Labor 3/2019, "Contratación Temporal Ilegal, Sesgos, Teoría de las Perspectivas".

(28) Ignasi Beltrán De Heredia Ruiz, IUS Labor 3/2019, "Contratación Temporal Ilegal, Sesgos, Teoría de las Perspectivas".

(29) Dan Ariely "Por qué mentimos (en especial a nosotros mismos). La Ciencia del Engaño puesta al descubierto" Editorial Ariel.

Nuestra percepción del mundo genera una extraordinaria variedad, tantas como personas existen. Cada una crea, fabrica un "modelo del mundo en el cual vive". Carecemos de aprendizajes familiares e institucionales (escuelas, universidades, empresas) sobre el modo de comprender nuestras limitaciones y de aprendizaje sobre el modo razonable para autocontrolar nuestras decisiones. Nuestras expectativas (basadas en preferencias emocionales) generan una fuerte resistencia para la eficiencia de los controles necesarios para conductas más eficientes y sopesadas. Somos hipersensibles e influenciables a las ofertas de falsa gratuidad, al sometimiento a las "normas sociales" (contrarias muchas veces a nuestras reales preferencias) a los estados emocionales de excitación, a la sobrevaloración de lo que tenemos respecto a lo que el mundo exterior nos ofrece.

Todo el "mundo desconocido" genera una gran variedad de posibles actos deshonestos, debido a los siguientes factores:

1.- Frente a las oportunidades (ganancias hipotéticas falsas) muchas veces sucumbinos a la tentación de no ser descubiertos) y de evitar el castigo.

2.- Escaso riesgo de ser descubierto.

3.- Auto "relatos" justificantes: "Todos los hacen", " Todo el mundo lo tolera", "Nadie es perfecto".

4.- La influencia de los grupos sociales de pertenencia y sus reglas sobre el tema de la honestidad.

5.- El riesgo de tomar decisiones estando cansados, o enojados, o molestos con algo, ya que son, entre otros muchos, factores que desvían la atención sobre el modo de proceder.

Por estos fuertes factores, el autor remarca la importancia de la permanente difusión de la necesidad social de respetar las reglas, para fortalecer la "musculatura moral" de cada individuo.

VI. Capítulo sexto. Subjetividad y juridicidad o antijuridicidad (obrar bien, obrar mal)

VI.1. Primera aproximación sobre el concepto jurídico de obrar mal

La expresión lingüística "obrar antijurídicamente" o sea obrar de modo contrario a lo que el Derecho Regula, solo brinda una primera

noción aproximativa extremadamente genérica, ya que el Derecho, a través de sus ramas y divisiones internas, impone una cantidad extraordinaria de conductas exigibles. Debido a ello, para obtener mayor precisión conceptual, al menos para describir el juicio individual que cada persona debe realizar respecto a sus acciones con relación a las reglas jurídicas, es partir del concepto de bien jurídico protegido por cada una de ellas.

Conforme este punto de partida, el acto antijurídico se define como el acto voluntario celebrado por un sujeto cuyo resultado genera un daño a un bien jurídico protegido por una norma o conjunto de normas, que ha operado conociendo o debiendo conocer su ilicitud.

VI.2. Lo subjetivo del buen obrar

Captar la situación:

- Asegurarse de buena captación caso, acciones posibles y consecuencias.

- Tomar precauciones para evitar errores especialmente en casos de falta experiencia.

- En temas de cierta complejidad, asesorarse.

- Accionar con seguridad accionar bien según los grados de dificultad tema.

VI.3. Las elecciones "inconscientes sobre el modo de obrar"

Una de las falacias jurídica más peligrosas, es la que sostiene que basta la capacidad de la persona, el discernimiento (como facultad racional plena indiscutible de una persona sana) intención y libertad para adoptar decisiones racionales que beneficien a cada sujeto. En otro capítulo examinaré con mayor amplitud al tratar los aportes de la psicología) la falsedad de esta premisa. Basta por ahora señalar que muchas decisiones que adoptamos las personas, aún consideradas "normales" son inconscientes, y en algunos casos opuestas a nuestro bienestar y felicidad. Uno de los pilares de esta realidad, que obviamente debe tenerse en cuenta por los juristas por ser una característica que todos tenemos (lo inconsciente) es el concepto de "goce" que contrariamente a su significado coloquial, remite a deseos ocultos, inconscientes, que influyen poderosamente en nuestra conducta.

VI.4. El juicio comparativo entre la acción deseada y "la ley"

VI.4.a. El concepto

Este juicio, en un modelo "ideal" supone las siguientes operaciones psíquicas.

- Captar las posibles acciones a desarrollar conforme el estímulo.

- Compararlas con su conocimiento de "lo legal" exigible para el caso.

- Realizar diversos cálculos de probabilidad sobre diferentes decisiones posibles.

Las consecuencias previsibles de cada decisión:

- Impacto sobre su realidad existencial, grados de satisfacción, placer, deseo que le suscita el estímulo.

- Posibilidad de ser descubierto y juzgado.

- Clases y alcances de sanciones legales.

- Posible búsqueda de información a otras personas, red social, estilo de vida.

Este conjunto de matices del proceso psíquico es el que debiera desembocar en aquello que denominamos "conciencia" del buen obrar, o del mal obrar. El significado nuclear de este vocablo remite al complejísimo concepto de los grados de intensidad de la percepción interna subjetiva de cada sujeto sobre el resultado de su accionar.

VI.4.b. Breves notas sobre los matices del grado de conciencia

Una y otra vez reaparece en este estudio la indudable necesidad de contar con un trabajo sistematizado interdisciplinario, a su vez resultado de una planificación muy sofisticada sobre como diseñarlo y que esté proporcionada a la suma de complejidades que se suman en cada punto que tratamos. Por ello titulo este párrafo como "breves notas", ya que las que consignaré surgen exclusivamente de una observación persistente, pero sin los conocimientos necesarios. El tema que pretendo tratar es como se obtiene en la sociedad y con cuales características el conocimiento sobre el buen obrar, o mal obrar. Respetando lo reiterado al comienzo expresado, carezco de las posibilidades de brindar propuestas, por lo cual me limito a mencionar los ítems que entiendo deben tratarse interdisciplinariamente:

a.- Ese conocimiento surge exclusivamente de lo que los sociólogos denominan "mundo de la vida", o sea un acervo de conocimiento que se ha ido desarrollando a través de milenios a partir del surgimiento de las comunidades, y que genera conocimientos meramente pragmáticos, trasmitidos por gestos, acciones y lenguaje, que permite un grado de entendimiento básico para interrelacionarnos en la inmensa cantidad de intercambios de toda clase.

b.- La conciencia de cada individuo sobre sus acciones y consecuencias de estas, ¿debería extenderse solo a la ilicitud "global" o corresponde que pueda captar además la magnitud del daño, la necesidad según el tema de informarse o asesorarse, las influencias de terceros, las presiones de su grupo?

c.- ¿Cómo inciden temas en dicho conocimiento o conciencia, temas que los textos jurídicos describen tales como culpa, dolo, estado de necesidad, ejercicio abusivo de derechos, responsabilidad objetiva, imposibilidad de cumplir obligaciones, responsabilidad por hechos de terceros, de temas en los cuales intervienen funcionarios públicos, profesionales?

d.- Cómo capta cada sujeto modalidades del accionar que configuran factores agravantes o atenuantes.

VI.4.c. Las características de la decisión final del sujeto

Obviamente, el sujeto puede decidir abstenerse, o avanzar en su inclinación a la ilicitud de su accionar. En de un obrar antijurídico la decisión se integra con varias etapas:

a.- La captación que su imaginario accionar quebranta "la ley".

b.- La decisión de "obrar mal" o antijurídicamente, que tradicionalmente remite al obrar culposo o doloso.

c.- La planificación imaginaria de las acciones conducentes para la obtención del resultado ilícito.

d.- El accionar conforme la planificación.

Es interesante la captación de las etapas del proceso, porque permite advertir que el obrar antijurídico se genera a través de un conjunto de micro operaciones psíquicas en las cuales se refleja cierta admisión personal de cada sujeto del obrar ilegal. Estas microoperaciones permiten captar al observador las diversas oportunidades que brinda para desistir o avanzar.

Dicho resultado brinda al sujeto un primer estadio subjetivo para afrontar el juicio comparativo que examino en el punto siguiente. Un aspecto de fuerte trascendencia es apreciar que las emociones que siente el sujeto son inmediatas- No generan dudas, se sienten o no se sienten. Por su parte, las evaluaciones racionales, conforme a su naturaleza necesariamente generan duda, no existe la indubitabilidad de las emociones. Y este aspecto surge del hecho que al realizar evaluaciones "racionales" cada sujeto experimenta otras emociones asociadas a alternativas de enfoque.

Para ejemplificar: supongamos que una persona que conduce un automóvil ve por su espejo retrovisor un conductor imprudente, que zigzaguea, conduce velozmente, y finalmente lo "encierra" y —contra todo proceder lógico— lo acusa al encerrado de ser culpable de la situación. El conductor prudente seguramente queda embargado por una fuerte emoción de lo injusto, con un impulso inmediato, visceral de actuar agresivamente, pero al aparecer en su imaginación por efecto de una instantánea evaluación "racional" las consecuencias de un enfrentamiento, "siente" la emoción de un riesgo físico. Se genera entonces la duda sobre cuál es el accionar más adecuado para la situación.

Con este ejemplo pretendo mostrar que una reacción emocional "pura" no genera dudas, las dudas surgen cuando operan más de una. De allí deduzco la importancia de la diferencia entre lo emocional singular, y el conflicto de emociones que debe resolverse racionalmente, y también el hecho del comprender reacciones de personas que han realizado acciones extraordinariamente auto perjudiciales, impensables conforme su perfil social, pero quizás comprensibles desde la perspectiva de haberse dejado llevar por la una muy intensa situación emocional que ha tocado elementos muy sensibles de su psiquis, sin haber podido incorporar una evaluación adecuada.

VI.5. Planificación

Una vez adoptada la decisión final, el sujeto deberá calcular:

- El tipo de acciones.

- Solo o con otras personas.

- Qué recursos necesitará desplegar (dinero, transportes, documentos, obtener información adicional).

- Tiempos.

- Lugares.

- Precauciones, ordenamiento de las etapas del accionar, posibles adecuaciones.

VI.6. Personalidades con grados de inclinación a obrar mal

Este tema constituye el foco central de la psiquiatría forense [30] en cuyos textos se desarrollan amplias consideraciones sobre las diversas clasificaciones de diferentes autores. La idea general, dentro de las posibilidades del presente estudio, es que la propensión de la realización de actos ilícitos proviene de múltiples causas, tanto sean biológicas, y sobre todo ambientales, que producen una amplia gama de deformaciones de la personalidad que se inicia desde la infancia hasta la adolescencia. Algunas de las características socialmente reveladoras de personalidades inadaptadas son el desprecio al prójimo, la indiferencia respecto al sufrimiento ajeno, el egoísmo, narcisismo, intolerancia respecto a opiniones y actitudes diferentes a las del sujeto, tendencia a dominar y en algunos casos a humillar a los demás, reacciones agresivas desproporcionadas. En el extremo opuesto, las personas con fuertes convicciones valorativas que abarcan la vida individual, familiar, social, laboral, profesional, son menos susceptibles a la realización de actos ilícitos. Este plano de consideraciones entiendo que permitiría detectar tempranamente aquellas personalidades potencialmente más susceptibles para obrar mal, y adoptar preventivamente ciertas medidas terapéuticas que ayuden tanto sea al mismo individuo como a la sociedad.

VI.7. Características de los resultados del accionar antijurídico

Los “beneficios” o más precisamente “los goces” (significado psicoanalítico) suelen ser una exponencial variedad de elementos objetivos y subjetivos.

a.- Algunos ejemplos de lo objetivo pueden ser diversas clases de bienes (propiedades, automotores, dinero, herencias).

b.- Ejemplos de lo subjetivo: notoriedad, autoridad grupal, placer, diversión, dominio, alivio.

Este ítem tiene una profunda e inmediata vinculación con las causas de la inclinación a obrar antijurídicamente.

---

(30) BASILE, Alejandro Antonio “Tratado de Psiquiatría Forense” editorial Cathedra Jurídica, 2019, págs. 89 y 95.

VII. Capítulo séptimo. Las limitaciones subjetivas de los operadores respecto a la captación de la subjetividad de quienes interpretan

Ya he anticipado, citando a Kahneman, Olivier y Sustein (capítulo quinto), las limitaciones derivadas de los sesgos emocionales y cognitivos. Agrego aquí otros planos adicionales.

VII.1. Incidencia de la actitud transgresora respecto a las leyes. ¿Al margen de la ley?

Son muy numerosos los estudios sobre el tema, pero he seleccionado por su amplitud y además recopilación de dichas fuentes, al célebre libro de Carlos Nino [(31)], cuyo título de por sí enmarca la idea que pretendo consignar en este punto: la generalizada actitud ciudadana de soslayar las normas, y de priorizar a toda costa sus intereses particulares, mediante propuestas, insistencias aún ante profesionales o funcionarios, y buscando a quienes los acompañen en sus deseos. Nino, con su magistral estilo y abundantes citas y estadísticas, menciona desde lo pragmático los temas más frecuentes en la vida social: la economía informal, la evasión impositiva, el modo de actuar de las grandes corporaciones económicas, la corrupción, las desviaciones en las actividades productivas, y en el tránsito [(32)].

Con otro enfoque más radical, en un libro reciente dedicado al tema, Martín Gurri sostiene los siguientes puntos de su tesis [(33)], que denomina "La Quinta Ola":

1.- Que estamos asistiendo a la colisión entre dos mundos, uno, tradicional, basado en jerarquías de "arriba hacia abajo, o sea Estado, Instituciones, Ciudadanos sujetos a la ideología de autoridad, y otro nuevo, disruptivo, que presiona "desde abajo hacia arriba" o sea desde los ciudadanos hacia lo institucional.

---

(31) NINO, Carlos "Un país al Margen de la Ley" (la anomia como componente del subdesarrollo argentino) Siglo XXI editores, primera edición 2023. El libro fue publicado originariamente por Emece en 1992.

(32) NINO, Carlos "Un país al Margen de la Ley" (la anomia como componente del subdesarrollo argentino) Siglo XXI editores, primera edición 2023. El libro fue publicado originariamente por Emece en 1992, págs. 109 en adelante.

(33) GURRI, Martin, "La Rebelión del Publico. La crisis de la autoridad en el nuevo milenio" editora Adriana Hidalgo SA, primera edición, primera impresión, 2024, págs. 24, 25.

2.- Que dicha autoridad en el "viejo mundo" era ejercida a través de medios de difusión tradicionales: periódicos, televisión, personajes referentes generadoras de los principios necesarios para una "buena convivencia".

3.- Que, ahora, el poder de la información ha pasado con una potencia irrefrenable a las redes sociales, en las cuales aparece una enorme variedad de individuos que ejercen ese poder sin que existan hoy filtros proporcionales que disminuyan el riesgo de información distorsionada, falsa, sesgada, peligrosa.

Esta característica, hoy muy acentuada por un exagerado individualismo, es parte de una realidad que todos conocemos, y en parte padecemos, ya que opera transversalmente en todo el accionar humano, y muy presente en el ejercicio de las profesiones, No solo en las entrevistas, sino al momento de evaluar las posibles configuraciones, los montos, y cláusulas negociales. Esta realidad social, impacta severamente en los grados en los cuales el asesoramiento, información, consejos a pesar de haberse generado por profesionales de diversas áreas, es rechazado, resistido y descalificado.

VII.2. Grados de posibilidad pragmática de interpretar con neutralidad e imparcialidad

VII.2.a. Concepto

Hasta la introducción del discurso psicoanalítico en el pensamiento contemporáneo occidental no se podía hacer una distinción entre neutralidad e imparcialidad. Con las nociones de subjetividad e inconsciente fue posible comprender que la imparcialidad es diferente de la neutralidad. Es posible ser imparcial, pero la neutralidad absoluta no existe. Al decidir y sentenciar, el juez debe ser imparcial, es decir, no se debe dejarse contaminar por las pasiones, no debe beneficiar o perjudicar a una de las partes, etc. Son nociones obvias, básicas e inherentes a cualquier juzgador.

La novedad aportada por el psicoanálisis reside en que los registros inconscientes en una persona producen efecto, contaminan y determinan el "deber-ser" y también el acto de juzgar. En este sentido, no existe la neutralidad. Exigir de los jueces neutralidad es sentenciar que ellos deberán "deshumanizarse" para quedar libres y exentos de su singularidad, de su historia y valores personales, abolir el inconsciente, en fin,

"cosificarse" (34). Esta subjetividad de los jueces, inherente a la condición humana, hace que haya diferentes decisiones sobre casos semejantes o idénticos. Cada caso trae, por sí solo, sus particularidades y variaciones. Pero la gran diversidad de decisiones sobre el mismo caso o semejantes, en instancias diferentes y también en tribunales diferentes, se da en razón de la singularidad del sujeto juzgador. Sendas personalidad y particularidad están vinculadas a la historia personal de cada uno, a la construcción de sus valores morales y éticos, su concepción política e ideológica, a la manera como ve y enfrenta las vicisitudes de la vida.

VII.3. Riesgo de las abstracciones jurídicas dogmáticas versus la realidad social

Sobre este punto, uno de los filósofos jurídicos que en mi opinión se ha dedicado a las limitaciones de los ordenamientos jurídicos, ha expresado con singular elocuencia este riesgo es Stefano Rodotá: veamos algunas de sus puntualizaciones claramente relevantes para este punto: el Derecho construye un "mundo propio" (35) y queda apresado entre liberación y compulsión, prisionero de esquemas que ocultan su complejidad (36). El tema oculto es la relación entre los límites de la intervención del Derecho y de los criterios a que responde esta operación (37). Por todo ello, se le pide de modo cada vez más intenso que se abstenga de regular una serie de dimensiones de la vida que deberían quedar confiadas a las decisiones autónomas de los interesados, a su personalísima manera de entender la vida, las relaciones sociales, su relación con el yo (38). Nos enfrentamos a un dilema, que Paul Ricouer describe como alternativa paralizante de la que es preciso escapar: la ley como inmutable, universal, obligatoria, objetiva; la conciencia como variable, circunstancial, espontánea y eminentemente subjetiva (39).

---

(34) PEREIRA, Rodrigo da Cuhna /coordinador) "Direito de Familia e psicoanalise: rumo a una nova. Epistemología" Imago, Rio de Janeiro, 2003.

(35) RODOTA, Stefano, "La vida y las reglas" Entre el Derecho y no Derecho, editorial Trotta, 2010, Madrid, pág. 26.

(36) RODOTA, Stefano, "La vida y las reglas" Entre el Derecho y no Derecho, editorial Trotta, 2010, Madrid, pág. 27.

(37) RODOTA, Stefano, "La vida y las reglas" Entre el Derecho y no Derecho, editorial Trotta, 2010, Madrid, pág. 29

(38) RODOTA, Stefano, "La vida y las reglas" Entre el Derecho y no Derecho, editorial Trotta, 22010, Madrid, pág. 31.

(39) RODOTA, Stefano, "La vida y las reglas" Entre el Derecho y no Derecho, editorial Trotta, 2010, Madrid, pág. 34.

VII.4. Excesiva confianza debido a creencias adquiridas sin revisión ni autocontrol previo

Riesgo derivado de la creencia que por el solo hecho del conocimiento de los temas jurídicos se pueda opinar con certeza como cada operador y cada protagonista de actos, ejerce "en la realidad de su función, tarea, oficio o hábitos personales" los actos en los cuales interviene. El conocimiento jurídico, ya sea de un estudioso, o ya sea de un operador jurídico, no puede ser omnicomprensivo y autosuficiente de las peculiaridades del ejercicio de las diferentes profesiones y funciones. Lo abstracto y general debe ceder frente al modo concreto y específico de quien opera en un sector del ejercicio general del Derecho. Este conocimiento, este dominio operativo solo lo puede conocer y opinar con justeza quien tiene suficiente experiencia en cada modalidad. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que solo un legislador puede comprender a otro legislador, un juez a otro juez, un abogado a otro abogado, un escribano a otro escribano.

Este punto resulta mucho más claro y evidente cuando se trata de diferentes actividades (escultor, farmacéutico, programador de software), pero no es tan captado cuando se trata de especialidades dentro del mismo género. Es un riesgo a ser tenido en cuenta en futuras investigaciones, y que en muchas ocasiones aparece con singular importancia tanto sea en estudios doctrinarios como en resoluciones judiciales. Es peligroso, porque debido a acreencias erróneas, algún intérprete puede imaginar y representarse esquemas ideales del modo de trabajo de cada operador, en vez de obtener información precisa, real sobre que puede y que no puede cada uno conforme usos y costumbres propias de cada actividad.

VII.5. Riesgo derivado de las presiones temporales u otras peculiaridades de cada tarea

Con elocuencia y precisión, Taruffo destaca, al referirse a los aspectos pragmáticos de la función judicial (perfectamente extrapolable a las demás profesiones jurídicas), que el Juez "no dispone de los instrumentos cognoscitivos ni del tiempo y la libertad de investigación que disponen el científico o el historiador. A diferencia de la actividad de estos últimos, el proceso debe desarrollarse en un tiempo limitado, dado que intereses tanto públicos como privados presionan para que la *finis litium* se alcance rápidamente y este es un gran obstáculo para la búsqueda de la verdad" [(40)].

---

(40) TARUFFO, Michele "La prueba de los hechos" Editorial Trotta, cuarta edición 2011, Madrid, página 45.

Es orientador sobre el punto referir que, en materia de nulidades procesales, el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación, en sus arts. 169 a 174, establece un régimen especial y más flexible, para la tarea judicial, obviamente inspirado en las limitaciones propias del oficio: cantidad de expedientes, de personal, de la necesidad de respetar los tiempos procesales, de la cantidad de juzgados que a veces deben atender los jueces, etc. Esta consideración atendible, comprensiva, es perfectamente extrapolable a las demás Funciones Públicas, que están expuestas a los mismos factores condicionantes.

VII.6. Proyección de las limitaciones respecto a quienes interpretan el accionar de otros profesionales

VII.6.a. Desconocimiento del modo de trabajo (usos y costumbres) de otras profesiones

Uno de los aspectos que se observa en muchos casos de juzgamiento sobre responsabilidad es el desconocimiento sobre el modo real y pragmático en el cual se trabaja en "un día normal". Empleo esta expresión para acentuar la peligrosidad por parte de quien juzga de generar supuestos imaginarios de dichos modos "reales". La realidad del modo de trabajo de cualquier oficio, profesión o función no deviene de la simple lectura de trabajos doctrinarios, ni de extrapolaciones: surge de un proceso milenario de armazón social de la realidad. Por ello la expresión "usos y costumbres" es mucho más trascendente de lo que parece a primera vista. El modo de trabajo se integra a través de un aprendizaje con muchos detalles prácticos: donde, con o sin personal, con que artefactos y dispositivos, como se atiende, que tiempo se dedica, como se analiza o estudia, que tipo de temas son más o menos frecuentes, como se dialoga, conversa con otros profesionales, con consultores, que puntos integran cada tema, que riesgos, etc. Sobre este punto es muy acertada y expresiva la opinión citada de Taruffo, los que trabajan no son científicos, ni historiadores, ni se encuentran en situaciones ideales, perfectas. De allí que este tema, que pareciera tener una evidencia autosuficiente, no se advierte en algunas interpretaciones o calificaciones y es importante que sea trabajada por los operadores.

VII.6.b. La incidencia del grado de dominio de los factores del tema

Basta la lectura de los factores enunciados en los capítulos que anteceden, a los que pueden agregarse muchos otros conforme la combinación de estos, para advertir la incidencia de situaciones en las cuales

el ejercicio de la Función no puede garantizar los parámetros de certeza que constituyen la esencia de la función.

Por dominabilidad entiendo la posibilidad con un alto grado de certeza que el agente conozca que basta su buen accionar para garantizar el resultado. Que esté bajo su esfera de poder evitar desvíos. El sistema jurídico, respecto a la responsabilidad de los agentes de los actos, en todas sus esferas: civil, penal, de derecho público, se basa en la previsibilidad y dominio de las consecuencias de los actos. Como contrapartida, si un agente que ha decidido intervenir en un acto, no puede proveer ni dominar los factores que inciden en el resultado de su accionar, no debería ser responsable de un eventual daño. Solo es responsable quien actúa con posibilidad alta de prever las consecuencias inmediatas y la mediatas previsibles (arts. 1726 y 1727 del Código Civil y Comercial. Agrega la normativa que el caso fortuito y fuerza mayor exime de responsabilidad (art. 1730) texto que especifica que recibe tal denominación el hecho que no ha podido ser previsto o que habiendo sido previsto no pudo ser evitado. Se agrega a este plano de consideraciones, que se pierde la relación de causalidad entre acto y resultado (art. 1726 CC y Com.).

VII.6.c. Incidencia en algunos casos de mala fe de los asesorados

Una vez sucedido un daño, es de toda evidencia que los perjudicados cuando accionan (salvo contadísimas excepciones) no relatan con sinceridad la realidad de lo sucedido. Con el afán de obtener la reparación de perjuicios, omiten una descripción veraz, completa, precisa, clara. Este punto tiene particular relevancia en los temas subjetivos, que por su naturaleza son indetectables de modo directo.

VII.6.d. Esencial necesidad de pericias especializadas cuando se interpreta o juzga el accionar ajeno

Por todo lo expuesto, que en mi opinión permiten visualizar con claridad el riesgo de juzgar e interpretar el accionar ajeno sin tomar en cuenta la importancia de un conocimiento preciso, considero que tiene carácter esencial el generar pericias técnicas de integrantes del cuerpo profesional especifico con conocimiento, experiencia, e imparcialidad cuando se juzga dicho accionar.

Adicionalmente, no solo es imprescindible el recaudo de pericias, sino un trabajo minucioso de selección de los puntos que debe tratar el perito conforme las características de cada caso, tema que no es adecuado dejarlo al arbitrio de este. Esta selección y modo de efectuarla es

decisiva y se fundamenta de modo directo con el principio constitucional de defensa en juicio.

VIII. Capítulo octavo. Conveniencia de modificar el enfoque tradicional mediante un nuevo paradigma de ejercicio profesional

Dentro de dicho escenario de incertidumbres, y limitaciones, pueden y deben generarse preguntas habilitantes que nos guíen hacia procedimientos que mejoren el escenario descripto.

- En espejo de los ciudadanos, ¿qué riesgos conscientes e inconscientes tiene cada uno de los operadores jurídicos para interpretar el accionar humano?

- Qué causas han operado y operan en la historia de la humanidad, para que la enorme importancia de estos temas (que no pretenden agotar los casi infinitos matices) no hayan sido acompañados por estudios interdisciplinarios apropiados ante la trascendencia del tema.

- ¿Cómo explicar que, en el ámbito específico del Derecho, tanto los ciudadanos como los operadores actuemos "como si" estuviéramos habilitados para comprender el buen o el mal accionar?

- Cómo se ha generado en el plano social y jurídico una asimetría tan negativa con avances en otras disciplinas, tales como viajar en el espacio, la comprensión y aplicaciones prácticas del ADN, la inteligencia artificial, las nuevas tecnologías, los dispositivos que permiten detecciones médicas, espaciales, laborales, etc.

VIII.1. ¿Qué han descubierto sobre el tema otras disciplinas científicas?

Recapitulando los temas tratados en capítulos anteriores, considero que existen importantes pruebas de la tesis propuesta: la necesidad de generar un abordaje técnico profundizado, con aportes multidisciplinarios, con una doble finalidad: mejorar considerablemente el modo de trabajo de los operadores jurídicos y al mismo tiempo crear un conjunto de medidas para prevenir los daños que devienen de defectos de la integración de los factores emocionales y racionales del obrar de los ciudadanos y aún de los Funcionarios. Una excelente guía para indicar los objetivos de dicha tarea es partir del listado de puntos descriptos en los

capítulos que anteceden, que, si bien no agotan la temática, al menos constituye un primer esbozo que puede y debe ser mejorado mediante trabajos en equipos permanentes.

1.- Creación de grupos de estudio interdisciplinario para la profundización de los factores emocionales, racionales que se proyectan en las conductas humanas.

2.- La generación de procedimientos uniformes y consensuados del modo de abordar y mejorar la prevención de daños y el modo de trabajo de los intérpretes para disminuir el riesgo de los personalismos, sobre todo inconscientes. Me he referido anteriormente respecto a este punto, a las propuestas de Khanemann, Sibony y Sunstein. Cabe agregar similar línea de avance, proponiendo elaborar modelos de sentencias fijas para cada tipo de casos, o de directrices de sentencias que supongan recomendaciones básicas [41].

3.- Crear cursos de aprendizaje y entrenamiento de las diversas ramas de operadores jurídicos, previos al acceso, y posteriores que permitan evaluar, hacer ajustes de modo permanente.

4.- Capitalizar los trascendentes avances doctrinarios sobre Argumentación Jurídica, que —al menos en mi opinión— no han sido incorporados en la práctica cotidiana en la medida que debiera.

5.- En la misma línea de avance, capitalizar los estudios de filosofía jurídica, que permiten —mediante los marcos de referencia que brindan— un mayor rigor técnico del trabajo jurídico.

6.- Generar a través de las instituciones jurídicas (Universidades, Colegios Públicos, la Magistratura) investigaciones permanentes sobre el tema.

7.- Crear un observatorio con integrantes no solo del ámbito jurídico, sino sociológico, de expertos en Neurociencias, e inclusive con representes de los ciudadanos, que brinda una visión más amplia e integrada.

8.- Generar mecanismos de control independientes que tiendan a evitar los riesgos de las decisiones unipersonales.

---

(41) SOBRAL, Jorge y BERNAL, Mar "Lo extrajurídico en las decisiones judiciales. El asunto de su disparidad" capítulo III de la obra citada anteriormente "Manual de Psicología Jurídica", SOBRAL, Jorge, ARCE, Ramon y PRIETO, Ángel, Ediciones Paidós, Buenos Aires, Primera Edición, 1994, pág. 84.

9.- Generar métodos (o al menos abrir el debate) de control técnico: tests habituales, u otros medios, para detectar riesgos de personas con estructuras psíquicas riesgosas, con la finalidad de colaborar con ellas para evitar daños.

10.- Crear técnicas desde la más temprana edad, para que tanto sea las instituciones educativas, como para las familias, aprendan métodos de tramitación de situaciones emocionales.

11.- Desarrollar estudios sobre la posibilidad y el modo de integrar sistemas de Inteligencia Artificial que permitan procedimientos comparativos de soluciones desprovistos de sesgos emocionales.

12.- Cuando se interpretan trabajos, oficios, profesiones o ejercicio de funciones públicas, con fundamento en la necesidad de comprender el modo habitual de ejercicio de dichas tareas (cuyo dominio requiere años de aprendizaje y lo cual requeriría la presencia del juzgador al menos de meses de observación) la necesidad imperiosa de contar con pericias de expertos, y además de analizar muy bien con dichos expertos los puntos de para dotar de la debida claridad y precisión dicho informe pericial, y respetar el principio constitucional de defensa en juicio.

La mención de las propuestas, si bien comunican la idea general (modos de mejorar considerablemente el ejercicio profesional de los operadores jurídicos) inevitablemente conllevan cierto grado de abstracción, que debería generar en quien la recibe, la pregunta sobre el o los modos de implementarlas en la vida cotidiana profesional. Por ello incluyo un listado pormenorizado destinado a satisfacer dicha pregunta, sin perjuicio de reiterar una vez más, que el mismo debería resultar del trabajo sistematizado interdisciplinario que entiendo imprescindible. El postulado general que acompaña cada ítem del listado, es la decisión consciente de cada operador, de salir de la ingenua y dañina convicción que "ya sabe cómo proceder, y que dicho proceder es técnico y suficiente".

VIII.2. Capacitación previa de los operadores jurídicos

Con cursos muy bien diseñados interdisciplinarios, que habiliten a los cursantes de métodos y técnicas científicas, tanto sea para la comprensión profundizada de los casos, para el desarrollo de las entrevistas necesarias, para trabajar en cada etapa con la información obtenida, para realizar evaluaciones amplias, omniabarcativas, para comunicar con eficiencia sus evaluaciones, para cerciorarse de su comprensión y grados de adhesión de los consultantes, y para dotar de razonable cer-

teza de comprensión de la elección del modo de afrontar el caso. Realizo una breve descripción de cada uno de los temas referidos:

VIII.3. Comprensión detallada y profundizada del tema objeto de trabajo profesional

El punto invita a evitar el apresuramiento de quedarse con la primera impresión que suscita el caso a resolver, y a proceder con un procedimiento secuencial de etapas, venciendo la resistencia inicial de "pensar rápido".

Aplicando esta primera técnica, la primera tarea es proceder, dentro de las posibilidades de cada caso y del operador, es partir del escenario completo del caso, o sea el evento a analizar con la mayor plenitud de circunstancias:

- Tiempo, lugar.

- Características de cada sujeto.

- Qué acciones realizó cada uno.

- El grado de comprensión que surge de sus modos de expresar su voluntad: palabras, gestos, silencios, actuaciones.

- El nivel o planos de diligencia o negligencia.

- La eventual intervención de terceros.

- Los grados de libertad, equilibrio o desequilibrio en el rol desempañado.

- La claridad o debilidad del modo de expresar sus intereses, deseos, aspiraciones.

La obtención de un cuadro analítico como el propuesto, permite, entre muchas otras consecuencias, determinar una especie de fórmula cualitativa y cuantitativa del aporte de cada uno al resultado final, cuya consecuencia directa es de gran trascendencia: cada uno debería reparar el daño conforme al grado de su aporte a la realización de este.

Permite y facilita a los juristas contemplar una de las evidencias más reiteradas: que, en la gran mayoría de los casos, los daños son el resultado de acciones negligentes del conjunto de sus protagonistas. Inclusive hasta permite graduar el grado de dominio de los factores o dominio del hecho del caso por parte de cada protagonista, tema fundamental para

el tema de la responsabilidad. La terminología de los autores de Derecho Penal es sumamente ilustrativa ya que tradicionalmente han distinguido estos planos: autoría, coautoría, inductor, cooperador, cómplice, encubridor.

VIII.4. Aprendizaje, entrenamiento y aplicación de los operadores de un método técnico científico de obtener la información relevante para el caso

Esta información debe provenir por parte del operador de un hábil cuestionario, generado por un profesional especializado en esta clase de conflictos, profesional que quizás debe intervenir en las entrevistas para dotarlas del tecnicismo necesario que permita detectar matices, quizás rencores, situaciones familiares crónicas, detección muy útil para aplicar al análisis. La idea que pretendo transmitir, una y otra vez, es salir de lo intuitivo, y pasar a lo profesional interdisciplinario. En otras palabras, no es lo mismo que un operador jurídico realice preguntas a quienes consultan o a quienes entrevista, que las que conoce un profesional de la psicología. Esta realidad, aunque obvia, no ha generado todavía una convicción colectiva asumida y modificada en el ámbito jurídico, al menos desde mi modo de apreciar el tema. Al tratar este tema, otro disparador que surge de modo inmediato es la realización de pericias especializadas. Claro que es lo ideal, pero no todos los operadores en todos los casos están en condiciones para esta herramienta. Por ejemplo, un abogado cuando atiende a un cliente, en la primera entrevista, o un Escribano a quien le solicitan que intervenga en un acto notarial. Por ello, insisto, me refiero a la o las primeras reuniones de personas que consultan o solicitan un trabajo profesional.

VIII.5. Primera evaluación provisoria profesional posterior a la entrevista

En la generalidad de los casos, en la primera entrevista solo se obtienen aproximaciones provisorias. Por ello, aprovechando la capacitación recibida, el profesional diseñará el modo, la estrategia a seguir y generará un listado o instructivo de los puntos que debe informar, como asesorar.

VIII.6. Desarrollo de una o varias reuniones

El objetivo de estos encuentros es profundizar su captación de los intereses y finalidades de cada parte, del nivel de detalles que proporcionan, de los que faltan debido al lógico desconocimiento jurídico, del

perfil cultural, social, en su caso económico de cada protagonista. Estas reuniones debieran reunir a todos los protagonistas del futuro acto. Siguiendo el hilo conductor que propongo, también estas reuniones deben contar con un conocimiento profundizado del modo de desarrollarlas, para disminuir los riesgos de los consultantes como los propios, riesgos que he enunciado anteriormente.

VIII.7. Integración de la dimensión fáctica del caso con diversos encuadres jurídicos aplicables

En esta etapa, el profesional, actuando con el mismo estilo de apertura, debiera, en función de las alternativas de enfoque, repasar y profundizar los textos normativos aplicables, sus conexiones, doctrinas, jurisprudencia, y demás fuentes de derecho, para seleccionar el o los posibles encuadramientos, evaluando sus ventajas y posibles limitaciones, para estar en condiciones de ofrecerlos a los protagonistas con la debida preparación.

VIII.8. Realización de reunión o reuniones (conforme la complejidad del caso) con los consultantes

En esta etapa es decisivo, conforme su aprendizaje técnico científico, que sus explicaciones, comunicación, ofrecimiento de alternativas tenga la potencialidad comunicativa que he referido reiteradamente, para que llegue claramente, y que además sea corroborada con *feedback*, preguntas, repreguntas, que den prueba del nivel de comprensión deseado. Estas sesiones de trabajo, deberían ser documentadas (actas sucintas) con descripción del trabajo realizado. Desde el ámbito especulativo académico, es llamativo que este hábito (extremadamente útil) no se haya consagrado todavía, ya que no solo constituye un elemento probatorio elemental, sino sirve tanto al profesional como a los consultantes como documento de trabajo que permite reflexiones y adecuaciones posteriores.

VIII.9. Reunión final de elección conjunta de la solución aplicable al caso

Como corolario de este trabajo técnico apropiado y con suficientes garantías de excelencia, debiera resultar más fácil y conclusivo la recíproca conformidad entre todos los participantes, de la bondad de la solución elegida, y de la extensión del asesoramiento personal, familiar, comercial, y demás rubros posibles: impositivos, del modo de instru-

mentar, del modo de cumplir las obligaciones, de expresar las prestaciones de cada una, de haber obtenido las garantías necesarias, y sobre todo de haber protegido la finalidad de cada uno y alta probabilidad de obtener el resultado deseado.

Algunas consideraciones en orden a la responsabilidad colectiva

Por Edgardo Ignacio Saux

I. Referencia previa

Que la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, por intermedio de su Instituto de Derecho Civil, haya dispuesto homenajear en esta obra colectiva a uno de los grandes Maestros del Derecho Civil, como lo fuera el Dr. Jorge Bustamante Alsina, es un designio pleno de justicia, memoria y merecido reconocimiento.

En años recientemente precedentes se hizo lo propio con otros referentes icónicos de la misma rama del Derecho, como lo fueron los Dres. Félix Alberto Trigo Represas y Guillermo A. Borda.

La obra jurídica del Profesor Bustamante Alsina fue, es y será abrevadero de consulta inexorable para quienes, modestamente, cultivamos estos senderos, así como a las nuevas generaciones que encuentran en ella caminos que ilustran el discurrir de sus grandes pilares de sustento.

Dentro de ella, además de tantos aportes paradigmáticos sobre aspectos singulares de la responsabilidad civil (como entre otras la sanción resarcitoria, la repetición del pago de lo que no se debe, e incluso tempranamente en el tiempo un campo hoy en la vidriera contemporánea ofrece un primerísimo plano, como lo es el Derecho Ambiental), lo que fuera quizás su insigne *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, junto con sus tres tomos sobre *Estudios de la Responsabilidad Civil*, siguen siendo elementos de consulta ineludibles.

Merecidamente, ya hace algunos años atrás (1997) se publicó por la Editorial Abeledo-Perrot una obra colectiva en dos tomos titulada *Responsabilidad por daños*, dirigida por el Dr. Alberto J. Bueres precisamente también en homenaje a quien hoy recordamos con admiración al ser convocados a participar en este nuevo aporte.

No podemos tampoco dejar de mencionar como otro evento relevante en memoria del nuestro homenajeado de hoy a las "Jornadas de responsabilidad por daños en homenaje al Profesor Dr. Jorge Bustamante Alsina", celebradas con singular convocatoria doctrinaria en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires en el año 1990.

En lo personal, y agradeciendo a la Dirección del Instituto de la Academia (que tengo el honor de integrar) la oportunidad de sumarme a este homenaje, me he permitido seleccionar como tema de estas líneas uno de los tantos que el Dr. Bustamante Alsina tratara consistentemente en aquellas dos obras que mencionáramos como destacadas (su *Teoría General de la Responsabilidad Civil* y su *Responsabilidad Civil y otros Estudios*, en este caso en el tomo I), cual es el de la responsabilidad colectiva, a hoy, y en la regulación legal que de ella hace el Código Civil y Comercial de la Nación en vigor, complementada por la responsabilidad anónima, una suerte de variante singular de aquella.

II. DIGRESIONES GENERALES SOBRE EL TEMA

Bien mirado, el tema sobre el cual pretendemos explayarnos dentro de los límites de extensión prefijados por la Dirección del Instituto, tiene sus raíces en la compleja y multifacética temática de la relación de causalidad.

Como lo dijera con su claridad conceptual hace ya varias décadas Alfredo Orgaz [(1)], "...el problema jurídico de la relación causal consiste en determinar, conforme a la ley, cuándo o con qué criterio un resultado debe ser atribuido a una persona determinada...". Y, en este caso, agregaríamos a una o más personas determinadas o determinables. En palabras de Jorge Mosset Iturraspe [(2)], el supuesto bajo consideración generaba "una nueva especie de responsabilidad por el hecho ajeno".

Dentro del ya de por sí complejo contexto de la relación de causalidad como elemento integrativo de la responsabilidad civil [(3)], el del daño

---

(1) "El daño resarcible", Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1980, parágrafo 27.

(2) "Responsabilidad por daños", Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, tomo VI, pág. 13.

(3) En estos temas basales, nada mejor que recurrir a los clásicos. Si de la relación de causalidad se trata, la magnífica obra del recordado Isidoro GOLDEMBERG "La relación de causalidad en la responsabilidad Civil", 1ª. Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, no deja resquicio por indagar, y dentro de ellos en las páginas 152 y ss. analiza la singular problemática de la responsabilidad colectiva, especialmente

colectivo, grupal, o anónimo [4] presenta facetas muy singulares, habida cuenta de la dificultad primero fáctica y consecuentemente jurídica de encontrar esa atribuibilidad causal cuando el daño no es producto de un accionar individual claramente detectable, sino que proviene de un grupo de dañadores, dentro del cual o bien resulta difícil determinar de cuál o cuáles de ellos proviene el nocio, o bien incluso se ignora tal determinación, pero sí se sabe que de ese "grupo" se generó la actividad lesiva.

Nuestro hoy homenajeado [5], junto con otras calificadas voces de nuestra doctrina [6], ponían de resalto como antecedentes romanistas de supuestos de responsabilidad colectiva con dañador anónimo las viejas acciones del sistema posclásico denominadas *actiones in factorum pretorias*, que integraban dentro del grupo de los cuasidelitos la *actio de deiectis vel effusis* y la de *positivis vel suspensis*, que se daban para la víctima por los daños padecidos por cosas arrojadas o caídas desde una edificación hacia la vía pública [7].

Puntualmente, dentro del vasto campo de la relación causal la cuestión bajo consideración compromete un problema de "atribuibilidad" entre el hecho y el daño [8], entendida como imputación física de las consecuencias lesivas del obrar humano [9] que se evalúa sobre una base objetiva que margina la intención, y que como tal puede contrastarse con la problemática de la culpabilidad en tanto aquí la evaluación es subjetiva

---

cuando "...falta la identificación del autor del desmedro...", agregando que ello lleva necesariamente "...a un conflicto valorativo que conmueve la base misma del sistema de responsabilidad civil...". Nada más cierto.

(4) Como preclaramente lo denominara también hace ya muchos años Jorge Joaquín LLAMBÍAS, "Responsabilidad colectiva o anónima", ED 4.7.79.

(5) Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría general de la responsabilidad civil", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, 5ª. Edición, pág. 534.

(6) Jorge MOSSET ITURRASPE, "Daños causados por un membro no identificado de un grupo determinado", en "Estudios sobre responsabilidad por daños", Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1980, tomo II, pág. 307; así como Roberto LÓPEZ CABANA, "Responsabilidad colectiva – Régimen legal en Argentina y en Latinoamérica", LL 1986-B-943.

(7) Cabe al respecto recordar que en el régimen del Código Civil de 1872 tal supuesto se vinculaba con la previsión del tercer párrafo del artículo 1119, en tanto que en el CCyCN vigente dicho supuesto fáctico está contemplado en el artículo 1760, bajo el título de "Cosa suspendida o arrojada".

(8) Conf. Atilio A. ALTERINI, "Responsabilidad civil", 3ª. Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 155; así como Roberto BREBBIA, "La relación de causalidad en derecho civil", Editorial Juris, Rosario, pág. 14.

(9) Jorge MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad por daños", tomo I, 1ª. Edición, Ediar, Buenos Aires, 1982, pág. 192.

y se vincula con la llamada "imputación moral". Es, por ende, un tema específico de legitimación pasiva [10].

En doctrina comparada, consistentes voces coinciden en ubicar la cuestión de la causalidad en torno a lo que se denomina "un problema de imputación" [11].

Hay quienes, entre nosotros, ubican la problemática dentro del ámbito de la autoría, aunque sin dejar de reconocer que ella es un *prius* de la relación de causalidad [12].

Va de suyo que cuando esa imputación causal es singular (en relación con la identificación del generador del daño), girando el análisis en torno a la autoría (para muchos, *prius* en el elenco de elementos de la responsabilidad civil, para otros ella está integrada al de la relación causal), normalmente la faena probatoria no suele aportar complejidades.

Pero en cambio, cuando ese vínculo causal no proviene de un agente singular, sino de un grupo o colectivo de personas humanas, la atribuibilidad de responsabilidad se enturbia y complica, ora por la dificultad de determinar quién o quiénes dentro de ese grupo fueron concretamente los causantes del daño sufrido por la o las víctimas (y en principio, con ello, exonerando al resto de sus miembros), ora por la simple circunstancia de que el dañador o dañadores hayan sido anónimos dentro de aquella multiplicidad. Hay allí un problema de "complejidad causal" [13].

Va de suyo que como se lo menciona con justeza [14], en el caso nos ocupamos solo de los daños "causados" colectivamente, y no de los "su-

---

(10) Ricardo L. LORENZETTI, "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", LL 1996 D-1061. En similar sentido, Verónica SCOLARA, "La responsabilidad colectiva como supuesto de responsabilidad objetiva en nuestra legislación civil", en "Jurisprudencia santafesina", Editorial Panamericana, Santa Fe, Nos. 36-37, pág. 143.

(11) Karl LARENZ, "Derecho de las obligaciones", Vol. I, traducción española, Madrid, 1958, págs. 201 y ss.; así como Jaime SANTOS BRIZ, "Derecho de Daños", Editorial Revista de Derecho Privado", Madrid, 1963, pág. 217.

(12) María Florencia RAMOS MARTÍNEZ, "La responsabilidad colectiva y anónima: implicancias en la imputación de autoría", en Rubinzal-Culzoni on line, 18/2/2025, cita on line 720/2024.

(13) Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, "El daño colectivo", en la obra "Derecho de Daños" en homenaje al Dr. Jorge MOSSET ITURRASPE, Editorial LaRocca, Buenos Aires, 1989, pág. 439. De la misma autora, vide al respecto "Resarcimiento de daños – Presupuestos y funciones del Derecho de Daños", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, tomo 4, pág. 162.

(14) Ver autora mencionada en la obra aludida en la cita precedente, pág. 447.

fridos" también de manera colectiva, lo que implica circunscribirnos a un tema de legitimación pasiva y no activa [15].

No puedo, por una cuestión de honestidad intelectual, dejar de mencionar que algunas de las consideraciones que ahora vertimos en esta labor van en línea con algunos precedentes de nuestra autoría en los cuales también nos ocupáramos del mismo tema hoy bajo tratamiento, bien que con la salvedad de que ellas fueron elaboradas antes de la vigencia del CCyCN operativo desde agosto del año 2015, y por ende sin la consideración de la regulación legal que él aportara [16].

A nivel nacional, y sin perjuicio de las referencias que a nivel de citas hacemos de destacados aportes sobre la cuestión, no podemos dejar de aludir, por su relevancia, a las conclusiones que sobre la materia expidieran las "XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil" [17].

En dicho evento, entre otras importantes recomendaciones, se dijo que debía diferenciarse el supuesto de daños cuya autoría permanece en el anonimato (responsabilidad colectiva) de aquellos en los que el daño

---

(15) Va de suyo que esa temática de la legitimación activa plural es al día de hoy una cuestión de la mayor relevancia y presencia a nivel autoral y jurisprudencial, en la medida en que los daños colectivos, particularmente en ámbitos como los del Derecho del Consumo o el Ambiental, presentan cada vez más episodios que no sólo comprometen al Derecho de fondo, sino también al Procesal, en materia de legitimación activa plural, colectiva, a veces difusa y con elementos que traen al proceso requerimientos novedosos ajenos a los de la ciencia procesalista clásica. Las acciones colectivas, las "class actions" anglosajonas e incluso las demandas por intereses individuales homogéneos (tema que el PEN eliminara, lamentablemente, de la enunciación de los derechos individuales y colectivos que hacía el artículo 14 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación), son al día de hoy objeto de estudio y aplicación cada vez más frecuente.

(16) Edgardo Ignacio SAUX, "Causalidad y responsabilidad de los grupos (casos de autor anónimo y de autor no identificado", en "Revista de Derecho de Daños", Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, tomo 2003-2, págs. 293/319); "Un caso de responsabilidad colectiva. Miembro no identificado de un grupo dañador", nota a fallo en "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", Editorial La Ley, Buenos Aires, año XII, Número 2, febrero de 2010, págs. 67 y ss.; así como "Responsabilidad colectiva. Supuestos de miembros no identificados de un grupo dañador", en la obra colectiva "Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle", publicación del Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, Perú, 2013, tomo I, págs. 713 y ss.

(17) Celebradas en el año 1997 conjuntamente por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires y por similar casa de la Universidad Católica Argentina, en la ciudad de Buenos Aires. El laboreo sobre la temática del "Accionar dañoso de grupos" correspondió a la Comisión No. 2 (Obligaciones).

proviene del accionar riesgoso de un grupo [18] agregándose —obviamente— que dicha distinción no tenía previsión normativa en el Código Civil por entonces vigente.

Asimismo, se convino en que, en ese segundo supuesto, existía un vínculo con el daño causado por grupos riesgosos, con fundamento en el por entonces artículo 1113 del Código de 1872.

En orden al factor de atribución, hubo varios puntos de vista, siendo el mayoritario el que preconizara que se trataba del riesgo o la culpa, según los casos, expresando otras opiniones que era el deber de garantía, o solo la culpa.

Respecto de los eximentes de responsabilidad se mencionó la identificación del causante del daño y la prueba de la falta de integración del grupo (con alguna disidencia con relación a que dicha identificación no operaba como eximente).

Similares divergencias de opinión se expresaron en lo atañente a la forma de responder, siendo mayoritaria la que proponía la responsabilidad simplemente mancomunada, con propuestas minoritarias en relación con la solidaria y con la concurrente [19].

En materia de responsabilidad profesional, se dijo entonces que la plus participación no configuraba un supuesto de responsabilidad objetiva por el accionar dañoso de un grupo, salvo que ese grupo de profesionales se conformara para llevar a cabo una actividad ilegítima intrínsecamente riesgosa.

---

(18) Cabe referir a que tal distinción fue captada por el CCyCN en los artículos 1761 y 1762, diferenciando los casos de autor anónimo y de actividad peligrosa de grupos. Nos extendemos más sobre ello infra, al analizar sucintamente dicho régimen normativo en vigor.

(19) En orden a ello, José María LÓPEZ OLACIREGUI en su trabajo titulado "En la senda de los plenarios: reflexiones sobre el que afirma la solidaridad de los coautores de un cuasidelito", JA 1966-II-63; así como Jorge Joaquín LLAMBÍAS ("Estudio de la reforma del Código Civil – Ley 17.711", Buenos Aires, 1969, pág. 256, y Atilio Aníbal ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA, "Responsabilidad civil", Editorial Dikè, 1ª. Edición, Buenos Aires, 1995, pág. 332, preconizaban que en el marco de la responsabilidad civil clásica el daño causado por varios coautores o copartícipes del mismo hecho ilícito generaba entre ellos un vínculo de mancomunación solidaria, lo que se proyectaba incluso al ámbito cuasidelictual, con la salvedad de que tal litis consorcio pasivo, cuando se integraba con obligados que concurrían por distintas vías causales (principal y dependiente, asegurado y asegurador, dueño y guardián, etc.) generaban un supuesto de solidaridad imperfecta, concurrente o "in solidum".

De lege ferenda, por unanimidad se propició la necesidad de contemplarse a nivel legal la responsabilidad colectiva (cuando el autor material permanece en el anonimato) y la responsabilidad de los grupos cuyo accionar es riesgoso.

Como echa de verse, y como lo reconocen de manera expresa los fundamentos del Proyecto de CCyCN, la Comisión Redactora de este tuvo especialmente en consideración al tiempo de plasmar la regulación actual del tema como fuente, además del Proyecto de 1998, las recomendaciones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Precisamente esos Fundamentos, entre otras consideraciones afines al tema, señaló que para prever esa regulación del tema se tuvo en cuenta "la opinión mayoritaria de la doctrina", diferenciando el daño proveniente de un miembro no identificado de un grupo determinado (caso en que responden solidariamente todos sus miembros, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a la causación del daño, o que se identifique al autor material singular) del derivado del accionar de un grupo de riesgo, caso en el cual los miembros del grupo responden solidariamente por el perjuicio causado, solo liberándose quien probara que no integraba el grupo. En este caso no libera la identificación de la autoría porque no interesa el anonimato, sino solamente la acreditación judicial de no formar parte del grupo de riesgo.

Señalaba Jorge Bustamante Alsina [20], y coincide con él Ramón Daniel Pizarro [21], que la conceptualización y consecuente aplicación de la responsabilidad colectiva genera una serie de consecuencias valiosas axiológicamente, a saber:

a) No deja sin reparación el daño sufrido por una víctima ajena al accionar del grupo, ni tolera que el anonimato derive en una fuga de responsabilidades.

b) Permite que la reparación se diluya entre todos los miembros del grupo, aligerando una carga que de otro modo solo la soportaría la víctima.

c) La condena de todos los integrantes del grupo enerva toda posible maniobra de estos para obstaculizar la identificación del causante del grupo.

d) Trata equitativamente a la víctima, que es inocente y extraña a la conformación del grupo. Los miembros de este último, en cambio, no

---

(20) "Teoría general de la responsabilidad civil", op. cit., pág. 601.

(21) "Tratado de la responsabilidad objetiva", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2015, tomo II, pág. 535.

pueden alegar similar condición, dado que con su conducta han generado riesgos que justifican, en buena medida, que el sistema no deje librado al damnificado a su infortunio.

e) Se hace cargo, en definitiva, de una acentuación de lo social en la construcción de la responsabilidad, cuando se aprecia un factor colectivo en el origen del perjuicio.

Además, y si se nos permite la digresión, la regulación de la responsabilidad colectiva apenas contemplada en el Código derogado en uno de sus supuestos que cuantitativamente es de los menos frecuentes (el daño por cosas arrojadas o caídas desde un inmueble habitado por varios ocupantes) y ahora ampliada y perfeccionada en el CCyCN, más allá de las razones axiológicas que informan esa enunciación valorativa precedentemente citada, se relaciona hasta con criterios prejurídicos o extrajurídicos de mera lógica operativa.

Cito alguna experiencia personal de mis años de estudiante secundario: en una oportunidad, ingresado un docente al aula para iniciar la clase, voló una tiza desde alguno de los bancos de quienes éramos alumnos hacia la cabeza del profesor (afortunadamente, no impactó en su objetivo predeterminado, pero pasó muy cerca y pegó en el pizarrón). Volviéndose de frente a la clase, el docente preguntó quién la había arrojado, y por razones incluso hasta comprensibles de considerar poco digno acusar a quien todos sabíamos que había sido el responsable, y siendo que él no confesó su autoría, recibimos todos una sanción colectiva. La consecuencia no estaba normada, pero se fundó en razones de lógica y que, quizás, al día de hoy, después de tantos años de transitar los caminos del Derecho, podríamos adicionarle una motivación subyacente de "prevención de daños futuros".

III. LA FACETA SOCIOLÓGICA: EL GRUPO

Un elemento fáctico, pero de rango sociológico que es imprescindible para analizar el fenómeno de la responsabilidad colectiva o anónima, es el perfil del "grupo", noción que claramente admite varias clases, tipos o categorías.

En principio, como se ha señalado con acierto, la noción primaria de grupo va más allá de la mera yuxtaposición geográfica y temporal de personas humanas [22].

---

(22) Jorge MOSSET ITURRASPE ("Responsabilidad por daños", op. cit., pág. 183) señala que para conformar el grupo deben darse dos elementos además de la multiplici-

Dicho esto, es evidente que existen muchas clases de grupos (más allá de que sean o no generadores de daños hacia afuera), habiendo grupos "voluntarios" (que cuando tienen un objeto cierto adquieren para algunos la denominación de "equipo", ora con fines lúdicos, científicos, profesionales u otros), grupos "no voluntarios" (huelguistas, manifestantes, barrabravas, quienes están reunidos no contra su voluntad, pero sí con un muy relativo nivel de organicidad), grupos "primarios" (ligados por razones emocionales) y "secundarios" (como las asociaciones profesionales), grupos "institucionales" (partidos políticos, sindicatos), grupos "prestacionales" (sistemas de ahorro, contratos asociativos), grupos "de riesgo" (grupos de cazadores, de hinchas de fútbol contrariados), etc. (23)

Es útil memorar que ciertas categorías de grupos presentan matices propios a nivel de responsabilidad colectiva, como acontece por ejemplo con el régimen jurídico propio o específico de los daños causados en espectáculos deportivos (24), y como mayoritariamente lo admite la doctrina respecto de los daños causados por profesionales que actúan en equipo (25).

A su vez, el riesgo que el grupo genera o determina es también variable en sus proyecciones. Hay "riesgos externos" (los más comunes), que se proyectan hacia terceros, y "riesgos internos" (hacia los propios

---

dad de integrantes, cuáles son las notas de "interacción" y de "relación común". Ejemplifica diciendo que un grupo de personas que en un zoológico miran a un tigre en su jaula no son jurídicamente (a los fines aquí analizados) un "grupo", pero si el animal escapa y todos ellos se refugian en una casilla para protegerse, la conciencia del peligro común y la necesidad de interactuar en su resguardo (cerrar la puerta, calmar a los niños, pedir ayuda) puede transformar ese "auditorio" en un "grupo" (obviamente, no se avizora en él riesgo de daños a terceros, pero vale la figura para caracterizar aquel elemento a nivel conceptual).

(23) V. Ricardo L. LORENZETTI, "Responsabilidad colectiva...". Op. cit., pág. 1064.

(24) La Ley 23.184 del año 1985 incorporó algunas regulaciones vinculadas a la materia, siendo ellas completadas luego, en 1993, con la Ley 24.192 que contempla a los responsables de los daños causados en espectáculos deportivos como sujetos pasibles de sanciones contravencionales e incluso penales.

(25) Si bien mayoritariamente la casuística judicial refiere a daños causados por equipos médicos, ello no es indefectible, por cuanto bien se puede predicar lo mismo para equipos técnicos de ingenieros o arquitectos en relación con daños derivados de una obra civil, o de abogados que integran un bufete y actúan conjuntamente, entre otras variables. Viene al caso aludir a que el artículo 1768 del CCyCN, que dentro de las responsabilidades especiales alude a la de los profesionales liberales, declara que la actividad profesional "no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757", lo cual, va de suyo, excluye a los grupos de profesionales que con su actuar generen un daño en la normativa del artículo 1762 (actividad peligrosa de un grupo).

miembros del grupo, como una avalancha en un concierto de rock o en un partido de fútbol), "riesgos concurrentes" (tiroteo callejero entre policías y ladrones en la vía pública, con riesgos para los eventuales transeúntes) y "riesgos recíprocos" (grupos enfrentados entre sí).

IV. LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA Y LA ANÓNIMA

Con su preclara visión, Jorge Bustamante Alsina [(26)] fue uno de los primeros doctrinarios a nivel nacional que prestara atención a un matiz propio de la responsabilidad colectiva, que era el rango de ejercicio o cumplimiento de una "actividad riesgosa" por el grupo dañador, lo que en el CCyCN actual determinara el texto del artículo 1762, con su especial y único eximente (cual es la prueba de que no se integraba el grupo).

En sus postulados, las condiciones para la operatividad de la responsabilidad colectiva eran cuatro: a) que causado un daño por los integrantes de un grupo de personas, no se pudiera identificar al dañador; b) que se acreditara la participación (lo que implicaba algo más que la mera integración circunstancial) de los codemandados en el grupo; c) que el grupo generara una actividad riesgosa calificada por la ilicitud por el resultado al producirse el daño, con lo cual el "riesgo lícito", si luego deviene en daño cierto, será ilícito; y d) que la víctima demostrare también la relación causal entre el daño y "la acción no particularizada del grupo" [(27)].

La cuestión amerita algunas consideraciones, en la medida en que no todo daño en el cual coparticipen a nivel causal varias personas puede ser calificado como daño colectivo, ya que por ejemplo en los supuestos de coautoría o coparticipación en la ilicitud aparece una imputación causal conjunta o común, en la cual la identificación de los copartícipes o coautores no deja de conformar un supuesto de atribución individual de causalidad, aunque múltiple.

---

(26) "Teoría general de la responsabilidad civil", op. cit., pág. 534.

(27) Decimos que el homenajeado entre sus muchas virtudes técnicas a nivel jurídico (además de las humanas), contaba con esa visión anticipatoria, como lo evidencia el hecho de que hiciera alusión a las "actividades riesgosas" (en vinculación con el daño causado por ellas), concepto que no fuera captado en el año 1968 por la Ley de reformas del Código Civil 17.711 que incorporara en el artículo 1113 la responsabilidad por riesgo con y de las cosas, y que recién aparece normado en el CCyCN en el año 2015 en su artículo 1757.

Otro tanto sucede con la denominada intervención acumulativa o concurrente, en la cual varios sujetos intervienen ejecutando actos independientes entre sí pero que logran un resultado similar al que hubieran producido si lo hubieran hecho individualmente o en forma aislada [28].

En la responsabilidad colectiva propiamente dicha, la conformación fáctica del hecho es diferente, en la medida en que se trata de un daño causado por uno o más miembros (anónimos) de un grupo (identificado), y en el cual, al decir de Roberto López Cabana [29], "...media un problema de dificultad probatoria en la autoría".

Esta situación de anonimato de la causa individual del daño (dentro de un grupo identificado) es determinante en la noción de lo que se denomina daño colectivo, y como veremos infra en el análisis sucinto de la regulación vigente en el CCyCN, admite un subgénero en el caso de daños causados por grupos que cumplen actividades riesgosas, siendo diferentes los eximentes en uno y otro caso.

Precedentemente a esta regulación en vigor, la doctrina presentaba algún debate o mera discrepancia de criterios en orden a esas causales de exoneración en uno y otro caso. Así, la recordada y admirada Matilde Zavala de González [30] sostenía el criterio que ahora consagra el CCyCN, en el sentido de que la atribución de responsabilidad a los integrantes del grupo (identificado como causante del daño) adviene no solo por el anonimato del mencionado grupo, sino por el hecho de integrar ese grupo de riesgo (o generador de actividades riesgosas), en un fenómeno de "causalidad común o conjunta", que hace que la eventual identificación del dañador singular sea irrelevante para excluir la responsabilidad de los otros miembros. Habría allí una especie de autoría colectiva que se conforma con la mera integración del grupo, y frene a la víctima el autor identificado es corresponsable por dolo o culpa, concurriendo con los demás integrantes del grupo, mediando así un factor objetivo de atribución inherente al riesgo creado. Ello llevaría a la diferenciación con-

---

(28) Tal supuesto es frecuente en materia de responsabilidad medioambiental, como cuando varios contaminan un curso de agua en distintas alturas de su curso, o en distintos momentos. Jorge BUSTAMANTE ALSINA ("Teoría general..." op. cit., pág. 534), así lo ejemplifica, haciéndolo también en similar sentido entre otros Dora GESUALDI ("La responsabilidad colectiva", en "Responsabilidad por daños", obra precisamente en homenaje al mismo Jorge Bustamante Alsina, dirigida por Alberto BUERES, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, vol. I, pág. 139) y Atilio A. ALTERINI ("Responsabilidad civil – Límites a la reparación civil", op. cit., pág. 165).

(29) "Responsabilidad colectiva", LL 1986-B-933.

(30) "Resarcimiento de daños", op. cit., págs. 162 y ss.

ceptual entre "daño anónimo" (el causado por un autor anónimo dentro de un grupo identificado) y "daño colectivo", que sería el causado por un grupo de dañadores en el que la autoría es de todos sus miembros [31], con la singularidad, ya mencionada, de que cuando ese grupo cumple actividades riesgosas la identificación del dañador no excluye el débito resarcitorio de los demás integrantes del grupo.

Por su parte, Jorge Mosset Iturraspe [32] discrepa de ello, señalando que más allá de que resulta justo priorizar la absoluta inocencia de la víctima frente a la inocencia de los responsables no causantes en grupos de riesgo, y que la conformación de ese tipo de grupos sociológicamente es dinamizadora de hipótesis lesivas (huelguistas, manifestantes, simpatizantes de un club de fútbol, etc.), la efectiva identificación del dañador individual tornaría inconsistente e injusto mantener la corresponsabilidad de los demás en función de la mera integración del conjunto.

Como hemos mencionado supra, el CCyCN acoge el primer punto de vista, diferenciando el daño causado por un miembro anónimo de un grupo (caso en el cual la identificación del o de los causantes singulares del daño exime al resto), del derivado de los daños producidos por un grupo que cumple actividades riesgosas, caso en el cual el único eximente consiste en la prueba de que no se integró el grupo.

V. CAUSALIDAD COMÚN, CONCURRENTE, DISYUNTIVA, GRUPAL Y COLECTIVA

Hemos dicho ya, y es de obvio conocimiento del lector, que la cuestión de la responsabilidad colectiva es una de las derivaciones de la problemática de la causa como elemento de la responsabilidad civil.

A partir de ello, si bien no descubrimos nada nuevo diciendo que no todo supuesto de cocausalidad o causalidad múltiple implica un caso de responsabilidad colectiva, parece útil recordar los perfiles de esas alternativas [33].

---

(31) Conf. Carlos PARELLADA, "El tratamiento de los daños en el Proyecto de Unificación de las obligaciones civiles y comerciales", LL 1987-D-977.

(32) "Responsabilidad por daños", op. cit., pág. 38.

(33) Hemos hecho referencia al inicio de estas reflexiones sobre las valías de la obra que de autoría del recordado Isidoro GOLDEMBERG abordara sapientemente los vericuetos (que vaya si los tiene) de la problemática de la causa en la responsabilidad civil ("La relación de causalidad en la responsabilidad civil", op. cit., págs. 141 y ss. Otro

A estar por esos calificados puntos de vista, existen al menos tres clases o categorías de causalidad múltiple, a los que luego agregaremos dos más siguiendo conceptos mayoritarios de la doctrina.

En esa inteligencia, se podría distinguir:

a) Causalidad "conjunta o común", que es la que se corporiza cuando concurren a la conformación del daño el accionar de varias personas o coautores, y que penalmente se vincula con los conceptos de coautoría y de participación —con sus matices, principal, secundaria, necesaria—. Civilmente, la figura encastra en la regla de solidaridad pasiva, la que fuera prevista por la Ley 17.711 de reformas al Código Civil derogado en materia de delitos (art. 1081) y de cuasidelitos (art. 1109, ibidem) [34]. Como se lo señalara oportunamente [35] en tal caso existen varios ilícitos individuales, independientes pero conexos en su resultado común.

b) Causalidad "acumulativa o concurrente", que también implica el obrar individual de varios dañadores, pero con la singularidad de que si hubieran actuado individualmente, el resultado lesivo hubiera sido el mismo (el ejemplo característico es el de los fabricantes que contaminan con desechos industriales un mismo curso de agua, tal como por caso sucediera en el recordado caso fallado por la Corte Federal en la causa "Matanza/ Riachuelo", que marcara un hito en materia de Derecho Medioambiental).

c) Causalidad "disyuntiva o alternativa", en la cual hay concurrencia de acciones causalmente relevantes para la producción del daño, pero se aprecia la imposibilidad de que el mismo sea atribuido a más de un autor (es el caso de varios partícipes de una partida de caza que disparan sus armas al unísono, y solo una bala hiere a la víctima).

d) Hay además quienes señalan que existe la "causalidad grupal" [36], en la cual el hecho dañoso es atribuible al grupo como tal, no siendo posible que lo cause un individuo integrante del mismo, ya que el resultado

---

tanto hizo, también por esos años, nuestro homenajeado (Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría general de la responsabilidad civil", op. cit., págs. 535 y ss.).

(34) Ver al respecto Félix A. TRIGO REPRESAS, "El daño causado por la culpa o negligencia", en la obra colectiva "Examen y crítica de la reforma al Código Civil", Editora Platense, 1971, tomo 2, págs. 185 y ss.

(35) José María LÓPEZ OLACIREGUI, "En la senda de los plenarios: reflexiones sobre el que afirma la solidaridad de los coautores de un cuasidelito", JA 1946-II, Sección Doctrina, pág. 65.

(36) Ricardo L. LORENZETTI, "Responsabilidad colectiva, bienes y grupos colectivos", LL 1996-D-1060.

lesivo es la suma de las acciones individuales siendo la autoría y la imputación colectiva.

e) Finalmente, se alude a la "causalidad colectiva" —lo que Llambías denominaba "daño anónimo"— que se da en aquellos supuestos el daño es causado por uno o más miembros —no identificados— dentro de un grupo identificado, como por caso sucedería en el supuesto de que aquel se genera por un grupo de barrabravas. Claramente, en la normativa vigente hoy en el CCyCN, tal hipótesis se corporiza en la letra del artículo 1761, bajo el título de "autor anónimo".

Personalmente hemos sostenido en su oportunidad [37] que lo que aquí y ahora designamos como causalidad —o responsabilidad— colectiva, abarca solo los supuestos mencionados en los incisos "c", "d" y "e" (causalidad disyuntiva, grupal y colectiva), y no así los enunciados en los incisos "a" y "b" (causalidad conjunta y acumulativa).

VI. TIPOS DE RIESGOS

Si bien algo hemos mencionado supra sobre la cuestión, brevemente podemos consignar que doctrinariamente también se ha opinado respecto de la variedad de riesgos posibles en la responsabilidad genéricamente llamada colectiva, diferenciándose así entre riesgos *externos* (con proyección hacia afuera del grupo, vale decir, hacia terceros) y riesgos *internos* (los que corren los propios integrantes del grupo dañador), riesgos *concurrentes* (caso de grupos antagónicos enfrentados entre sí, como las balaceras entre ladrones y policías) y riesgos *recíprocos* (en los que la actividad riesgosa opera, en el grupo, de manera análoga a como lo hace el riesgo de la cosa cuando daña a otra cosa también riesgosa [38].

---

(37) Ver nuestra ponencia a las "XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil", publicada en JA 24.9.1997, pág. 15. Coinciden en ello otras opiniones, como la de la querida y ya desaparecida Silvia TANZI ("Responsabilidad colectiva", en la obra "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", en homenaje al Profesor Atilio A. Alterini, Editorial Abeledo-Perrot, Bs.As., 1997, pág. 237); así como la de Dora GESUALDI ("Daño colectivo", en la obra "Instituciones de Derecho Privado moderno", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 407), y de la misma autora comentario al artículo 1119 del Código Civil en "Código Civil y normas complementarias – Análisis doctrinario y jurisprudencial", dirigido por Alberto Bueres y coordinado por Elena HIGHTON, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000, tomo III-B, pág. 144.

(38) Conf. Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, "El daño colectivo", op. cit., pág. 445.

VII. El factor de atribución

Las opiniones que la doctrina aporta sobre la cuestión han sido múltiples y no siempre coincidentes —particularmente en relación con el estado de cosas previo a la sanción del CCyCN, el cual claramente en los tres artículos que dedica en la Sección 8ª. del Título V del Libro Tercero relativa al tema de la responsabilidad colectiva y anónima, alude a la mancomunación solidaria—.

De todos modos, vale una referencia breve a los debates previos en relación con los fundamentos que sustentaran unas y otras posturas.

Jorge Bustamante Alsina [(39)] recordaba, citando un punto de vista de la doctrina francesa sostenido por Aberkane y Carbonnier, que la responsabilidad colectiva es una prolongación de la doctrina de la personalidad moral, estando el grupo obligado por una especie de "persona jurídica de hecho" vinculada a una realidad social que el Derecho no puede desatender. Ello conlleva cierto grado de cohesión dentro de lo colectivo, quedando al margen los daños ocasionados por agrupaciones ocasionales de personas individuales, lo cual a su vez generara la crítica —consistente— que se le formulara, en el sentido de que la responsabilidad civil no puede quedar supeditada a la mera ontología del grupo dañador, lo cual es claramente circunstancial.

Otro criterio, sostenido por Esmein, aludía a un caso de "dispensa probatoria" en favor de la víctima del daño, asumiendo que ante la clara imposibilidad de identificar singularmente dentro del grupo al causante concreto del nocio, el *onus probandi* se trasladaba precisamente a este último, el grupo.

Atilio Alterini y Roberto López Cabana [(40)] señalaban que lo que en definitiva implica una regla de atribución procesal de la carga de la prueba no puede valer como fundamento suficiente para sustentar la asignación de responsabilidad, labor propia del derecho de fondo.

De alguna manera Jorge Joaquín Llambías [(41)] no distaba mucho de tales pareceres, entendiendo que el fundamento de la atribución de responsabilidad es eminentemente técnico y se relaciona con la teoría de la prueba, no siendo razonable exigirle a la víctima la acreditación de un

---

(39) "Teoría general...", op. cit. págs. 548 y ss.

(40) "Responsabilidad civil...", op. cit. pág. 325.

(41) "Responsabilidad colectiva o anónima", ED 83-787.

hecho (la autoría individual dentro del grupo) que va mucho más allá del límite de sus posibilidades materiales.

Hay quien ha argumentado que la actitud del grupo que causa el daño conlleva un ejercicio abusivo del derecho constitucional de agruparse (ya que deja ese derecho, al causar un daño, de ser lícito) [42]; en tanto que otros no descartan —aun admitiendo un factor de atribución objetivo sustentado en el riesgo generado al integrar un grupo dañador— la culpa, en la medida en que ella se configura precisamente por consentir la propia participación en una conformación social de tales características, lo cual implicaría la indagación puntual de cada supuesto en concreto en función de sus propios perfiles [43].

A título personal (y lo hemos sostenido antes de la sanción del CCyCN), sumamos nuestra opinión a la de quienes propician que el factor de atribución en el particular se objetiviza en función del riesgo creado al integrar el grupo dañador, lo que conlleva una presunción de causalidad que permite sostener la responsabilidad de todos, salvo que se acredite una causal de liberación [44].

Como mencionamos supra, y lo desarrollaremos singularmente infra, el CCyCN pareciera adoptar este punto de vista, asignando como regla responsabilidad solidaria a todos los integrantes del grupo dañador —lo cual presupone un factor objetivo de atribución, ya que en ningún caso libera la prueba de la falta de culpa individual—, diferenciando solamente las causales de eximición de responsabilidad, que en el caso del daño anónimo es la identificación del o de los causantes singulares del daño, y en el del daño causado por grupos riesgosos es tan solo la prueba de no haberlo integrado.

---

(42) Carlos M. BOSSO, "La responsabilidad civil en el deporte y en el espectáculo deportivo", Editorial Némesis, Buenos Aires, 1984.

(43) Sería de alguna manera la opinión de calificadas voces, como las de Jorge MOSSET ITURRASPE, Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, Alberto Jesús BUERES, Roberto VÁZQUEZ FERREYRA, Dora GESUALDI, Ernesto WAYAR, Juan Carlos PALMERO y otros, vinculadas a las conclusiones votadas en las ya mencionadas "XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil".

(44) Coincidimos en ello con el propio Jorge BUSTAMANTE ALSINA, Atilio ALTERINI, Roberto LÓPEZ CABANA, Ramón Daniel PIZARRO, Lidia GARRIDO CORDOBERA, Carlos PARELLADA, Isidoro GOLDEMBERG, Luis ANDORNO y Félix Alberto TRIGO REPRESAS.

VIII. El Derecho Comparado y los precedentes doctrinarios

Durante el tiempo en el cual nuestro Derecho positivo nacional (puntualmente, el Código Civil de Vélez Sarsfield con sus reformas) careció de una previsión normativa relacionada a la temática de la responsabilidad colectiva, el Derecho Comparado ya ofrecía un mosaico de regulaciones con matices variados, en orden a lo cual, ante la lógica imposibilidad de ni siquiera diseñar un abordaje integral del tema, nos limitaremos a mencionar algunos precedentes.

A nivel regional, el también añoso Código Civil uruguayo en su artículo 1330 (en el texto que le diera el artículo 3 de la Ley 16.162 del año 1990) tiene un contenido similar al que tenía el artículo 1109 del Código velezano, pero luego agrega en el artículo siguiente (1331) que si el delito ha sido cometido por más de dos personas (lo cual implica una calificación cuantitativa de la noción de "grupo", similar a la que penalmente se perfila en materia de asociación ilícita o de "banda" como agravante de la pena, o lo que entre nosotros perfila el artículo 35 de la Ley 24.192 en materia de responsabilidad civil por daños en eventos deportivos, al decir que el grupo al cual se pena tiene que estar constituido por tres o más personas), las mismas responderán frente a la víctima de manera solidaria, añadiendo luego que en supuestos de cuasidelitos la responsabilidad será simplemente mancomunada y "en proporción" (entendemos que debiera interpretarse al aporte causal de cada miembro del grupo dañador, lo cual luce singularmente complicado para la prueba a cargo de la víctima).

Los Códigos Civiles de Brasil (art. 1529), de Paraguay (art. 1851), de Chile (art. 2328), de Colombia (art. 2355), de Ecuador (art. 2255), de Panamá (art. 1652), de Guatemala (art. 1672) y de Puerto Rico (art. 1811) contienen, con matices, normas más o menos similares a la nuestra en relación con los daños causados por cosas caídas o arrojadas a la vía pública [45], en tanto por ejemplo el mencionado Código Civil del Paraguay (art. 1846), el boliviano (art. 998) y el peruano de 1984 (art. 1970) consagran preceptos que regulan la responsabilidad común por los daños causados por actividades riesgosas (singularmente emanadas de un grupo) [46].

---

(45) CCyCN, artículo 1760, cuyo texto analizamos infra.

(46) CCyCN, artículo 1761.

En una proyección geográfica más amplia —aunque obviamente limitada, ya que no es el objeto de este trabajo un análisis singularizado del tema a nivel de Derecho Comparado mundial—, se puede citar que presentan disposiciones específicas sobre el daño colectivo o causado por grupos de dañadores los Código Civiles de Alemania (art. 830), Polonia (art. 137), Holanda (libro 6, capítulo 3, art. 3) y Japón (art. 719).

En lo relativo a los antecedentes nacionales más destacados que a la postre desembocaran en la preceptiva del CCyCN del año 2015, principiamos mirando lo dicho por Congresos y Jornadas que trataran el tema, y que como mencionáramos supra, los Fundamentos del CCyCN señalan como fuente de la regulación legal en vigor.

Así, ya en las "V Jornadas de Derecho Civil" [47] celebradas en la ciudad de Rosario en el año 1971, el propio hoy homenajeado fue el promotor de una ponencia que tuviera singular acogida en las recomendaciones luego votadas en el plenario de comisiones dentro del tema V ("Fijación de los lineamientos generales del sistema de responsabilidad civil"), y que diera sustento a la recomendación No. 13, formulada en los siguientes términos: "Cuando el daño es causado por un miembro no identificado de un grupo determinado, todos sus integrantes están obligados *in solidum* a la reparación si la acción del conjunto es imputable a culpabilidad o riesgo" [48].

En su tiempo, en la ya mencionadas "Jornadas de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Dr. Jorge Bustamante Alsina" [49], dentro de las recomendaciones aprobadas por la Comisión No. 5 (que sesionara, presidida por el Dr. Atilio Aníbal Alterini conjuntamente con el Dr. Isidoro Goldemberg, sobre la temática titulada "Reformas aconsejables en

---

(47) Por entonces denominadas de esa manera, antes de adquirir la designación actual de "Jornadas Nacionales de Derecho Civil" que en este año 2025 se aprestan a cumplir su edición número 30 en la ciudad de Corrientes.

(48) En tal evento académico, el Dr. Jorge BUSTAMANTE ALSINA propició en su ponencia de "lege ferenda" que frente a la ausencia normativa del un régimen regulatorio del daño colectivo en el Código Civil, debían establecerse las bases para su consagración, atendiendo para ello al hecho de que el daño sea producido por un grupo de personas sin que se pudiera identificar materialmente al autor, que ese grupo ejecute una actividad riesgosa lícita o ilícita, que el vínculo obligacional entre ellos fuera el de la responsabilidad "in solidum", y que pudiera la reparación ser o no integral y la responsabilidad solidaria según los casos o circunstancias. Su propuesta se inspiraba en un trabajo previo de su autoría, titulado "La responsabilidad colectiva en el resarcimiento de daños", publicado en LL 142-976.

(49) Ya hemos aludido supra a ellas, llevadas a cabo en el mes de junio del año 1990 en la Universidad del Museo Social Argentino, en la Ciudad de Buenos Aires.

una actualización normativa de la responsabilidad civil") se acordó que cabía propiciar la regulación de la responsabilidad solidaria de quienes crearon la situación de riesgo de la que derive el daño a terceros [50].

En las "XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" (Buenos Aires, 1997) la Comisión de Derecho de las Obligaciones No. 2 se ocupó del tema de "La responsabilidad por el accionar de los grupos" (ya hemos hecho alusión supra a los despachos allí expedidos, con lo cual no nos detenemos ahora en su consideración para evitar reiteraciones). Sí cabe recordar que en tal relevante evento *de lege ferenda* se recomendó enfáticamente tal regulación hasta entonces ausente, así como la conveniencia de prever la solidaridad de los coobligados, y la reparación plena en favor de la víctima.

Ya poniendo la mirada sobre los sucesivos Proyectos de reforma o de sustitución del Código Civil de 1872, cabe señalar que en todos los posteriores o habidos a partir del año 1987 (singularmente, el presentado ese mismo año, los dos del año 1993 y el de 1998, del cual el CCyCN vigente se nutre de manera muy notoria) se proponían pautas regulatorias del tema de la responsabilidad colectiva, con diferentes matices.

En el Proyecto de 1987 (sancionado como Ley 24.032, luego vetada por el PEN en 1991) se preveía en su artículo 1119 que "el daño proveniente de la actividad de un grupo de individuos que sea riesgosa para terceros los hace responsables solidarios. Solo se liberará quien demuestre que no participó en la causación del daño". Al respecto, se generó algún debate doctrinario vinculado a si en función del texto proyectado se hacía referencia a la responsabilidad del grupo (cuando todos eran dañadores), o a la responsabilidad colectiva (cuando se ignora la identidad del efectivo dañador) [51]. Como hemos visto supra, la distinción entre uno y

---

(50) Tal como lo prescribe hoy el ya mencionado artículo 1762 del CCyCN.

(51) Al respecto, por ejemplo Roberto LÓPEZ CABANA estimaba que "se trata de la responsabilidad del grupo y no de la posibilidad de responsabilizar al integrante no identificado" ("Temas de Derecho Privado", Separata de la Revista del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, año 1997, tomo IX, pág. 39), con lo que coincidía Carlos PARELLADA ("El tratamiento de los daños en el Proyecto de Unificación de las obligaciones civiles y comerciales", LL 1987-D-984), quien expresaba que "...entendemos que no se consagra una responsabilidad por daño anónimo sino por daño colectivo, por lo cual no constituye un requisito de aplicación de la norma que no se encuentre identificado el autor", haciendo lo propio también Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ ("La responsabilidad colectiva y el artículo 1119 del Proyecto de Código Civil", LL 1988-D-870), quien manifestaba comentando la norma proyectada que "...no se trata, entonces, del daño causado anónimamente por alguno de los miembros del grupo, sino del daño causado por la colectividad y que se proyecta en sus efectos resarcitorios en

otro supuesto es de la mayor relevancia conceptual, ya que para un caso (daño grupal) no se admitía la liberación con la identificación del dañador, en tanto para el otro sí.

Como fuere, ese Proyecto de 1987 (que llegó a ser Ley sancionada, aunque luego vetada integralmente según trascendidos por *lobbys* generados en relación con un segmento de la responsabilidad profesional) fue un importante precedente en tanto sentaba el factor objetivo de atribución (el riesgo generado por el grupo) y la solidaridad entre los miembros de este.

En el Proyecto elaborado por la denominada "Comisión Federal" (originada en una Resolución de la Cámara de Diputados de la Nación de setiembre de 1992), manteniéndose la numeración original del Código Civil (en el caso, el artículo 1119), se postulaba que "Cuando el daño es causado por un miembro anónimo de un grupo determinado, el riesgo derivado de tal circunstancia autoriza a la víctima a accionar contra cualquiera de los integrantes del grupo por el total del perjuicio padecido. Constituirá eximente de responsabilidad la prueba de que el agente no integró el grupo, o la identificación del causante del daño".

A su turno, el Proyecto confeccionado por la Comisión designada por el PEN mediante Decreto No. 468/92 proponía una norma (art. 1594) que guardaba grandes coincidencias con la del Proyecto de 1987, con la sola salvedad de que la responsabilidad generada entre los miembros del grupo respecto de la víctima era indistinta o concurrente (en los términos del artículo 776 del mismo Proyecto).

Finalmente, dentro de este muestreo de precedentes a lo que hoy dispone el CCyCN en el tema, el Proyecto elaborado por la Comisión designada por Decreto 685/1995 (que tuviera ingreso parlamentario en 1998, recibiendo de ese hito temporal su denominación común), preveía en su artículo 1673 bajo el título de "Actividad peligrosa de un grupo" que "Si un grupo realiza una actividad mediante la cual se crea peligro extraordinario para la persona o los bienes de terceros, todos sus integrantes responden solidariamente del daño causado por uno o más de sus miembros. Solo se libera quien demuestre que no participó en su causación". El texto mantiene como puede verse grandes coincidencias

---

contra de todos sus integrantes…". Por su parte Dora M. GESUALDI (comentario al artículo 1119 en la obra "Código Civil y normas complementarias", dirigido por Alberto Bueres y coordinado por Elena Highton, op. cit., pág. 160) ponía de resalto la aparente contradicción que se generaba al respecto entre la letra de la norma proyectada y las notas explicativas del mismo Proyecto.

con el que propusiera el Proyecto de 1987, mereciendo por ende similares consideraciones valorativas.

Matilde Zavala de González [52] proponía sustituir la mención a "peligro extraordinario" por la de "peligro especial", vinculada a la noción de "actividades especialmente peligrosas" a las que aludía el artículo 1673 del mismo cuerpo normativo, calificadas allí como aquellas susceptibles de causar daños frecuentes o graves; y además poniendo de resalto que los daños causados por grupos peligrosos no son "excepcionales, raros o sorprendentes", sino más bien cotidianos.

Al respecto, algunas opiniones posteriores han propugnado que la ley agrave la responsabilidad de ciertos grupos "hiperriesgosos", o "superriesgosos", impidiendo la eximente de la identificación del autor [53].

IX. La regulación del Código Civil y Comercial de la Nación

Todas estas consideraciones previas de alguna manera cumplen la mera función de servir de antecedentes a lo que hoy, desde hacen ya diez años, es derecho vigente en la República Argentina en el tema bajo consideración, conforme a las previsiones contenidas en tres artículos (1760, 1761 y 1762) del Código Civil y Comercial de la Nación, que rige desde el primer día del mes de agosto del año 2015.

Como hemos aludido supra, la Sección 8ª del Capítulo 1 (Responsabilidad civil) del Título V (Otras fuentes de las obligaciones) trata el tema de la "Responsabilidad colectiva y anónima", en los tres artículos premencionados.

a) En el primero de ellos (1760), con el subtítulo "Cosa suspendida o arrojada", se regula, mejorando la técnica jurídica de lo que prescribía el tercer párrafo del art. 1119 del Código Civil derogado [54], la responsabi-

---

(52) "Valoraciones sobre responsabilidad – A propósito del Proyecto de Código Civil", Editorial Mediterránea, Córdoba, 2000, pág. 109.

(53) Como es sabido, el CCyCN no acoge tal calificación superlativa en la generación de riesgos, pero sí restringe la eximente de quien integra un grupo que realiza actividades riesgosas a la demostración de que no se integraba el grupo (art. 1762).

(54) Allí, con alguna redacción algo imprecisa, se disponía que "...los padres de familia, o inquilinos de la casa, en todo o en parte de ella..." eran responsables por los daños causados "...a los que transiten.." por "cosas arrojadas a la calle, o en terreno ajeno, o en terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito, por cosas suspendidas

lidad derivada de los daños causados por cosas arrojadas o caídas desde un edificio.

Hemos aludido supra a que dicha previsión tiene su cuna en el Derecho Romano a través de las actio de *deiectis vel diffussin* y *positivis vel suspensis*.

Para la mayoría de la doctrina que analiza la temática general de la responsabilidad colectiva, se interpreta que propiamente la normativa del art. 1760 del CCyCN, aun cuando abre el tratamiento de aquella cuestión, en realidad no deja de ser un caso especial de responsabilidad colectiva, estando la regla consagrada en el artículo siguiente, el 1761, que analizamos infra [55].

En la preceptiva del mencionado artículo 1760, se declara que, si de una parte de un edificio cae una cosa o si esta es arrojada, los dueños y ocupantes de dicha parte responden solidariamente por el daño que cause. Solo se libera quien demuestre que no participó en la producción.

Como se aprecia claramente, la norma en vigor mejora sustancialmente a la del citado tercer párrafo del artículo 1119 del Código derogado, tanto en relación con la identificación de los eventuales legitima-

---

o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer; pero no cuando el terreno fuere propio y no se hallase sujeto a servidumbre de tránsito.."; agregando finalmente que "…cuando dos o más son los que habitan la casa, y se ignora la habitación de donde procede, responderán todos del daño causado…", finalizando con la previsión de que "…Si se supiere cuál fue el que arrojó la cosa, él sólo será responsable". Como hecha de verse, además de la redacción casuística y poco precisa (por ejemplo, se alude a los padres de familia y a los inquilinos del inmueble, pero nada se dice de los dueños u ocupantes del mismo por otro título (tenedores, poseedores, ocupantes clandestinos, etc.), parecería eximirse por los daños causados por las cosas arrojadas o caídas cuando la víctima no fuera un tercero transeúnte (por la calle, o por el uso de una servidumbre de tránsito), lo cual dejaría sin perspectiva de resarcimiento a otros legitimados activos, como operarios que trabajaran en el inmueble, o familiares del dueño, o personas que por cualquier título válido se encontraran en él. Además, se disponía que ignorándose la identidad del autor material del daño responderían todos "los habitantes de la casa" (al día de hoy, y la jurisprudencia en ello es proficua, quienes accionan por este tipo de daños se relacionan con ocupantes de un inmueble sometido a un régimen de propiedad horizontal, la que no estaba prevista en la codificación decimonónica); y tampoco quedaba claro si dicha responsabilidad grupal o colectiva era de mancomunación simple, concurrente o solidaria.

(55) Entre otras opiniones, Martín FRÚGOLI, "Responsabilidad colectiva", en la obra "Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial", dirigida por José Fernando Márquez, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2015, pág. 141 propone que la responsabilidad colectiva es el género, y dentro de él se incluyen la responsabilidad anónima y la responsabilidad por actividad peligrosa de un grupo.

dos pasivos [dueños u ocupantes, lo cual abarca poseedores, tenedores u ocupantes incluso circunstanciales por cualquier título o circunstancia [56]], como en la determinación del tipo de responsabilidad colectiva (solidaria) y la única eximente admisible [la demostración fehaciente de la no participación en el hecho dañoso [57]].

Además, como se ha señalado doctrinariamente [58], el precepto bajo análisis también perfecciona la norma precedente del Código Civil en el sentido de aludir a cosas caídas o arrojadas desde un inmueble, y ya no a "las suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer", expresión poco clara y que podía prestarse a interpretaciones variadas, ya que —por ejemplo— un balcón no pareciera ser algo ni suspendido ni puesto de modo peligroso, pero si cae, además de la eventual responsabilidad del constructor si fuere procedente, igualmente activa la responsabilidad ahora prevista.

También agregan los autores bajo cita que se abandona la alusión a cosas arrojadas o caídas a la calle o a sectores sometidos a servidumbre de tránsito, lo cual dejaba afuera casos como los de algo que cae en un sector no abierto al público, como un patio interno; añadiendo que la referencia genérica al "ocupante" no excluye la responsabilidad del dueño, cuestión que era opinable en el texto derogado.

Asimismo, el artículo bajo consideración modifica —positivamente— la eximente, ya que quien pretenda liberarse del deber de responder no queda limitado a que se identifique a quien arrojó la cosa, o a quien es ocupante del sector del edificio desde el cual ella cayó, sino que puede exonerarse de responsabilidad civil simplemente demostrando

---

(56) Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, aún antes de la sanción del CCyCN (vide "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", obra dirigida por Augusto BELLUSCIO y concordada por Eduardo ZANNONI, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, tomo 5, pág. 651), ya hacía alusión a que la sucinta enunciación de eventuales legitimados pasivos del Código Civil debía comprender figuras tales como las del locatario, usufructuario, usuario, poseedor, comodatario, depositario, etc.

(57) Por caso, si se tratare de un elemento (digamos, de mampostería) perteneciente al edificio desde el cual se desprende y al caer daña a alguien, va de suyo que la responsabilidad será del consorcio de copropietarios sin perspectiva alguna de invocar eximentes singulares, habida cuenta que es el consorcio el titular dominial de las partes comunes del edificio. En cambio, si el elemento o cosa caída se correspondiere a una determinada unidad habitacional y por ende de propiedad individual de un consorcista, será este quien deba asumir el débito resarcitorio.

(58) Sebastián PICASSO y Luis SÁENZ, comentario al artículo 1760 en "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", dirigido por Ricardo Luis LORENZETTI, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, tomo VIII, págs. 603 y ss.

que no habita el sector del inmueble desde el cual la cosa dañadora cayó o fue arrojada.

En un trabajo singularmente recomendable por su rigurosidad y completividad [59], se plantea el interrogante de si la responsabilidad de los ocupantes del sector desde el cual cayó la cosa dañosa (no si fue arrojada), puede concurrir con alguna eximente específica, como por ejemplo el caso fortuito o la culpa de un tercero [60]. Se ejemplifica con el pedazo de mampostería que se desprende y cae dañando a un transeúnte a raíz de un movimiento sísmico, o por las vibraciones derivadas de obras desarrolladas por una empresa en una finca lindera. Obviamente, creemos que sí, y en el caso concreto para que el caso fortuito o el hecho de un tercero funcionen como eximentes, debería evaluarse por ejemplo el estado de conservación del edificio del cual se desprendió la mampostería, para determinar si esos hechos externos tienen suficiente entidad causal como para generar el desprendimiento, o si han sido meros disparadores de un deterioro previo.

b) El artículo siguiente (1761), tiene por título "Autor anónimo", y como anticipáramos, es interpretado mayoritariamente como el que contempla lo que sería una regla general (vale decir, la responsabilidad grupal cuando no se ha podido identificar cual o cuales de los miembros de ese grupo fue o fueron los causantes materiales del acto lesivo), siendo los supuestos de los artículos que lo precede y subsigue casos específicos de esa previsión general.

Dicha norma dispone, siguiendo en gran medida pautas que la doctrina autoral y judicial habían ido elaborando a través del tiempo, y de lo cual hemos hecho referencia, que, si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado, responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a la producción.

Las condiciones para la procedencia de la atribución colectiva de responsabilidad serían las siguientes [61]:

---

(59) Jorge Mario Galdós, "La responsabilidad civil", Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, tomo III, pág. 363.

(60) Vide también Sabrina BERGER, "Responsabilidad por daños causados por autor anónimo y actividades riesgosas grupales", en "Revista de Derecho de Daños", Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, tomo 2017-I, pág. 329.

(61) Ramón Daniel PIZARRO, "Tratado de la responsabilidad objetiva", op. cit., págs. 542 y ss.

1) Existencia de un grupo de personas como autores posibles del daño.

Ya hemos formulado supra algunas consideraciones sobre las clases o categorías de grupos, y las condiciones de su conformación, que van más allá de la mera pluralidad de personas, con lo cual a ello nos remitimos en honor a la brevedad.

2) Una relación causal adecuada entre la acción grupal y el daño. Obviamente, no es necesario —por parte de la víctima— probar que todos los miembros del grupo fueron causantes del daño que sufrió (por ello estamos hablando de responsabilidad colectiva y no individual), pero sí que ese daño fue generado "desde" el grupo, haya provenido de uno o más de sus miembros. Como dijéramos al comienzo de estas líneas, estamos dentro del amplio campo de la relación de causalidad.

3) Que no se haya podido identificar al autor material del daño [(62)], toda vez que aun cuando ese dañador individual —sea uno o sean más de uno— integre un grupo, si se lo puede identificar salimos de la responsabilidad colectiva e ingresamos a las reglas generales de la responsabilidad civil individual. Ese anonimato de la autoría individual es condición basal de operatividad de la responsabilidad colectiva, y así lo evidencia el título del art. 1761 del CCyCN cuando habla de "daño anónimo".

La norma bajo consideración agrega dos elementos jurídicos relevantes: por una parte, que la responsabilidad civil de los miembros del grupo es solidaria (no simplemente mancomunada, o concurrente, como en algunos tiempos alguna doctrina lo propiciara), poniendo normativamente en claro algo que fue objeto de debates.

Por la otra, que la única eximente que puede esgrimir el miembro del grupo para no responder es acreditar (el *onus probandi* está en sus espaldas) "que no ha contribuido" a la producción del daño.

---

(62) La doctrina aclara que no sólo la cuestión se vincula con un accionar positivo u omisivo, sino que comprende también el caso del dueño de la cosa riesgosa que causó el perjuicio, cuando no se pueda determinar su rol de tal. En esta segunda hipótesis, nos aproximamos tipológicamente a lo normado por el ya aludido artículo 1760 del CCyCN (responsabilidad por los daños derivados de cosas arrojadas o caídas). Conf. Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría general de la responsabilidad civil", op. cit., pág. 600; Jorge MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad por daños", op. cit., tomo VI, "Responsabilidad colectiva", págs. 38 y ss.; Ramón Daniel PIZARRO, "Tratado de la responsabilidad objetiva", op. cit., pág. 545.

¿Cómo se prueba ello? Es prueba negativa, lo que usualmente conforma mayor dificultad de acreditación. Coincidimos con Pizarro [63] en que la vía más eficaz para acreditar esa "no contribución" es la identificación (debiera entenderse, a cargo del miembro del grupo que quiere exonerarse del débito resarcitorio en favor de la víctima) de quién fue el autor material singular. Identificado ese autor, claramente se desvanece la responsabilidad colectiva de los otros miembros del grupo.

Sin embargo, nos planteamos un supuesto ajeno a tal perspectiva. Imaginemos un grupo, dentro del cual algunos —no identificables en su singularidad por parte de otro miembro del mismo grupo— generan el daño a la víctima. El miembro inocente —causalmente— no tiene posibilidades de identificarlos en su singularidad, pero no obstante ello puede sí probar que él intentó, quizás infructuosamente, tratar de evitar el daño [64]. ¿Funcionaría la prueba de esos esfuerzos vanos como eximente? Es un tema opinable, aunque personalmente, por razones de justicia, creeríamos que sí [65].

No podemos dejar de considerar que como lo dispone el CCyCN en el artículo 1762, incide en la procedencia de la eximente el tipo de actividad desarrollado por el grupo, ya que, si ella es riesgosa, solo exime la prueba de que no se integraba el grupo.

c) El tercero de los artículos del CCyCN que cierra el tema de la responsabilidad colectiva o anónima es el 1762, que tiene por título "Actividad peligrosa de un grupo".

Dispone al respecto que, si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos los integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Solo se libera quien demuestre que no integraba el grupo.

---

(63) "Tratado de la responsabilidad objetiva", op. cit., pág. 547.

(64) Entre los muchos casos jurisprudencialmente afines al tema, es casi paradigmático el incendio de la cúpula de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario generado por bengalas activadas por un grupo de manifestantes de rango sindical desde la plaza situada enfrente de aquel histórico edificio.

(65) PIZARRO, "Tratado de la responsabilidad objetiva", op. cit., pág. 550, menciona como eximentes frente al daño anónimo la demostración de que el sujeto no contribuyó a la producción del daño, la de la falta de integración del grupo, la imposibilidad de haber causado el daño (v.g. por no haber estado presente en los hechos) y las eximentes propias de la responsabilidad individual como el hecho o culpa de la víctima, el accionar de un tercero ajeno al grupo o el caso fortuito.

La referencia a la actividad peligrosa se relaciona directamente con lo normado en el artículo 1757 del mismo Código Civil y Comercial, el cual, siguiendo reclamos de la doctrina reiteradamente manifestados, amplía el factor objetivo de atribución que el artículo 1113 del Código Civil reformado por la Ley 17.711 contemplaba para el dueño o guardián de la o las cosas viciosas o riesgosas, en el sentido de sumarle responsabilidad a quien lleva a cabo "actividades riesgosas", sea que en ellas se empleen cosas o no.

Esas actividades riesgosas en el perfil que les asigna el mencionado artículo 1757 del CCyCN, pueden serlo "por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización" (66), lo cual, como es razonable, deja al intérprete un amplio campo de apreciación para así calificarlas en cada supuesto singular.

Como echa de verse con claridad, esta norma ofrece una especie de rango de responsabilidad colectiva calificada o agravada con relación a la contemplada en el artículo precedente (relativo al denominado por el legislador "daño anónimo), ya que la peligrosidad del grupo acota (aun manteniendo en ambos casos la solidaridad entre los miembros del grupo) la eximente, que queda solo circunscripta a la prueba de que no se integró el grupo.

También es de destacar, como consecuencia del reforzamiento del débito resarcitorio que la ley le asigna al grupo que realiza actividades riesgosas, que la activación del supuesto contemplado en la norma no requiere que todos los miembros del grupo de riesgo desarrollen la misma conducta que desemboca a la postre en el daño, sino que el juicio de reproche se funda en el hecho de que la acción del conjunto, aprehendida como fenómeno unitario, fue la que generó la consecuencia dañosa (67).

---

(66) No viene ahora al caso memorar los debates habidos en doctrina y jurisprudencia cuando en el año 1968 el Código Civil reformado incorporó la responsabilidad objetiva por los daños causados con o por cosas, singularmente en relación a qué cosas podían o debían ser consideradas "riesgosas" (las "viciosas" eran más fácilmente perfilables, ya que era claro que si el perjuicio se derivaba de un defecto de fabricación, funcionamiento o empleo, vale decir, de un "vicio" genético o funcional de la cosa, el tipo legal aparecía patente). Mas allá de quienes -aun con una carga de prestigio técnico envidiable- proponían una especie de nómina de "cosas riesgosas" (no se discutía, v.g., que un automóvil o cualquier vehículo automotor lo era, pero sí por ejemplo si un paraguas podía caber o no dentro de ese listado apriorístico), la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia interpretaban que el carácter riesgoso debía ser evaluado por el juzgador en el caso concreto, no siendo procedente preconstituir nómina alguna.

(67) Franco MELCHIORI, "Los supuestos de responsabilidad por causalidad grupal en el nuevo Código Civil y Comercial", en "Revista de Responsabilidad civil y seguros",

Recuerda Dora Gesualdi [68] que como ejemplo paradigmático de grupos que cumplen actividades riesgosas el artículo 95 del Código Penal preveía que el reproche penal cabía a todos los que habían ejercido violencia sobre la víctima, teniéndoselos como coautores aun cuando no se tuviera la certeza de quien causó puntualmente las lesiones o la muerte.

Por su parte, recuerda con acierto Galdós [69] que entre los antecedentes sobre responsabilidad grupal riesgosa debe mencionarse el artículo 31 de la Ley General del Ambiente No. 25.675, según el cual si en la comisión del daño ambiental colectivo hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso del derecho de repetición entre sí, para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable.

Al respecto, hay coincidencia en calificada doctrina [70] en señalar que hay al menos tres casos especiales (con regulación normativa propia aparte de la genérica del CCyCN) de responsabilidad por actividades riesgosas grupales, que son, a saber, el ya mencionado artículo 31 de la LGA; la responsabilidad de los participantes en la organización de un espectáculo público deportivo; y la responsabilidad que dentro del marco de una relación de consumo (conforme a la ley 24.240 con sus modificaciones ulteriores) le cabe al fabricante, importador, distribuidor, proveedor y vendedor de cosas o servicios riesgosos para el consumidor, cuando este sufra un daño.

Quizás, nos planteamos (en la medida en que el precepto bajo consideración alude de modo expreso a "la actividad peligrosa hacia terceros"), qué pasaría con relación a los daños que ese grupo peligroso (por la actividad que desarrolla) genera no hacia terceros, sino hacia alguno o algunos de sus propios miembros. La duda posible es: probados el daño y la causalidad grupal, ¿funciona la solidaridad en favor de la víctima, como si fuere un tercero? ¿O bien la culpa subyacente en el mero hecho de integrar un grupo riesgoso neutraliza el débito resarcitorio hacia la

---

Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017-VIII-4, pág. 45.

(68) "Daños en riña. Responsabilidad colectiva", en "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", Editorial La Ley, Buenos Aires 2013-IX-59.

(69) "La responsabilidad civil", op. cit., tomo III, pág. 399.

(70) Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS, "Tratado de la responsabilidad civil", Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, tomo III, pág. 546, así como Jorge Mario Galdós, "La responsabilidad civil", op. cit., Tomo III, pág. 400.

víctima? La disyuntiva está abierta al intérprete, aunque personalmente seríamos de la opinión, por razones de justicia, de habilitar la reparación del daño sufrido por el miembro del grupo, excepto que en el caso proceda la eximente general de culpa de la propia víctima (culpa entendida no solo por integrar el grupo, sino por colaborar en la causación de su propio daño).

X. Conclusiones

La problemática de la responsabilidad civil por los daños causados colectivamente, con excepción de la previsión del artículo 1119 del Código de Vélez Sarsfield que con su origen romanista contemplaba la generada a transeúntes por los daños causados por cosas caídas o arrojadas desde un inmueble donde habitaban varias personas, carecía hasta la sanción del CCyCN de una regulación que la doctrina y la jurisprudencia venían reclamando desde hace décadas.

Nuestro hoy homenajeado, el Profesor Jorge Bustamante Alsina ha sido una de las voces que primeramente y de manera particularmente atinada y consistente han bregado por el diseño de la consagración legal de esta faceta singular de la responsabilidad civil.

Como hemos reseñado en estas líneas precedentes, el CCyCN ha sabido captar ese reclamo y plasmarlo en tres artículos específicos, los que de alguna manera han seguido los senderos conceptuales propuestos por la doctrina mayoritaria, diferenciando la responsabilidad colectiva de los habitantes de un edificio o de un sector del mismo por los daños causados por cosas arrojadas o caídas, la denominada responsabilidad colectiva anónima (en el sentido de ser anónima la autoría de quien dentro de un grupo causa un daño), la cual a su vez es de algún modo el género del cual el supuesto anterior y el subsiguiente son especies, y la responsabilidad colectiva derivada de los daños causados por un grupo de personas que realiza actividades riesgosas.

Responsabilidad civil por daños causados a la salud en tiempos de inteligencia artificial

Por Sandra M. Wierzba

I. Introducción

Hace ya varias décadas, Jorge Bustamante Alsina advirtió sobre la capacidad que tenían los avances tecnológicos para desbordar las normas jurídicas que regulan la responsabilidad civil [(1)]. Asimismo, entre variados conceptos asociados a su notable poder de anticipación, señaló que la "informática", hacía a uno de *"los aspectos más importantes de la evolución de la técnica de la información" y que su incidencia en la vida privada de las personas generaba grandes problemas en la sociedad moderna.* Alertó sobre la formación de ficheros de datos personales, que comportaban el riesgo de categorización de individuos, que *devenía aún más grave cuando los perfiles de las personas se convertían en una abstracción ante el intercambio de información entre ordenadores, atentando gravemente su identidad e intimidad*. Notó además que *la memoria de las computadoras conservaba "indefinidamente los datos nominativos y los resultados de los tratamientos computarizados de ellos, atentando contra el derecho al olvido, que es un derecho natural indispensable para que el peso de un pasado no destruya al hombre haciéndole perder el sentimiento de su libertad al impedirle rehacer su personalidad"* [(2)].

Ello tuvo lugar décadas antes de la irrupción efectiva de la inteligencia artificial (IA) y de su especie más sorprendente, conocida como inte-

---

(1) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX", en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio, homenaje al Profesor Dr. Aníbal Alterini,* Abeledo Perrot, Bs. As., 1997, pp. 15 y 16.

(2) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Teoría general de la responsabilidad civil", 9ª. edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As. 1997, pp. 687/689.

ligencia artificial generativa (IAGen). En la actualidad, este tipo de tecnología impacta en los más variados ámbitos de la existencia humana, con efectos que alteran el orden conocido y que al Derecho le resulta difícil aprehender y regular.

En materia de responsabilidad civil —especialmente en lo relativo a su función indemnizatoria— los grandes paradigmas vigentes se aplican sin vacilación al mundo físico y tradicional, no así a los desarrollos de IA, caracterizados por cambios vertiginosos, por la llamada "opacidad algorítmica" y por el carácter transnacional de los diseños. Esas particularidades importan un desafío para la aplicación tales paradigmas, pero, asimismo, para la construcción de nuevas reglas jurídicas eficaces.

En este contexto se inscribe este ensayo, donde nos proponemos brindar una mirada crítica sobre algunos de los conflictos que la IA supone en materia de responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios de salud y proponer ciertos criterios y prácticas a su respecto.

II. NOTAS SOBRE LAS APLICACIONES DE IA EN SALUD

En general, en el ámbito de la salud, la IA se viene utilizando para mejorar la velocidad y la precisión en el diagnóstico; para facilitar la atención clínica; reforzar la investigación y el desarrollo de medicamentos, además de apoyar diversas intervenciones de salud pública, como la vigilancia de la morbilidad, la respuesta a los brotes epidémicos y la gestión de los sistemas de salud. Se entiende que además esta tecnología podría permitir un mayor control por parte de los pacientes de su propia atención de salud; facilitando el acceso a los servicios sanitarios en los países con escasos recursos y en las comunidades rurales [3].

En el terreno en cuestión, hoy en día los sistemas de IA se aplican bajo variadas formulaciones. Algunos operan como como *asistentes* de los profesionales para un mejor diagnóstico y orientación terapéutica, en la medida en que se nutren y permiten comunicar el contenido diseminado en enormes volúmenes de bibliografía especializada, en tiempo real. Así, por ejemplo, esta tecnología se valora especialmente en el campo del diagnóstico por imágenes (RX, TAC, RNM), donde alcanza a detectar patrones sutiles en fracturas, hemorragias cerebrales, embolias pulmonares y otras condiciones de salud, con gran rapidez y capacidad

(3) Ver https://www.who.int/es/news/item/28-06-2021-who-issues-first-global-report-on-ai-in-health-and-six-guiding-principles-for-its-design-and-use , disponible al 22/5/25.

para reducir el margen de error. De hecho, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica viene aprobando herramientas a tal fin [4].

A su vez, la IA ha demostrado un gran potencial para el diagnóstico del cáncer de piel, como patología para la cual la visión comparativa de lesiones resulta sustancial [5]; y de arritmias cardíacas, mediante la realización de electrocardiogramas ambulatorios. [6]

Ciertos sistemas funcionan en el consultorio médico, pero en forma prácticamente autónoma, en tanto el diagnóstico se sigue de una prescripción, actuando el profesional en una función de mera colaboración. Así, por ejemplo, la Food & Drug Administration de los EE. UU. aprobó ya en el año 2018 la comercialización de un *software* con IA para el diagnóstico de retinopatía del diabético, para su uso en consultorios de atención primaria. En su caso, el médico se limita a cargar imágenes digitales de la retina del paciente en un servidor en la nube, obteniendo una respuesta automatizada en el sentido que "se detectó una retinopatía diabética más que leve: consulte a un profesional de la salud visual" o "negativo para una retinopatía diabética más que leve; volver a filtrar en 12 meses" [7]. Este tipo de sistemas facilitan la resolución de problemas de salud por médicos de familia o generalistas, limitando la derivación superflua de pacientes a los especialistas.

Se afirma además que la cirugía asistida por inteligencia artificial contará en el futuro con robots quirúrgicos cada vez más sofisticados

---

(4) https://entelai.com/sites/3/2020/08/03/aprobacion-de-anmat-para-entelai-covid-19/, disponible al 22/5/25.

(5) ESTEVA, Andre, KUPREL, Brett, NOVOA, Roberto A., KO, Justin, SWETTER, Susan, BLAU, Helen M. & THRUN, Sebastian, "Dermatologist-level classification of skin cancer with deep neural networks", 25/1/17, Nature volume 542, pages 115–118 (2017), disponible al 22/5/25 en https://www.nature.com/articles/nature21056

(6) BARKER, José, LI, Xin, KOTB, Ahmed, MAVILAKANDY, Akash, ANTOUN, Ibrahim, THAITIRAROT, Chokanan, KOEY, Ivelin, MAN, Sharon, SCHLINDWEIN, Fernando S., DHUTIA, Harshil, CHIN, Shui Hao, TYUKIN, Iván, NICOLSON, William B., NG, Andre "Inteligencia artificial para la capacidad de detectar arritmias ventriculares mediante electrocardiogramas ambulatorios", Revista Europea del Corazón - Salud Digital , Volumen 5, Número 3, mayo de 2024, páginas 384–388, https://doi.org/10.1093/ehjdh/ztae004, 30/1/24, disponible al 22/5/25 en https://academic.oup.com/ehjdh/article/5/3/384/7591810

(7) "FDA permits marketing of artificial intelligence-based device to detect certain diabetes-related eye problems", disponible en https://www.fda.gov/news-events/press-announcements/fda-permits-marketing-artificial-intelligence-based-device-detect-certain-diabetes-related-eye , al 21/5/25.

que ayudarán a mejorar la precisión y a reducir los tiempos de recuperación; existiendo países que ya cuentan con hospitales operados exclusivamente por agentes de IA, que atenderían miles de pacientes diariamente [8]. Asimismo, los "robots sociales", podrían resultar de gran valor para lo que se viene denominado epidemia de soledad, de gran impacto a nivel mundial y en el campo de la rehabilitación, donde ya existen robots que confortan a pacientes postrados tomándolos en sus brazos, aliviando además la carga de movilidad e higiene por parte del personal de salud [9].

También existen diversas aplicaciones (o *apps*)con IA, directamente empleadas por los pacientes con el fin de procurar una mejor adherencia a los tratamientos, para evitar recaídas, para facilitar el seguimiento de regímenes dietarios y el sostén de la actividad física. Algunas funcionan como alertas de reposición de la medicación y para la programación de nuevas consultas médicas. Todo ello propicia el cuidado primario de la salud y facilita el acompañamiento de personas enfermas crónicas. Existen además *apps* que cuentan los pasos, miden la temperatura corporal, analizan las frecuencias vocales y el rostro.

Por su parte, durante la pandemia de COVID-19, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires desarrolló un sistema de inteligencia artificial cuyo objetivo fue mejorar la estrategia de testeos de coronavirus, mediante el análisis de la tos a través de audios de WhatsApp, creados a partir de la recolección de más de 140 mil muestras de toses [10].

Ahora bien, se viene alertando sobre ciertas consecuencias disvaliosas del uso de estos sistemas. Así, por ejemplo, en un estudio en el cual se analizaron centenas de aplicaciones médicas disponibles en teléfo-

---

(8) Ver por ej. http://spanish.peopledaily.com.cn/n3/2025/0318/c31616-20290926.html#:~:text=Si%20bien%20la%20IA%20puede,esencia%20de%20la%20interacci%C3%B3n%20humana; https://www.infobae.com/tecno/2024/09/08/crean-el-primer-hospital-operado-por-robots-e-inteligencia-artificial-que-paso-con-los-medicos/?gad_source=1&gad_campaignid=21937287514&gbraid=0AAAADmqXxRVkcY8tziq1g88lt2OZFBTT&gclid=Cj0KCQjwlrvBBhDnARIsAHEQgOSd98WXzN-zzfev_Qk11HAbWuOMr5iMzynV2dMVhyJIyC8yOME4PRsaAklWEALw_wcB y https://www.pagina12.com.ar/804263-con-la-inteligencia-artificial-la-medicina-ya-nunca-mas-sera;.

(9) BOSSIO, Paz, SALINAS, Griselda y SOSA, Estefanía "Robots Sociales en Salud. Algunas reflexiones éticas y jurídicas para los nuevos dilemas que se presentarán", ponencia presentada en las VII Jornadas Nacionales de Derecho de la Salud, VI Seminario Internacional de Bioderecho, Facultad de Derecho, UBA, 8 al 10/9/21.

(10) Ver https://buenosaires.gob.ar/jefaturadegabinete/innovacion/noticias/iatos-el-sistema-de-inteligencia-artificial-desarrollado-por , disponible al 21/5/25.

nos inteligentes, se constataron problemas de calidad en matera de recomendaciones a los usuarios (por ej., sobre dosis de medicamentos, sin consideración de los riesgos asociados) y falta de advertencia sobre interacciones farmacológicas fatales. También se hallaron afectaciones a la privacidad, ante la lisa y llana falta de las políticas correspondientes o por violación de las contenidas en los términos y condiciones [11].

Por otra parte, se ha postulado que con los registros corporales hoy disponibles y otros factibles (ej.: de sudoración y de sangre, mediante provisión de kits para su análisis), a futuro podrán vincularse las competencias de los médicos y los biólogos, para cerrar la propia industria digital el círculo, proponiendo ella misma o sus eventuales asociados [12], el seguimiento continuo y perfecto mediante sistemas inteligentes, que nos alertarían en tiempo real de cualquier riesgo y patología, a cambio de un abono. Así, los médicos y demás proveedores tradicionales de servicios de salud estarían condenados a su destronización, erradicándose el zócalo humanista sobre el cual la medicina se habría constituido desde la antigüedad [13].

La desigualdad en el acceso a este tipo de tecnología, los riesgos para la seguridad de los pacientes y para el medio ambiente, los sesgos que impactan en la equidad en el tratamiento, la pérdida de habilidades humanas por sustitución y claro está, la muy comentada, analizada —y previamente mencionada—, fragilidad en la protección de los datos personales, son otros de los grandes riesgos que supone la omnipresencia de la IA en el ámbito de la prestación de servicios de salud.

III. IA en salud: algunas pautas regulatorias trascendentes

En el año 2021, la Organización Mundial de la Salud (OMS) publicó un primer informe mundial sobre la IA aplicada a la salud, proponiendo

---

(11) ANDREWS, Lori "Derechos fundamentales, privacidad y aplicaciones móviles médicas", En Letra Civil y Comercial, año III, No 6, 2018, p. 2 a 5, disponible al 4/6/23 en https://www.enletracivilycomercial.com/_files/ugd/9a5197_414745e9c25745b1886c6f92f1a003c1.pdf. Las investigaciones fueron realizadas por el Instituto de Ciencia, Derecho y Tecnología en el IIT Chicago-Kent College of Law.

(12) De hecho, hoy en día ya existen Google Health y Calico (Alphabet/ Google), Health Kit, Care Kit, Research Kit (Apple).

(13) SADIN, Eric "La inteligencia artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical", Bs. As., Caja Negra 2020, p. 132/136.

principios rectores relativos a su concepción y utilización [14], como resultado de dos años de consultas a expertos internacionales sobre la materia. Allí se advierte sobre el peligro de sobreestimar las ventajas de la IA en el ámbito de la salud, en detrimento de inversiones y estrategias básicas que son necesarias para lograr la cobertura sanitaria universal y de subordinar los derechos de los pacientes y de las comunidades, a los intereses comerciales de las grandes tecnológicas o de los gobiernos en materia de vigilancia y control social. Además, se llama la atención sobre la escasa aplicabilidad que podrían tener los sistemas entrenados para un ambiente socioeconómico determinado, en su aplicación a otro. Por todo ello, se propone un adecuado diseño; la implicación comunitaria, la alfabetización de los operadores, además del respeto de las obligaciones en materia de derechos humanos en un esfuerzo de trabajo conjunto entre gobiernos, proveedores y diseñadores, desde la concepción y desarrollo, hasta la implementación de tales tecnologías.

A tal fin, la OMS propuso seis principios básicos, pensando en una IA para la salud utilizada en beneficio de todas las personas: preservar la autonomía del ser humano; promover el bienestar y la seguridad de las personas y el interés público; garantizar la transparencia, la claridad y la inteligibilidad; promover la responsabilidad y la rendición de cuentas; garantizar la inclusividad y la equidad y la promoción de una IA con capacidad de respuesta y sostenible.

También en 2021 se publicó la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de la UNESCO (2021) [15], que reconoce que los sistemas de IA para la atención de la salud suponen casos de utilización de información sensible en materia de derechos humanos, requiriendo mecanismos para vigilar su impacto social y supervisión independiente y adecuada (ap. 62). Allí se propone reforzar las políticas de datos personales para garantizar su seguridad total en materia de datos sensibles, que incluyen naturalmente aquellos de salud (ap. 74); un deber de esforzarse para el empleo de sistemas eficaces en materia de salud y conformes al derecho internacional y a sus obligaciones en materia de derechos humanos (ap. 121); con especial acento en grupos vulnerables (con afectaciones a la salud mental, NNA) (ap. 122); la minimización de sesgos, con inclusión de profesionales, pacientes y cuidadores en todas las eta-

---

(14) Informe sobre ética y gobernanza de la inteligencia artificial en el ámbito de la salud, ver https://www.who.int/es/news/item/28-06-2021-who-issues-first-global-report-on-ai-in-health-and-six-guiding-principles-for-its-design-and-use , disponible al 22/5/25, cit.

(15) De fecha 23/11/21, https://www.unesco.org/es/legal-affairs/recommendation-ethics-artificial-intelligence , disponible al 22/5/25.

pas correspondientes al elaborar los algoritmos; la participación de seres humanos en las decisiones finales sobre diagnósticos y tratamientos y el examen por un comité de investigación ética antes del uso de sistemas de IA en la clínica [16] (ap. 123); la investigación sobre efectos y regulación de sistemas de IA para la salud mental (ej.: aumento de la depresión, ansiedad, aislamiento social, información errónea, etc.) (ap. 124) y la elaboración de directrices sobre interacciones entre seres humanos y robots, su repercusión en las personas, especialmente en grupos vulnerables y con base en la investigación (ap. 125), entre otras valiosas pautas.

En el año 2023, una nueva publicación de la OMS, advirtiendo que la IA podría transformar completamente el sector salud, pero notando que los sistemas de grandes modelos lingüísticos se estaban desplegando rápidamente, a veces sin total comprensión de su posible funcionamiento y con grandes riesgos asociados, propuso nuevas pautas para regular la IA en salud de manera efectiva. Allí se destacan seis aspectos: la importancia de la transparencia y la documentación; la gestión de los riesgos, la validación externa de los datos y la claridad sobre su uso previsto; el compromiso con la calidad de los datos, la privacidad y la protección de datos [17] y la promoción de la colaboración entre los organismos reguladores, los pacientes, los profesionales de la salud, los representantes de las industrias y los organismos gubernamentales [18].

Ahora bien, el Reglamento Europeo de la Inteligencia Artificial (2024) [19], sin duda es el instrumento jurídico más relevante en la materia dictado hasta el día de la fecha y contiene muy diversas referencias relativas al cuidado de la salud. En esencia, y en primer término, existen tres criterios nucleares presentes a lo largo de todo su texto y que definen el alto riesgo de estos sistemas: la afectación de *la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de las personas físicas* [20].

---

(16) "Cuando sea necesario, según la disposición".

(17) Con énfasis en la comprensión del alcance de la jurisdicción y los requisitos del consentimiento, según pautas del RGPD europeo y la Ley de Portabilidad y Responsabilidad del Seguro Médico de EE. UU.

(18) Conf. https://www.who.int/es/news/item/19-10-2023-who-outlines-considerations-for-regulation-of-artificial-intelligence-for-health , disponible al 22/5/25

(19) Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act) (Text with EEA relevance, PE/24/2024/REV/1, disponible en https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj/eng al 22/5/25

(20) Ello se aprecia especialmente en el Cap. III, Sec. 1.

Luego al definirse exactamente cuáles serían los sistemas de IA de alto riesgo (Anexo III), se incluyen:

1. los sistemas a ser utilizados por la autoridad pública o en su nombre, para evaluar la admisibilidad de las personas físicas para beneficiarse de servicios y prestaciones esenciales de asistencia pública, incluidos los servicios de asistencia sanitaria, así como para conceder, reducir o retirar dichos servicios y prestaciones o reclamar su devolución (art. 5.a.);

2. los sistemas destinados a ser utilizados para la evaluación de riesgos y la fijación de precios en relación con las personas físicas en el caso de seguros de vida y salud (art. 5.c); y

3. los sistemas de IA destinados a evaluar y clasificar las llamadas de emergencia realizadas por personas físicas o para ser utilizados para el envío o priorización del envío de servicios de primera respuesta, incluyendo la asistencia médica, así como de sistemas de triaje de pacientes en servicios de atención médica de emergencia (art. 5.d).

Ahora bien, la regulación de la IA en materia de salud, de tal modo de determinar qué prácticas son aceptables y cuáles no y cómo deben validarse, probarse y auditarse los sistemas de IA, constituye una necesidad también en América Latina. Entre sus objetivos esenciales se halla la promoción de la seguridad de los pacientes y la protección de sus derechos fundamentales, debiendo dirimirse si conviene hacerlo mediante disposiciones de *hard law* (leyes parlamentarias) o *soft law* (de mayor flexibilidad, como las directivas éticas) [21].

IV. INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN SALUD Y SUS EFECTOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

IV.1. Paradigmas y fenómenos propios de la responsabilidad civil actual [22]

En el derecho contemporáneo existe consenso en el sentido que la responsabilidad civil tiene por eje a la víctima y que todo daño injusto

---

(21) Conf. documento técnico 5, de julio de 2024, del Centro de Inteligencia Artificial y Salud (CLIA), disponible al 26/5/25 en https://clias.iecs.org.ar/publicaciones/

(22) Nos hemos ya referido al tema en Wierzba, Sandra M. "Responsabilidad civil y automatización: hacia nuevos paradigmas", La Ley, 2/8/2023, pp. 1-4, LL 2023-D.

debe repararse en forma plena, en un sistema que ha consagrado una antijuridicidad extensa y una variedad de factores objetivos de atribución de responsabilidad que comprenden los daños causados por terceros, por las cosas y por las actividades riesgosas [23]. A su vez, los reclamos por daños involucran a una diversidad de deudores, quienes deben responder en forma plural, de tal modo de garantizar adecuadamente los derechos de las y los damnificados. En su contexto se reconoce un lugar privilegiado a los derechos personalísimos, a los propios del consumidor y a los derechos de incidencia colectiva, habiéndose incorporado a la ley la función preventiva y algunas expresiones de la función disuasiva de la responsabilidad civil, al advertirse las limitaciones de la tradicional función indemnizatoria, frente a los ingentes daños para los cuales las respuestas *ex post* cuentan por lo general con poco sentido [24].

Ahora bien, ante el avance vertiginoso de la tecnología, el sistema de responsabilidad civil que en esencia ha sido fruto de la labor permanente de los jueces, en su interpretación atenta a una realidad cambiante [25], podría mutar en forma inédita, quedando reservado a áreas de interés social cada vez más restringidas o bien pasando a depender también de diseños de carácter algorítmico. Es que internet, la economía de plataformas y muy especialmente la inteligencia artificial, han penetrado íntima y extensamente la vida de las personas, imponiendo nuevas formas de vincularse y de solucionar sus conflictos, mediante procedimientos

---

(23) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída "Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", Revista Jurídica UCES, 17, Bs. As., 2013, 7-37 y "Responsabilidad civil. Su actualidad. Nuevas tendencias y desafíos", LL 14-2-22; BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo "Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual (con especial referencia al Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial), Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, 2012-3, p. 99/131; CALVO COSTA, Carlos A. "El daño resarcible en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" SJA 2012/12/26-42 ; JA 2012-IV, AP/DOC/4769/2012; ITURBIDE, Gabriela A., "Breve análisis sobre los alcances de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código", RCyS 2014-VI, 34, AR/DOC/2285/2013; PICASSO, Sebastián "La reforma del derecho de daños", SJA 2012/12/26-3 ; JA 2012-IV, AP/DOC/4884/2012.

(24) Conf. CALVO COSTA, Carlos A. "La pretensión preventiva en el derecho de daños", LA LEY 19/02/2018, AR/DOC/197/2018; LORENZETTI, R. "La tutela civil inhibitoria", en la LL. 1995-C-1217; NICOLAU, Noemí, "La tutela inhibitoria y el nuevo Artículo 43 de la Constitución Nacional", en LL, 1996-A-1245; SEGUÍ, Adela M. "La prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino", SJA 2012/12/26-9 ; JA 2012-IV, AP/DOC/4885/2012; VERGARA, "La prevención en el derecho de la responsabilidad civil", RCyS, 2003-252; entre variados trabajos.

(25) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Responsabilidad civil. Su actualidad. Nuevas tendencias y desafíos", cit.

que escapan a los tradicionalmente ofrecidos por los organismos estatales. Además, el avance de la justicia digital propone un modo diverso de construcción de las decisiones, mediante mecanismos que van sustituyendo la labor de los jueces.

En la concepción de nuestra doctrina especializada, estaríamos asistiendo a una transnacionalización de las relaciones interpersonales, que deriva en la globalización jurídica, cultural, social, valorativa y costumbrista [26], con el inevitable ocaso del dogma de la estatalidad del derecho como producto de la globalización [27] y a *un proceso privatizador en el cual se pretende transferir lo burocrático e ineficiente del aparato estatal a la dinámica de los intereses privados* [28]. En este contexto, *buena parte de las que hasta hace pocos años eran "modernas construcciones de la responsabilidad civil" han "comenzado a perder aptitud para dar respuesta adecuada a los nuevos problemas que la realidad presenta"* [29], alertándose sobre las proyecciones futuras impredecibles de esta materia en la era tecnológica.

Lo esperable en términos jurídicos, sociales, económicos y también tecnológicos puede resultar tan extraordinario y variable, que exigirá un verdadero ejercicio de imaginación, además de unos enfoques y conclusiones ciertamente provisorios. Con esos límites, formulamos las siguientes apreciaciones.

IV.2. IA y presupuestos de la responsabilidad civil

Sin desconocer el lugar trascendente que ocupa la función preventiva de la responsabilidad civil en el campo de los daños a la salud generados en la era tecnológica, muy especialmente ante cualquier tipo de vínculo que suponga puntos de conexión con el extranjero (jurisdicción o ley aplicable) y en el caso de la directa afectación de derechos personalísimos [30], centraremos nuestro enfoque en su función indemniza-

---

(26) SAUX, Edgardo I., "Globalización y constitucionalización. Algunas proyecciones en el Derecho Privado de los contratos, singularmente en el Código Civil y Comercial argentino de 2015", JA, 2016-II-785.

(27) GALGANO, Francesco, "La globalización en el espejo del derecho", trad. de Horacio Roitman y María de la Colina, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 81.

(28) SAUX, Edgardo I. "Globalización y constitucionalización…", cit.

(29) PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo "Manual de responsabilidad civil", Santa Fe, Rubinzal Culzoni 2019, T 1, p. 25.

(30) TOBÍAS, José W, en "Los derechos personalísimos, los avances científicos y las nuevas tecnologías", TR LALEY AR/DOC/3474/2020 realiza un interesante desarrollo

toria, clásica y aún preponderante en los litigios sobre la materia objeto de análisis.

a. Daño

En la materia que nos ocupa, más allá de la centralidad del "daño", hay que tener en cuenta que los usuarios de servicios de salud mayormente son personas enfermas que llegan a la consulta médica por procesos patológicos propios. Por ello, pensamos que el daño característico en este ámbito es la pérdida de una chance —art. 1739 CCyCN— *de curar o bien de no enfermar más* [31].

Sobre este presupuesto de la responsabilidad civil, cabe comentar que en la resolución del Parlamento Europeo, del 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica [32], se sostuvo que "cualquier solución jurídica elegida en materia de responsabilidad de los robots y de la inteligencia artificial para los supuestos diferentes de los daños materiales no debería en modo alguno limitar el tipo o el alcance de los daños y perjuicios que puedan ser objeto de compensación, y tampoco debería limitar la naturaleza de dicha compensación, basándose únicamente en que los daños han sido causados por un agente no perteneciente a la especie humana".

b. Antijuridicidad

En cuanto a la antijuridicidad, nuestro derecho reconoce su configuración en sentido amplio, al definir que *cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica, si no está justificada* (conf. art. 1717 CCyCN), sin perjuicio de persistir un tipo de antijuridicidad típica, en la cual el daño es consecuencia de la infracción a una obligación específica. En particular, las y los profesionales de la salud actúan en forma antijurídica cuando transgreden lo pactado, pero también cuando in-

---

al respecto, proponiendo la aplicación del extendido *test de ponderación,* cuando queden enfrentados ciertos derechos personalísimos y fundamentales -intimidad, dignidad- y la libertad de expresión.

(31) PIAGGIO, Aníbal N. "Azar y certeza en el derecho de daños", ED 152-79. Asimismo, puede verse HIGHTON, Elena I. - GREGORIO, Carlos G., ÁLVAREZ, Gladys S., Cuantificación de daños personales. Publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas, Revista de derecho privado y comunitario, No 21, Derecho y economía, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 127/19.

(32) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html, disponible al 24/5/25.

fringen normas que establecen deberes específicos y el deber genérico de no dañar, a menos que exista una causa de justificación de tal antijuridicidad (por ej. arts. 1718 y 1720 CCyCN).

Así, el daño injusto proveniente de un sistema de IA (robótico u otro), que participe de la prestación de servicios de salud, podrá ser presupuesto suficiente de la responsabilidad civil, aún si no existe a nivel local una norma específica que lo prevea.

c. Relación de causalidad adecuada

A su vez, resulta presupuesto necesario de la responsabilidad civil, la existencia de una relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido por el paciente y el accionar antijurídico. Al respecto, hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que tratándose de responsabilidad médica, para que proceda el resarcimiento de los perjuicios sufridos, debe acreditarse la relación de causalidad entre el obrar culposo del profesional y el daño causado [(33)]. De existir un factor ajeno que interrumpa o bien interfiera la cadena causal, como el hecho del damnificado (art. 1729 CCyCN), de un tercero por quien no se deba responder (art. 1731 CCyCN) o un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730 CCyCN), podrá no existir responsabilidad civil o reconocerse ésta sólo parcialmente.

Al respecto, resulta interesante destacar que, en términos funcionales, los modelos algorítmicos de la IA son de cuño predictivo. Es así que más que aspirar a una verdad construida en base a relaciones de causalidad, mediante el método deductivo propio de los razonamientos jurídicos, tienden a proporcionar respuestas a partir del entrenamiento y la actualización de los datos aportados. En otras palabras, así como la causalidad jurídica es una construcción cultural que tiene como ingrediente el obrar contingente de la conducta humana y que, en definitiva, supone definir "hasta dónde quiere el Derecho que los hombres respondan por sus actos" [(34)]; la IA sigue los criterios de la "correlación", como

(33) Fallos 315:2397, 325:2183.

(34) GOLDENBERG, Isidoro H. "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", Bs. As., Astrea, 1984, p. 15/43 y "El principio de causalidad adecuada en un esclarecedor fallo". Comentario a fallo de la CNAp. Civ. y Com. de Azul, autos "Álvarez, Mirta I. y otro v. Pianta, Sergio D.", sala II, 11/06/1996, AP 971513; JA 1997-II-183; AP 1/16831; 1/16160 y 1/16252,

"correspondencia o relación recíproca entre dos o más cosas o series de cosas" [35].

Obviamente, lo expuesto no significa que los daños causados por IA linealmente vayan a ser juzgados en base a un razonamiento distinto a los demás, implicando un virtual abandono del presupuesto de la causalidad adecuada en el ámbito bajo estudio. Pero sí vale la pena un señalamiento en el sentido que el modo de organizar esta nueva forma de racionalidad es a través de la correlación estadística, es decir, por medio de la generación de patrones que sirven para proyectar tendencias o comportamientos futuros de acuerdo a los del pasado [36], en prácticas que van moldeando el comportamiento y las decisiones de los usuarios a partir de sugerencias y recomendaciones [37]. Y entre tales usuarios, seguramente se hallarán muchos magistrados, a cargo de juzgar la responsabilidad civil por daños causados por proveedores de servicios médicos.

A su vez, en cuanto a la implementación de sistemas algorítmicos en las decisiones de salud, el método de la correlación también cuenta con implicancias muy concretas, que, desde una mirada antropológica, fueran descriptas del siguiente modo: "...el robot diagnosticador es incapaz de explicar cómo lo haría un médico, por qué ha llegado a una conclusión, pues ha utilizado complejos procesos de valoración probabilística de cada síntoma, sin entender la enfermedad que sufre el paciente" [38].

d. Factor de atribución de responsabilidad

Por último, nuestro derecho requiere de un factor subjetivo u objetivo que la ley repute apto para señalar quién habrá de ser responsable. Los profesionales de la salud responden por su culpabilidad (arts. 1724 y 1768 CCyCN) y los nosocomios y financiadores, sustancialmente, en base a las normas del derecho consumeril (L24240/93), por riesgo (arts. 1757 y 1758 CCyCN), o garantía (arts. 732 y 1753 CCyCN).

Tales criterios también serían aplicables a los daños causados por robots inteligentes u otros sistemas de IA, donde resultará determinante dilucidar si éstos actúan como meros asistentes de profesionales o insti-

---

(35) RAE, diccionario de la lengua española, disponible en https://dle.rae.es/correlaci%C3%B3n?m=form , al 21/5/25

(36) PASQUINELLI, Matteo; JOLER, Vladan, "El Nooscopio de manifiesto", Apartado 8, https://lafuga.cl/el-nooscopio-de-manifiesto/1053 (08/08/24).

(37) DURAND, Cédric, Tecnofeudalismo, *Crítica de la economía digital*, La Cebra, Kaxilda, CABA, 2022, pp. 123-126.

(38) BARTRA, Roger, "Chamanes y Robots", Anagrama, Barcelona, 2019, p. 111.

tuciones prestadoras de servicios de salud o bien como prestadores autónomos. En el primer supuesto, los reclamos podrían resolverse mediante la aplicación de reglas tradicionales; pero en el caso de funcionar los diseños algorítmicos como verdaderos agentes autónomos, se presentan como relevantes las nuevas construcciones sobre responsabilidad civil.

Al respecto, vale la pena comentar las Normas Europeas de Derecho Civil sobre Robótica [39], donde se propuso un régimen de responsabilidad objetiva que exija probar la producción del daño y un nexo causal entre el funcionamiento perjudicial del robot inteligente y los daños sufridos por la víctima (ap. 54), señalando que una posible solución a la complejidad de la asignación de responsabilidad por los daños y perjuicios causados por robots cada vez más autónomos, podría ser el establecimiento de un régimen de seguro obligatorio, que tuviera en cuenta todas las responsabilidades potenciales en la cadena (ap. 57), sugiriéndose explorar alternativas que contemplen un fondo de compensación subsidiario y un posible régimen de responsabilidad limitada para el fabricante, el programador el propietario y el usuario del robot (ap. 59). Ello fue así, al constatarse los grandes progresos de la robótica y su potencial futuro para la rehabilitación de órganos dañados y el restablecimiento de funciones corporales reducidas, que requerirán de una educación y preparación adecuada de los profesionales de la salud, además de la creación de comités de ética hospitalarios o institucionales para resolver los complejos problemas y dilemas que estos avances podrán generar. Por lo demás, allí se propuso considerar "a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente".

Por su parte, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial [40], estableció normas comunes sobre la exhibición de pruebas relativas a sistemas de inteligencia artificial (IA) de alto riesgo, con el fin de permitir a los accionantes fundar sus demandas de responsabilidad civil extracontractual subjetiva (basada en la culpa) por daños y perjuicios; además de fijar una presunción

(39) Estrasburgo, 16/2/17, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html , al 24/5/25.

(40) Directiva sobre responsabilidad en materia de IA, COM/2022/496 final, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52022PC0496

de nexo causal entre la culpa del demandado y los resultados producidos por el sistema de IA o la no producción de resultados por parte del sistema, en casos determinados y previo cumplimiento de los requisitos allí fijados.

Cabe notar que las disposiciones y recomendaciones transcriptas provienen del sistema europeo, que viene comportándose como el gran regulador de los desarrollos digitales y resultan aplicables en distintos países, muchos de los cuales cuentan con dispositivos de control desarrollados. En nuestro medio, incluso de contar con normativa potente, podríamos enfrentarnos a límites muy concretos en su aplicación efectiva, máxime, en los supuestos de tratamientos de salud provistos por entidades sin arraigo local y/o mediante plataformas gobernadas por términos y condiciones que prevén la intervención de tribunales y la aplicación de leyes extranjeras, para el caso de controversias.

Finalmente, sobre el factor de atribución de responsabilidad, vale la pena hacer una reflexión adicional. El ejercicio de las profesiones liberales exige un obrar prudente, diligente y perito, siendo que la falta de cualquiera de tales condiciones puede significar un obrar culposo, que genere responsabilidad civil. El art. 1724 CCyCN es bien concreto sobre esta cuestión, al disponer que "...La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión...". Particularmente la impericia, se refiere a las infracciones técnicas típicas, ya que supone el desconocimiento de las reglas y los métodos propios de la profesión de que se trate.

Se viene notando que el buen uso de la tecnología bajo análisis permite agilizar el proceso de búsqueda de fuentes de autoridad, cuyo contenido puede habilitar decisiones más prontas y adecuadas en el ámbito de la salud. El fenómeno mencionado ha llevado a algunos referentes en la materia a afirmar que la falta de uso de IA en la atención médica ya significaría *mala praxis* [41], conclusión que a nuestro criterio luce algo ligera y ajena a la realidad argentina. Es que aún se necesita más investigación para explorar las mejores prácticas y estándares para la implementación de la IA en la toma de decisiones sanitarias [42]. En cuanto a

---

(41) Según referencias efectuadas por DÍAZ CANTÓN, Enrique, en la conferencia "Responsabilidad civil médica e Inteligencia Artificial", Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal, 15/4/25.

(42) Conf. documento técnico 5, de julio de 2024, del Centro de Inteligencia Artificial y Salud (CLIA), cit. y KHOSRAVI, Mohsen, ZARE, Zahra; MOJTABEIAN, Seyyed

los usuarios de tales sistemas, no pueden soslayarse las grandes diferencias que presentan los recursos sanitarios en las distintas regiones y subsistemas de nuestro país, siendo que resultan necesarios recursos económicos adecuados para acceder a fuentes especializadas; además de educación apropiada para obtener información de calidad en forma oportuna. A su vez, no pueden desconocerse las peligrosas consecuencias de un uso acrítico de este tipo de herramientas en materia de salud.

Por lo demás, los avances en materia de IA suponen cambios cotidianos en el acceso a fuentes de conocimiento, que podrían significar una carrera de actualizaciones materialmente imposibles de ser asimiladas y aplicadas a la práctica sanitaria en forma humana y eficiente.

Ante este panorama, corresponde recordar que la Ley de Ejercicio de la Medicina 17132/67, aún vigente, establece la prohibición para los médicos de "…aplicar en su práctica privada procedimientos que no hayan sido presentados o considerados o discutidos o aprobados en los centros universitarios o científicos reconocidos del país" (art. 20, inc. 7°.). *A contrario sensu,* bien podría interpretarse que el uso de inteligencia artificial en la medicina debe basarse en prácticas consideradas y en su caso aprobadas por instituciones científicas de referencia. La impericia, debiera asociarse al incumplimiento de los estándares de allí surgidos, contemplándose siempre las circunstancias de tiempo y lugar.

IV.3. Responsabilidad civil por daños a la salud: su juzgamiento mediado por IA

Últimamente, asistimos a la irrupción de la inteligencia artificial también en el ámbito de la Justicia. Se habla de "Justicia digital" [(43)] en sentidos diversos, concepto que incluye la idea de automatización del dictado de resoluciones judiciales por medio de sistemas de IA.

Al respecto, se declama sobre el valor de las variadas innovaciones informáticas aplicadas a la administración de justicia, que contribuyen

---

Morteza, IZADI, Reyhane, "Inteligencia artificial y toma de decisiones en atención sanitaria: un análisis temático de una revisión sistemática de revisiones", Servicios de Salud Res Manag Epidemiol. 5 de marzo de 2024; 11: 23333928241234863. doi: 10.1177/23333928241234863, disponible al 20/5/25 en National Library of Medicine, National Center for Biotechnology Information, https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC10916499/, entre variados trabajos.

(43) Hemos desarrollado extensamente el tema en WIERZBA, Sandra M.; MARHABA MEZZABOTTA, Débora; PÉREZ FELICIONI, Nicolás y COSOY, Diego, "Justicia digital, inteligencia artificial y profesiones jurídicas", LL 25/9/24.

a la agilización de los procesos judiciales, valoradas en los máximos niveles por propiciar "...una mayor eficiencia, transparencia, reducción del uso de papel y acceso de las partes a las causas" (44). Concretamente, la IA se muestra eficaz para determinar el carácter genuino de probanzas documentales (45), para la prevención de fraudes (46); para la práctica de liquidaciones y distribuciones de fondos (47) y para la implementación de medidas cautelares y de ejecuciones forzosas en general, entre otras aplicaciones.

Pero se observa además que se estarían desarrollando habitualmente ciertas prácticas de sustitución humana en funciones esenciales de la labor judicial. En este sentido, en los tribunales se realizaría un uso extenso de inteligencia artificial generativa para el dictado de sentencias, empleándose generalmente sistemas "gratuitos" aún bajo ensayo (ej.: ChatGPT), dudosamente respetuosos de los derechos fundamentales de sus destinatarios finales.

Cabe especificar que la inteligencia artificial generativa (IAGen) es un subcampo de la inteligencia artificial, que habilita la creación de contenido nuevo y original, como asimismo la modificación y mejora del existente, incluyendo texto, imágenes, videos y sonido (48). Este tipo de tecnología permite que, a partir de simples instrucciones orales o escritas (llamadas "prompts"), los jueces puedan sintetizar los argumentos de las partes, ordenar el análisis cibernético de pericias, fundar sus decisiones y, en definitiva, producir lo sustancial del contenido de sus sentencias.

---

(44) CSJN, Ac. 20/2022, al aprobarse el uso del expediente electrónico.

(45) VALENTÍN, Gabriel; "Inteligencia artificial y sistemas de justicia: ¿dónde estamos y hacia dónde vamos?", XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, CABA, 2022, pp. 29-43.

(46) MANGIALARDI, Florencia; "Inteligencia artificial: una herramienta eficaz para detectar el fraude al asegurador", El Derecho. Suplemento Especial. 2024, n° 15.743, https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/18171 (25/07/24).

(47) MOLINA SANDOVAL, Santiago; "La inteligencia artificial en la ejecución de la sentencia civil", Revista de Derecho Procesal y de Derechos Humanos, Vol. 1, N° 1, Universidad Nacional de Córdoba, 2022, pp. 226-248.

(48) OECD Artificial Intelligence Papers, "Initial Policy Considerations for Generative Artificial Intelligence", 9/23, No. 1. Disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/deliver/fae2d1e6-en.pdf?itemId=/content/paper/fae2d1e6-en&mimeType=pdf (21/04/24).

En algunos casos, tales prácticas se dan a conocer. Así, por ejemplo, se popularizó una sentencia colombiana [49] en la cual un funcionario judicial apeló a esta tecnología al acoger un pedido de eximición de pago de consultas, terapias médicas y costo del transporte, en favor de un niño que padecía un trastorno del espectro autista y carecía de recursos económicos suficientes. En la decisión, el propio magistrado informó qué preguntas le había formulado al sistema de inteligencia artificial, que incluían interrogantes de orden legal (si se debía hacer lugar a acciones como la juzgada; si los NNA con condiciones de salud como la de joven actor estaban exentos de los gastos en cuestión) y de experiencia jurisprudencial (si la Corte Constitucional había acogido ese tipo de acciones).

En otro caso, ante la noticia sobre la redacción de una decisión judicial fundada en jurisprudencia que resultó ser inexistente, un ente oficial regional federal de Brasil [50] señaló que si bien se hallaba vigente una resolución del Consejo Nacional de Justicia que habilitaba la utilización de inteligencia artificial por parte del Poder Judicial (Res. 332/2020), tal práctica debía cumplir con el deber ético de transparencia, que implica *una divulgación responsable, considerando la sensibilidad propia de los actos judiciales*. Sostuvo que *los datos debían provenir de fuentes seguras, preferentemente gubernamentales, pasibles de ser rastreadas y auditadas,* más específicamente, que "permitieran la supervisión del magistrado competente". Afirmó además que los modelos de lenguaje a gran escala (LLM), si bien son una herramienta útil para la revisión de textos u otras actividades auxiliares, no fueron diseñados para servir como fuentes de investigación o asegurar información. Por ello, se sostuvo que debía reforzarse el deber de cautela, recomendándose que no se utilizaran sistemas de IAGen no homologados por los órganos de control del Poder Judicial.

A su vez la Corte Constitucional de la República de Colombia [51], consideró relevante revisar una posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso en la emisión de una decisión de segunda instancia, la plantearse dudas sobre si quien emitió la decisión fue un juez de la República o una IA y si la decisión fue debidamente motivada

---

(49) Juzgado 1º Laboral del Circuito de Cartagena, Colombia, "Espitia, S. c/Salud Total", 31/1/23. Disponible en: https://goo.su/ejSJDzS, (9/07/24).

(50) Tribunal Regional Federal da 1ª Regiao, Circular Coger 33/2023, del 1/4/22, https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/11/SEI_19283798_Circular_Coger_33.pdf, (9/07/24).

(51) Sentencia T-323 del 2/8/24, disponible al 29/8/24 en file:///C:/Users/54114/Downloads/t_323_2024_t_9301656-caso-chatgpt-cartagena%20(1).pdf

o fue producto de alucinaciones y sesgos generados por la IA (en relación con un proceso judicial de tutela). El Tribunal interpretó que no se había vulnerado el derecho al debido proceso, pero que resultaba procedente establecer algunos criterios orientadores desde el Consejo Superior de la Judicatura, es decir unas guías o lineamientos sobre la implementación de IAGen por parte de los jueces, de tal modo de garantizar los derechos fundamentales, considerando especialmente el debido proceso, la independencia y autonomía judicial, como garantías insustituibles para la vigencia del Estado social de derecho y la democracia.

En nuestro país, en un caso resuelto por la Justicia de la Provincia de Corrientes (una información sumaria, vinculada a una situación de convivencia), el magistrado informó que había apelado al ChatGPT para traducir lo decidido en términos técnicos a lenguaje claro, con el fin de que la peticionante entendiera la sentencia [52]. Llama la atención que un Juez de la Nación deba recurrir a un mecanismo algorítmico para redactar su decisión en un lenguaje comprensible para el destinatario, pero sin duda resulta valiosa y necesaria, la publicidad de esa práctica.

En cambio, resulta probable que muchas de esas acciones estén transcurriendo privadamente y que estemos asistiendo a la lectura de resoluciones judiciales creadas por sistemas de inteligencia artificial, lo cual mínimamente debe generar alerta, por sus implicancias.

Al respecto, con relación a la justicia predictiva o digital, se dijo que los jueces podrían ser condicionados por los pronósticos de algoritmos, favoreciéndose un "solucionismo" prescindente del derecho y de la verdad, con una inversión de la cronología del proceso, donde el conflicto podría sobrevivir a la solución. A su vez, el dictado de sentencias basadas en el almacenamiento masivo de información sobre decisiones judiciales habilitaría un verdadero congelamiento de la jurisprudencia sobre la base de los criterios dominantes, obstando la creación de nuevas figuras jurídicas acordes a los cambios sociales, generándose una "industrialización" de la palabra y del juicio, pudiendo eliminarse la función social del juez y esa "porción de alma" que ofrece a los justiciables al decidir [53]. Asimismo, se sostuvo que los algoritmos no se emocionan, ni se alteran

---

(52) Juzgado de Paz de Berón de Astrada, Secretaría única, "G. M. C. s/ información sumaria (convivencia)", Número 2302/23, 14 de junio de 2023. https://www.diariojudicial.com/news-95254-lenguaje-claro-con-ia (16/07/24).

(53) AMRANI MEKKI, Soraya, Catedrática de Derecho Procesal en la Universidad de Paris Nanterre; Conferencia sobre "Justicia Predictiva", en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil; Mendoza 22, 23 y 24/9/22.

por una discusión, ni sufren el estrés o el agotamiento que sufren los jueces humanos, pero que —al menos por ahora—, tampoco alcanzan a procesar adecuadamente la impredictibilidad del ambiente, dependiendo de una "educación" (o entrenamiento) muchas veces sesgada [54], que entraña riesgos que le son propios.

Ahora bien, las demandas por daños causados en el entorno de la prestación de servicios de salud, comúnmente conocidas como reclamos por *mala praxis,* suelen caracterizarse por cierta complejidad para su análisis jurídico.

El daño que invocan quienes se sienten damnificados, no siempre resulta ser exclusiva consecuencia del obrar cuestionado, sino que con cierta frecuencia tiene —o también tiene— por origen, el estado morboso previo del paciente o la evolución de su propia patología, traduciéndose en realidad en la citada pérdida de una chance *de curar o de no enfermar más* [55].

La acción culposa de los profesionales muchas veces resulta difícil de establecer, porque la práctica de la medicina no responde a una ciencia exacta, suelen existir discusiones científicas sobre cuál es el mejor tratamiento a aplicar, hasta tal punto que existe una inveterada jurisprudencia que expresa que "la culpa empieza cuando terminan las discusiones científicas" [56]. Además, la ciencia avanza, las técnicas van progresando y generalmente la Justicia analiza los hechos dañosos años después de su acontecimiento, afirmándose reiteradamente que "...debe colocarse el juez en la situación de la actora y del médico en el momento... en que los hechos ocurrían, pues la mirada retrospectiva de todo lo que pudo haberse hecho no ayuda a resolver la temática... Deben... preguntarse: ¿actuó a través de uno de los caminos posibles? ¿Su conducta era aceptablemente la de uno de su clase dentro de las circunstancias? ¿Su diagnóstico o evaluación de la situación era uno de los científicamente válidos de acuerdo a los elementos y circunstancias del caso?" [57]. El correcto tratamiento médico no supone un proceso lineal y puede significar avances

---

(54) CARAMELO, Gustavo "Responsabilidad civil por uso de inteligencia artificial", en GALDÓS, Jorge Mario y VALICENTI, Ezequiel, "Daños en entornos digitales", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2023, TI, p. 62/63.

(55) PIAGGIO, Aníbal N. "Azar y certeza en el derecho de daños", ED 152-79, cit.

(56) Albornoz, Luis R. y o. c/Buenos Aires Provincia D. y/o s/Daños y Perjuicios, 13/03/2007, Fallos: 330:748.

(57) Conf. CNCiv., Sala F, abril 15-997, M., R. S. y otro c. A., D. y otro, LL 22/12/97. En sentido similar, CNCiv., SALA M, De Vito, Roque c. Hospital Santojanni • 04/04/2006, Cita: TR LALEY AR/JUR/4517/2006 y de esta misma Sala, Hayon, Sandra Claudia y

y retrocesos, por ello, los cambios de diagnóstico y/o terapia durante el curso del tratamiento no necesariamente suponen un obrar negligente por parte de las y los médicos. Y si bien por regla, la culpa debe probarse, se aplica muy especialmente en este ámbito la teoría de las cargas probatorias dinámicas (art. 1735 CCyCN).

En ocasiones, es muy difícil establecer la relación de causalidad adecuada entre la conducta médica y el daño, debiendo recurrirse a complejas presunciones para la interpretación [58].

Además, los juicios de *mala praxis* casi siempre involucran demandados múltiples —y sus aseguradoras citadas en garantía—, frente a daños que pueden ser contemporáneos o sucesivos, agregándose la dificultad propia de la condena por obligaciones plurales ante esas circunstancias, cuyo encuadre como responsabilidad concurrente o solidaria sigue generando debates en la doctrina.

Todo ese tipo de dimensiones generan una complejidad en el análisis que hace pensar que mínimamente falta un tiempo para que, en el campo de los daños causados por la prestación de servicios de salud, los tribunales humanos sean reemplazados por decisores algorítmicos. Pero, en cualquier caso, ello no obsta la necesidad de contar con pautas muy concretas sobre los usos admisibles e inadmisibles de la IA en la administración de justicia, que incluyan un deber de revelar qué aplicaciones se están haciendo de ese tipo de sistemas; apareciendo como recomendable la introducción de mayores instancias de oralidad, como garantes de una Justicia humana.

Una omisión en tal sentido podría —más temprano que tarde— colocar a los justiciables frente al solucionismo prescindente del derecho y de la verdad, a los conflictos sobrevinientes a la solución y a la jurisprudencia conservadora y sesgada antes citadas; obligando a la Justicia a enfrentar el desafío de tener que demostrar su relevancia ante a la sociedad.

---

otros c. Osteon S.A. (Clínica Santa María) y otros s/ daños y perjuicios • 25/10/2012, Cita: TR LALEY AR/JUR/62197/2012.

(58) Conf. CNCiv. Sala M "K., F. M. y otros c. Clínica Bazterrica (OMINT de Servicios) y otros s/ daños y perjuicios - Resp. prof. médicos y aux", 09/08/2021, TR LALEY AR/JUR/117926/2021; CNCiv., sala K, "L. C. c. Estado Nacional. Ministerio de Defensa Armada Argentina y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux." • 01/06/2021, TR LALEY AR/JUR/66947/2021 y CNAp. Civ. y Com. de Morón, sala II "G. G. y otro c. G. A. S. A. s/ Daños y perj. Resp. Profesional (Excluido Estado)", 21/12/2021, TR LALEY AR/JUR/199555/2021, entre variados precedentes.

V. REFLEXIÓN FINAL

La inteligencia artificial, con su potencial de transformar el sector salud aportando precisión diagnóstica y terapéutica, además de eficiencia en la gestión; también augura nuevos daños asociados a sus límites en materias como la seguridad de los pacientes, la inequidad en la atención asociada a sesgos y la fragilidad en la protección de los datos personales. Tales extremos, sumados al diseño algorítmico por profesionales y organizaciones formadas en disciplinas computacionales y a la autonomía decisoria propia de estos desarrollos, auspicia nuevos enfoques en materia de responsabilidad civil.

Este breve ensayo de impronta tradicional podrá resultar un aporte para pensar en tales nuevos enfoques, con base en las descripciones sobre usos, regulaciones, doctrina y jurisprudencia comparadas, y en las críticas formuladas. Pero a diferencia de toda otra tecnología conocida con anterioridad, la IA no actuaría como mera herramienta, sino como verdadero agente autónomo, que podría resultar insuficientemente comprendido y menos aún, controlado por las personas. Así, éste y tantos otros abordajes jurídicos podrían resultar escasos o superfluos.

Por tal razón, resulta aconsejable que cada proyecto de implementación de IA referido a la atención médica y al juzgamiento de los daños a ella asociados, sea sometido a un debate profundizado, con participación de expertos estudiosos del rol que la salud y el derecho ocupan en nuestra sociedad, realizándose pruebas piloto debidamente monitoreadas y traduciéndose su aplicación en reglas y protocolos que orienten las prácticas. En definitiva, en términos de responsabilidad civil, el aporte más concreto que hoy puede hacerse en la materia es promover la función preventiva, en su sentido más amplio.

Robots e inteligencia artificial. Su regulación legal

Por Zulema Wilde

I. Introducción

La tecnología impulsa cambios en la sociedad, nos produzcan temor o no.

Todo cambio provoca resistencia; ya lo decía Macchiavello en su obra *El príncipe*. Introducir un nuevo orden de cosas es peligroso, difícil y con poca probabilidad de éxito. En esa época se lo miraba exclusivamente desde el ángulo político.

Sin embargo, hoy ciencia y tecnología son los motores económicos de nuestras comunidades y la resistencia no es tan grave en estos ámbitos, basta pensar en los teléfonos *smart*, son parte de nuestra vida desde 2007.

La robótica está dando pasos agigantados en este siglo XXI, y en un breve tiempo tendremos robots que aprendan y tomen decisiones por sí mismos, sin intervención humana.

No solo la industria, que es quien principalmente se vale de ellos, sino que ya sucede que los tenemos en nuestras casas, ayudándonos, haciéndonos la vida más fácil. La aspiradora que, programada para determinadas superficies y horarios, comienza su tarea y luego vuelve a su base a descargar lo recogido, para volverse a cargar energía para la tarea siguiente, sin intervención humana, es un ejemplo. Igual acontece con la trapeadora, o la asistente Siri, que es un robot de conversación, o el ChatGPT, que nos corrige la redacción.

Los niños también juegan con drones, ni qué decir de los adultos, que los utilizan con otros propósitos.

En el campo de la educación, hay robots que enseñan matemáticas, otros idiomas, pero no puede extender su tarea a otras áreas distintas de las programadas. Algunos están programados para el aprendizaje del lenguaje de signos, para los niños sordos u otros se crearon para los niños autistas, manejándose en el campo de lo social, brindando herramientas: cómo hacer contacto visual con alguien, o cómo reconocer si una persona está triste o contenta. Este último tipo de robots suele habitualmente quedarse por un mes en la casa de la familia del niño [(1)].

En Japón, ante la inexistencia de mano de obra, su baja natalidad y el creciente envejecimiento de la población, en las residencias de ancianos, se han incorporado mascotas robóticas que son utilizadas habitualmente frente a la televisión, exesqueletos que ayudan a caminar, androides parlantes o camas inteligentes; todas ellas son experiencias cotidianas en esos centros. Los robots es la respuesta a la carencia de mano de obra especializada, no están reemplazando a ningún humano, como siempre se teme. Se insiste en cuanto a que muchos de nosotros vamos a quedar sin trabajo, por la introducción de la IA.

El programa comenzó en el 2015 y los encargados afirman que ha sido muy efectivo. Las camas inteligentes que se convierten en sillones cuando la persona se despierta y a la inversa se inclinan cuando se duermen, son las más exitosas [(2)].

Existe una creciente intervención de las máquinas inteligentes en el mundo de las inversiones, son capaces de realizar innumerables transacciones en segundos, al igual que han ingresado al ámbito de la sanidad, para quedarse sin duda. En cirugía, en los que imitan los movimientos de los cirujanos, o en telecirugía u otras especialidades, en terapias de rehabilitación, en atención al paciente, en tareas administrativas. Pueden ser un factor de ayuda para el personal, a fin de lograr una mayor eficiencia en los hospitales. Los robots de limpieza utilizan rayos ultravioletas y luz de xenón pulsada para desinfectar los ambientes, en especial los quirófanos. Lo que era un serio problema al no lograrse eliminar los gérmenes patógenos en forma completa, lo que provocaba la tan conocida infección intrahospitalaria. Ellos también evitan exponer a los profesionales de la salud a situaciones de gran contagio. Los robots de diagnóstico, en materia de biopsias, imágenes, etc. Los robots de servicio ayudan a los profesionales en tareas logísticas, como por ejemplo

---

(1) La Nación, 20/1/2020, Brian Scassellati, "Al crear robots nos damos cuenta cuán complejas son las personas" Ideas, p. 5.

(2) YouTube, Japón pone a prueba robots como cuidadores de ancianos, Agencia EFE, 2019.@efeagenciaefe.

entregando muestras de laboratorio o distribuyendo medicamentos. El hospital de Chicago ante la falta de enfermeros tiene dos robots que ayudan en la tarea cotidiana [3].

Los robots de "triage" toman la temperatura, controlan el ritmo cardíaco, el oxígeno en sangre. Los ex esqueletos, en combinación con IA pueden ayudar a prevenir afecciones musculoesqueléticas.

Su intervención comenzó en el año 2020 y han llegado para quedarse y perfeccionarse. Son sistemas basados en la Inteligencia Artificial incorporados a dispositivos de hardware. Esos dispositivos pueden ser autónomos o semi autónomos, estando bajo el control de una persona humana. En el primer caso no solo actúan, sino que deciden. Muchos de ellos aprenden de sus propias experiencias.

La mayor experiencia de autos autónomos la encontramos en Estados Unidos de América. Su publicidad se refiere a viajar seguro y fácil, no solo el servicio se brinda para el traslado de personas sino también para el envío de mercadería o documentación, sosteniendo que no es necesario que nadie se ubique en el asiento del conductor. Está disponible las veinticuatro horas, todos los días. Esta experiencia comenzó en Phoenix, San Francisco y Los Ángeles, hoy ya se está extendiendo a Austin, Atlanta y Miami [4]. Elon Musk lo ha definido en esencia como "robots semisensibles, sobe ruedas" [5].

No debemos olvidar que en el año 2018 una mujer falleció en Temple, Arizona, atropellada por un auto autónomo de Uber; fue el primer accidente mortal provocado por un auto de esas características. Si bien el auto estaba en situación de autónomo, había un conductor humano sentado en el lugar de conducir y este último no lo evitó. Además, la mujer cruzaba fuera del lugar debido para hacerlo. Sin necesidad de destacar la enorme cantidad de accidentes mortales provocados por la conducta humana, que son los que analizamos cotidianamente, cabe preguntarse qué ocurrirá con nuestra complaciente teoría del peatón distraído en es-

---

(3) El País, 22 de enero de 2023. Ante la crisis de personal de enfermería, el Centro Médico Elmhurst Memorial en las afuera de Chicago, Illinois, decidió contratar dos robots para ayudar en sus rondas. Se llaman Moxi.

(4) Waymo.com, es una empresa que ofrece servicio de taxis autónomos que funciona con inteligencia artificial (IA) y tecnología de sensores. Utiliza cámaras, software de IA, radar, laser, lidar y otros sensores para detectar, resolver y avanzar. Waymo afirma que sus conductores reducen la tasa de accidentes, lesiones y despliegue de bolsas de aire en comparación con los conductores humanos.

(5) Cronista.com, actualizado al 20 de enero de 2025, Fuente Blomberg.

tos casos. Deberíamos educar desde la niñez lo que se debe hacer, cruzar por los lugares determinados y cuando la luz del semáforo autorice para hacerlo.

Lo concreto es que aún carecemos de estadísticas en grandes números que nos permitan sostener con precisión matemática, que son realmente más seguros en la conducción de vehículos que los seres humanos, aunque pareciera que efectivamente lo son.

Hoy la robótica se desplegó en todos los ámbitos; sin embargo, "estamos lejos de conseguir robots que luzcan como personas, que actúen y sean inteligentes como las personas" (6).

Es decir, pueden ser más eficientes y eficaces en determinadas tareas específicas, no se los debe pensar de una manera integral. Pueden ser más fuertes en determinadas tareas que el ser humano, o trabajar por períodos más extensos, pero específicamente en determinado ámbito, no en términos generales. Sin perjuicio de ello hoy convivimos con los robots y la IA de manera natural, sin percatarnos de cuanto ya los utilizamos y en nuestro futuro jugaran un papel clave en nuestros hogares.

La realidad es que la IA ya está presente en todos los ámbitos de la vida. Bill Gates habla a menudo marcando que este fenómeno influirá en el futuro de la humanidad, transformando el mundo laboral, el profesional, al igual que el doméstico.

Mas él entiende que los robots se convertirán en algo tan natural en nuestras vidas, como las computadoras o los teléfonos inteligentes, de los cuales ya no podemos prescindir. Todos querrán tener un robot inteligente en sus casas, que será de fácil acceso.

Sin embargo, también ha sido contundente en que "requerirá una regulación fuerte para asegurar que los beneficios se distribuyan de forma justa".

Al mismo tiempo se está desarrollando un dispositivo en paralelo a la inteligencia artificial, como lo han indicado en el podcast "Possible", Aria Finger y Reid Hoffman (7).

---

(6) Idem (1), Vehículo autónomo.

(7) Infobae, artículo de Alejandra Suarez del 21 de enero de 2025.

II. Encuadre legal

Cabe reflexionar sobre el impacto de la robótica en nuestro sistema jurídico, en materia de responsabilidad civil y daños y preguntarnos si nuestro ordenamiento vigente afronta con eficacia y precisión los retos que esta atrae, o si debiéramos pensar en una disciplina autónoma.

Mucho se discute respecto al régimen legal de responsabilidad y daños a aplicar, con relación a los robots conductores de vehículos, para ello se torna necesario conocer el objeto que va a ser motivo de regulación.

La dificultad se presenta al intentar definir al robot porque este está en continua evolución. Su capacidad de interactuar es un elemento que está presente en su definición. No es nuestro caso el de los robots que pretenden seducir, convencer de determinadas ideas o incidir en el mundo psíquico (bots sociales en internet).

Se tornará necesario en consecuencia reflexionar sobre el ámbito en que desarrollaran su accionar. En el caso de los robots que reemplazan al conductor humano del vehículo, ellos tendrán la capacidad para llevar a cabo un comportamiento inteligente, comprendiendo el área en que desarrollan su actividad, pero sin tener conciencia de sí mismos.

III. Legislación nacional

Las Jornadas de Derecho Civil han llegado a la siguiente conclusión:

Sistema de responsabilidad

- En el Código Civil y Comercial ("CCC") los sistemas de IA, robots y algoritmos están comprendidos en el concepto normativo de cosa y actividad, es decir, como objeto de derechos, descartando su calificación jurídica como sujetos o centro de imputación de derechos y obligaciones.

Causalidad

- Las reglas de la causalidad adecuada son aplicables a los daños de la IA.

- El hecho del damnificado debe ser apreciado en forma prudente cuando los daños son causados por la IA.

- La doctrina de las cargas dinámicas puede ser útil para la prueba de la causalidad.

En primer término, cabe mencionar que se descarta conforme la legislación vigente la teoría de la personalidad de los robots.

Es interesante recordar las tres reglas de la robótica enunciadas por Isaac Asimov. Él era un escritor de ciencia ficción que se las aplicaba a la mayoría de los robots, que mencionaba en sus obras [8].

1.- "Un robot no hará daño a un ser humano, ni por inacción permitirá que un ser humano sufra daño." (Un robot no puede ser programado para hacer daño por acción, ni por omisión, de manera que ponga en peligro la vida o la integridad de la persona).

2.- "Un robot obedecerá las órdenes dadas por los seres humanos, excepto si tales ordenes entraran en conflicto con la primera ley." (Si la orden humana dada, pone en peligro la vida o la integridad de la persona, el robot debe desobedecerla).

3.- "Un robot protegerá su propia existencia siempre y cuando dicha protección no entre en conflicto con la Primera o Segunda Ley".

Las tres reglas han servido de inspiración para los investigadores y expertos de ética en materia de inteligencia artificial. Por supuesto que han sido objeto de críticas, pero no era el objetivo del autor, resolver el tema de la responsabilidad ante el acaecimiento de un daño a la persona humana. Será tarea a desarrollar las cuestiones éticas y legales para garantizar su uso seguro y que produzca beneficios para las personas.

El parlamento europeo ha sido el primero en regular específicamente a la Inteligencia Artificial con el propósito de garantizar sus condiciones de desarrollo y uso. Las normas dictadas en el año 2021 clasifican los diferentes sistemas de la IA, en función de los riesgos que pueda producir. Esos determinados riesgos de producir daños son los que determinan los requisitos que se deben cumplir.

Seguridad, transparencia, trazabilidad, no discriminación y respeto por el medio ambiente han sido los ejes prioritarios del Parlamento para evitar resultados perjudiciales. Sin olvidar que todos los sistemas de la IA deben ser supervisados por personas y no automatizados.

En consecuencia, habrá normas diferentes en razón de los distintos niveles estimados de riesgo y ellas se aplicarán a productores y usuarios.

---

(8) Asimov Isaac, Yo robot, 1942.

Hay riesgos que se consideran inaceptables y en consecuencia se los prohíbe: "1. manipulación cognitiva del comportamiento de personas o grupos vulnerables específicos, por ejemplo, juguetes activados por voz que fomentan comportamientos peligrosos en niños; 2. puntuación social, clasificación de las personas en función de su comportamiento, estatus socioeconómico o características personales; 3. sistemas de identificación biométrica en tiempo real y a distancia, como el reconocimiento facial en espacios públicos" (9).

Este último punto puede sufrir excepciones cuando se persiguen delitos graves, condicionado a la autorización judicial y posteriormente al hecho.

Los de alto riesgo son los sistemas que afecten la seguridad y los derechos fundamentales. Hay dos categorías: los sistemas de la IA que se utilicen en productos que ya estaban sujetos a la legislación sobre seguridad de los productos, que son juguetes, aviación, automóviles, dispositivos médicos y ascensores.

Por otra parte, los de segunda categoría son los sistemas de IA referidos a ocho secciones específicas, expresamente determinadas, los que deberán registrarse: identificación biométrica y categorización de personas físicas, gestión y explotación de infraestructuras críticas, educación y formación profesional, empleo, gestión de trabajadores y acceso al autoempleo, acceso y disfrute de servicios privados esenciales y servicios y prestaciones públicas, aplicación de la ley, gestión de la migración, el asilo y el control de fronteras y la asistencia en la interpretación jurídica y aplicación de la ley. Todos estos sistemas van a ser evaluados desde su comercialización y durante toda su vida.

Los restantes tendrán que cumplir con la transparencia y con las normas de derechos de autor. Revelar que el contenido ha sido generado por IA, que el modelo evite generar contenidos ilegales y publicar los resúmenes de los datos protegidos por derecho de autor, que se ha utilizado en el entrenamiento. Además, a esto se suma el calendario de aplicación de estas normas.

Mientras nuestra actual ley no hace ningún tipo de distinciones respecto de la responsabilidad que generan los robots y la IA, respecto de otras cosas y/o actividades.

---

(9) www. Europarl.europa.eu. Ley de IA de la EU: primera normativa sobre inteligencia artificial.

El Parlamento Europeo ya había elaborado seis normas, que regulaban el uso de los robots, en el año 2017.

Interruptor de emergencia:

1.- "Los robots deberán contar con una interrupción de emergencia. Para evitar cualquier situación de peligro."

Destinados a servir a las personas:

2.- "No podrán hacer daño a los seres humanos. La robótica está expresamente concebida para ayudar y proteger a las personas."

Carecer de emociones:

3.- "No podrán generar relaciones emocionales."

Seguro:

4.- "Será obligatoria la contratación de un seguro destinado a las máquinas de mayor envergadura. Ante cualquier daño material, serán los dueños quien asuman los costes."

Derechos y obligaciones:

5.- "Sus derechos y obligaciones serán clasificados legalmente."

Seguridad social:

6.- "Las máquinas tributarán a la seguridad social. Su entrada en el mercado laboral impactará sobre la mano de obra de muchas empresas. Los robots deberán pagar impuestos para subvencionar las ayudas de los desempleados" (10).

Dicho esto, volvamos a la legislación nacional, en cuanto a la "cosa" y la "actividad''.

El género son los bienes que se definen como" todos aquellos objetos materiales e inmateriales susceptibles de tener un valor y utilidad." Es decir que en el concepto de bienes quedan incluidos las cosas como los derechos. Es una relación de género a especie.

"Se denominan cosas a los objetos materiales susceptible de tener valor. Estas disposiciones se aplican a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación."

---

(10) www.Europarl.europa.eu, 2017.

Los bienes materiales son cosas, conforme el artículo 16 del CCCNA. La clasificación de las cosas se encuentra en el Libro I, Título III, Capítulo 1, sección 1, arts. 225 a 232.

En cuanto a la actividad, en el artículo 1757 encontramos dos supuestos; la responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas y la responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas. Ambos generan responsabilidad objetiva por el daño causado, es decir que la responsabilidad se genera independientemente de la culpa o negligencia de la persona responsable.

Respecto a la causalidad adecuada invocada en las Jornadas, bastaría recordar que fue expuesta por Von Bar C., Massari y con diferente denominación, en Italia, por Antolisei F. y Grispigni, F.

"Racionalmente la responsabilidad civil supone un nexo de causa a efecto entre el prejuicio y el hecho dañino. Este último debe haber sido la causa generadora del daño, así como la cosa debe haber desempeñado un papel activo en la producción del daño... hay causalidad adecuada cuando una condición es por su naturaleza, en el curso habitual de las cosas y según la experiencia de la vida, capaz de producir el efecto que sea realizado... el examen se opera *a posteriori*. Se trata de remontarse en el tiempo para preguntarse retrospectivamente si era objetivamente pensar que tal hecho provocaría normalmente este efecto dañino. Si la respuesta a ese cálculo de probabilidades *a posteriori*, es afirmativa, hay causalidad adecuada" (11).

"Se entiende que para la existencia de la relación de causalidad se requiere que el agente haya determinado o producido el resultado con una conducta proporcionada y adecuada" (12).

"Por otra parte esta teoría sostiene que a fin de que exista una relación de causalidad en el sentido del Derecho, se hace necesario que el hombre haya determinado el resultado con una acción proporcionadora, adecuada. La consecuencia fundamental de la teoría es que no se consideran causados por el agente los efectos que en el momento de la acción

---

(11) Le Tuorneau Phillippe, La responsabilidad civil, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Ed. Legis, 2004, págs. 76, 81, 82, 83.

(12) Ibáñez, A., Causalidad e imputación objetiva. En imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal, (2002), pág. 275. Primera Edición. Editorial Jurídica Bolivariana, citado por Allan Alburola Valverde, La teoría de la imputación penal, publicado el 18/07/2010 en Doctrina, derecho penal online.

se presentaban como improbables, es decir, extraordinarios o atípicos de la acción misma" [13].

El nuevo código regula la conducta del damnificado en el artículo 1729, estableciendo que la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia de la conducta de la víctima en la producción del daño.

El comportamiento de la víctima interactúa con la causa del daño, incide en su acaecimiento o en su agravamiento. Es decir que, si la conducta de la víctima es relevante y contribuye de manera importante a la producción del daño, la responsabilidad del causante puede verse disminuida o eliminada.

Si la siguiente recomendación es la prudencia, la Real Academia española, la define como templanza, cautela, moderación o sensatez, buen juicio. Es de esperar que los jueces actúen con buen juicio, prudencia y madurez siempre, evitando decisiones irracionales. No solo en este caso.

En cuanto a la teoría de las cargas probatorias dinámicas no solo cabe limitarla a la causalidad, ya que ella busca que se comparta la obligación de probar, más cuando hay una mejor capacidad de las partes para aportarla. Intenta hacer una distribución más equitativa de ellas.

En conclusión, en este aspecto nada específico se ha legislado.

IV. VEHÍCULOS AUTÓNOMOS

Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil también han dado respuesta respecto de los vehículos autónomos.

La responsabilidad del dueño o guardián de un vehículo autónomo es objetiva; no pueden eximirse por errores en la conducción causados por la IA.

En la medida en que hay un proveedor profesional y un usuario en los términos de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor esta resulta aplicable en general y en particular el artículo 40 de dicha norma que dispone la responsabilidad objetiva y solidaria -más bien concurrente- (de toda la cadena de producción y comercialización).

---

(13) Antolisei, Francesco, La relación de causalidad. En imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal, (2002) pág. 295. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana, citado por Allan Alburola Valverde, en La teoría de la imputación penal, publicado el 18/07/2010 en Doctrina, derecho penal online.

- Es opinión aceptada que el principio de la imputación objetiva implica una acción humana que ha creado un riesgo desvalorizado por la ley y ese riesgo ha ocasionado el resultado característico o propio de esa conducta.

- Claus Roxin determina que un resultado es solo imputable a un sujeto cuando este ha creado un riesgo jurídicamente relevante que se ha materializado en el resultado. Diríamos resultado ilícito.

- Los automotores siempre han sido considerados como creadores de riesgo, de modo que lo maneje una persona o se carezca de conductor humano, el resultado será en principio el mismo, para el dueño o guardián. Es una responsabilidad mediata.

- En cuanto a la aplicación de las normas sobre derecho al consumidor, o lo que implica responsabilizar a toda la cadena tanto de producción y comercialización, sería oportuno recordar que cuando hubiere incertidumbre, podría afirmarse la existencia de causalidad y de responsabilidad total; o sostener la ausencia de ella y de toda responsabilidad.

Otra decisión posible consistiría en distribuir el peso de la incertidumbre entre las dos partes, recibiendo una indemnización parcial, ante la probabilidad de no haber padecido el daño, de no haberse acontecido el hecho ilícito. Aquí la responsabilidad se reparte entre la supuesta víctima y el victimario

La responsabilidad proporcional o probabilística también se aplica en los supuestos de daño provocado por una persona no determinada dentro de un grupo, el ejemplo común es el de los cazadores, desconociéndose quien disparó y provocó el daño a un tercero. Ante ello, es de aplicación la responsabilidad proporcional, distribuyendo el daño entre todos los participantes del grupo de cazadores, responsabilidad que puede imponerse en forma mancomunada o solidaria.

En el supuesto en que el vehículo autónomo ocasione daño sin saberse a ciencia cierta, si es responsabilidad del que lo diseño, o del que lo construyó, o de quien lo enseño, o es consecuencia del conocimiento adquirido por la máquina, podría tomarse como analógicamente el ejemplo de los cazadores, ya que se ignora exactamente quién lo provocó. Consecuentemente se le aplicaría a toda la cadena, si no hubiera posibilidad de determinar con precisión al causante, sin perjuicio de las acciones que pudieran entablarse *a posteriori* entre ellos.

La solución propuesta para las Jornadas Nacionales de Derecho Civil muestra una respuesta similar, aplicando las normas del derecho al consumidor y refiriendo a una responsabilidad concurrente.

Es decir, imputando a todos los eslabones de la cadena, al existir varios deudores que deben el mismo objeto, en razón de causas diferentes [14].

Estas obligaciones poseen a) identidad del deudor; b) identidad del objeto debido al que están referidas las obligaciones que concurren, c) diversidad de deudores y d) diversidad de causas de deber [15].

Los efectos se encuentran regidos por las normas existentes en el artículo 851 del Código vigente.

Por su parte, el artículo 40 de la ley 24.240 y 24.999, establece responsabilidad objetiva por riesgo, de carácter solidario, con relación a todos los sujetos que intervinieron en la producción y comercialización de un producto (cosa viciosa o riesgosa) o de una prestación de servicios que se garantizan.

V. CONCLUSIONES

Está descartada la teoría de la personalidad de los robots.

En cuanto a ellos como ya se dijo nada especifico se ha legislado, se han tomado los principios generales de la responsabilidad civil y se le han aplicado a la IA y a los robots. Los sistemas de la inteligencia artificial pueden consistir en un programa informático, que, incorporados a dispositivos de hardware, son los robots. Ese programa informático, en algunos casos no solo procesa gran cantidad de información, sino que busca la automatización de comportamientos inteligentes para resolver problemas y tomar decisiones, sustentados en algoritmos inteligentes o de aprendizaje. Sería oportuno evaluar las seis reglas del Parlamento Europeo en esta materia.

En ninguno de los dos supuestos analizados, se han arbitrado seguros con determinadas características, en consonancia con el riesgo que puede ocasionar la IA y los robots. Tampoco se conoce propuestas de legislación en el país al respecto.

La realidad de ser cierta como la desarrolla Elon Musk en el Bosch Connected World, el gran consumo de electricidad que provoca la IA es

---

(14) artículo 850 del CCCNA.

(15) Alterini, Ameal, López Cabana, Derecho de las obligaciones Civiles y Comerciales.

un grave problema a tener en cuenta, no solo por lo ya esbozado. La razón es que esa crisis energética puede llevar a un corte generalizado, él alerta sobre un gran apagón mundial [16].

Por su parte Bill Gates se refiere a la vulnerabilidad de las redes eléctricas en todo el mundo. Ellas fueron concebidas con otro criterio distinto respecto de las amenazas actuales.

"Los constantes fenómenos y desastres meteorológicos como olas de calor o tormentas , podrían impulsar este escenario".

Para finalizar, si la demanda sube a niveles no considerados, la consecuencia es que se provoque un colapso de las redes eléctricas.

Nada de esto se ha considerado y es de trascendencia hacerlo, a fin de resolverlo, de la manera más adecuada. En el mientras tanto, ha de merituarse en un equilibrio de valores, que es más importante seguir prestado ese servicio esencial a los seres humanos que permitir que la IA ayude con su consumo a provocar situación que puedan derivar en tanto daño, aunque signifique progreso en otro orden de cosas.

---

(16) Cronista Comercial, México. Actualidad. Crece la tensión. ¿Habrá apagones eléctricos en todo el mundo? Advierten que esta tecnología puede dejar en completa oscuridad a todos los países en sólo segundos. Actualizado el 26 de mayo de 2025 a las 14,30 hs.

La prevención del daño dentro del sistema de la propiedad horizontal

Por Nelson G. A. Cossari [*] y Leandro R. N. Cossari [**]

I. Introducción

Con plena satisfacción asumimos la tarea de presentar este aporte para el libro en homenaje al preclaro jurista Jorge Bustamante Alsina, cuyos profundos estudios nos auxiliaron eficazmente, tanto en la cátedra, como en la tarea profesional. Es pues de toda justicia "dar a cada uno lo suyo" y efectuar este merecido reconocimiento.

Extraemos de la medulosa tesis de Maximiliano Cossari algunas de sus conclusiones que motivan y fundamentan este trabajo. Así dice el autor, en razonamientos que compartimos, que los principios de prevención y de precaución consisten en principios generales del derecho que informan la totalidad del ordenamiento jurídico y fundamentan y validan diferentes institutos y que todo el ordenamiento jurídico se encuentra cimentado en la prevención de los daños por lo que no es materia exclusivamente de derecho civil o de derecho privado. En efecto, el eje del derecho de daños en la actualidad se encuentra en la protección de las víctimas y ello únicamente puede ser satisfecho de manera eficaz otorgando mecanismos de tipo preventivos. Por ello, el principio de no dañar consiste primeramente en no causar daños a otros como principio de prevención y evitación. La reparación sólo aparece en una segunda

---

(*) Abogado egresado con diploma de honor (UCA). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UCA). Profesor titular ordinario de Derechos Reales (UCA). Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (UCA).

(**) Abogado egresado con diploma de honor (UCA). Especialista en Magistratura (UCA). Profesor adjunto de Derechos Reales (UCA). Profesor de Ética Profesional y Social (UCA). Docente de Derecho Civil IV (UNR).

instancia, una vez que los mecanismos preventivos o de disuasión han fracasado [1].

En esta ocasión nos referiremos a determinadas aplicaciones de la prevención del daño que se manifiestan en forma expresa o implícita en el instituto de la propiedad horizontal [2], sin dudas uno de los derechos reales en cuyo seno se plantean numerosos conflictos.

II. LA PREVENCIÓN DEL DAÑO EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Sentado que la prevención del daño es un principio general del derecho, cabe escudriñar sus manifestaciones en la propiedad horizontal.

Recordemos, por lo pronto, que el art. 1710 en su inciso b] dispone que "Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: (...) b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud (...)".

Si bien el contexto indica un deber genérico, lo cierto es que escudriñando las distintas normas de la institución que examinamos pueden encontrarse aplicaciones concretas de tal deber.

II.1. Cosas indispensables para mantener su seguridad y cosas comunes riesgosas

El art. 2040 CCCN considera comunes "las cosas indispensables para mantener su seguridad". Ya el 2039 CCCN indica que la unidad funcional comprende la parte indivisa de las cosas "indispensables para mantener

---

(1) Cossari, Maximiliano N. G. , su tesis "Los principios de prevención y precaución como principios generales del derecho. Su vigencia en el sistema de responsabilidad civil". La misma, dirigida por Noemí Nicolau, fue defendida en la UNR y calificada con la máxima nota por el Tribunal integrado por R. Daniel Pizarro, Alejandro Andrada, y Jorge W. Peyrano. La tesis luego fue publicada adaptadas en dos libros *Prevención y Punición en la Responsabilidad Civil, E*l Derecho, Buenos Aires 2017, y *El principio Precautorio como principio general para la protección de la persona humana, E*l Derecho, Buenos Aires 2017. No puedo dejar de mencionar que luego el mismo autor realizó una segunda tesis doctoral, esta vez defendida en la UCA *Responsabilidad civil por daños a embriones en la fecundación in vitro en el derecho argentino,* dirigida por Nicolás Laferriere y calificada también con la máxima nota por el Tribunal integrado por José W. Tobías, Armando S. Andruet, y Manuel Cornet. Fue publicada bajo el nombre *Responsabilidad civil por daños a embriones, E*l Derecho, Buenos Aires, 2023.

(2) La iniciativa de escribir sobre este tema, dentro de la propiedad horizontal, debo atribuirla a Leandro Cossari.

su seguridad". Posteriormente el art. 2041 inc. d] CCCN declara comunes los "los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, incluso las de balcones, indispensables para mantener la seguridad". A ello puede agregarse el inciso j] cuando se refiere a "las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros".

Más allá de que la comunidad de tales cosas muchas veces hacen a su naturaleza intrínseca como el caso de los cimientos, lo cierto que el añadido de las demás estructuras indispensables para mantener la seguridad como los balcones (aun cuando los mismos pudieran haberse considerado por estar dentro de la unidad como propios) hace ver la preocupación consiente o no del legislador de sustraer tales elementos al simple arbitrio de un consorcista y ponerlo bajo la tutela del consorcio a través del órgano del administrador.

Es interesante el tema de los balcones, tema descuidado por mucho tiempo y que fue puesto casi por primera vez sobre el tapete en la tragedia que ocasionó el fallecimiento de tres jóvenes cuando el 27 de enero de 1992 se desplomó el balcón del departamento 8° "E" del edificio Ática 1, ubicado en la calle De las Toninas de Pinamar donde estos estaban [3]. Luego lamentablemente ocurrieron otros evitables hechos. Así puede mencionarse el fallecimiento de una madre y su hija por el derrumbe de tres balcones de un edificio ubicado en Mar del Plata el 29 de diciembre de 2018 [4] o el desprendimiento de la baranda de un balcón en un edificio de Arenales 2839 en Recoleta que originó la muerte de una mujer que se desplazaba por la vereda el 20 de marzo de 2024 [5].

Algo similar ocurre con los ascensores cuyo carácter común no viene dado únicamente por ser de "uso común" (art. 2041 inc. h) sino por ser una cosa eminentemente riesgosa. Y nuevamente surge aquí la necesidad de adoptar las medidas de prevención necesarias para evitar daños.

Las medidas de prevención a tomar por el consorcio implican, existan o no normas municipales al respecto, adoptar las precauciones que aconseja la prudencia y la ciencia, a través del asesoramiento y la intervención de los profesionales idóneos para el control y el mantenimiento de las cosas comunes que como guardián tiene bajo su control. Guardián

---

(3) https://tn.com.ar/sociedad/2022/01/28/los-extrano-el-recuerdo-de-un-sobreviviente-a-30-anos-de-la-caida-de-un-balcon-en-pinamar/ [visto 27/05/2025].

(4) https://www.infobae.com/sociedad/2018/12/29/se-derrumbaron-los-balcones-de-un-edificio-en-mar-del-plata/[visto 27/05/2025].

(5) https://www.clarin.com/ciudades/diluvio-tragedia-recoleta-mujer-murio-sabe-derrumbe-baranda-golpeo_0_2qYmOPAFn5.html[visto 27/05/2025].

y no propietario, como dice erróneamente alguna sentencia refiriéndose al ascensor [6] dado que las cosas comunes pertenecen por alícuotas a cada uno de los consorcistas y no al consorcio como persona jurídica.

La responsabilidad cae, entonces, primariamente sobre el consorcio, quien a través del órgano administrador debió haber tomado las medidas necesarias y pertinentes para prevenir el daño. Eso no excluye, en nuestro entender, la responsabilidad personal de quien se desempeña como administrador en tanto y en cuanto no haya actuado diligentemente encargando los estudios pertinentes o contratando a las empresas que deben efectuar el mantenimiento de las cosas comunes.

Volviendo al caso de los ascensores la responsabilidad, se ha dicho, puede recaer también sobre la empresa responsable del mantenimiento, y la persona directamente encargada de ello por la mencionada empresa sin que ello libere de responsabilidad al consorcio [7]. Así se resolvió que el sólo hecho de haber delegado el mantenimiento en una empresa de servicios no libera al responsable, refiriéndose al consorcio [8]. Si, en cambio, entendemos que exime al administrador —en cuanto a su persona— si el mismo actuó con la debida diligencia.

Las medidas de prevención tomadas deben ser las adecuadas al caso. Así se consideró insuficiente y se resolvió "que el encargado de un edificio de propiedad horizontal debe responder por el daño sufrido por una persona a causa del mal funcionamiento y caída de un ascensor toda vez que la prueba rendida indica un desconcepto desatinado y peligroso acerca del cumplimiento de sus obligaciones porque ante la constatación del mal funcionamiento del aparato, se limitó a llamar al servicio técnico y dejar abiertas las puertas del elevador para que nadie pudiera utilizarlo, sin señalizar ni colocar cartel alguno a los fines de alertar a los posibles usuarios, y afirmando luego que sus deberes ya estaban cumplidos con la conducta descripta" [9].

El último párrafo citado indica que no cualquier actitud es suficiente para cumplir con el deber de prevención del daño, sino que se requiere

---

(6) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D "Fernández Ordas, Beatriz c. Cons. de Prop. Tucumán 1436/ 1438/ 40", 29/08/2008, TR LALEY AR/JUR/6790/2008.

(7) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D "Fernández Ordas, Beatriz c. Cons. de Prop. Tucumán 1436/ 1438/ 40", 29/08/2008, TR LALEY AR/JUR/6790/2008.

(8) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, "Peñerde Fraiberg, Rosa c/ Consorcio Calle Charcas 3421 s/ Daños y Perjuicios" 22-4-1997. elDial - AE504.

(9) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D "Fernández Ordas, Beatriz c. Cons. de Prop. Tucumán 1436/ 1438/ 40" 29/08/2008, TR LALEY AR/JUR/6790/2008.

una conducta diligente y suficiente conforme las circunstancias y los medios con que se cuentan. Es en definitiva lo que ahora expresa correctamente el art. 1710 inc. d] el deber de toda persona, en cuanto de ella dependa, de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño. En el caso el consorcio también fue condenado por ser el empleador del encargado.

II.2. La prevención y las obligaciones de los propietarios

Muchas de las obligaciones de los propietarios tienen también implícitamente el objetivo de prevenir daños:

A. Conservar en buen estado su unidad funcional

El art. 2046 inc. b] establece que el propietario está obligado a conservar en buen estado su unidad funcional.

Se ha dicho que, en principio, la conservación del piso o departamento no constituye una obligación exigible para el consorcista, a pesar de lo cual, si la falta de mantenimiento de alguna de las partes privativas ocasiona daños a otros departamentos o a partes comunes, el consorcista deberá responder por tales perjuicios [(10)]. Puede compartirse en principio esta afirmación, agregando que en términos generales la situación del consorcista a este respecto no varía de aquella en que se encuentra el titular dominial de un inmueble consiguientemente, y en cuanto a su responsabilidad por daños provenientes de la unidad y sufridos por terceros.

Sin embargo, ante determinadas situaciones es posible recurrir a la tutela preventiva prevista en los arts. 1711, 1712 y concordantes del Código Civil y Comercial. Y es que la conservación en buen estado de la unidad funcional tiene además un obvio efecto preventivo respecto de daños que pueden derivar en los otros departamentos y en las partes comunes, sin mencionar a terceros extraños [v. gr., la caída de un revestimiento del balcón a un transeúnte o a un vecino [(11)]].

Incluso la falta de mantenimiento adecuado puede referirse a la falta de limpieza que redunde en la proliferación de plagas de insectos o similares que se extiendan a las partes comunes u otras unidades.

---

(10) Gurfinkel de Wendy, Lilian, *La propiedad horizontal. Análisis dogmático de la Ley 13.512,* LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 450.

(11) Recordemos que conforme el art. 2043 CCCN: Son necesariamente propias con respecto a la unidad funcional (...) los revestimientos, incluso de los balcones.

B. Permitir el acceso a su unidad funcional

El art. 2046 inc. e] que establece que el propietario está obligado a "permitir el acceso a su unidad funcional para realizar reparaciones de cosas y partes comunes y de bienes del consorcio, como asimismo para verificar el funcionamiento de cocinas, calefones, estufas y otras cosas riesgosas o para controlar los trabajos de su instalación" es sumamente interesante y contiene dos deberes:

El primero: admitir el acceso a la unidad funcional para realizar reparaciones de cosas y partes comunes y bienes del consorcio. Si así no lo hace, el consorcio podrá incoar las acciones correspondientes que pueden incluir, si concurren los supuestos, una medida autosatisfactiva hoy con respaldo precisamente en la prevención de daños.

El segundo: permitir también el acceso, para verificar el funcionamiento de cocinas, calefones, estufas y otras cosas riesgosas —dice la norma— o para controlar los trabajos de su instalación. En este caso se trata de bienes propios del titular o del ocupante de la unidad funcional.

Nótese, además, que la norma califica por sí a cocinas, calefones y estufas como cosas riesgosas con la consiguiente repercusión en la órbita de la responsabilidad civil. Esta obligación tiene como contrapartida la obligación del consorcio de realizar estos controles, lo que puede llevar a interesantes derivaciones en la órbita del derecho de daños.

Analizando la norma es evidente que la misma tiende a prevenir los daños que pueden derivar de un artefacto riesgoso deficientemente instalado.

Al deber del consorcista de franquear el acceso se corresponde el derecho-deber del consorcio de controlar el funcionamiento e instalación de las cosas calificadas como riesgosas. Será al administrador al que le competa ejercer estos derechos en representación del consorcio, recurriendo obviamente al personal especializado que pueda ser necesario.

Si bien estamos ante un claro caso de prevención de daños, la cuestión estriba en juzgar si no se torna casi de cumplimiento imposible, no solo el control de la instalación, para lo cual el administrador debió ser debidamente informado, sino examinar el correcto funcionamiento de las cosas. Si llevamos el tema al extremo debería haber inspecciones periódicas por parte del consorcio lo cual se torna de cumplimiento harto dificultoso. Se deberá escudriñar entonces qué "de buena fe y conforme a las circunstancias" (art. 1701 inc. b] CCCN) es exigible.

De todas formas, téngase en cuenta, que aun antes de la sanción del Código del 2015, se condenó al consorcio "por no cumplir las normas reglamentarias que hacen al mantenimiento y seguridad de los habitantes del edificio y que impiden instalar y/o funcionar elementos en condiciones riesgosas y por no adoptar medidas de prevención como serían solicitar la inhabilitación de los artefactos inadecuados" (12).

Lo que parece claro es que, ante una sospecha concreta de deficiente funcionamiento, el consorcio tiene el derecho-deber de actuar en consecuencia.

C. Prohibiciones a los consorcistas

a) Las actividades inmorales (art. 2047, inc. a], primera parte)

La prohibición de admitir el que se destinen las unidades a fines "contrarios a la moral y buenas costumbres" permite a los copropietarios librarse también de actividades sumamente molestas, aunque se trate de meras injerencias ideales, y prevenir los daños que su ejecución conlleve. El Código Civil, siguiendo a la ley de propiedad horizontal derogada, se hace cargo de ese problema, que sigue siendo ostensiblemente actual, al referirse a usos contrarios a la moral y buenas costumbres.

Debe entenderse que las actividades prohibidas son solo aquellas que trascienden la esfera privada del individuo y se proyectan al exterior generando una violencia moral al consorcista e incluso una desvalorización de su propiedad, de lo contrario, tales acciones se encuentran protegidas por la Constitución Nacional (art. 19).

b) Fines distintos a los establecidos en el reglamento de propiedad (art. 2047, inc. a], segunda parte)

El reglamento debe establecer, conforme surge del art. 2056, inc. j], el destino de las unidades funcionales. La imposición del destino tiene variadas razones, desde preservar la tranquilidad de los consorcistas vedando determinados usos, hasta mantener un determinado estatus y el valor de las unidades impidiendo destinos que indirectamente incidan negativamente en la categoría del edificio. Ello previene tanto daños, como simples molestias.

---

(12) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F "B., L. A. y otro c. L., M. A. y otros s/ daños y perjuicios" 22/10/2013, TR LALEY AR/JUR/96066/2013

El destino impuesto a una unidad funcional es una cláusula de las llamadas estatutarias, por lo que para poder cambiar el mismo, es necesaria la decisión unánime de los propietarios.

Nuestra jurisprudencia y doctrina ha sido en general pacífica en admitir la limitación de los destinos de las unidades conforme a lo previsto en el reglamento [13]. Se trata de evitar por anticipado toda cuestión al respecto, y por ello se entiende que la elección de un destino determinado en la convención constitutiva implica la prohibición de todo otro que no estuviere expresamente autorizado [14].

El particular diseño que se realice en el reglamento de propiedad horizontal, en cuanto al destino al que puede afectarse una determinada unidad funcional, puede incidir directamente en el juzgamiento de las perturbaciones como permitidas o no.

Lo dicho es extensivo a los casos en que el reglamento establezca límites a las actividades que pueden desarrollarse, o bienes que puedan tenerse dentro de la unidad, aun cuando la misma se encuentre destinada a los fines autorizados.

La posibilidad de que el reglamento establezca el destino de las unidades está *a priori* instituyendo una autorregulación en cuanto al carácter de la microzona constituida por el edificio sometido a propiedad horizontal.

Dentro de parámetros de razonabilidad, no es igual la tolerancia que cabe esperarse en un edificio que específicamente contempla en su reglamento la instalación de una confitería bailable, de otro que no diga nada, y de un último que expresamente lo prohíba.

Por otra parte, si el reglamento disciplina la relación entre consorcistas en forma más rigurosa que la fijada por la ley, la inmisión se debe juzgar conforme al criterio de valuación establecido por el mismo [15].

Lo más interesante de la contingencia de la inserción de estas cláusulas en el reglamento es la posibilidad de impedir, por la vía del art. 2069

---

(13) Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales,* 5ª edición, actualizado por Delfina M. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, Tº I, núm. 688.

(14) CNCiv., sala E, 6/3/1997, "Consorcio de Propietarios Vicente López 1757/59/61 c. Menéndez Álvarez y otro", LA LEY, 1999-D, 18.

(15) Cassazione Civile, Sezione II, 4/2/1992, n. 1195, "Canora c. Pintauri", en *Leggi d'Italia - Repertorio di Giurisprudenza,* en *http://bd01.deaprofessionale.it/cgi-bin/FulPower.*

del Código Civil y Comercial, la mutación del destino de las unidades, y por ende prevenir que prosigan o se agraven los daños.

c) Perturbar la tranquilidad de los demás de cualquier manera que exceda la normal tolerancia (art. 2047, inc. b])

En numerosas ocasiones hemos escrito sobre la posibilidad de aplicar la prevención de daños para impedir la continuación o la agravación de un daño que perturbe la tranquilidad del prójimo excediendo la normal tolerancia [16]. Y es que en rigor la norma citada se refiere a las inmisiones, aunque —como veremos— no en forma exclusiva.

El Código ha incorporado expresamente el criterio de la normal tolerancia para establecer cuando la perturbación rebasa lo soportable entre vecinos. Parámetro que la doctrina ya entendía que debía ser aplicado a estos casos, aun cuando no estuviere mencionado en la ley 13.512 derogada [17].

Tal normal tolerancia debe ser entendida con un criterio adaptado a las circunstancias, que implicará que en ocasiones deba apreciarse con mayor estrictez y en otras con menos, por razones derivadas de la propia cercanía de la convivencia, en suma, de las condiciones del lugar.

La mayor estrictez está dada, al decir expresivamente por Racciatti, por la razón de que las relaciones entre vecinos no solo se establecen por los costados del edificio, sino también por los pisos y techos [18]. Por ende, la interpretación de las obligaciones de vecindad dentro de la propiedad

---

(16) Cossari, Nelson G. A., *Daños por molestias intolerables entre vecinos. Exceso de la normal tolerancia,* Hammurabi, Buenos Aires, 2006; Cossari, Nelson G. A., "Irrelevancia de la autorización administrativa (Aportes del clásico Derecho Civil al novísimo Derecho Ambiental)", *Revista de Derecho Ambiental,* LexisNexis, núm. 1, año 2005; Cossari, Nelson G. A., "Las nuevas inmisiones y las ventajas del artículo 2618 del Código Civil" *LA LEY* 14/05/2008; Cossari, Nelson G. A. "Las inmisiones intolerables provocadas por el ruido" *LA LEY* 2007-C , 398; Cossari, Nelson G. A. y Luna, Daniel G. "Los daños por contaminación acústica" *RCyS 2*005, 163; Cossari, Nelson G. A. "El derecho de propiedad de uno y otro vecino, enmarcado en un sistema general de convivencia. El porqué de los conflictos. Los intereses tutelados por las relaciones de vecindad, en Derecho de daños. Relaciones de vecindad" TR LALEY AR/DOC/1349/2009.

(17) Flah, Lily R., "Las relaciones de vecindad en el régimen de propiedad horizontal", RDPyC, 2002-2, Propiedad Horizontal, Rubinzal Culzoni, p. 163.

(18) Racciatti, Hernán, *Manual de la propiedad horizontal,* Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 52.

horizontal es más severa que en el dominio común en virtud de la inmediatez de esta [19].

Estas prohibiciones, obviamente, rigen tanto para el propietario como para todo tipo de ocupantes no propietarios [20], tal como afirma la propia norma.

Decíamos que la norma no refiere únicamente a las inmisiones indirectas que también contempla el art. 1973 CCCN [21]. El supuesto más usual de la norma será el caso de las inmisiones indirectas, pero sus amplios términos desbordan las mismas y permite su aplicación a cualquier caso en que se perturbe la tranquilidad de los demás "de cualquier manera". La tenencia de un animal amenazador del que se prevé un potencial daño, o la entrada y salida constante de personas de malvivir —"personas de notoria mala conducta" como reza la ley uruguaya de propiedad horizontal en su art. 9°, inc. e)—, puede, según los casos, perturbar la tranquilidad de los propietarios de modo que exceda la normal tolerancia, y en tal caso los mecanismos de prevención de daños adquieren importancia primordial.

d) Situaciones de peligro (art. 2047, incs. c] y d])

El art. 2047 CCCN, en sus incs. c] y d], impide, en el citado en primer término, ejercer actividades que comprometan la seguridad del inmueble y en el segundo, depositar en el mismo cosas peligrosas.

La norma tiene, pues, la inteligencia de prohibir toda actividad peligrosa para las cosas o para las personas que habitan el edificio, lo que comprende el tener en el inmueble cosas que puedan entrañar esa contingencia.

La actividad peligrosa puede definirse como aquella que supone para los consorcistas un riesgo superior al que normalmente se asume, para satisfacer las necesidades de los ocupantes, en la mayoría de los in-

---

(19) Flah, Lily R., "Las relaciones de vecindad en el régimen de propiedad horizontal", RDPyC, 2002-2, Propiedad Horizontal, Rubinzal Culzoni, pp. 161 y 162.

(20) Mariani de Vidal, Marina, *Curso de derechos reales,* Zavalía, Buenos Aires, 1993, Tº II, p. 290.

(21) Art. 1973 CCCN (primera): Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas.

muebles [22]. Como, por ejemplo, el empleo de una unidad como casa de cambio de monedas pensando en una típica unidad de destino mixto a vivienda u oficina, el empleo aún ocasional para el destilado de alcoholes, o el —típicamente expresamente prohibido— tratamiento de enfermedades infectocontagiosas.

Esta norma puede servir para adelantarse a la producción de un hecho dañoso que pueda configurarse, derivado de una actividad peligrosa cumpliendo una función preventiva. Volviendo a los casos antes mencionados, ser el objetivo de un robo, la ignición de los vapores de alcohol, o el contagio de los demás consorcistas.

El inc. d] prohíbe el depósito de cosas perjudiciales. Las mismas pueden no ser estrictamente peligrosas, pero implicar un perjuicio para el inmueble, como, por ejemplo, substancias corrosivas, o inflamables como el catón. Sin lugar a duda, no podrían guardarse tampoco explosivos, garrafas de gas, o elementos similares.

Ambos incisos tienen un indudable objetivo de prevenir daños. En un reciente caso, que no llegó a los tribunales, dado que el seguro afrontó la situación, un cinéfilo empedernido comenzó a acumular en su unidad de cochera películas antiguas cuyo material es altamente inflamable, y que a la postre terminó en un incendio. La aplicación de la norma vía art. 2069 CCCN o directamente por la vía del art. 1711 CCCN podría haber conjurado la consumación del daño.

II.3. El deber de prevención y la modificación de las cosas comunes

Detectamos en el art. 2051 CCCN cuando habla de la mejoras u obras nuevas dos manifestaciones de la prevención de daños. La primera cuando expresa que, para realizar mejoras u obras nuevas sobre cosas y partes comunes, los propietarios o el consorcio requieren consentimiento de la mayoría de los propietarios, pero agrega previo informe técnico de un profesional autorizado. Lo que obviamente tiende a evaluar entre otros aspectos los riesgos para la solidez o salubridad del edificio, y prevenir daños. La segunda cuando ante la oposición de los propietarios disconformes con lo resuelto el juez debe evaluar, entre otros aspectos,

---

(22) Álvarez Olalla, Pilar, "Artículo 7.2", en *Comentarios a la ley de propiedad horizontal,* coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 194.

si la mejora u obra nueva "afecta la seguridad, solidez, salubridad" [23] del inmueble.

Como dijimos la norma prevé que se necesita un informe técnico previo de un profesional autorizado. Este informe, que puede parecer excesivo para ciertas mejoras u obras nuevas, entendemos que debe cubrir los aspectos que el juez debe evaluar en caso de una acción judicial, conforme al art. 2051, tercer párrafo, CCCN.

En cuanto a los extremos que debe juzgar el juez y que nos parece que hacen directa referencia a prevenir daños, parece claro que ninguna mayoría consorcial por amplia que fuere, puede poner en peligro la seguridad o solidez (estrechamente emparentadas una y otra) del edificio. En verdad, puede pensarse que ni siquiera podría hacerlo la unanimidad de los consorcistas, ya no por razones del régimen de la propiedad horizontal, sino por fundamentos de política edilicia, materia esta de competencia de las administraciones locales y que excede el ámbito de los meros intereses privados, determinando que en razón de intereses generales no son aceptables innovaciones de este tipo ya que, en estos casos, el perjuicio a la solidez del edificio pondrá en riesgo a terceros, sea en sus personas, sea en sus bienes. Y fundamentalmente porque se estaría conculcando el principio que mana de los arts. 1710 y concordantes del CCCN. Con Jorge H. Alterini podemos sostener que es una mejora prohibida aquella que afecte la seguridad del edificio que estima son jurídicamente imposibles de llevar a cabo en virtud de un principio inderogable por la voluntad individual y fulmina a cualquier decisión consorcial que las autorizare con la nulidad absoluta [24] (arg. arts. 279 y 386 CCCN).

El término seguridad que emplea la norma, sin limitación a lo exclusivamente edilicio, puede comprender también las innovaciones que expusieren a los consorcistas a mayores riesgos respecto de delitos contra la propiedad (reemplazo de rejas por otras menos resistentes, aunque más ornamentales, facilidades para el escalamiento de muros, etc.).

---

(23) Art. 2051, tercer párrafo, CCCN "El juez debe evaluar si la mejora u obra nueva es de costo excesivo, contraria al reglamento o a la ley, y si afecta la seguridad, solidez, salubridad, destino y aspecto arquitectónico exterior o interior del inmueble."

(24) Alterini, Jorge H., "Derechos de los consorcistas", ED, 68-798, y su voto en CNCiv., sala C, 16/9/1976, "Consorcio de Copropietarios de la Finca calle Malabia 2515 v. Kramer, Boris", ED, 70-416.

II.4. El deber de prevención y el consejo de propietarios

Al consejo de propietarios, previsto por el código en el art. 2064 CCCN, el inciso b] le atribuye al mismo "controlar los aspectos económicos y financieros del consorcio" y el inciso c] "autorizar al administrador para disponer del fondo de reserva, ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios"

Nuevamente se trata de prevenir daños. Ese control que debe ejercer el consejo obviamente tiene como objeto evitar que el administrador por dolo o culpa perjudique económica o financieramente al consorcio o haga gastos no justificados echando mano para ello al fondo de reserva.

La falta o deficiencia en el contralor puede derivar en la responsabilidad de los miembros del consejo de propietarios [25].

Esta función de control respecto —principalmente— al manejo de los fondos del consorcio por parte del administrador se manifiesta de variadas maneras. Para fiscalizar los aspectos económicos y financieros deberá examinar las rendiciones de cuentas y balances anuales, preferentemente antes que sean sometidos a consideración de la asamblea, controlar los libros y documentación del consorcio, cotejar los presupuestos para una obra o trabajo a efectuar que el administrador pueda presentar con otros que el mismo consejo consiga, etcétera.

Manifestación de control es también que se le atribuya al consejo autorizar al administrador a utilizar o no el fondo de reserva, lo que procede ante gastos imprevistos o mayores a los usuales.

Nuevamente aquí se trata de prevenir que se produzca un daño y por ello el control que debe ejercer el consejo de propietario es inexcusable y quien acepta la responsabilidad de integrarlo debe estar consciente de ello.

Téngase en cuenta que este contralor no implica superponerse con las facultades de la asamblea, dado que es ella la que aprobará las rendiciones de cuentas del administrador o sus ejercicios anuales. Lo que puede hacer el consejo de propietarios (siendo ése el sentido de las funciones de contralor) es efectuar una revisión respecto de tales actos, operaciones económicas, etc., y expedirse al respecto, siendo tal informe sometido finalmente a la asamblea o producir otros efectos previstos en

---

(25) Ver sobre el tema: Cossari, Nelson G. A., Luna, Daniel, "Propiedad Horizontal: responsabilidad civil de los integrantes del consejo de administración", DJ, 27/10/2004.

el reglamento de propiedad que no disminuyan las atribuciones de la asamblea.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Basta con comenzar a leer el articulado de una institución jurídica para caer en la cuenta de que, ya sea en forma expresa o ínsita, múltiples normas no tienden a resarcir el daño causado sino a evitar que este se produzca o agrave. Por ello volvemos a coincidir con el autor citado al comienzo en el sentido que "el eje del derecho de daños en la actualidad se encuentra en la protección de las víctimas y ello únicamente puede ser satisfecho de manera eficaz otorgando mecanismos de tipo preventivos. Por ello, el principio de no dañar consiste primeramente en no causar daños a otros como principio de prevención y evitación. La reparación sólo aparece en una segunda instancia, una vez que los mecanismos preventivos o de disuasión han fracasado" [26].

(26) COSSARI, Maximiliano N. G. , su tesis "Los principios de prevención y precaución como principios generales del derecho. Su vigencia en el sistema de responsabilidad civil".

Alcances del caso fortuito. Con especial referencia a las obligaciones de fuente contractual

Por Ignacio E. Alterini

I. Delimitación temática

El caso fortuito opera de manera diferente, ya sea que se despliegue en una obligación concebida con anterioridad a su ocurrencia, o bien constituya el hecho generador del daño que experimentó una persona. En efecto, en el primer supuesto —que es de la clásicamente denominada responsabilidad contractual— el caso fortuito puede derivar en una imposibilidad de cumplimiento de la obligación, mientras que en la hipótesis de la llamada responsabilidad extracontractual el efecto principal del *casus* es impedir que nazca la obligación de reparar el daño sufrido por una persona. Sin embargo, existe una nota común, pues en ambos escenarios funciona como un eximente de responsabilidad.

En este aporte me ocuparé especialmente de las implicancias del caso fortuito en la espera obligacional; especialmente, en las obligaciones de fuente contractual. Sin perjuicio del perfilamiento del objeto de estudio, naturalmente deberé detenerme en lineamientos de esta causa ajena que son predicables tanto en la órbita obligacional como en la aquiliana.

II. Concepto y terminología

Clásicamente, se distinguió conceptualmente el caso fortuito de la fuerza mayor, sobre la base de comprender que aquel refiere a "hechos de la naturaleza", en tanto que la fuerza mayor se corresponde con los "hechos del hombre". Este fue el sentir de Vélez Sarsfield —quien en su glosa

al art. 514 del Código Civil derogado— expresó: "Los casos fortuitos o de fuerza mayor son producidos por dos grandes causas; por la naturaleza o por el hecho del hombre. Los casos fortuitos naturales son, por ejemplo, la impetuosidad de un río que sale de su lecho (...). No se debe por lo tanto calificar como caso fortuito o de fuerza mayor, los acontecimientos que son resultado del curso ordinario y regular de la Naturaleza (...). Los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, o fuerza de príncipe, como dicen los libros de Europa".

Sin embargo, la significación idiomática no identifica al caso fortuito con los hechos de naturaleza, ni tampoco asimila a la fuerza mayor con los hechos del hombre.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el vocablo "caso" refiere a un acontecimiento, y el adjetivo "fortuito" implica que "sucede inopinada y casualmente", es decir, "impensadamente". En cambio, la expresión "fuerza mayor" —como bien pone de resalto Galli [(1)]— "...evoca la intervención de un poder más grande que las posibilidades normales del hombre y expresa la noción de obstáculo superior".

Es decir, mientras que el caso fortuito se conecta con lo imprevisible, la fuerza mayor lo hace con lo irresistible. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico no hace distingos. En efecto, el art. 1730 *in fine* del Código Civil y Comercial dispone: "Este Código emplea los términos 'caso fortuito' y 'fuerza mayor' como sinónimos" [(2)]. Tanto es así que los arts. 955, 1371 y 1730 aluden al "caso fortuito o fuerza mayor"; los arts. 763, 792, 1206, 1268,1376, 1413, 1536,1731, 1733, 1767, 1787, 1975, 2146, 2404, 2515 y 2519 únicamente hacen tema con el "caso fortuito"; y el art. 1258 solitariamente menciona con exclusividad a la "fuerza mayor". El Código tam-

---

(1) GALLI, Enrique V., en SALVAT, Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General", 6ª edición actualizada por Enrique V. Galli, TEA, Buenos Aires, 1952, tomo I, §144, pp. 152-153.

(2) También era la tendencia dominante tanto en la doctrina autoral como en la jurisprudencia en tiempos del Código Civil derogado. Para Llambías el "criterio indiscriminado" resultaba claramente de los arts. 1517 y 1570 del Código de Vélez: "Por el primero de ellos se declara que 'es caso fortuito, a cargo del locador, el deterioro de la cosa causado por hechos de terceros, aunque sea por motivos de enemistad o de odio al locatario', lo que arruina la identificación tradicional del caso fortuito con los hechos naturales y de la fuerza mayor con los hechos del hombre (...). En cuanto al art. 1570 sienta entre ambas nociones una clara sinonimia, al decir que 'no siendo notorio el accidente de fuerza mayor que motivó la pérdida o deterioro de la cosa arrendada, la prueba del caso fortuito incumbe al locatario" (LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", 4ª edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1983, tomo I, §187, pp. 230-231).

bién refiere a la fuerza mayor en la Sección 3ª del Capítulo 9, del Título II, del Libro Tercero, que se denomina "Suspensión del cumplimiento y fuerza mayor".

La norma central que regula esta temática es el art. 1730 del Código Civil y Comercial, que en su primer párrafo brinda el concepto de la figura y su efecto principal. Dispone: "Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario".

De la lectura del precepto se advierte: (i) que el hecho puede provenir tanto de la naturaleza como del hombre; y (ii) que, si bien se hace tema con la imprevisibilidad, lo verdaderamente relevante para la configuración del *casus* es la irresistibilidad, ya que aun cuando el hecho pudo haber sido previsto, lo determinante es que no haya sido posible evitarlo.

Por esa razón, acaso la expresión "fuerza mayor" es la que mejor se ajusta desde el lenguaje al alcance jurídico de la figura. Sin embargo, dado que el ordenamiento prefiere [3] la utilización de la expresión "caso fortuito" —además de ser la más empleada en la doctrina y la jurisprudencia nacionales—, en este trabajo me referiré exclusivamente al caso fortuito.

III. Requisitos generales

a) Planteamiento

El caso fortuito —como ya señalé—se desenvuelve de manera diferente si se concreta en una obligación ya constituida, o bien como eximente del deber de responder ante daños causados entre personas sin vínculo jurídico previo que las una. Por esta razón, es conveniente distinguir entre requisitos generales y especiales del *casus*; estos últimos, con la mirada puesta en las obligaciones de fuente contractual [4].

---

(3) La mentada preferencia del legislador es clara, al menos, desde el aspecto cuantitativo. Esto obedece a que en la mayor cantidad de ocasiones se refiere al "caso fortuito" para captar esta causa ajena.

(4) Esta presentación se corresponde con la realizada por el académico Jorge Bustamante Alsina, quien apreció: "Existen caracteres constitutivos del caso fortuito que son de carácter general, y otros que definen particularmente el 'casus' en relación a la inimputabilidad del incumplimiento de las obligaciones contractuales" (BUSTAMAN-

Todo hecho para configurar caso fortuito —y sin importar en qué ámbito acontezca— debe ser (i) imprevisible, (ii) inevitable y (iii) ajeno a quien se le sindica el deber de responder.

b) Imprevisibilidad

El hecho que constituye el caso fortuito debe ser imprevisible, es decir, que se exige que el acontecimiento no pueda advertirse con anticipación a que suceda. La ponderación de la previsibilidad debe efectuarse objetivamente [5], a partir del módulo del "hombre normal medio" [6], y según las circunstancias del caso y con las modulaciones previstas en el art. 1725 del Código Civil y Comercial [7].

El juicio de la previsibilidad debe efectuarse *en abstracto* dado que el caso fortuito opera como causa ajena que fractura el nexo de causalidad del deber de responder. No se trata, entonces, de analizar la diligencia del agente, lo que supone un juicio *en concreto* en orden a captar si la persona obró observando la diligencia debida.

Naturalmente, en la hipótesis de la responsabilidad extracontractual, la previsibilidad debe ser evaluada al tiempo de la causación del perjuicio que derivará en el deber de responder por los daños. En cambio, en las obligaciones de fuente contractual la previsibilidad debe ponderarse en la oportunidad de la celebración del acuerdo, en función de lo que previeron o hubieran de haber previsto las partes.

c) Inevitabilidad

La segunda nota del caso fortuito —en el orden de aparición del art. 1730 del Código Civil y Comercial— es la más relevante, pues aun cuando la ocurrencia del hecho sea previsible, igualmente configura *casus* si es inevitable; es decir, si acaece igualmente no obstante toda acción

---

TE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", 5ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, §711, p. 263-264).

(5) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, cit., §712, p. 264.

(6) CNCiv., sala C, 05/09/2000, "Parisi, Roberto J. c. Girado, Juan M.", JA 2001-II-571.

(7) Art. 1725 del Código Civil y Comercial: "*Valoración de la conducta*. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente".

que pueda desplegar el sindicado como responsable. Con el particular decir de Carbonnier, la irresistibilidad supone que "el hombre encuentra a su amo en un acontecimiento más fuerte que él mismo" (8).

Por esa razón, estimo que hay que restarle importancia a la exigencia de que el hecho sea imprevisible, ya que no es decisiva en este campo.

Es más, pienso que lo adecuado sería sincerar la legislación y dejar de exigir que el hecho sea imprevisible. Esto obedece a que "...lo fundamental es el carácter de inevitabilidad. Tanto lo imprevisible como lo previsible, exonera al deudor de responsabilidad cuando resulta inevitable. La inevitabilidad está implícita en la imprevisibilidad..." (9), pues no se puede evitar lo que no se puede prever.

Se piensa que si al constituirse la obligación "...el deudor sabía que el acontecimiento irresistible podía o debía acontecer según el curso ordinario y natural de las cosas...", la fuerza irresistible del hecho no es bastante para eximirlo de responsabilidad (10). No coincido con ese parecer, pues nadie puede obligarse a lo que no es posible (arg. art. 725, Código Civil y Comercial). Un proceder de esta naturaleza llevaría a desacreditar la eficacia de la obligación en sí, por lo que no sedaría el escenario propicio para que el *casus* opere.

d) Ajenidad

El hecho debe ser ajeno al deudor —en la órbita obligacional— o al presunto responsable —en la esfera aquiliana—, pues nadie podrá liberarse de su eventual responsabilidad si no le es extraño, es decir, si no se produce afuera de la esfera de actuación del deudor o del sindicado como responsable. En criterio compartible, se ha precisado que "lo exterior no es necesariamente lo que está afuera en un sentido literal o físico, sino lo dotado de independencia en su origen y en la fecundidad de sus efectos" (11).

---

(8) CARBONNIER, Jean, "Droit Civil", tome second "Les biens et les obligations", 5ª edición, Presses Universitaires de France, Paris, 1967, §157, p. 525.

(9) GALLI, Enrique V., cit., §145, p. 155. Conf. BOFFI BOGGERO, Luis M., "Tratado de las obligaciones", Astrea, Buenos Aires, 1973, tomo II, §490, p. 227: "Es evidente que lo inevitable va implícito en lo imprevisible".

(10) BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", 9ª edición, actualizada por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, tomo I, §111, p. 117.

(11) ALTERINI, Jorge H. y DURAÑONA Y VEDIA, Agustín, "Superación de algunas pretendidas diferencias entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva con culpa presunta", en "Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina", dirigida por Alberto J. Bueres, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, tomo II, p. 106.

Naturalmente, el hecho no será ajeno si media culpa o dolo del agente (art. 1733 inc. d], Código Civil y Comercial) [12]. Pero tampoco será ajeno si el hecho, en el supuesto del deber de responder por riesgo, se trata de contingencias propias de las cosas o actividades involucradas (art. 1733 inc. e], Código Civil y Comercial).

La directiva general acerca de la exterioridad del caso fortuito encuentra manifestaciones particularizadas en distintas disposiciones del Código Civil y Comercial. Así, el constructor de una obra realizada en un inmueble destinada a "tener larga duración" es responsable por "los daños que comprometen su solidez y por los que la hacen impropia para su destino", salvo causa ajena que no podrá consistir en "el vicio del suelo", "ni de los materiales" (art. 1273); los propietarios de casas de depósito están obligados a la conservación de las cosas allí depositadas y se liberan por caso fortuito únicamente si es "externo a su actividad" (art. 1376); el prestador de una caja de seguridad se exime de responsabilidad por caso fortuito solo si este es "externo a su actividad" (art. 1413).

Si bien el requisito de la ajenidad del hecho no surge del texto del art. 1730 del Código Civil y Comercial, atañe a la propia esencia del caso fortuito el consistir en una causa ajena que fractura el nexo de causalidad del deber de responder(arg. arts. 1722,1730, 1731, 1732, 1733, 1736, Código Civil y Comercial).

Brun se pregunta si la exterioridad del evento constituye un verdadero rasgo del *casus*. Afirma que "uno puede legítimamente dudar" de ello si se pone el foco en que simplemente supone que la persona no puede liberarse mediante la invocación de un hecho que ella provocó, ni uno que la ley le impone que asegure las consecuencias dañosas respecto de terceros [13].

---

(12) Que la culpa del deudor desate el caso fortuito y responda por él quien procedió culposamente es significativo, pero implica nada más que una secuencia del obrar culpable, por lo cual las consecuencias fortuitas son imputables al obligado sin violentar el módulo de la relación causal adecuada (Véase la Opinión a la 1ª edición [2015] de ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo VIII, pp. 165-166).

Bien decía Llambías: "No se trata, en verdad, sino de una excepción impropia al principio de irresponsabilidad por caso fortuito. Porque si el hecho que se alega como eximente, proviene de la culpa del deudor, no es un caso fortuito, puesto que éste, por definición, ha de ser un hecho ajeno al obligado" ("Tratado de derecho civil. Obligaciones", 5ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1994, tomo I, §212, p. 254).

(13) BRUN, Philippe, "Responsabilidad civil extracontractual", traducción de la 3ª edición francesa (2014) a cargo de Cynthia Téllez Gutiérrez y Eduardo Cárdenas Miranda, Instituto Pacífico, Lima, 2015, §281, p. 265.

En mi opinión, no puede dudarse que la ajenidad es un requisito constitutivo del caso fortuito. Incluso, desde un orden lógico de análisis, pienso que es el primer elemento que debe analizarse, pues la imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho solo serán relevantes si el acontecimiento es ajeno al deudor o al sindicado como responsable, según las distintas hipótesis.

IV. Requisitos especiales en el ámbito obligacional

a) Planteamiento

Para que el caso fortuito opere como eximente en la órbita obligacional debe adicionarse a los requisitos generales de configuración (i) que el hecho sea sobreviniente al incumplimiento del deudor y (ii) que tenga virtualidad actual.

b) Sobreviniente

La ocurrencia del *casus* tiene como efecto principal la liberación del deber de responder, pero su acaecimiento en la órbita contractual debe ocurrir necesariamente luego de la constitución de la obligación. Es que, si la imposibilidad de cumplir la prestación es originaria, supondrá la ineficacia del vínculo jurídico (arg. art. 725, Código Civil y Comercial). Nadie puede obligarse a un imposible.

En la esfera aquiliana, dado que la obligación de reparar nace con la infracción al deber genérico de no dañar (art. 1716, Código Civil y Comercial), el hecho configurativo del caso fortuito —que impide el nacimiento de la obligación resarcitoria— es anterior o concomitante con el daño, pero nunca sobreviniente.

c) Actualidad

El hecho configurativo del *casus* no solo debe ser sobreviniente a la constitución de la obligación, sino que además debe tener incidencia en la oportunidad en que corresponda cumplirse la prestación objeto de ella. Se destaca que se trata de una "actualidad lógica antes bien que cronológica" [(14)]. En efecto, si hubiesen cesado los efectos del *casus* en una oportunidad anterior al momento del pago, ya no habría obstáculo para

(14) ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de las obligaciones civiles y comerciales", 4ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, §837, p. 407.

que el deudor cumpla; y si hubiera ocurrido con posterioridad a que el deudor ingrese en la situación de mora, será él quien debería asumir las consecuencias del caso fortuito.

V. EL HECHO DE UN TERCERO NO ES UNA CAUSA AJENA DISTINTA DEL CASO FORTUITO

Es habitual que se diga que el hecho de un tercero por el cual no se debe responder supone una causa ajena que desplaza la autoría y, por tanto, fractura el nexo de causalidad. Tanto es así que el Código Civil y Comercial lo regula en el art. 1731, es decir, inmediatamente luego del caso fortuito (art. 1730) y antes de la imposibilidad de cumplimiento (art. 1732).

No se crea que quiero observar ese encuadramiento, pero sí enfatizo en que no tiene vida autonómica respecto del caso fortuito [(15)]. Me explicaré.

Si el hecho integrativo del caso fortuito puede provenir de la naturaleza o del hombre, naturalmente en este último supuesto únicamente puede referir a un hecho de una persona distinta a quien alega el *casus*. Esto es así porque si no procediera de un hecho de un tercero no respetaría la pauta de la ajenidad. Entonces, la opción es dicotómica: el hecho del tercero integra el concepto de caso fortuito, o este último sólo se refiere a los hechos de la naturaleza. Creo que hay mensajes del Código que sustentan la primera alternativa.

Ante todo, si se parte de la concepción clásica que distinguía al caso fortuito de la fuerza mayor, según si el hecho era de la naturaleza o del hombre, respectivamente, es evidente que la asimilación que realiza el art. 1730 del Código se inclina en el sentido de que el hecho del tercero queda captado en su concepto. Un argumento corroborante está dado por el art. 1733 que dice que el hecho del tercero para conformar un eximente de responsabilidad "debe reunir los caracteres del caso fortuito".

---

(15) Conf. BUSSO, Eduardo B., "Código Civil anotado", Ediar, Buenos Aires, 1949, tomo III, 101, p. 314: "El hecho de un tercero —por el cual el deudor no fuera responsable—, cuando hace imposible la ejecución de la obligación, debe considerarse como un caso de fuerza mayor, tal como si se tratara de un fenómeno natural".

VI. El hecho del damnificado cuando importa la ruptura de la causalidad tampoco tiene autonomía respecto del caso fortuito

Es habitual que también se presente al hecho del damnificado como una causa ajena distinta del caso fortuito. Tanto es así que el Código Civil y Comercial le destina el art. 1729, que prevé: "*Hecho del damnificado.* La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial".

Aunque la norma no lo diga, el hecho del damnificado para implicar la ruptura del nexo de causalidad debe reunir los rasgos de caso fortuito [(16)]. Si el impedimento provocado por el acreedor que derivó en el incumplimiento del deudor no fuera invencible por este último, o si el sindicado como responsable tuviera a su alcance la posibilidad evitar la generación del daño, no podría aducirse el hecho del damnificado como causa ajena [(17)].

VII. Prueba del *casus*

La acreditación del caso fortuito pesa sobre quien pretende liberarse por su ocurrencia (art. 1736, Código Civil y Comercial). Al acreedor le basta con demostrar el incumplimiento obligacional o el padecimiento del perjuicio, según cual sea la causa del deber de responder. Naturalmente, el deudor o el sindicado como responsable deberá probar el hecho en sí y que tal acontecimiento observa los requisitos que ordenamiento jurídico impone para configurar la causa ajena.

---

(16) Conf. ALTERINI, Atilio A., "Incidencia del mero hecho en la ruptura de la relación causal", en "La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 394.

(17) La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A., 22/04/2008 (Fallos 331:819) tuvo la oportunidad de resolver una acción instaurada por una usuaria del servicio de subterráneo que, al intentar descender de un vagón y arrastrada por la excesiva cantidad de pasajeros, introdujo un pie entre el vagón y el andén, ocasionándole severos daños. En esa ocasión, el Máximo Tribunal resolvió que, aunque "...por la vía de hipótesis pudiera achacarse algún tipo de 'maniobra incorrecta' a la actora cuando descendió del vagón, lo cierto es que (...) la alzada no ponderó la circunstancia de que la demandada tuvo a su alcance la posibilidad de evitar la producción del accidente (Fallos: 312:2413; 317:768)".

VIII. EFECTOS

El principal efecto del caso fortuito es el de eximir de responsabilidad (art. 1730, Código Civil y Comercial), ya sea al deudor de una obligación cuando el *casus* derivó en la imposibilidad de cumplimiento de la prestación, o bien al sindicado como responsable por los daños que otra persona experimentó sin que exista vínculo previo entre ellas.

Empero, en ocasiones, igualmente se deberá responder ante la ocurrencia del caso fortuito. El art. 1733 del Código Civil y Comercial incluye distintos supuestos en los que se mantiene la responsabilidad del deudor: "a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito" (art. 1733, Código Civil y Comercial).

IX. EL CASO FORTUITO Y LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

a) Planteamiento

Toda obligación implica la realización de una conducta por parte del deudor que se denomina prestación (art. 725, Código Civil y Comercial). La ejecución del comportamiento debido importa pago (art. 865, Código Civil y Comercial), lo que determina la extinción de la obligación y, consecuentemente, la anhelada liberación del deudor.

Entonces, ¿qué es el incumplimiento? Se trata del descuerdo entre lo debido y lo realizado. El deudor cumple cuando paga a través de la satisfacción del programa prestacional en los sentidos de la identidad, la integridad, la puntualidad y la localización (arts. 867 y concordantes, Código Civil y Comercial). En sentido contrario, el deudor incumple cuando existe un desajuste entre la conducta futura a la que se obligó y la que concretó.

No me satisface la extendida concepción que tiende a matizar el incumplimiento según se trate de la inejecución total del plan prestacional, o de la ejecución defectuosa o parcial de él. Considero que la alternativa es binaria: se cumple o no se lo hace [18].

El incumplimiento es el enlace que une al "débito" con la "responsabilidad", ya que si la obligación se engendra como un deber del deudor a desplegar determinada conducta —débito—, su insatisfacción, o sea su incumplimiento, puede conllevar un deber de responder en cabeza del sujeto pasivo —responsabilidad—.

El incumplimiento es susceptible de ser considerado objetivamente, es decir, con independencia de las causas que llevaron a la lesión del derecho creditorio. Pero esa consideración no obsta que se pueda dilucidar a quién es atribuible la insatisfacción obligacional. De allí que el incumplimiento del débito por quien tenga que asumirlo le pueda ser "imputable" o "no imputable".

Para que el incumplimiento sea imputable al deudor, es menester: a) que el deudor despliegue una conducta objetivamente discordante con la proyectada en el débito obligacional; b) que pueda endilgársele autoría; y c) que medie un factor de atribución subjetivo u objetivo, según los casos.

El incumplimiento, entonces, no será imputable al deudor si la conducta considerada en sí misma está justificada por el ordenamiento (arg. arts. 1717, 1718, 1720, Código Civil y Comercial); si la autoría del incumplimiento puede desplazarse del ámbito del deudor por concurrir una causa ajena (arg. arts. 1729, 1730, 1731, 1719, Código Civil y Comercial); si no media un factor de atribución suficiente (arg. arts. 1721 a 1724, Código Civil y Comercial).

b) Necesidad de que la prestación sea de cumplimiento posible

La prestación debe ser susceptible de cumplimiento por el deudor (art. 725, Código Civil y Comercial), pues de otra manera mediaría imposibilidad, ya originaria —si tal defecto estuviera patente en la oportunidad de su constitución—, ya sobreviniente —si aconteciera *a posteriori*—.

---

(18) Pienso con Betti que no es distinguible el "inexacto cumplimiento" del incumplimiento mismo (BETTI, Emilio, "Teoría general de las obligaciones", traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, tomo I, pp. 122-123).

La imposibilidad —al menos para el Derecho— no implica una dificultad sin importar cuán relevante ella sea, sino antes bien algo que no es posible que ocurra en el plano de las relaciones intersubjetivas [19].

Cuando la imposibilidad es originaria, si la fuente de la obligación fuese un acto jurídico, éste sería nulo en razón de su objeto (arg. art. 279, Código Civil y Comercial), y consiguientemente la obligación no sería eficaz por no tener el soporte jurídico que la origine.

En cambio, si la imposibilidad fuese sobreviniente se aplicarían las normas de los arts. 955, 956 y 1732 del Código Civil y Comercial. Esas directivas establecen ique, si la imposibilidad es determinada por una causa ajena a los sujetos vinculados, la obligación se extingue sin responsabilidad; en contraste, cuando sea atribuible tal imposibilidad al deudor, la obligación mutará su objeto originario por el derivado de la prestación de valor consistente en indemnizar los daños causados.

c) Acerca de la imposibilidad de cumplimiento

La imposibilidad que corresponde analizar es la que sobreviene al nacimiento de la obligación y ella puede ser "material" o "jurídica", según si el obstáculo insuperable se debe a que la prestación no es susceptible de ejecutarse por cuestiones conectadas con el plano físico —verbigracia, la destrucción total de la cosa determinada que debía entregarse— o jurídico —por ejemplo, cuando por un hecho del príncipe el deudor no puede efectuar la tradición de lo que debía—, respectivamente [20].

Hay imposibilidad de cumplimiento cuando la prestación adeudada no es susceptible ser satisfecha, ya sea por la ocurrencia de un caso fortuito, o bien por causas atribuibles a alguna de las partes.

La imposibilidad de cumplimiento debe reunir determinados requisitos para que quede conformada; debe ser: (i) "sobreviniente" al naci-

---

(19) La explicación que efectúo en el texto se funda en que no quiero que el lector desvíe la mirada y aprecie que la imposibilidad que refiero es la apuntada por el Diccionario de la Real Academia Española, en su segunda acepción: "Sumamente difícil". La cuestión debe analizarse desde su primera acepción: "No posible".

(20) Pizarro y Vallespinos afirman: "Se acepta pacíficamente que también la imposibilidad moral grave puede tener incidencia liberatoria para el deudor, particularmente cuando por su entidad y gravedad pueda resultar vejatorio para la dignidad del deudor exigirle el cumplimiento de la prestación (v.gr., el concertista que debe brindar un recital el mismo día en que ha muerto un hijo suyo)". Véase PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., "Tratado de obligaciones", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, tomo III, §1958, p. 83.

miento de la obligación; (ii) "objetiva" y (iii) "absoluta". Según los casos, se requiere que sea "definitiva" o también se admite que revista el carácter de "temporaria".

d) Requisitos

1. Sobreviniente

El cumplimiento imposible debe sobrevenir a la existencia de la obligación, o sea que no puede ser contemporáneo a su nacimiento, sino que debe surgir temporalmente "después" de tal oportunidad. En otras palabras, cuando la obligación se engendró la prestación era susceptible de ser cumplida, pero *a posteriori* —por distintas razones— ello dejó de ser factible (arts. 955 y 956, Código Civil y Comercial). Adviértase que la imposibilidad originaria obsta al nacimiento de la obligación.

2. Objetiva

El impedimento debe referirse al "objeto" mismo de la obligación y no a las particularidades que pueden rodear al "sujeto" que debe cumplirla, es decir, al deudor (arts. 955, 956 y 1732, Código Civil y Comercial) [21].

Hago mías las palabras de Boffi Boggero acerca de que la imposibilidad: "...debe ser para todos y no solamente para el deudor. Pero en ciertas situaciones esa imposibilidad puede afectar al deudor exclusivamente —como, verbigracia, en las obligaciones *intuitu personae*—, y entonces estamos también ante una tan auténtica imposibilidad de cumplir como si ella fuese común a todos" [22].

3. Absoluta

El obstáculo debe ser invencible, irresistible para el deudor, ya que si el sujeto pasivo de la obligación pudiera cumplir —aunque con mayores dificultades que las que eran previsibles— y no lo hiciese, incurriría en responsabilidad por cuanto el valladar sería tan solo relativo (arts. 955, 956 y 1732, Código Civil y Comercial).

---

(21) Betti, luego de objetar —en nuestra visión, sin acierto— la terminología de imposibilidad "absoluta", señala: "...distinguiremos simplemente una imposibilidad objetiva, esto es, intrínseca a la naturaleza misma de la prestación, y por la que se pueda constituir un impedimento para la generalidad de los miembros de la comunidad, y una imposibilidad subjetiva, que depende de las condiciones particulares del obligado, por un impedimento inserto en su persona o en la esfera de su economía individual" (BETTI, op. cit., tomo I, p. 49).

(22) BOFFI BOGGERO, cit., tomo IV, §1713, pp. 567-568.

Hay prestaciones que, por su propia naturaleza, siempre conllevan incumplimientos relativos, como ocurre a las llamadas "de género". En esta clase obligacional, la directiva de que el género nunca perece importa que el deudor no pueda invocar el *casus* (art. 763, Código Civil y Comercial).

4. Definitiva o temporaria

La imposibilidad de cumplimiento desde la óptica de la perdurabilidad de la traba puede ser "definitiva", cuando la prestación no retomará nunca más su calidad de cumplible, o "temporaria", cuando la conducta debida inicialmente posible y posteriormente imposible, retomará la aptitud primitiva (arts. 955 y 956, Código Civil y Comercial).

Cuando la imposibilidad es definitiva, la discusión se acabó. Pero cuando es temporaria corresponde dilucidar si la duración del impedimento frustra el interés del acreedor en la prestación, o si no lo hace. Verbigracia, si la obligación era de plazo esencial, aunque luego de su vencimiento se retornara el escenario de la posibilidad, tal prestación ya no sería del interés del acreedor (art. 956, Código Civil y Comercial).

Si la imposibilidad fuese temporaria, pero no frustratoria del interés del acreedor, la obligación mantendría su vida jurídica y solo generaría responsabilidad para el deudor si tal imposibilidad le fuera atribuible.

X. EL CASO FORTUITO ANTE OBLIGACIONES DE FUENTE CONTRACTUAL

a) Alcances de la autonomía de la voluntad

En la praxis se observa que—en ocasiones— se acuerdan cláusulas enderezadas a precisar qué entenderán las partes por caso fortuito, a la manera de definiciones contractuales, ya con la mirada puesta en limitar los alcances previstos por el legislador, ya con el objetivo de ampliar sus fronteras.

La realización de pactos con relación al caso fortuito que supongan variar la solución prevista por el legislador solo puede gestarse en el ámbito de la contratación paritaria que no sea de consumo [23]. Esto es así

(23) Un sector de la doctrina autoral presenta al contrato de consumo como una categoría contractual que transita por carriles paralelos a los de los paritarios y por adhesión para conformar un tercer esquema contractual. No coincido con esa manera de observar la realidad, pues mi visión es dicotómica: el contrato es paritario o por

porque de encontrarnos con contratos celebrados por adhesión o contratos de consumo, esas cláusulas podrían ser abusivas —y, por tanto, nulas de pleno derecho— si varían la solución legal en perjuicio del adherente o consumidor (arts. 988 y 1117, Código Civil y Comercial; art. 37, ley 24.240).

Los pactos dirigidos a que el deudor sea quien deba asumir el *casus* en el supuesto de su ocurrencia se conocen con el nombre de "cláusulas de responsabilidad". Encuentran un significativo respaldo normativo en el inc. a) del art. 1733 del Código Civil y Comercial que incluye, entre los supuestos que hacen perdurar el deber de responder aun ante el caso fortuito, la hipótesis en la cual el deudor asumió el cumplimiento, "aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad". La asunción puede ser total o parcial, en el sentido de que el deudor asume "todos", "varios" o "algún" caso fortuito.

Un sector de la doctrina propicia que los pactos de responsabilidad solo podrían versar sobre los llamados casos fortuitos "ordinarios" y no respecto de los "extraordinarios" [(24)]. Para otra línea de pensamiento, la cuestión es dudosa ante la incierta delimitación de caso fortuito ordinario del extraordinario, y solo admite la exoneración del deudor cuando el hecho sea absolutamente imprevisible y extraordinario de manera tal que hubiera escapado a las previsiones de los contratantes [(25)].

Por otra parte, aquellas disposiciones contractuales tendientes a ampliar las fronteras de la irresistibilidad del caso fortuito para comprender a hechos que son de dudoso encuadramiento en el concepto brindado por el art. 1730 se denominan habitualmente como "cláusulas de irresponsabilidad".

La libertad contractual es fundamento bastante en la contratación paritaria que no es de consumo para agravar o aminorar la intensidad del deber de responder del deudor que fue prefijada por el legislador.

b) Incidencia de la mora

El *casus* que provoca la imposibilidad de cumplimiento es —en principio— liberatorio para el deudor, dado que extingue la obligación.

---

adhesión, según cómo se alcanza el consentimiento, y uno otro podrá calificar como de consumo o no, de acuerdo con que derive en una situación jurídica de consumo.

(24) Así, LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor, BUERES, Alberto J., y MAYO, Jorge A., "Tratado de las obligaciones", 2ª edición, La Ley – Ediar, Buenos Aires, 2009, tomo I, §198, p. 361.

(25) BORDA, §127, p. 131.

Sin embargo, ello no es así si el deudor se encontraba en mora dado que esta situación jurídica implica la traslación de los riesgos a su esfera; en este caso, el deudor deberá responder igualmente, a no ser que la mora "sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento" (art. 1733 inc. c], Código Civil y Comercial). A este respecto, el art. 898 del Proyecto de 1998 establecía: "*Mora irrelevante*. El deudor no es responsable por la imposibilidad de cumplimiento de la prestación, aunque se halle en mora, si su objeto se hubiera perdido igualmente de haber estado en manos del acreedor, sin perjuicio de su deber de reparar el daño moratorio" (26).

c) ¿Suspensión de cumplimiento?

La Sección 3ª correspondiente al Capítulo 9, del Título II, del Libro Tercero, se designa como "Suspensión del cumplimiento y fuerza mayor", y da cobertura a dos normas: el art. 1031 cuyo epígrafe reza "suspensión de cumplimiento" y el art. 1032 que se denomina "tutela preventiva".

La alusión a la "fuerza mayor" en este ámbito causa perplejidad en el intérprete, dado que en ninguno de los artículos referidos se hace tema con ella en sus respectivas partes preceptivas (27). Ante esta circunstancia, corresponde preguntarse si la fuerza mayor puede aducirse como causal de la suspensión del cumplimiento del contrato, a la manera que lo preveía el inc. c) del art. 992 del Proyecto de 1998 (28), que la habilitaba cuando una de las partes "...tiene un impedimento temporario

---

(26) De todas maneras, existen expresiones legales que desvían el camino e igualmente le atribuyen responsabilidad al deudor a pesar de que la pérdida se hubiera producido igualmente de haberse cumplido tempestivamente la obligación. Véase, por ejemplo, la muy cuestionable solución legal del segundo párrafo del art. 1936 del Código Civil y Comercial: "Si la posesión es viciosa, responde de la destrucción total o parcial de la cosa, aunque se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución".

(27) Conf. SANTARELLI, Fulvio, en HEREDIA, Pablo D. y CALVO COSTA, Carlos A. (Directores), "Código Civil y Comercial. Comentado y anotado", La Ley, Buenos Aires, 2022, tomo IV, p. 180

(28) Art. 992 del Proyecto de 1998: "*Suspensión del cumplimiento*. Una parte puede suspender su propio cumplimiento, debiendo comunicarlo de inmediato a la otra parte: a) Si la otra parte tiene imposibilidad temporaria de cumplir, aunque sea por causas ajenas a ella y a su responsabilidad. b) Si es previsible que la otra parte no cumpla, por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando ésta cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado. En su caso, se aplica el artículo 1058. c) Si tiene un impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas a ella y a su responsabilidad. La suspensión procede por el tiempo razonable de acuerdo con los usos, y queda sin efecto cuando el impedimento resulta superado".

para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas a ella y a su responsabilidad...".

Para algunos la expresión utilizada en el art. 1031, acerca de que "la suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o excepción", permitiría reflexionar "...si se ha querido facultar también a una de las partes para suspender el cumplimiento frente a supuestos de fuerza mayor o caso fortuito que imposibiliten temporalmente la ejecución de su propia prestación, permitiendo de esta forma conservar al contrato con vida hasta que dicha imposibilidad desaparezca". Y aprecian que "el tiempo dirá que hermenéutica habrá de prevalecer, seguramente signada por el juego de los principios generales, en particular los de buena fe, abuso del derecho y conservación del negocio jurídico" [29].

Para Leiva Fernández "...no se advierte inconveniente en que mientras el caso fortuito no le sea imputable al deudor, este pueda suspender la prestación sin incurrir en responsabilidad", y se pregunta: "¿Qué sentido tendría que el deudor deba verse demandado para recién allí anoticiar a su acreedor de la concurrencia del caso fortuito que no le es imputable?" [30].

d) Imposibilidad temporaria de cumplimiento y frustración de la finalidad

De acuerdo con el art. 956 del Código Civil y Comercial: "La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible".

Ante todo, no es correcta la utilización de la conjunción disyuntiva "o" que emplea el art. 956, ya que si una obligación está expuesta a un plazo esencial es porque el interés del acreedor solo podrá satisfacerse con el cumplimiento puntual. Ergo, bastaba con que el legislador mentara al supuesto en el cual la "duración" de la imposibilidad "frustra el interés del acreedor de modo irreversible", pues la cuestión del plazo esencial no es más que un ejemplo de esa frustración.

Si la imposibilidad de cumplimiento temporaria frustra irreversiblemente el interés del acreedor, la obligación se extingue sin responsabi-

---

(29) HERNÁNDEZ, Carlos A. y TRIVISONNO, Julieta, "Suspensión del contrato en el Proyecto de Código", LA LEY 2012-E, 1067.

(30) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo V, pp. 581 y 582.

lidad para el deudor siempre que el obstáculo objetivo y absoluto para ejecutar la prestación no le fuera atribuible.

La norma del art. 956 del Código Civil y Comercial cuenta con un antecedente en el Código Civil italiano, que colabora en la ponderación de su recto sentido. El segundo párrafo del art. 1256 del *Codice* preceptúa: "Si la imposibilidad es sólo temporal, el deudor, mientras perdure, no es responsable del retardo en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta el momento en que, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no puede ya ser considerado obligado a ejecutar la prestación o el acreedor ya no tiene interés en conseguirla".

La presentación clásica acerca de que la imposibilidad refiere al "objeto" de la obligación mientras que la frustración alude a la "finalidad" de la fuente de la obligación, se disfuma en la llamada imposibilidad de cumplimiento temporaria. Esto es así debido a que, a pesar de que el impedimento de cumplir no es definitivo, ella dispara sus efectos propios por la falta del interés del acreedor en el cumplimiento tardío, lo que nos conecta con la teleología impregnada en la fuente de la obligación [(31)].

Ese es el sentido que Diez-Picazo le aporta a la temática, al equiparar "la imposibilidad temporal con frustración del fin del negocio", con el incumplimiento definitivo [(32)]. Pizarro y Vallespinos, quienes coinciden con esa presentación, apuntan que "es el criterio que mejor se adecua" a la buena fe, el ejercicio regular de los derechos y el fin del contrato [(33)].

Por ello, lo regulado por el art. 956 del Código Civil y Comercial no es más que uno de los escenarios en los que se puede frustrar la finalidad de la fuente de la obligación.

Cuando se cumplen los recaudos establecidos en el art. 955 del Código Civil y Comercial sin que la imposibilidad sea atribuible al deudor, la obligación se extingue sin más. La obligación fenece de pleno derecho, o sea, automáticamente [(34)].

---

(31) Véase ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., "Tratado de las obligaciones", La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo I, §107 y ss., pp. 111 y ss.

(32) Véase DIEZ-PICAZO, L., "Fundamentos del derecho civil patrimonial", Tecnos, Madrid, 1979, tomo I, §824, pp. 683-684.

(33) PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., cit., tomo III, §1962, p. 87

(34) Conf. SÁNCHEZ HERRERO, A., "El caso fortuito y la imprevisión contractual", ADLA 2019-6, 155.

En contraste, si la imposibilidad temporaria del art. 956 se corresponde con la frustración irreversible del interés del acreedor estratificado en la finalidad de la fuente de la obligación, es lógico que se aplique la directiva del art. 1090 del Código Civil y Comercial en la que se requiere que sea la "parte perjudicada", o sea el acreedor, quien inste la extinción de la relación jurídica.

XI. Casuística

A continuación, me ocuparé de analizar cómo juega el *casus* en las distintas categorías obligacionales [35].

a) Según la naturaleza de la prestación

1. Obligaciones de dar cosas ciertas

El art. 755 del Código Civil y Comercial, en el ámbito de la obligación de dar cosa cierta para transmitir derechos reales, preceptúa que el titular soporta los riesgos de la cosa y "los casos de deterioro o pérdida, con o sin culpa, se rigen por lo dispuesto sobre la imposibilidad de cumplimiento".

El sistema es simple. Cuando la imposibilidad de cumplir del deudor es producida por caso fortuito, se extingue la obligación de efectuar la tradición de la cosa sin responsabilidad. En cambio, si la imposibilidad sobreviene debido a causas que le son imputables al deudor, "la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados" (art. 955, Código Civil y Comercial).

En la obligación de dar cosa cierta para restituirla a quien tenga derecho a reclamarla, el asunto de los riesgos está gobernado por la buena o mala fe del deudor en la relación real con la cosa. Si fuera de buena fe, no responde por los riesgos ("destrucción total o parcial") de la cosa, sino hasta la concurrencia del provecho subsistente [36]. En cambio, si fuera de simple mala fe responde por los riesgos, salvo que igualmente

---

(35) Véase ALTERINI, Ignacio E., "Imposibilidad de cumplimiento de la obligación", RCCyC 2022 (septiembre-octubre), 27.

(36) Si una casa se destruyera, el titular de relación —por ejemplo, un poseedor— no responderá siempre que fuera de buena fe. Sin perjuicio de ello, es absolutamente lógico que el poseedor no pueda enriquecerse, verbigracia, con la venta de los materiales y si así lo hiciera debería restituir a quien tenga derecho el valor obtenido con ellos.

se hubieran producido en caso de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución; situación esta última en la que sí responderá de tratarse de una relación real viciosa, lo que consagra una excepción a la regla de la causalidad adecuada (art. 1936, Código Civil y Comercial).

2. Obligaciones de género

De acuerdo con el art. 763 del Código Civil y Comercial: "Antes de la individualización de la cosa debida, el caso fortuito no libera al deudor. Después de hecha la elección, se aplican las reglas sobre la obligación de dar cosas ciertas".

La exclusión de la alternativa de invocar la imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito con anterioridad a la individualización de la cosa se funda en la regla según la cual "el género no perece" —*genus nunquam perit*—. Por ello, la prestación debida —en principio— es susceptible de ser cumplida por el deudor. Digo "en principio" porque puede suceder que el género deje de producirse —si se debe al hecho del hombre—, o deje de existir —si proviene de la naturaleza—.

Una vez que la individualización se realiza, la cosa deja de ser incierta para convertirse en cierta; deja de estar indeterminada, para devenir en determinada. La cuestión, entonces, quedará regida por las reglas vertidas para las obligaciones de dar cosas ciertas.

Con relación a las obligaciones de género limitado, se le aplican las normas de las obligaciones alternativas (art. 785, Código Civil y Comercial). Dicho envío legislativo es de toda lógica, puesto que en este ámbito no puede regir con toda la energía la regla de que el género nunca perece. El art. 893 del Código Civil derogado establecía: "Cuando la obligación tenga por objeto la entrega de una cosa incierta, determinada entre un número de cosas ciertas de la misma especie, queda extinguida si se perdiesen todas las cosas comprendidas en ella por un caso fortuito o de fuerza mayor". El inc. d) del art. 782 del Código Civil y Comercial conduce a la misma solución, al reglar que "si todas las prestaciones resultan imposibles por causas ajenas a la responsabilidad de las partes, la obligación se extingue".

3. Obligaciones de transmitir o poner a disposición objetos distintos a las cosas

El art. 764 del Código Civil y Comercial establece: "*Aplicación de normas*. Las normas de los Parágrafos 1°, 2°, 3° y 4° de esta Sección se aplican, en lo pertinente, a los casos en que la prestación debida consiste en transmitir, o poner a disposición del acreedor, un bien que no es cosa".

En cuanto a la imposibilidad de cumplimiento, la cuestión versará sobre el grado de determinación del "bien que no es cosa". Si solo estuviese determinado por su especie y calidad, se aplicarán las directivas de las obligaciones de género; en cambio, si el objeto estuviere perfectamente determinado, regirán las pautas previstas para las obligaciones de dar cosas ciertas.

4. Obligaciones de dar dinero

El deudor de una obligación dineraria no puede, en principio, aducir una imposibilidad de cumplir con la prestación adeudada, ya que el dinero en cuanto cosa siempre estará disponible para satisfacer la obligación. No es factible, entonces, la invocación de una imposibilidad con rasgos objetivos, y la imposibilidad subjetiva —es decir, para el deudor respectivo— no es impedimento bastante.

De allí que la cuestión queda regida por la regla "el género no perece". Claro está que, si se trata de dinero "marcado", o sea de una cosa cierta por estar determinada desde el inicio de la obligación, las directivas aplicables serán las aportadas para las obligaciones de dar cosas ciertas.

5. Obligaciones de valor

Una vez que la obligación de valor es cuantificada en dinero, se le aplican las normas de las obligaciones de dar dinero (art. 772, Código Civil y Comercial). Por ello, el deudor de una obligación de valor no puede, en principio, aducir exitosamente la imposibilidad de cumplir.

Sin embargo, esa conclusión puede mostrar matices con anterioridad a la cuantificación de la deuda de valor, pues pueden presentarse situaciones en las que en el "momento en que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda" no sea posible llevar adelante esa tarea, aunque sea temporalmente.

6. Obligaciones de hacer y de no hacer

El terreno de las obligaciones de hacer y de no hacer es propicio para la invocación de la imposibilidad de cumplimiento. Esto se ve con claridad en las clásicamente llamadas obligaciones *intuitu personae*. Si la actividad que el deudor debe realizar (obligación de hacer) o la actividad que debe abstenerse a efectuar o tolerar que se concrete (obligación de no hacer) es indelegable, la posibilidad de aducir el cumplimiento imposible es mayor.

No es que predique que la imposibilidad de cumplimiento se configure aun cuando sea "subjetiva", en el sentido de los impedimentos que

pueda atravesar la persona del deudor, sino que ante casos en los que la actividad es indelegable la prestación no es objetivable.

b) De acuerdo con la composición plural subjetiva

1. Obligaciones mancomunadas simples

El art. 826 del Código Civil y Comercial prevé: "*Efectos*. Los efectos de la obligación simplemente mancomunada se rigen por lo dispuesto en la Sección 6a de este Capítulo, según que su objeto sea divisible o indivisible".

En mi visión, la cuestión no varía cuando la imposibilidad es por caso fortuito, pues de ser así la obligación se extinguirá sin responsabilidad para los deudores simplemente mancomunados.

2. Obligaciones mancomunadas solidarias

El primer párrafo del art. 831 del Código Civil y Comercial regla: "Cada uno de los deudores puede oponer al acreedor las defensas comunes a todos ellos". Entre esas defensas, debe entenderse comprendida la imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito. De mediar imposibilidad sobrevenida la obligación variará su objeto (art. 955, Código Civil y Comercial), pero no la naturaleza del vínculo que subsistirá como obligación mancomunada solidaria.

c) Respecto de la composición plural objetiva

1. Obligaciones alternativas

La temática de la imposibilidad de cumplimiento en las obligaciones alternativas debe ser ponderada en función del legitimado a elegir entre las distintas prestaciones plurales. Si se pone el foco únicamente en la imposibilidad de cumplimiento por causa ajena a las partes, las soluciones son exactamente las mismas para las obligaciones alternativas regulares como para las irregulares.

La alternatividad como mecanismo de dilución del riesgo prestacional determina que, si una prestación de las varias consignadas en la obligación devino de cumplimiento imposible por causa ajena a las partes, la obligación se concentra en la restante. Si la imposibilidad de cumplimiento recae sobre todas las prestaciones y obedece a causas ajenas a las partes, la obligación se extingue.

2. Obligaciones facultativas

En la obligación facultativa la imposibilidad de cumplimiento solo es gravitante respecto de la prestación principal, sin que resulte relevante lo que pueda acontecer con relación a la prestación accesoria. Ello surge del art. 787 del Código Civil y Comercial: "*Extinción*. La obligación facultativa se extingue si la prestación principal resulta imposible, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder".

La imposibilidad de cumplimiento de la prestación principal, en rigor, solo provocará el fenecimiento de la obligación facultativa si tal imposibilidad se debe a la ocurrencia de un *casus*, pues si se llegara a tal estado con motivo de la actuación reprochable al deudor a prestación principal se mantendrá, pero variará la conducta debida; desde entonces consistirá en el pago de los daños causados (art. 955, Código Civil y Comercial).

d) En función de la coligación entre distintas obligaciones

1. Obligaciones principales y accesorias

La imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito de la obligación principal provocará su extinción y también de la obligación accesoria, pero el cumplimiento imposible por causas ajenas de esta última no acarreará el fenecimiento de aquella. Ello es así porque la extinción del derecho principal se propaga al derecho accesorio, pero no acontece a la inversa (arts. 856 y 857, Código Civil y Comercial).

Una hipótesis de obligaciones principales y accesorias de singular transcendencia es la atinente a la obligación garantizada con cláusula penal. La regla es que la imposibilidad de cumplimiento de la obligación principal asegurada no atribuible a ninguna de las partes extingue obligación accesoria de la cláusula penal (arts. 792 y 802, Código Civil y Comercial).

2. Obligaciones concurrentes

Mutatis mutandis rigen a su respecto las pautas señaladas para las obligaciones mancomunadas solidarias (arg. art. 852, Código Civil y Comercial), a donde envío al lector.

Miembro del Instituto
de Derecho Empresarial

Los llamados buques autónomos: ¿responsabilidad civil subjetiva?

Por Alberto C. Cappagli

I. Introducción

I.1. Propósito de este trabajo

El propósito de este trabajo es considerar el impacto que causarían los llamados *buques autónomos*, sobre los regímenes de responsabilidad civil del derecho de la navegación argentino, teniendo presente que:

- nuestro ordenamiento jurídico está integrado tanto por disposiciones domésticas, como por disposiciones de tratados o convenios internacionales en los que la República Argentina es parte, y éstos tienen jerarquía superior a las disposiciones domésticas [(1)];

- las disposiciones de diversos tratados y convenios internacionales han sido fuente de nuestra legislación doméstica [(2)];

- varias de nuestras disposiciones domésticas remiten a instrumentos internacionales, independientemente de la navegación que realicen los buques [(3)]; y

---

(1) Constitución Nacional, art. 32 y art. 75, inc. 22.

(2) Por ejemplo, las disposiciones de la Ley de la Navegación argentina sobre la responsabilidad civil por los daños causados por abordajes tienen su fuente en la Convención de Bruselas de 1910 para la Unificación de ciertas Reglas relativas a la Colisión entre Buques, y las disposiciones sobre responsabilidad civil por pérdida o daños de la carga transportada siguen a las de la Convención de Bruselas de 1924 para la Unificación de ciertas Reglas sobre Conocimientos.

(3) REGINAVE (Régimen de la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre, decreto 37/2025) arts. 105.0101., 206.9904., 301.0101., 401.0302., 410.0501., 410.0503., 410.9905., 410.9907. 410.9906. 801.0101., 801.0301., 801.0503, entre otros.

- especialmente en el derecho de la navegación,

- no cabe aislar las disposiciones de derecho privado de las de derecho público.

Así es que cuando se considera la responsabilidad civil por los daños causados por abordajes —cuestión de derecho privado— para determinar quién o quiénes han incurrido en culpa se debe recurrir a las disposiciones de derecho público contenidas en el Reglamento Internacional para prevenir abordajes, que en idioma español suele ser mencionado como RIPA [4] y en inglés como COLREG.

En materia de responsabilidad del transportista —también cuestión de derecho privado— al considerar el concepto de "navegabilidad" del art. 3.1 de la Convención de Bruselas de 1924 para la Unificación de ciertas Reglas en materia de Conocimientos de Embarque [5] (también conocida como Reglas de La Haya), se debe recurrir a las disposiciones de derecho público sobre la seguridad de los buques y su equipamiento, establecidas en el Anexo del Convenio sobre la Seguridad de la Vida en el Humana en el Mar (en adelante SOLAS, por *Salvage of Life at Sea*) [6]. Y cuando se considera la tripulación de los buques, no se debe prescindir de las disposiciones del Convenio sobre Formación, Titulación y Guardia de Gente de Mar (en adelante STCW, por *Convention on Standards of Certification, Training and Watchkeeping*).

I.2. Evolución de la navegación

La navegación se practica desde tiempo inmemorial. En etapas tempranas las embarcaciones se desplazaban a remo y a vela [7], y se posi-

---

(4) Este Reglamento Internacional para Prevenir Abordajes en el Mar, también es aplicable en todas las aguas argentinas y a cualquier tipo de buques, cualquiera sea su nacionalidad (REGINAVE Régimen de la Navegación Marítima, Fluvial, aprobado por el decreto 37/2025 art. 301.0101).

(5) La República Argentina es un estado parte en esta convención (ley 15.787, año 1960).

(6) La República Argentina es parte en este Convenio (ley 21.596, año 1977).

(7) En la *Enciclopedia general del mar* no he encontrado información precisa sobre el origen de la navegación. Antonio Brunetti menciona que se ha desarrollado en edades remotísimas sobre grandes ríos, para satisfacer las necesidades de la alimentación con los productos de la pesca y alude a las naves a remo y a vela (Brunetti, Antonio, *Derecho marítimo privado italiano*, versión española anotada por R. Gay de Montellá, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1950, t. I, pp. 70-80).

cionaban con lo que los navegantes tuvieran a la vista: tierra firme, islas, formaciones rocosas visibles, cuerpos celestes, profundidad de las aguas.

La brújula (aguja magnética, aguja náutica o compás de navegación) constituyó el primer progreso técnico notable. El uso de este instrumento se generalizó antes del fin del siglo XV y permitió las grandes navegaciones que llevaron al cruce del Océano Atlántico. En el siglo XVIII, el sextante facilitó la navegación astronómica. A mediados del siglo XIX comenzó el paso de la navegación a vela hacia la navegación a vapor y a principios del siglo XX se desarrolló la telegrafía sin hilos [8]. Estas novedades permitieron que la navegación dejara de estar sujeta a los vientos, se hiciera más regular y segura, y que el buque se mantuviera comunicado.

Los avances técnicos de los buques y de la navegación cobraron notable impulso en el siglo XX. La máquina de combustión interna reemplazó a la máquina a vapor, se desarrollaron la radiocomunicación [9], el radar [10], el radiogoniómetro [11], la ecosonda [12], la comunicación satelital [13], el AIS [14] y el LIDAR [15], entre otras novedades. También en el siglo XX, el GPS estuvo disponible para la navegación civil [16]. Y, día a día, los

(8) Mediante la telegrafía sin hilos se transmitía un texto mediante el código Morse, compuesto por pulsos eléctricos breves y largos (puntos y rayas). Los textos eran "traducidos" a ese código por el emisor para enviarlos, y el operador que los recibía "traducía" los puntos y rayas a un texto legible.

(9) La radiocomunicación se realiza a través de ondas de radio y permite el contacto directo, de viva voz, entre quienes se ha establecido el contacto.

(10) El radar (por *radio detection and ranging*) es un sistema que emplea ondas electromagnéticas que permite al buque ubicar objetos (por ejemplo, otros buques señales de navegación, costas), establecer la distancia y, en su caso, seguir el movimiento.

(11) El radiogoniómetro determina la dirección de procedencia de ciertas señales de radio, permitiendo establecer la posición del buque.

(12) La ecosonda permite establecer constantemente la profundidad de las aguas en las que navega el buque.

(13) La telefonía satelital permite mantener contactos telefónicos en cualquier lugar en el que se encuentre el buque. El teléfono satelital es un equipo móvil directamente comunicado, desde zonas sin infraestructura, a un satélite de comunicaciones.

(14) El AIS (por *Authomatic Identification System)*, es un equipo que emite la identificación, posición, rumbo y velocidad de los buques, permitiendo que sea identificado desde otro buque o por autoridades costeras de forma automática.

(15) El LIDAR (por *Laser Imaging Detection and Ranging*), es un equipo que permite determinar la distancia desde un emisor láser a un objeto.

(16) El GPS (por *Global Positioning System*) permite establecer instantáneamente, mediante satélites, la situación geográfica del buque, determinar rutas, velocidad, derrota y tiempo estimado de arribo (ETA, por *estimated time of arrival*)). Estos datos se grafican en una carta de navegación electrónica que se muestra en una pantalla (*plot-*

progresos técnicos permitieron procesos automatizados, que en ocasiones pueden no ser supervisados, facilitando a los navegantes la adopción de decisiones, haciendo la navegación más precisa y segura, aunque hasta ahora tanto las disposiciones internacionales como las nacionales, siguen exigiendo tripulantes humanos a bordo para gobernar los buques.

I.3. Buques "a cargo de" personas humanas

Hasta entrado el siglo XXI, los buques estaban (y actualmente están) "a cargo de" [17] personas humanas. Los capitanes y tripulantes humanos los gobernaban (y actualmente los gobiernan) desde a bordo, prestando desde allí los servicios necesarios para la navegación y para el cuidado del buque, y de las personas y cosas a su bordo.

Los capitanes son marinos calificados, con preparación y larga experiencia náutica, y habilitados por las autoridades. Los armadores eligen y designan capitanes a sus mejores marinos.

El derecho de la navegación se elaboró teniendo en cuenta una realidad milenaria: capitán y tripulantes a bordo.

Si bien hoy se exige que los buques cuenten con avanzada tecnología, que incluye procesos automatizados (Solas, cap. V, reglas 19 y 20), las actuales disposiciones del derecho de la navegación siguen exigiendo la presencia y disponibilidad constante de gente de mar, particularmente en el puente de navegación, para controlar y operar los sistemas y equipos del buque (Solas, cap. V, regla 15 y convenio STCW, regla II-1, de los que la República Argentina es parte).

I.4. Buques que no estarían "a cargo de" personas humanas. Buques autónomos

En el siglo XXI tenemos, en fase experimental, buques capaces de navegar sin tripulantes a bordo, algunos controlados y gobernados desde fuera del buque por personas humanas, y otros llamados "totalmente autónomos" que, sin intervención de persona humana alguna, son gobernados por su sistema operativo, que adopta decisiones y determina acciones mediante inteligencia artificial.

---

ter). El GPS data de fines del siglo XX reservado para usos militares y en marzo de 1996 el gobierno de los Estados Unidos de América lo habilitó también para uso civil.

(17) Según el *Diccionario de la lengua española,* "a cargo de" es una "locución prepositiva que indica que algo está confiado al cuidado de una persona".

Se espera que, además de disminuir los costos del transporte, la avanzada tecnología de este tipo de buques disminuya los accidentes de navegación atribuibles a los errores humanos.

II. Caracterización y grados de autonomía de los llamados buques autónomos

II.1. Labor del Comité Marítimo Internacional (CMI) y de la Organización Marítima Internacional (OMI)

En el año 2017 el Comité Marítimo Internacional (CMI) [18], creó un Grupo Internacional de Trabajo sobre buques sin tripulantes a bordo, presidido por Tom Birch Reynardson.

En 2018, con el apoyo del CMI, Canadá, otros Estados y varias organizaciones no gubernamentales, propusieron que el Comité Jurídico de la Organización Marítima Internacional (OMI) [19] considerara diversos instrumentos normativos de esa Organización (que suelen ser mencionados como *instrumentos OMI*). Ante la novedad que implican los buques sin tripulación a bordo, la OMI creó un Grupo de Trabajo Mixto integrado por su Comité de Seguridad Marítima (MSC), su Comité Jurídico (LEG) y su Comité de Facilitación (FAL).

II.2. Caracterización de los llamados buques marítimos autónomos de superficie. *Maritime Autonomous Surface Ships*, MASS

En el año 2021 los Comités de la OMI que integran el Grupo de Trabajo Mixto, llevaron a cabo estudios exploratorios para la elaboración de un proyecto de Código aplicable a los buques con distintos grados de autonomía, incluyendo los que pueden navegar sin depender de interacción humana (“ships which, to a varying degree, can operate indepen-

---

(18) El Comité Marítimo Internacional (CMI) es una organización no gubernamental fundada en 1897. Su propósito es la unificación internacional del derecho marítimo. Lo integran las diversas Asociaciones Nacionales de Derecho Marítimo. Las Convenciones de Bruselas, son fruto de la labor del CMI. Desde mediados del siglo pasado las convenciones internacionales del derecho marítimo son elaboradas por organismos internacionales, con importante intervención del CMI o por iniciativa del CMI.

(19) La Organización Marítima Internacional (OMI) es el organismo especializado de las Naciones Unidas, regulador de la seguridad de la navegación. Elabora las disposiciones de derecho público del derecho de la navegación, que son adoptadas por la generalidad de los Estados

dently of human interaction") [20], a los cuales denominó "Buques Marítimos Autónomos de Superficie" o MASS, por *Maritime Autonomous Surface Ships*. Este acrónimo es empleado por la generalidad de la literatura jurídica sobre este tipo de buques.

II.3. Grados de autonomía de los MASS. Año 2021

En el año 2021, los Comités de la OMI integrantes del Grupo de Trabajo Mixto también establecieron cuatro grados de autonomía de los MASS, que podrían variar con el avance de los estudios [21]:

Grado 1: "*Buque con procesos automatizados y apoyo en la toma de decisiones*: La gente de mar está a bordo para operar y controlar los sistemas y funciones de a bordo. Algunas funciones pueden estar automatizadas y, en ocasiones, no ser supervisadas, pero con gente de mar (personas humanas) a bordo lista para tomar el control" ("Ship with automated processes and decision support: Seafarers are on board to operate and control shipboard systems and functions. Some operations may be automated and at times be not supervised but with seafarers on board ready to take control").

Los MASS del Grado 1 son buques tradicionales con equipos e instrumentos modernos difundidos durante los siglos XX y XXI. Estos buques están "a cargo de" tripulantes humanos que navegan a bordo.

Grado 2: "*Buque controlado o a distancia con gente de mar a bordo:* El buque se controla y opera desde otro emplazamiento. A bordo hay gente de mar (tripulantes humanos) disponible para tomar el control y operar sus sistemas y funciones". ("Remoted controlled ship with seafarers on board: The ship is controlled and operated from another location. Seafarers are available on board to take control or to operate the ship systems and functions").

Los MASS del Grado 2 se distinguen de los del Grado 1, porque serían controlados y operados desde otro emplazamiento, pero con tripulantes humanos a bordo disponibles para tomar el control y operar los sistemas de la nave, ello es, listos para tomar el buque a "su cargo".

Grado 3: "*Buque controlado a distancia sin gente de mar a bordo:* El buque se controla y opera desde otro emplazamiento. No hay "gente de

---

(20) Documentos MSC. 1/Circ.1638, Anexo, pp. 3-4, n° 3.3; LEG. 1 Circ.11, Anexo, p. 3, n° 3.4 y FAL.5/Circ.49, Anex, p. 1, n° 2,1

(21) Me atengo a los textos en los idiomas español e inglés del documento MSC. 1/Cir. 1638 de 3 de junio de 2021, p. 4, n° 3.4

mar" a bordo. ("Remoted controlled without seafarers on board: The ship is controlled and operated from another location. There are no seafarers on board").

A bordo de los MASS del Grado 3, no habría tripulantes humanos que pudieran tomar el buque "a su cargo".

Grado 4: "*Buque totalmente autónomo:* El sistema operativo del buque es capaz de tomar decisiones y de determinar acciones por sí mismo". ("Fully autonomous ship: The operating system of the ship is able to make decisions and determine action by itself").

En los MASS del Grado 4 no habría persona humana alguna "a cargo" del buque, ni a bordo ni en otro emplazamiento: el buque estaría "a cargo de" su sistema operativo ("a cargo de" una inteligencia artificial).

Luego, en el año 2023, los Comités de la OMI que integran el Grupo de Trabajo Mixto coincidieron en que los MASS, cualquiera sea su modalidad operacional o el grado o nivel de autonomía, *deben tener un capitán humano responsable* que, si bien podría no estar a bordo, deberá disponer de los medios para intervenir cuando resulte necesario [22].

III. Regímenes de responsabilidad civil en el derecho de la navegación argentino [23]

III.1. Responsabilidad civil en el derecho de la navegación argentino

La fuente directa de la mayoría de las disposiciones de la Ley de la Navegación argentina [24] es el conocido como Proyecto Malvagni. En la Exposición de Motivos de su Proyecto, el doctor Atilio Malvagni expresó:

---

(22) OMI, MASC107/5/1, 2 may 2023 Report of the MSC-LEG -FAL Joint Working Groupon Maritime Autonomous Surface Ships (MASS) on its second session, p. 4° 13, pp 4-10, n° 13, pp. 4-10, n° 16-49

(23) Me he ocupado de la responsabilidad civil en el derecho de la navegación argentino en: CAPPAGLI, Alberto C., "La responsabilidad civil de los navieros", en LL, 2019-B-1023; y en "¿Por qué el derecho de la navegación se aparta del derecho civil en materia de responsabilidad?", en *Estudios sobre obligaciones y responsabilidad civil en homenaje al académico Félix Trigo Represas*, José Washington Tobías, director, Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, La Ley, 2022, pp. 767 y ss.

(24) Ley 20.094, año 1973.

> "El armador es figura principalísima en el derecho de la navegación, pues es el sujeto en quien se centra casi toda la responsabilidad emergente de la actividad navegatoria" [25].

En su art. 174 la Ley de la Navegación dispone que el armador es responsable ante terceros por los daños causados por hechos del capitán o de los tripulantes.

Aunque el armador no incurriera en culpa alguna, la Ley de la Navegación le impone la obligación de indemnizar los daños causados a terceros por culpa o negligencia del capitán, tripulantes u otros dependientes. Si bien el armador que no incurriera en culpa debe responder objetivamente, como en el derecho común esta responsabilidad objetiva sólo aparece si el capitán, los tripulantes u otros dependientes han incurrido culpa o negligencia [26]. Se trata de responsabilidad indirecta, refleja o vicaria, del principal (del armador) [27].

III.2. Culpa. Responsabilidad subjetiva

El concepto de culpa no ha sido definido por la Ley de la Navegación, de modo que, de acuerdo con su art. 1° *in fine*, se debe recurrir al derecho común, ello es, al Código Civil y Comercial, cuyo art. 1724 dispone:

---

(25) MALVAGNI, Atilio, *Proyecto de Ley General de la Navegación*, Edición Oficial, Ministerio de Educación y Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1962, Exposición de Motivos, n° 77, p. 47.

(26) LEY DE LA NAVEGACIÓN, art. 1° *in* fine, y CCyC, art. 1753.

(27) LÓPEZ MESSA, Marcelo, "Responsabilidad indirecta o por el hecho de otro en el Código Civil y Comercial", en LA LEY-2018-A-825. Durante la vigencia del derogado Código Civil, Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa explicaron que para que se configure la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente, es necesario que éste haya incurrido en culpa o negligencia y que medie relación causal entre el acto culposo del dependiente y el daño sufrido por la víctima, porque la responsabilidad del principal tiene como presupuesto legal la responsabilidad del dependiente, sin la cual no llega a existir la del primero (TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 57-58). En similar sentido, entre otros: BORAGINA, Juan C y MEZA, Jorge A., Responsabilidad del principal por los daños causados por sus dependientes", en WIERZBA, Sandra M., MEZA, Jorge A. y BORAGINA, Juan Carlos (directores), *Derecho de daños. Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación*, 1ª. Edición, Buenos Aires, Hammurabi, p. 287; GUFFANTI, Daniel B. y MONTESNO, Juan Pablo F., "Responsabilidad civil por el hecho de terceros", en RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2023, t. VII, p. 96, n° 6; PIZARRO, Ramón Daniel, *Tratado de la responsabilidad objetiva*, Buenos Aires, La Ley, 2015, t. t. II, p. 173.

> "La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida, según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, y comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión, y el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos".

El ilustre maritimista José Domingo Ray ha expresado que el dolo y la culpa deben ser los principios fundamentales de la responsabilidad, y que la responsabilidad objetiva

> "...sólo se justifica en actividades o casos especiales, como son, por ejemplo, la responsabilidad por la explotación nuclear, la responsabilidad por los daños a terceros en la superficie en el derecho aeronáutico, la responsabilidad por contaminación en el derecho marítimo, y en el derecho laboral la responsabilidad en los casos de accidentes de trabajo..." [(28)].

III.3. Culpa. Carga de la prueba

Cuando se trata de responsabilidad civil extracontractual, pesa sobre quien las invoca la carga de probar la culpa (CCyC, arts. 1734), el daño (CCyC, art 1744), y la relación de causalidad (CCyC, art. 1726), disposiciones aplicables en el derecho de la navegación (Ley de la Navegación, art. 1° *in fine*).

Cuando se trata de responsabilidad civil contractual, también subjetiva, generalmente el incumplimiento hace presumir la culpa del incumplidor y pesa sobre éste la carga de probar las causales de exoneración de responsabilidad que invoque (Ley de la Navegación, art. 275).

III.4. Sólo las personas humanas incurren en culpa

Sólo las personas humanas incurren en culpa: "la culpa exige inexcusablemente una valoración del comportamiento humano" [(29)]; "la culpa es un defecto de conducta" [(30)]. El *Diccionario de la lengua española* de-

---

(28) RAY, José Domingo, *Derecho de la navegación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. I, pp. 81-82 (la *bastardilla* no es de Ray; la he usado para destacar).

(29) ALFERILLO, Pascual E., en ALTERINI, Jorge Horacio, director, *Código Civil y Comercial comentado — Tratado exegético,* Buenos Aires, La Ley, 2015, t. VIII, pp. 94 y 96.

(30) TANZI, Silvia y Papillú, comentario sobre el art. 1724 del CCyC, en BUERES, Alberto J, director, *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, 1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, t. 3 F, p 213, pp. 213 y 224-225.

fine a la culpa como *falta más o menos grave, cometida a sabiendas y voluntariamente*, lo que lleva al comportamiento de las personas humanas, las únicas que actúan a sabiendas y voluntariamente.

Aunque la persona humana que incurriera en culpa o negligencia no fuera individualizada, si se probara que solamente algún tripulante del buque podría haber cometido el error que causó un daño, el derecho le impone al armador la obligación de indemnizar a la víctima, aunque el armador no incurriera en culpa alguna.

Así es que, probado que un abordaje fue causado por error de maniobra, no es necesario probar quién incurriera en culpa o negligencia: ¿el vigía que desatendiera la vigilancia? ¿el capitán que diera una orden equivocada? ¿el timonel que ejecutara mal una orden? La culpa de cualquiera de ellos atraería la responsabilidad del armador. La solución es similar en el derecho común: aunque el principal no incurriera en culpa, si se probara que alguno de sus dependientes incurriera en culpa, el principal deberá responder por los daños causados por la culpa del dependiente, aunque no se individualizara quién incurriera en culpa [31],

En el caso del buque *Río Bravo*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se remitió a los fundamentos del dictamen del Procurador General:

> "...para declarar culpable a la demandada [al armador demandado] por los daños, era menester probar la culpa indirecta o refleja del armador en los hechos que les dieron origen, demostrando fundamentalmente la culpa del capitán o de la tripulación [sigue la mención de una de las fojas del expediente].
>
> "Es que no se advierte que las normas invocadas por la recurrente [Ley de la Navegación, arts. 174, 175, 177 y 181] permitan inferir que se ha consagrado el principio de responsabilidad sin culpa del armador, es decir, una responsabilidad objetiva basada en la teoría del riesgo creado.
>
> "Por el contrario, el art. 174 citado sienta como principio general la responsabilidad del armador por las obligaciones contractuales contraídas por el capitán en todo lo relativo al buque y a la expedición, y por las indemnizaciones a favor de terceros a que haya dado lugar por hecho suyo o de los tripulantes" [32].

---

(31) LÓPEZ MESSA, Marcelo, "Responsabilidad indirecta o por el hecho de otro en el Código Civil y Comercial", en LA LEY-2018-A-825.

(32) CSJN, 16-6-1988, *Sulfacid c/ buque Río Bravo,* Fallos, 311-1015 (la *bastardilla* la empleo para destacar; no es del dictamen al que remite el fallo).

En la misma línea se han expedido diversos tribunales federales argentinos [33].

III.5. Convenciones internacionales que establecen factores subjetivos de atribución de daños

Diversas convenciones internacionales del derecho de la navegación establecen la *culpa* (*la omisión de la diligencia* d*ebida*) como factor de imputación de daños o de atribución de responsabilidad (responsabilidad subjetiva):

- Los arts. 3 y 4 de la Convención de Bruselas de 1910 sobre abordajes, disponen que la culpa [*faute* en idioma francés o *fault* en idioma inglés [34]] es el factor de imputación de los daños causados por los abordajes.

- Los arts. 4.1., y 4.2. (p) y (q) de la Convención de Bruselas de 1924 sobre conocimientos de embarque, también conocida como Reglas de La Haya, liberan de responsabilidad al transportista por los daños sufridos por la carga causados por defectos latentes del buque *que no pudieron ser descubiertos mediante el ejercicio de la debida o razonable diligencia*, y también liberan de responsabilidad al transportista por los daños sufridos por la carga *si se prueba que el transportista y sus dependientes no ha incurrido en culpa o negligencia alguna*.

- El art. 2.1. de la Convención de Bruselas de 1924 sobre limitación de responsabilidad por créditos marítimos, no permite invocar la limitación cuando la obligación resulta de *actos o culpas* del naviero.

- El art. 4 de la Convención de Londres de 1976 sobre limitación de responsabilidad por créditos marítimos, no admite la limitación de responsabilidad de la persona que incurrió *en actos u omisiones con intención de causar el daño, con temeridad o imprudencia y con conocimiento de que el daño resultaba probable*.

---

(33) Cam. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala 2, *Galer... c/Raffo...*, en LA LEY-1997-E-22, AR/JUR/2264/1997; Cam. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala 3, 24-8-1994, *YPF...C/ Astra...;* Cam. Fed. Rosario, 6-10-2011, *Servicios Portuarios... c/ Psarros...*, en página web del Centro de Información Judicial.

(34) El único texto auténtico de la Convención de Bruselas de 1910 es el idioma francés, aunque en el *Handbook of Maritime Conventions*, Millenium Edition, LexisNexis, 2001, el CMI ha publicado una traducción al inglés.

- El art. 18 de la Convención de Londres de 1989 sobre salvamento, dispone la pérdida total o parcial del salario del salvador que incurra en *culpa o negligencia*, que haya generado la necesidad de la operación o la haya hecho más dificultosa.

- Los arts. 17.2. y 17.3. del Convenio de las Naciones Unidas de 2008 sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, liberan de responsabilidad por los daños sufridos por la carga, *si se prueba que la causa no es imputable a la culpa del transportista,* de cualquier parte ejecutante, del capitán o algún tripulante del buque, o de empleados del transportista o de una parte ejecutante.

En todos estos instrumentos internacionales, la responsabilidad se basa en la *culpa (negligencia)*, o bien la *culpa (negligencia)* impide invocar la limitación de responsabilidad, beneficio tradicional del derecho de la navegación.

III.6. Disposiciones del derecho de la navegación argentino que establecen factores subjetivos de atribución de daños

En línea con las convenciones internacionales citadas, la Ley de la Navegación dispone que la *culpa* (*falta de diligencia razonable, falta de diligencia debida*) es factor de atribución de daños (responsabilidad subjetiva):

Como he señalado (*supra*, n° 17), en el caso del buque *Río Bravo*, la Corte Suprema decidió que para responsabilizar al armador bajo el art. 174 de la Ley de la Navegación se debe demostrar la *culpa* del capitán o de los tripulantes (responsabilidad subjetiva), rechazando la pretensión de responsabilidad objetiva basada en la teoría del riesgo creado.

Los arts. 359 a 362 de la Ley de la Navegación establecen que la responsabilidad por los daños causados por abordajes se basa en la *culpa*.

La responsabilidad civil también es subjetiva en las relaciones contractuales. Cuando los contratos se deben cumplir mediante la utilización de buques, la obligación más característica de los navieros es ejercer la *diligencia razonable* para que el buque se encuentre en *condiciones* o *estado de navegabilidad*. Así es que:

- bajo el contrato de locación, es obligación del locador ejercer una *diligencia razonable* para entregar el buque al locatario en *estado de navegabilidad* (Ley de la Navegación art. 222) y para mantenerlo en ese estado durante toda la duración del contrato (Ley de la Navegación, art. 223);

- bajo el contrato de fletamento a tiempo, el fletante debe ejercer la *diligencia razonable* para que el buque esté en *condiciones de navegabilidad* cuando lo pone a disposición del fletador y para mantenerlo en ese estado durante la duración del contrato (Ley de la Navegación, art. 229);

- bajo el contrato de fletamento total o parcial, el fletante debe ejercer la *diligencia razonable* en el tiempo convenido (Ley de la Navegación, art. 241); y

- quien contrata con el cargador el transporte de mercadería es el transportista, sea propietario, armador, fletador o quien tenga la disponibilidad del buque, antes y al iniciarse el transporte, debe ejercer una *diligencia razonable* para poner el buque en *condiciones de navegabilidad*, armarlo, equiparlo, tripularlo y aprovisionarlo convenientemente, y cuidar que sus bodegas, cámaras frío o refrigeradas y cualquier espacio utilizado para el transporte de mercaderías, estén en condiciones apropiados para recibirlas, conservarlas y transportarlas (Ley de la Navegación, art. 270).

III.7. Navegabilidad

La obligación más característica de los navieros es ejercer *diligencia razonable* para poner en *condiciones de navegabilidad* los buques que utilizan para cumplir los contratos. Ray decía:

> "En todos los contratos de utilización de buques se considera como principio fundamental que quien suministra el buque debe haber empleado la debida diligencia para ponerlo en condiciones de navegabilidad, absoluta y relativa, es decir no sólo para la navegación desde un punto de vista abstracto y genérico, sino [también] en concreto, en relación al viaje y al destino [al propósito] específico del contrato [(35)].
>
> "Cualquiera sea la forma contractual que se adopte, quien pone el buque está sujeto a una obligación implícita, la de proveer un buque en condiciones de navegabilidad (*seaworthiness*), a menos que se excluya expresamente esa obligación.
>
> "El armador es responsable de toda pérdida o daño que sufran las mercaderías, si el buque no está en condiciones de navegabilidad al comenzar el viaje por no haberse empleado la diligencia razonable para ello" [(36)].

---

(35) RAY, José Domingo, *Derecho de la navegación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, t. II, p. 201

(36) *Ibidem*, pp. 202-203.

[...]

"La obligación del armador de suministrar un buque en condiciones de navegabilidad no implica proveer una navegabilidad perfecta, sino aquella necesaria para afrontar los riesgos y peligros del mar que no sean excepcionales.

"La conducta del armador debe ser la que adopta un hombre prudente, diligente y cuidadoso para que el buque esté debidamente equipado y en caso de desconocimiento de su parte es responsable porque la ignorancia no es causal de exoneración" (37).

Señalo que, aunque se considere que no es exigible una *navegabilidad perfecta*, sí es exigible el ejercicio de la *diligencia debida* para poner el buque en condiciones de navegabilidad, teniendo en consideración la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, incluyendo su profesión, el tiempo y el lugar (CCyC, arts. 1724 y 1725). Al decir de Montiel, la "valoración no puede ser ajena a la ´profesionalidad´ propia de la actividad transportadora y a su carácter lucrativo" (38).

III.8. Culpa. Factor preponderante de atribución de responsabilidad en el derecho de la navegación argentino

De lo expresado *supra* (n° 11 y ss.) cabe concluir que la culpa es el factor preponderante de atribución de responsabilidad en el derecho de la navegación argentino, tanto para atribuir responsabilidad civil extracontractual, como para atribuir responsabilidad civil contractual.

A su vez, el *CMI International Working Group Position Paper on Unmaned Ships and the International Regulatory Framework* (en adelante, CMI IWG Position Paper) señala que, en la mayoría de las jurisdicciones, la culpa es el factor de atribución de responsabilidad (39).

III.9. Responsabilidad objetiva en el derecho de la navegación

Si bien en el derecho de la navegación predomina la culpa como factor atributivo de responsabilidad, ésta no es una regla absoluta: la normativa —como es obvio— puede imponer la responsabilidad objetiva (CCyC, art. 1721). Así es que algunas normas imponen responsabilidad

---

(37) RAY, *Derecho...*, obra citada, t. II, p. 202.

(38) MONTIEL, *Curso...*citado, p. 260)

(39) comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-Position-Paper-on-Unmanned-Ships.pdf, p. 17.

objetiva. En línea con el art. 1721 del CCyC, en el derecho de la navegación argentino la responsabilidad es objetiva sólo cuando así lo dispone la ley.

Imponen responsabilidad objetiva:

- el art. 14 de la ley argentina 22.190 (año 1980) sobre gastos de limpieza de las aguas cuando se produce contaminación proveniente de buques o artefactos navales;

- el art. II.1. de la Convención de Bruselas de 1962 sobre responsabilidad de los operadores de buques nucleares, impone responsabilidad objetiva al operador de buques nucleares por los daños causados por el combustible nuclear, por productos radiactivos o por desechos nucleares;

- el art. III. 1. de la Convención de Bruselas de 1969 sobre responsabilidad civil por daños causados por derrames de hidrocarburos (CLC), modificada mediante los protocolos de 1976 y 1992, impone responsabilidad objetiva al propietario del buque por los daños causados por el petróleo derramado o descargado del buque;

- el art. 3 de la Convención de Atenas de 1974 sobre transporte de pasajeros y equipajes por mar, según la redacción del protocolo de 2002, impone al transportista responsabilidad objetiva en los casos de muerte o lesiones personales del pasajero, causado por un incidente de navegación;

- el art. 3.1. de la Convención de Londres de 2001 sobre responsabilidad civil por daños causados por hidrocarburos usados o a usarse como combustible, impone responsabilidad objetiva al propietario registral del buque, al locatario (armador) y al operador; y

- el art. 10 de la Convención de Nairobi de 2007, impone responsabilidad objetiva al propietario registral del buque por los costos de ubicación, señalización y remoción de los restos náufragos.

III.10. Responsabilidad subjetiva *versus* responsabilidad objetiva

Cuando se considera la responsabilidad por daños causados con intervención de los MASS, suele aparece la tendencia a mencionar la responsabilidad objetiva [(40)].

(40) Esta tendencia es mencionada, entiendo que sin propiciarla, por ejemplo, por CHAMI, *Manual...,* citado, p. 124; y *Summary of Research of Comité Maritime Inter-*

Los regímenes de responsabilidad subjetiva imponen a quienes han sufrido daños, además de la carga de probar el daño y su extensión económica, la carga de probar la culpa y la relación de causalidad.

El daño causado por el *hecho de las cosas o riesgo o vicio de las cosas* puede tener su origen en errores de diseño o de fabricación que se manifiesten mucho tiempo después, dificultando o haciendo muy onerosa la producción de la prueba de la culpa y de la relación de causalidad con el daño, dificultando o impidiendo que las víctimas obtener resarcimiento.

Las dificultades de las víctimas han conducido a la teoría de la responsabilidad objetiva.

Daniel Giuffanti y Santiago Casaccia —en la obra dirigida por Julio Cesar Rivera y Graciela Medina— señalan que los sistemas de responsabilidad objetiva facilitan el reclamo de la víctima "toda vez que se la releva de transitar el difícil camino de acreditar y probar la configuración de factores subjetivos de atribución: culpa o dolo" (41).

Federico A Ossola explica que la teoría del riesgo comenzó a penetrar en nuestro derecho "de manera harto excepcional y sin fundamentos normativos explícitos. Recién en 1968, con la ley 17.771 que reformó el Código Civil, quedó consagrada en el art. 1113 la responsabilidad objetiva por riesgo o vicio de las cosas" (42).

Ramón Daniel Pizarro sostiene que quien se beneficie de un factor de riesgo que ha introducido en el medio social, debe asumir los daños que produzcan, y que, aunque en el pasado se sostuvo que sólo se debía responder por los hechos culposos, hoy es razonable pensar que también se deban indemnizar los daños causados por actividades riesgosas, aunque sean normales y no le generen beneficios al causante (43).

---

national (—CMI—) International Working Group on MASS Relating to Liability Issues, documento IMO LEG, 111th Session, Agenda item 10 difundido por la OMI el 12 de enero de 2024, n° 8.2.

(41) GIUFFANTI, Daniel B. y CASACCIA, Santiago, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Julio César Rivera y Graciela Medina, directores, 2ª. Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2023, t. VI, p. 835.

(42) OSSOLA, Federico A., *Derecho civil y comercial – Responsabilidad civil*, Julio César Rivera y Graciela Medina, directores, segunda edición renovada y ampliada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2024, p. 192 n° 99, pp. 190-193.

(43) PIZARRO, E. Ramón Daniel, *Tratado de la responsabilidad objetiva*, Buenos Aires, La Ley, 2015, t. I, p. 83.

No pretendo ignorar estos y otros fundamentos expresados por calificada doctrina para sostener la responsabilidad objetiva, pero señalo que respecto de la "responsabilidad objetiva" por el "hecho de las cosas" también se ha dicho que "siempre tienen detrás más mediatamente un hecho de su dueño o guardián" (44) y que

> "...en todo daño resarcible está presente la conducta humana, inclusive en los supuestos que en apariencia se producen por la 'acción independiente' de la cosa: es el hombre quien fabrica la caldera que por vicio de fabricación explota, el que conduce el automóvil y embiste al peatón por no haberlo frenado a tiempo, el que no mantiene adecuadamente el ascensor que cae" (45).

IV. Sustitución de las personas humanas por aparatos, sistemas y equipos

Los MASS de los Grados 1 y 2 tienen capitán y tripulantes humanos a bordo, que están "a cargo" del buque o disponibles para tomarlo "a cargo" (*supra*, n° 9). No obstante la avanzada tecnología que puedan tener, son buques tradicionales que, como ocurre desde siempre, están "a cargo" de capitanes y tripulantes humanos, de modo que las disposiciones del derecho de la navegación actualmente vigentes, les son aplicables sin necesidad de modificaciones significativas.

IV.1. Sustitución de las personas humanas por aparatos, equipos y sistemas

Los MASS de los Grados 3 y 4, según los describieran en el año 2021 los Comités que integran el Grupo de Trabajo Mixto de la OMI, no tendrían a bordo capitán ni tripulantes humanos que, en caso de necesidad, pudieran tomar el buque "a su cargo". Los del Grado 3, sin persona humana alguna a bordo, estarían controlados y operados desde otro emplazamiento. Los MASS del Grado 4, totalmente autónomos, también sin capitán ni tripulantes humanos a bordo, estarían gobernados por su sistema operativo, sin intervención humana.

Los capitanes y los tripulantes humanos que hoy y desde siempre están a bordo "a cargo" de los buques, serían sustituidos por aparatos,

---

(44) CHAMI, Diego Esteban, *Curso...* citado, p. 217.

(45) UBIRÍA, Fernando Alfredo, *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial*, 1ª edición, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot 2015, p. 409.

equipos y sistemas (máquinas). No habría a bordo persona humana alguna que pudieran solucionar los problemas que presenten esas máquinas. La pérdida de la *conectividad* entre el buque y quienes pudieran prestarle ayuda, los expondría a quedar "a la deriva".

IV.2. Navegación sin navegantes a bordo

Creo que los ingenieros se seguirán ingeniando para que los buques naveguen sin navegantes a bordo. Para esto es necesario determinar qué aparatos, equipos y sistemas sustituirían a las personas humanas en las tareas que actualmente cumplen a bordo. El desafío actual que enfrenta la OMI es proyectar y poner en vigencia las regulaciones técnicas para que los buques sin tripulación a bordo ofrezcan niveles de seguridad no inferiores a los que actualmente se exigen para los buques con capitán y tripulantes humanos a bordo.

IV.3. Elaboración de un Código MASS

Mientras escribo estas líneas, la OMI está elaborando un Código MASS que inicialmente no sería obligatorio. La elaboración finalizaría y el Código no obligatorio se adoptaría, en mayo de 2026.

Con la experiencia que se obtenga de la aplicación del Código no obligatorio, se proyectaría un Código obligatorio para agregarlo como un capítulo del SOLAS. Se espera que el Código MAAS obligatorio se comience a desarrollar en el año 2028 y se adopte a más tardar el 1° de julio de 2030, para su entrada en vigor el 1° de enero de 2032 [(46)].

El Código obligatorio podría ser aprobado mediante el trámite abreviado y la aceptación tácita de los Estados que permite el art. VIII del Convenio SOLAS del que la República Argentina es parte (ley 22.079 del año 1979).

IV.4. Cuestiones técnicas y operativas que impactan en la determinación del régimen de responsabilidad civil del derecho de la navegación

El Grupo de Trabajo Mixto de la OMI (*supra*, n° 7), está considerando diversas cuestiones técnicas y operativas que impactan en el régimen de

(46) OMI Comité de Seguridad Marítima (MSC), 109° período de sesiones, 2 al 6 de diciembre de 2024, punto 4.

la responsabilidad civil en el derecho de la navegación. Paso a referirme a algunas de esas cuestiones.

IV.5. Buques "totalmente autónomos"

Como se ha visto (*supra*, n° 9), en el año 2021 los Comités de la OMI integrantes del Grupo de Trabajo Mixto, caracterizaron a los MASS del Grado 4 como buques "totalmente autónomos" cuyo *sistema operativo* (una inteligencia artificial) sería capaz de "tomar decisiones y de determinar acciones por sí mismo" ("the operating system of the ship is able to make decisions and determine actions by itself").

IV.6. Confiabilidad de la inteligencia artificial

Es indiscutible la formidable cantidad de datos que puede acumular la inteligencia artificial. También es indiscutible la formidable velocidad para seleccionarlos, procesarlos y mostrar resultados.

Pero ¿es la inteligencia artificial tan confiable como para que el sistema operativo de los MASS del Grado 4 pueda tomar decisiones y determinar por sí mismo acciones tales como maniobras náuticas relativas a la seguridad de la navegación y de la vida humana en las aguas navegables, y a la protección del ambiente, sin intervención de personas humanas?

En el *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial. Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza* [47], la Comisión Europea señaló "los avances en computación y la creciente disponibilidad de datos" como "motor fundamental en el pronunciado crecimiento actual de la inteligencia artificial" [48]. Sin embargo, el mismo *Libro Blanco* advirtió que la inteligencia artificial conlleva riesgos potenciales, tales como "la opacidad en la toma de decisiones" [49], y auspició la acción y la supervisión humana [50].

---

(47) El *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial – Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, puede ser consultado en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065

(48) Comisión Europea, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial – Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza"*, Bruselas, 19.2.2020, COM (220) 65 final, p. 2.

(49) Comisión Europea, *Libro Blanco…*, obra citada.

(50) *Ibidem,* p. 11.

En enero de 2024, el art. 3 (1) de la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea definió a la inteligencia artificial como sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía, que puede demostrar capacidad de adaptación tras su despliegue [51] y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar salidas tales como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en contenidos físicos o virtuales. La Comisión Europea señaló la opacidad de estos sistemas y planteó la posibilidad que la legislación de la Unión Europea prevea requisitos específicos de transparencia para abordar la opacidad [52]. Divulgadores de la inteligencia artificial exponen que "las máquinas pueden hacer las cosas, pero no explicarnos cómo las hacen, y pasan a ser un enigma para nosotros" [53].

Ni el mencionado Libro Blanco ni la Ley de Inteligencia Artificial europea, se ocupan específicamente de los llamados buques autónomos, pero ambos señalan los riesgos y la opacidad de la inteligencia artificial.

IV.7. Buques "totalmente autónomos" según la caracterización del año 2021

Se ha visto que en el año 2021 los Comités de la OMI integrantes del Grupo de Trabajo Mixto, caracterizaron a los MASS del Grado 4 como buques cuyo *sistema operativo* sería capaz de "tomar decisiones y de determinar acciones por sí mismo" ("the operating system of the ship is able to make decisions and determine actions by itself") (*supra*, n° 9 y 14). A bordo de estos buques no habría capitán ni tripulantes humanos y no serían controlados ni operados desde otro lugar por persona humana alguna. Los MASS del Grado 4, "totalmente autónomos" según la caracterización del año 2021, estarían "a cargo" de su sistema operativo.

Pero todos los buques —desde los tradicionales, gobernados desde a bordo por un capitán y tripulantes humanos, hasta los MASS del Grado 4, gobernados por sus sistemas operativos sin intervención humana—, navegarán en las mismas aguas, de modo que para evitar accidentes, to-

---

(51) En la versión en idioma inglés de la llamada Ley sobre Inteligencia Artificial de la Unión Europea se lee *deployment* (en español, *desplegar*) que en el sentido de la mencionada ley implica, terminada la etapa de desarrollo, poner un sistema de software a disposición de los usuarios.

(52) *Ibidem, p. 19.*

(53) Sigman, Mariano y Bilinkis, Santiago, *Artificial. La nueva inteligencia y el contorno de lo humano*, Buenos Aires, Debate, 2023, p. 27.

dos deberán atenerse a las mismas reglas de navegación, cualesquiera sean las aguas en que naveguen (alta mar, mares territoriales o aguas internas en comunicación con ellas), cualquiera sea la nacionalidad de los buques, públicos o privados, y cualesquiera sean su tamaño y medios de propulsión, o el propósito de su navegación.

IV.8. Reglamento Internacional para Prevenir Abordajes

El Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes en el Mar (RIPA, por sus siglas en español, o COLREG para la gente de habla inglesa), es un reglamento con vigencia prácticamente universal. Diversos Estados lo aplican no sólo en alta mar, sino en todas sus aguas navegables, fluviales y lacustres, tengan o no comunicación con el alta mar. En la Argentina, así lo dispone el art. 301.0101. del Régimen de la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre (en adelante, REGINAVE), sancionado por el decreto 37/2025.

Raymond F. Farwell ha señalado que las reglas del RIPA fueron redactadas con intervención de marinos profesionales destacados. Son reglas "definidas, específicas y comprensivas" y en ellas "toda situación posible fue objeto de consideración", prescribiendo la que se consideró la más eficaz conducta para evitar colisiones [(54)]. Como bien dice este autor, el cumplimiento de estas reglas constituye la primera prueba de un navegante avezado y, por el contrario, el incumplimiento constituye una evidencia *prima facie* de mal arte de la navegación [(55)].

Imaginemos el buque A y el buque B navegando de noche. Ambos deben exhibir sus luces de banda, verde la de estribor y roja la de babor (RIPA (regla 21.b).

Navegando estos buques próximos a cruzarse con riesgo de abordaje, teniendo el buque A al buque B por su costado estribor, el buque A se debe mantener apartado de la derrota del B (regla 15), maniobrando con anticipación suficiente y de forma decidida para quedar bien franco de la derrota del B (regla 16), y éste debe mantener su rumbo y velocidad (regla 17.a.i).

Si el buque B, que habría de mantener su rumbo y velocidad, tuviera al buque A tan cerca que no se podría evitar el abordaje con la sola

---

(54) FARWELL, Raymond F., *Reglas de la navegación marítima*, edición revisada por Alfred Prunski, traducido por Enrique Alt, Editorial Víctor Lerú S.R.L., Buenos Aires, 1960, p. 239.

(55) El arte de navegar es la destreza de un buen marino (*Idem*).

maniobra del A, el buque B, no obstante tener derecho de paso, deberá ejecutar la maniobra que mejor pueda ayudar a evitar el abordaje (regla 17.b). La regla 17 está en línea con la regla 2.

IV.9. Regla 2 del Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes

La regla 2 del RIPA, titulada "Responsabilidad", es una regla fundamental que no parece que pueda ser seguida por una inteligencia artificial. Esta regla 2 dispone:

> "a) Ninguna disposición del presente Reglamento eximirá a un buque [56], o a su propietario, al Capitán o a la dotación, de las consecuencias de cualquier *negligencia* en el cumplimiento de este Reglamento o de *negligencia en observar cualquier precaución que pudiera exigir la práctica normal del marino* o las circunstancias del caso.
>
> "b) En la interpretación y cumplimiento del presente Reglamento se tomarán en consideración todos aquellos peligros de navegación y riesgos de abordaje y todas las circunstancias especiales, incluidas las limitaciones de los buques interesados *que pudieran hacer necesario apartarse de este Reglamento, para evitar un peligro inmediato*" [57].

Esta regla contiene dos conceptos inseparables de la conducta humana: *negligencia* (*neglect* en el texto en idioma inglés) y *práctica normal del marino (ordinary practise of seaman*). Actuar negligentemente o apartarse de la práctica normal del marino, constituye la *culpa* definida por el art. 1724 del CCyC, que comprende la *negligencia* y la *impericia en el arte o profesión*. En *culpa* solamente pueden incurrir las personas humanas (*supra*, n° 15) y la *práctica normal del marino* [*seamanship* [58] o

---

(56) Decir "Ninguna disposición del [...] Reglamento eximirá a un buque [...] de las consecuencias de cualquier negligencia en el cumplimiento de este Reglamento..." parece atribuir personalidad a los buques, como si éstos pudieran incurrir en responsabilidad. Me he ocupado de este tema en el artículo "La personificación de los buques" publicado en *Homenaje del académico Guillermo A. Borda*, director, José Washington Tobías, Buenos Aires, La Ley 202, Mencionar a los buques como si fueran personas, es meramente figurativo, para aludir al propietario o a la culpa de quienes están a cargo del buque (MARSDEN, R. G., *Collisions at sea*, seventh edition by Marcus W. Slade, London Stevens and Sons. Limited, 1919, p. 1.

(57) La *bastardilla* no es del texto transcripto. La uso para destacar.

(58) *Seamanship* es un término general que alude a la habilidad de conducir naves de todo tipo y tamaño en todas las de tiempo condiciones, habilidad que, más allá de los libros, sólo se adquiere a través de un real ejercicio de la navegación (cf. KERCHOVER, René de, *International Maritime Dictionary*, third printing, D. Van Norstrand Company, Inc., Toronto, New York, London, p. 638). Se ha dicho que *seamanship* es

arte de la buena navegación [59]], sólo pueden ser ejercidas por personas humanas.

El *CMI International Working Group Position Paper on Unmaned Ships and the International Regulatory Framework* (en adelante, CMI IWG Position Paper), menciona acertadamente que de la regla 2 resulta que

- es la más importante del RIPA,

- es imperativo (obligatorio) seguir la práctica normal del marino para evitar un peligro inmediato,

- esta regla tiene precedencia sobre las otras reglas del RIPA, y

- que la decisión de apartarse de las otras reglas debe ser adoptada personas humanas [60].

El *CMI IWG Position Paper* también señala que, dependiendo de la tecnología disponible, la regla 2 podría ser seguida remotamente si se tratara de buques autónomos bajo supervisión permanente, pero en su redacción actual la regla 2 no sería aplicable a los buques autónomos sin supervisión, operados exclusivamente por su sistema operativo sin intervención humana, tal como inicialmente habían caracterizado, en el año 2021, por el Grupo de Trabajo Mixto de la OMI [61].

IV.10. Buques "autónomos" que no serían autónomos según la caracterización del año 2023

El criterio expresado en el año 2021 fue modificado en el año 2023 cuando los tres Comités que integran el Grupo de Trabajo Mixto de la OMI, coincidieron en que

> "...debe haber un capitán humano responsable de un MASS, independientemente de la modalidad operacional o del grado o nivel de auto-

---

un concepto entendido intuitivamente, pero muy difícil de definir (STEVENS, Frank, "Seaworthiness and seamanship", en *Autonomous Ships and the Law*, edited by Henrik Ringbom, Erik Rosaeg, and Trond Solvang, Routledge, New York, 2021, p. 251.

(59) FARWELL, Raymond F., *Reglas de la navegación marítima*, edición revisada por Alfred Prunski, traducido por Enrique Alt, Editorial Víctor Lerú S.R.L., Buenos Aires, 1960, p. 239.

(60) comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-Position-Paper-on-Unmanned-Ships.pdf, p. 14.

(61) *Idem*.

> nomía" (*there should be a human master responsible for a MASS, regardless of mode of operation or degree or level of autonomy*), [que] "puede que no sea necesario que el capitán esté a bordo" (*the master may not need to be on board)*, [pero] "debe disponer de los medios para intervenir cuando resulte necesario" (*should have the means to intervene when necessary*) [62] (*supra*, n° 14).

Así es que los tres Comités han dejado de lado la idea del buque *totalmente autónomo*, cuyo sistema operativo sería capaz de asumir todas las facetas de la navegación *sin necesidad de intervención humana*.

Exigir que, *debe haber un capitán humano responsable de un MASS, independientemente de la modalidad operacional o del grado o nivel de autonomía*, está en línea con las disposiciones actualmente vigentes.

Hoy los buques están equipados con muy avanzada tecnología (SOLAS, cap. V, reglas 19 y 20), que permite el uso de procesos automatizados que en ocasiones pueden no ser supervisados, que facilitan a los navegantes la adopción de decisiones y hacen más precisa y segura la navegación (SOLAS, cap. V, regla 15). No obstante la muy avanzada tecnología, tanto las disposiciones internacionales como las nacionales, exigen tripulantes humanos en el puente de navegación (SOLAS, cap. V, regla 19; STCW reglas II-4,b,i; II-5; II-8.a,i; II-9; Ley de la Navegación, arts. 141, 270; REGINAVE, art. 503.0103.).

IV.11. ¿Buques verdaderamente autónomos?

Según el *Diccionario de la lengua española*, "autónomo" significa *que goza de autonomía*. A su vez, autonomía, según la acepción que entiendo que corresponde al presente contexto, significa *condición del individuo que de nadie depende en ciertos conceptos*. Y según el *Cambridge Dictionary, autonomous* significa *independent and having the power to make your own decisions*. En uno y en otro idioma, la idea de *autonomía* implica *independencia* o *ausencia de dependencia* [63].

---

(62) imo.org./es/MediaCenter/MeetingSummaries/Pages/Joint-MSC-LEG/FAL-Working-Group-on-Maritime-Autonomous-Surface-Ships-(MASS)-.aspx; documento MSC107/5/1, 2 mayo 2023, Report of the MSC-LEG-FAL Joint Working Group on Maritime Autonomous Surface Ships (MASS) on its second session, p. 12, párrafo 67.2.1 a 3; Documento MSC 107/20, 26 junio 2023, Informe del Comité de Seguridad Marítima correspondiente a su 107° Período de Sesiones, p. 49-50, párrafo 5.22.1 a 3. El subrayado no es de los documentos transcriptos, lo uso para destacar.

(63) Los idiomas oficiales de la OMI son árabe, chino, español, francés, inglés y ruso. Los idiomas de trabajo son el español, el francés y el inglés. Los trabajos se suelen difundir en inglés y también se difunden traducciones a los otros idiomas.

Los MASS del Grado 4 que en el año 2021 fueran caracterizados como *buques totalmente autónomos* (*fully autonomous ships)*, con el criterio expresado en el año 2023 por los Comités integrantes del Grupo de Trabajo Mixto de la OMI, no serían verdaderamente autónomos. No cabe considerar autónomos a los buques que, independientemente de la modalidad operacional o del grado o nivel de autonomía, deben tener un capitán humano responsable (*a human master responsible*) que, aunque pueda no estar a bordo, deba disponer de los medios para intervenir cuando resulte necesario.

IV.12. Capitán humano responsable. Responsabilidad subjetiva

Exigir que todo MASS, independientemente de su modalidad operacional o de su grado o nivel de autonomía, cuente un *capitán humano responsable* que deba disponer de los medios necesarios para asumir la operación y control del buque, es ineludible para que la responsabilidad civil se base en la culpa, conducta exclusiva de las personas humanas (*supra*, n° 15).

El criterio adoptado en el año 2023 por los Comités integrantes del Grupo de Trabajo Mixto de la OMI está en línea con las disposiciones que he mencionado *supra* en los números 12 a 21, pero destaco que la intervención de un capitán humano que no está a bordo depende absolutamente de la *conectividad* (64) entre el buque (sus equipos y sistemas) y el capitán humano que no está a bordo (o quienes lo asistan). La pérdida o la interrupción de la conectividad, no permitiría la intervención del capitán ni de tripulantes humanos que no estén a bordo.

IV.13. Conectividad

La *conectividad* es imprescindible para que el capitán humano "a cargo del buque" *sin estar a bordo*, disponga de la información necesaria para controlarlo y gobernarlo tales como las condiciones meteorológicas, la visibilidad, el estado del mar o de las aguas en las que esté el buque, la profundidad, la corriente, el rumbo y velocidad del buque, su posición actual (latitud y longitud), las ayudas de navegación del lugar (boyas, balizas, faros), y el entorno (buques fondeados, navegando o con restricción de maniobras, distancia a la que se encuentran, sus rumbos y velocidades), y un largo etcétera.

---

(64) Según el *Diccionario de la lengua española*, "conectar" significa *unir o poner en comunicación dos cosas o dos personas*, o *establecer comunicación entre dos lugares, o entre un lugar y otro*.

Perdida o interrumpida la conectividad, las fallas o averías que afectaran al buque, a sus equipos o sistemas, no podrían ser atendidas remotamente y dejarían a los MASS de los Grados 3 y 4 sin gobierno, "a la deriva", hasta que recobren la conectividad o hasta que personas humanas los tomen "a su cargo".

IV.14. Conectividad. Pérdida o interrupción de la conectividad

No es inusual la pérdida o la interrupción de la conectividad entre equipos o sistemas que deben funcionar conectados entre ellos. Ocasionalmente se interrumpe la comunicación entre aparatos telefónicos, entre las emisoras de radio y los aparatos receptores, entre las emisoras de televisión y los televisores; ocasionalmente se interrumpe el funcionamiento de los semáforos que regulan el tránsito de los vehículos terrestres; o se interrumpe el suministro de energía eléctrica. Ocurren interrupciones en el funcionamiento de cualquier tipo de equipos y sistemas. Aunque escapen de la rutina o de lo cotidiano, sería iluso pensar que nunca se producirán interrupciones.

IV.15. Pérdida o interrupción de la conectividad. Caso fortuito

Constituye caso fortuito o de fuerza mayor que exime de responsabilidad, *el hecho que no ha podido ser previsto* o *que habiendo sido previsto no ha podido ser evitado* (CCyC, art. 1730). Si la pérdida o la interrupción de la conectividad fuera causada por un acontecimiento constitutivo de caso fortuito o de fuerza mayor (guerra, acto de la autoridad), los daños que cause no generarían responsabilidad.

Aunque se ignore cuándo ocurrirá una pérdida o interrupción de la conectividad, se sabe que es posible que ocurra, pero la previsibilidad que descartaría el caso fortuito no es el mero conocimiento de la posibilidad de pérdida o de interrupción de la conectividad [(65)].

IV.16. ¿Cómo evitar que la interrupción de la *conectividad* cause daños o los atenúe?

Las consecuencias de la pérdida o de la interrupción de la conectividad entre los sistemas del buque y el capitán humano remoto, pueden ser graves. Un abordaje u otro accidente, puede causar el naufragio de los buques

(65) LÓPEZ MESSA, Marcelo J, "Requisitos, efectos y prueba del caso fortuito en el nuevo Código". LL, 01/06/2015, cita on line AR/DOC/1563/2015.

involucrados, el derrame de cargamentos contaminantes y de combustibles, la afectación del medio marino, la muerte y lesiones de las personas que estuvieran abordo, la pérdida o el daño de la mercadería transportada.

Esas consecuencias se podrían evitar (o atenuar) con una tripulación humana reducida a bordo que, interrumpida la conectividad, tomara el buque "a su cargo".

Perdida o interrumpida la conectividad, *¿qué ofrece más seguridad? ¿Un buque a la deriva esperando ayuda exterior? ¿O una tripulación reducida abordo, gobernando el buque?*

Si —como espero— el futuro Código MASS dispusiera que *debe haber un capitán humano responsable de un MASS, independientemente de la modalidad operacional o del grado o nivel de autonomía* (*supra*, n° 37). El capitán humano, con una tripulación humana reducida, estaría a bordo para controlar y gobernar el buque tan pronto se perdiera o interrumpiera la conectividad. No estando a bordo, la interrupción de la conectividad impediría al capitán remoto tomar el buque "a su cargo". Si bien la mera interrupción de la conectividad alertaría al capitán remoto sobre la necesidad de su intervención, él sólo podría intervenir cuando llegue a bordo, en tanto que, con el capitán y una tripulación reducida navegando a bordo, la intervención sería casi inmediata.

V. Adaptación de las disposiciones de derecho privado del derecho de la navegación

V.1. Adaptación de las disposiciones de derecho público del derecho de la navegación

He comenzado este trabajo recordando que, especialmente en el derecho de la navegación, *no cabe aislar las disposiciones de derecho público de las de derecho privado* y señalé dos ejemplos: (i) no es posible considerar la responsabilidad civil por los daños causados por abordajes, cuestión de derecho privado, prescindiendo de las disposiciones de derecho público sobre la seguridad de la navegación, y (ii) tampoco es posible considerar la responsabilidad civil del transportista, cuestión de derecho privado, prescindiendo de disposiciones de derecho público sobre seguridad de la navegación (*supra*, n° 2).

Por ello, antes de considerar la adaptación del derecho privado para los buques sin capitán ni tripulantes a bordo, es necesario conocer las disposiciones de derecho público que actualmente está estudiando la OMI para proyectar el Código MASS al que me he referido en el n° 27.

Por ejemplo, admitir buques sin tripulación a bordo, llevaría a considerar que al iniciarse el transporte no está en estado de navegabilidad, como lo exigen el art. 3. 1. de la Convención de Bruselas de 1924 y el art. 270 de la Ley de la Navegación.

V.2. Convención de Bruselas de 1924 para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia Conocimientos de Embarque

La Convención de Bruselas de 1924 para la Unificación de Ciertas Reglas en materia Conocimientos de Embarque, de la que la República Argentina es parte (ley 15.787 del año 1961), también conocida como Reglas de La Haya, es mencionada por Ray como "el estatuto internacional del transporte [por mar] por el número de ratificaciones obtenidas" (66).

El art. 3. 1. de esta Convención, impone al transportista la obligación de ejercer una diligencia razonable [*exercer une diligence raissonable* (67)] para poner el buque en condiciones de navegabilidad, navegabilidad que —entre otros requisitos— implica una tripulación adecuada. El art. 270 de la Ley de la Navegación argentina sigue, casi a la letra, al art. 3. 1. de la Convención de Bruselas de 1924.

Los tripulantes no sólo se ocupan de la navegación. Ellos, como dependientes del transportista, son quienes ejercen el cuidado y la custodia de la carga durante el transporte (Convención de Bruselas, art. 6 y Ley de la Navegación, art. 271).

Sin tripulantes a bordo no habría quien ejerciera el cuidado y la custodia de la carga durante el transporte. El buque carecería de *navegabilidad en concreto*, con relación al viaje y al destino o propósito específico del contrato (*supra,* n° 20).

V.3. Adaptación de las disposiciones de derecho privado del derecho de la navegación

Las convenciones internacionales que unifican el derecho privado de la navegación no suelen ser "Convenciones OMI" de modo que no prevén tramites abreviados ni aceptaciones tácitas para su modificación, requieren que las modificaciones se dispongan mediante otra convención

---

(66) RAY¸ *Derecho de la navegación* , obra citada, t. II, p. 387.

(67) El original en francés es el único texto auténtico de la Convención, tal como lo señala el Comité Marítimo Internacional en *Handbook of maritime conventions*, LexisNexis, 2001.

(por ejemplo, la Convención de Bruselas de 1924, art. 16). La modificación lleva años: trabajos y discusiones preliminares; redacción de proyectos; reuniones internacionales para discutirlos; convocar a conferencias internacionales para considerarlos; celebración de la conferencia; aprobación y firma por los plenipotenciarios; ratificación de los Estados. Y alcanzada la cantidad requerida de Estados, debe transcurrir el término fijado para la entrada en vigor [(68)].

La aplicación a los MASS de convenciones de derecho privado depende de las disposiciones de derecho público que adopten la OMI y la comunidad marítima internacional [(69)].

El derecho público de la navegación *¿admitirá o no la navegación de buques sin tripulantes a bordo?*

Conocidas las disposiciones de derecho público que se adopten, se podrán considerar las disposiciones de derecho privado de la navegación.

VI. Conclusiones

Los actuales y los futuros avances tecnológicos, seguirán incrementando la seguridad de la navegación.

La pérdida o interrupción de la *conectividad* entre el buque y quienes lo controlan y operan remotamente, dejarían al buque sin gobierno, "al garete" (*supra*, n° 42 a 44).

La seguridad de la vida humana, la seguridad de los bienes y la conservación del ambiente, no deberían depender del mantenimiento de la *conectividad*.

Todos los buques, aunque equipados con la mejor tecnología disponible, deberían navegar "a cargo de" un capitán humano a bordo y, según las circunstancias, con una tripulación humana reducida, también a bordo (*supra*, n° 43 a 47).

---

(68) La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la que es parte la República Argentina (ley 19.865, año 1972), en sus arts. 6 a 18, y 39 a 41 se ocupa la celebración y entrada en vigor de los tratados o convenios internacionales y de su enmienda o modificación.

(69) Las disposiciones de derecho público emanadas de la OMI, particularmente las relativas a la seguridad de la navegación y de la vida humana, y a la conservación del ambiente, son adoptadas o —en su caso— adaptadas por la generalidad de los Estados.

Exigir un *capitán humano responsable* en los MASS, independientemente de la modalidad operacional o del grado o nivel de autonom*ía* (*supra,* n° 39), mantendrá a la culpa como factor preponderante de atribución de responsabilidad en el derecho de la navegación (*supra*, n° 21).