

AÍDA KEMELMAJER

El sistema unificado de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial argentino.

DÉSIRÉE BARINAS

Extracto de la ponencia sobre la protección de datos personales y cibercriminalidad.

MIGUEL ÁNGEL DÍAZ

Lenguaje jurídico claro y tutela judicial efectiva.

ANA JARA

La libertad de expresión y el odio al enemigo (comentario jurisprudencial).

LA ÉTICA Y SU INFLUENCIA EN EL COMPORTAMIENTO



Normas para los colaboradores

Cuando un colaborador escribe para Saber y Justicia se compromete a cumplir lo siguiente:

- » Los trabajos deben estar orientados a lo académico e informativo. Serán sometidos a informe del Consejo Editorial (quien decidirá sobre su publicación o no).
- » El colaborador identificará en forma clara y precisa las fuentes de las citas textuales que escriba.
- » La responsabilidad jurídica por actos de plagio o uso no autorizado de material recae completamente en el colaborador.
- » El colaborador no escribirá artículos basados en presunciones sin fundamento, ni en especulaciones.
- » El colaborador no empleará un lenguaje abusivo o cualquier otra forma que constituya un ataque personal.
- » El colaborador no utilizará su posición para obtener cualquier tipo de beneficio personal.
- » Cuando un artículo haya sido enviado simultáneamente a otro medio, el colaborador deberá informarlo al equipo editorial de Saber y Justicia.
- » Esta revista es de carácter bianual, por lo que los colaboradores deberán respetar el tiempo de entrega y publicación de los trabajos.
- » Para la redacción de los trabajos se recomienda seguir las siguientes pautas:
 - La extensión de contenido debe contener como mínimo 5 páginas de extensión y como máximo 7 (3,500 palabras). Interlineado 1.5. Tamaño de la letra 12. Times New Roman.
 - Incluir al menos 10 palabras claves y un resumen del tema en 5 líneas en idioma inglés y en español .
 - Las notas bibliográficas deben ser insertadas al pie de la página en cursiva, tamaño 10, interlineado sencillo y siguiendo el estándar de las normas APA (American Psychological Association).
 - El archivo debe ser enviado en formato Word.
 - Debe incluir una fotografía de perfil separada del documento en formato jpg y con una resolución de 200 dpi.
 - El estilo de escritura debe ser claro y comprensible.

CONTENIDO

06 CONOCIMIENTO
LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL ODIOS AL ENEMIGO.

Ana Jara

LA ÉTICA Y SU INFLUENCIA EN EL COMPORTAMIENTO HUMANO.
Juan Francisco Puello Herrera

24 ENCUENTRO CON
Entrevista a Marvin Carvajal
EX DIRECTOR ESCUELA JUDICIAL DE COSTA RICA.

Derecho Constitucional

28 ESPECIAL
EL SISTEMA UNIFICADO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO.
Extracto de la ponencia de Aída Kemelmajer de Carlucci durante el Congreso de Responsabilidad Civil organizado por la Escuela Nacional de la Judicatura.

48 ACONTECER
PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y CIBERCRIMINALIDAD.
Désiree Barinas

54 CÍRCULO DE ESTUDIOS JUDICIALES
EL LENGUAJE JURÍDICO CLARO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.
Miguel Ángel Díaz



Saber y Justicia es una revista que pretende aportar contenidos académicos de calidad al debate jurídico e informar el acontecer de la Escuela Nacional de la Judicatura. Está prohibida la venta o reproducción total de los contenidos sin previa autorización de sus autores y del Consejo Editorial.

Los puntos de vista expresados en los artículos por nuestros colaboradores son de su exclusiva responsabilidad, y no representan necesariamente la postura de la Escuela Nacional de la Judicatura, o alguna de las instituciones mencionadas en esta publicación. Los artículos presentados han sido preparados especialmente para Saber y Justicia, con fines académicos.



WWW.ENJ.ORG



SÍGUENOS

Para mantenerse al tanto de todas nuestras actividades, oferta académica y publicaciones, síguenos a través de nuestras cuentas en YouTube, Facebook, Twitter e Instagram.



ENJ PORTAL



PORTAL ENJ



ENJ WEB



ENJ WEB



Nuestra portada fue diseñada por Amaury A. Silva N.

DIRECTORA

Gervasia Valenzuela Sosa

CONSEJO EDITORIAL

Armando S. Andruet, juez y académico Universidad de Córdoba, Argentina

Juan P. Pérez, juez presidente. Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación San Cristóbal

Juan F. Puello Herrera, abogado y académico Pucmm Jacinto Castillo Moronta, subdirector ENJ

EDITORA

Dilenia Hernández Fernández

COLABORACIONES EN ESTA EDICIÓN

Ana Jara

Juan Francisco Puello Herrera

Marvin Carvajal

Aída Kemelmajer de Carlucci

Désirée Barinas

Miguel Ángel Díaz

Claudio Aníbal Medrano

CORRECCIÓN DE ESTILO

Mayra Arbaje Lambert

INSPECCIÓN

María Amalia Bobadilla

DIAGRAMACIÓN

Víctor José Vargas Castañón

PERIODICIDAD

Bianual

IMPRESO EN:

Editora Corripio
Santo Domingo, República Dominicana
2019

Escuela Nacional de la Judicatura ENJ,
Tel.: (809) 686-0672 Fax: (809) 686-1101,
C/ César Nicolás Penson No. 59, Gazeue,
Santo Domingo, República Dominicana
E-mail: info@enj.org

Web: <http://www.enj.org>
Registrados en Latindex.org

Infórmese sobre
nuestras capacitaciones en

www.enj.org

o solicite información escribiéndonos a:

admisiones@enj.org

Tel.: 809-686-0672

Ext. 431

Nuestra OPINIÓN

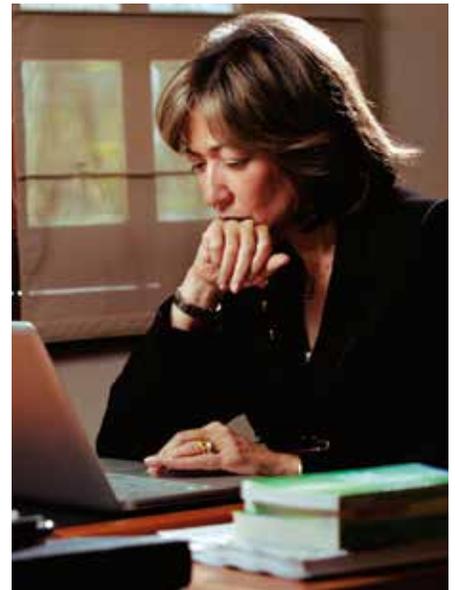
Desde el mes de junio del año 2012, a través de esta publicación, la Escuela Nacional de la Judicatura comparte con sus usuarios temas de interés social, judicial y educativo desde un punto de vista académico constructivista. Catorce ediciones, de manera ininterrumpida, gracias a la colaboración de docentes y expertos nacionales o del ámbito iberoamericano, que ponen a la disposición de la institución, parte del trabajo realizado para las actividades formativas previstas en el calendario del año.

Siete años después, deseando estar accesible al gran público con la fortaleza de los estándares internacionales de catalogación de revistas, pasamos en este año 2019 al formato electrónico, siendo esta edición nuestra última entrega impresa.

Esperamos que los lectores amantes del papel no abandonen el contacto con **Saber y Justicia** accediendo a ella a través de la red de internet, apreciando la calidad del contenido presentado. El hecho de pasar a formato electrónico, no solo facilita el acceso, sino que fortalece el contenido de la publicación, sometido a controles estrictos de selección y evaluación de pares.

Contar con un contenido de calidad e innovador es fundamental para lograr uno de nuestros propósitos principales, que es servir de apoyo a los trabajos de investigación en el ámbito jurídico y judicial de la comunidad jurídica nacional e internacional. El aprecio de la comunidad científica al contenido de calidad lo podremos comprobar si la revista es citada en los trabajos presentados, dando de esta manera visibilidad, no solo a la publicación en sí, sino al autor del artículo citado.

Agradecemos a todos los expertos que han colaborado en esta edición, cuyo variado e interesante contenido esperamos sea de interés y utilidad para nuestros lectores.



Alicia Valenzuela S.

Directora
Escuela Nacional de la Judicatura

CONOCIMIENTO

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL
ODIO AL ENEMIGO
(COMENTARIO JURISPRUDENCIAL)**Resumen:**

El concepto y los límites de la libertad de expresión no se entienden sin la aportación de la jurisprudencia, que suele aportar la lógica a cualquier sistema de libertades públicas en las democracias funcionales. Este artículo pretende analizar, a través de la jurisprudencia, cómo las limitaciones a la libertad de expresión resultan ser, en ocasiones, manifestaciones del llamado Derecho penal del enemigo. Limitar las libertades tiene consecuencias y es oportuno atender y corregir las agendas político criminales que excluyen ciertos sujetos de la ciudadanía y tienden al "derecho penal de autor".

Palabras clave:

Libertad de expresión; derecho al honor; discurso del odio; derecho penal del enemigo.

Abstract:

The concept and limits of freedom of expression cannot be understood without the contribution of jurisprudence, which usually brings logic to any system of public freedoms in functional democracies. This article attempts to analyze, through jurisprudence, how limitations to freedom of expression sometimes turn out to be manifestations of the so-called criminal law of the enemy. Limiting freedoms has consequences and it is opportune to address and correct the criminal political agendas that exclude certain subjects from citizenship and tend towards a sort of "criminal copyright".

Keywords:

Freedom of expression; right to honour; hate speech; criminal law of the enemy.



Vistas las dificultades que, generalmente, suelen asociarse a los intentos de reflexionar, hablar o escribir, acerca de la libertad expresión, en abstracto e *in genere*, sin una referencia clara al ámbito o la acción a los que tal libertad se contrae, quizá no resulte del todo ocioso acudir a análisis parciales y aproximativos que, como ocurre con la perspectiva jurisprudencial, pueden ayudar en la tarea de reconstrucción inductiva del concepto, alcance y límites de este importante derecho fundamental. Hemos seleccionado, en efecto, un hilo jurisprudencial concreto que nos permitirá cierta concisión y nos servirá, de paso, para aclarar algunos conceptos generales, sin más ambición que la de ofrecer algunos materiales para la reflexión, en un momento de vertiginosa aceleración en el campo de los medios de expresión y comunicación, espectaculares avances en el despliegue de las nuevas tecnologías y, consiguientemente, graves amenazas para las libertades básicas de un sistema democrático.

Me servirá inicialmente de un casi telegráfico relato fáctico -los hechos probados no parecen ser objeto de disputa en el supuesto analizado-, como punto de partida sobre el que asentar estas breves consideraciones. Se trata, en síntesis, de la quema, en una plaza pública por parte de unos jóvenes, identificados como defensores de una determinada ideología, de una fotografía de gran tamaño de los Reyes de España, colocada "*boca abajo*".¹

En primera instancia, (Sentencia del Juzgado Central de lo Penal, 2008:2490) se condenó, por estos hechos, a dos personas a la pena 15 meses de prisión -sustituible por multa-, entendiendo que habían cometido un delito de injurias a la Corona del art. 490.3 del Código Penal español, razonando el órgano sentenciador que esta acción era innecesaria y sobrepasaba los límites amparados por el derecho fundamental a la libertad de expresión.

La Sentencia es confirmada por la Audiencia Nacional y ésta ratifica la lesión del derecho al honor de la institución de la Corona y entiende que prevalece en el caso concreto este derecho al honor frente la libertad de expresión de los acusados. La Audiencia Nacional afirma que "**los acusados escenifican lo que gráficamente podemos definir como un "aquellarre" o un juicio inquisitorial**".(SAN 40/2008 de 5 de diciembre).

La verdad es que el dramatismo verbal y retórico que contienen estas calificaciones/asimilaciones resulta cuando menos sorprendente. En un momento como el actual, en que se sustancian, en sede jurisdiccional internacional, crímenes de genocidio, limpieza étnica y violaciones masivas de derechos, no es fácil encontrar un lenguaje forense que se permita, de algún modo, licencias retórico-dramáticas en la exposición de los razonamientos jurídicos², siendo así que se habla "**de la posición claudicante del rey, dado que la foto se coloca boca abajo**" -y se explica que se trata de "**la expresión simbólica del desprecio y destrucción de la institución, pues el fuego, en el contexto que se usa tiene una carga negativa evidente**".(SAN 40/2008 de 5 de diciembre).

Más allá de la sobreactuación retórica a la que me acabo de referir, cuando los pronunciamientos judiciales llegan al Tribunal Constitucional y este aborda el correspondiente recurso de amparo (STS 177/2015 de 22 de julio) nos encontramos con un elemento nuevo, llamativo y, desde luego, jurídicamente más complejo: la invocación del discurso del odio.

Separándose de los razonamientos de las instancias previas y olvidando que su autonomía está limitada por la naturaleza de la resolución judicial que dio lugar al recurso de amparo (art. 44.1 b) LOTC, 2/1979 de 5 de octubre), en este caso una condena penal por injurias al rey y a sus familiares, el Tribunal Constitucional español habla de "**un acto que incita a la violencia o al odio hacia la Corona y la persona del monarca**" (STS 177/2015 de 22 de julio, 76013), introduciendo en su razonamiento la idea de que "**la acción puede suscitar**

¹ consúltense los hechos probados en la Sentencia (España) de la Audiencia Nacional 40/2008 (Sala de lo Penal) de 5 de diciembre de 2008.

² Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso Lukić Milan & Lukić Sredoje (IT-98-32/1) "Višegrad", cuyos detalles están disponibles en: http://www.icty.org/case/milan_lukic_sredoje_lukic/4

reacciones violentas exponiendo a los reyes a un posible riesgo de violencia puesto que quemar en público la fotografía de una persona comporta una incitación a la violencia -dice el Tribunal- contra esa persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza, trasladando a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los monarcas merecen ser ajusticiados".(STS 177/2015 de 22 de julio, 76014).

Es aquí, cuando aparece el elemento del discurso del odio, donde el derecho se torna incierto y no sabemos bien qué está prohibido y qué está permitido. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) corrige lo que dictó el Tribunal Constitucional español, centrándose en lo que a todas luces parece ser el fondo del asunto (STEDH de 13 de marzo de 2018), que es si la condena de 15 meses de cárcel constituía una injerencia en el derecho de los demandantes a la libertad de expresión y si esta injerencia era necesaria en una sociedad democrática. El TEDH habla también en su decisión de la proporcionalidad de las penas, que es un tema excepcionalmente importante en este caso.

En lo que concierne a la libertad de expresión en general, no conviene olvidar que la libertad de expresión está especialmente habilitada para garantizar **"la crítica malsonante, la manifestación políticamente**

incorrecta, los gestos o actos desabridos, de mal gusto, o la impactante exageración"³. La Sentencia del Tribunal Europeo habla de **"ideas que hieren, ofenden o importunan"** (STEDH de 13 de marzo de 2018, parr 30). Porque es precisamente en estos casos cuando es preciso afianzar el alcance del derecho fundamental, dado que, por lo general, para converger con la opinión generalmente compartida, para ser agradable o correcto, para halagar, etc., no suele ser necesario reclamar el ejercicio de ninguna libertad.

No cabe duda de que hay categorías de expresión –y crítica política- que no están protegidas por la libertad: la publicidad engañosa, la pornografía infantil, el discurso del odio.

Cuando, además, hablamos de libertad de expresión en el ámbito político, no está de más recordar que el grado de amplitud en estas libertades es indicador de la solidez del sistema democrático, dado que la legitimidad política del sistema está garantizada en gran medida por la crítica y la expresión de la disidencia. En este sentido, la Sentencia Morice C. Francia establece que **"en términos generales, si bien es legítimo que las instituciones del Estado, como garantes del orden público institucional, sean protegidas por las autoridades competentes, la posición dominante ocupada por esas instituciones requiere que las autoridades muestren una moderación en recurrir a procesos penales"**.(STEDH de 23 de abril de 2015, parr 22).

El Tribunal Europeo insiste en que **"los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto a un hombre político, (...) que se expone inevitablemente y conscientemente a un control minucioso de sus movimientos tanto por parte de los periodistas como por los ciudadanos de a pie; debe, por tanto, mostrar una mayor tolerancia"**.(STEDH de 13 de marzo de 2018, parr 32).

Por lo tanto, se entiende que las peculiaridades del acto que se ha descrito, incluyendo la quema de una foto institucional de los Reyes, su colocación boca abajo, el carácter público de la acción, y todo el resto del lenguaje simbólico empleado por los acusados **"no necesariamente excluyen la acción del ámbito de lo permitido en una sociedad democrática que necesita respetar y proteger la crítica a las instituciones para garantizar la libertad y el pluralismo"**⁴. Prender fuego a banderas, fotografías, miniaturas, figuritas,

³ Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado por el Pleno, núm. 956-2009, al que se adhiere el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré. Sentencia (España) del Tribunal Constitucional 177/2015.

⁴ Voto particular que formula el magistrado Ramón Sáez Valcárcel a la Sentencia (España) de la Audiencia Nacional 40/2008. Se menciona en la decisión de la Audiencia Nacional la sentencia del Tribunal Supremo (España) en



caricaturas o representaciones iconográficas del poder está cargado de sentido simbólico, es decir, expresa, refleja, no sólo en España, en todo el mundo y de una forma que atrae a los medios y provoca a los susceptibles, disconformidad y crítica política.

No cabe duda de que hay categorías de expresión —y crítica política— que no están protegidas por la libertad: la publicidad engañosa, la pornografía infantil, el discurso del odio. Sin embargo, mientras que las dos primeras categorías están más o menos claras, no es fácil trazar la frontera entre expresar puntos de vista ofensivos o intolerantes y el discurso del odio. Por ello, la doctrina sugiere que se debe identificar como discurso de odio aquel mensaje que:

1. Individualiza a una persona o a un grupo, en razón de alguna de sus características.
2. Fijado el objetivo, se estigmatiza a ese colectivo asignándole algunos estereotipos denigratorios.
3. Conectado a estas características estereotipadas, el grupo no debe poder ser merecedor más que de desprecio y hostilidad, y no debe poder integrarse socialmente. (Parekh, 2006, 214).

De estos tres caracteres, se concluye fundamentalmente que **“los delitos de odio se dirigen en contra uno o más miembros de un grupo o contra los bienes asociados al mismo que comparten una característica común”**. (OSCE-ODIHR-IAP, 2014, 33). A estas características comunes de todo el grupo se las denomina **características protegidas**. Las características protegidas crean una identidad colectiva común reflejan un aspecto profundo y fundamental de la identidad personal.

En España, con la modificación en 2015, del artículo 510 del Código Penal, se ha extendido la cantidad de opiniones que se prohíben. Inicialmente se prohibía provocar violencia, luego odio y ahora hostilidad o discriminación. Tampoco es necesario en la actualidad que se incite, **directamente**, al discurso del odio; ahora basta con fomentarlo o promoverlo **incluso indirectamente**.

Esta nueva prohibición, referente, por tanto, a expresar doctrinas que indirectamente creen hostilidad, permite pensar que se está tratando de prohibir opiniones políticas disidentes, lo cual resulta una limitación desproporcionada a la libertad de expresión, y produce un efecto desalentador para los

ciudadanos. Debe tenerse en cuenta que el peligro debe ser real para la integridad del bien jurídico; si no hay certeza o inminencia, el juicio de peligrosidad abre la puerta a la arbitrariedad, que podrá castigar un discurso porque **parezca** peligroso.

La definición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y del Consejo de Europa) es más o menos concisa entendiendo que el discurso del odio abarca **“todas las formas de expresión que propagan, incitan, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”**. (STEDH de 4 de diciembre de 2003, parr 22). Y en la decisión que nos ocupa, el Tribunal Europeo añade **“la inclusión en el discurso de odio de un acto que es la manifestación simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución y la exclusión que se deriva del ámbito de protección garantizado por la libertad de expresión conllevaría una interpretación demasiado amplia de la excepción del discurso del odio lo que probablemente perjudicaría al pluralismo a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática”**. (STEDH de 13 de marzo de 2018, parr 41).

Es decir, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está recordando al Tribunal Constitucional español que su uso del discurso de odio para este caso concreto pone en riesgo los valores democráticos.

el caso por injurias al rey en la casa de juntas de Guernica en la cual se dice que “frente a la magistratura suprema electiva periódicamente, la institución monárquica es ejercicio de un plebiscito implícito cotidiano y por ello en manera alguna debe estimarse existente un delito de injurias, sino contrariamente un legítimo ejercicio del derecho a la libre expresión, cuando se trate de comunicar al monarca un estado de insatisfacción pública de un sector ciudadano más o menos minoritario” (28 de septiembre de 1993).

Para conectar nuestro hilo argumental al llamado "derecho penal del enemigo" solo necesitamos aportar otro dato: en todas las instancias se insiste en que **"los acusados son de ideología nacionalista/independentista"** y toman parte en una manifestación anti monárquica, encabezada por una pancarta que dice **"300 años de Borbones 300 años combatiendo la ocupación española"**. (STS 177/2015 de 22 de julio, 76006).

Tal y como explica el profesor Cancio, en el momento en que el clima punitivista que existe en el discurso político-criminal se combina con las características del Derecho penal simbólico, surge lo que Jakobs ha denominado '**Derecho penal del enemigo**': un tipo de Derecho Penal que trata de procesar los hechos de una determinada clase de autores (los '**enemigos**') con unas reglas especiales. (Cancio Meliá, 2003, 65).

Siguiendo a Jakobs, **"el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido)"**. (Cancio Meliá, 2006, 16-17).

En el ámbito del discurso del odio es claro que, por ejemplo, **la incitación** es una acción **ex ante**, que presuntamente implica el riesgo de que se

produzca una conducta violenta. La afectación no es, por así decirlo, real, el peligro es abstracto, la lesión es imaginaria. Se trata de control de riesgos, el hecho que llevaría a la lesión del bien jurídico no se produce.

En segundo lugar, **"las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada"**. (Cancio Meliá, 2006, 17). Es decir, se rompe el principio de proporcionalidad, tal y como dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ocurre con la Sentencia constitucional española, que califica de desproporcionada la finalidad legítima perseguida e innecesaria en una sociedad democrática. El principio de proporcionalidad es un principio exigente: la norma penal ha de ser no sólo ventajosa, sino la más ventajosa de las alternativas posibles para la protección de un bien legítimo. (Lascurain, 2014, 290).

En tercer lugar, en el derecho penal del enemigo, determinadas garantías procesales son relativizadas o suprimidas (Cancio Meliá, 2006, 17). La esencia del concepto de Derecho penal del enemigo está en que este **"constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa en términos de comunicación con el infractor, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan solo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas"** (Cancio Meliá, 2006, 21). Con este instrumento, entonces, **"el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos"**, según Jakobs (Cancio Meliá, 2006, 22).

No cabe duda de que tal "Derecho Penal" del enemigo existe, en mayor o menor medida –se trata de un concepto gradual– en muchos puntos del Derecho Penal securitario. Sin embargo, con esto no queda dicho, claro está, que sea legítimo.

La descripción del "Derecho Penal" del enemigo como reacción de combate, como prevención de los riesgos que emanan de determinados autores, no es completa: **"es cierto que este suele ser el discurso político-criminal expreso, pero ello no refleja adecuadamente que, en realidad, aunque domina las expresiones públicas en materia de política criminal como si fuera una evidencia, la idea de la peligrosidad no explica el verdadero fundamento, las bases reales de la nueva política criminal. Bajo la apariencia de la toma de medidas dolorosas, pero) eficaces, del discurso preventivista, en realidad aparece el motor de la demonización"**. (Cancio Meliá, 2007, 79).

Parece claro que en todos los campos importantes del Derecho penal del enemigo no tiene lugar un tratamiento frío y racional, desapasionado, de un problema de gestión de riesgos sociales, sino que realmente es un derecho



que se apoya en una verdadera hoguera de sentimientos colectivos hacia ellos, hacia los agresores (Cancio Meliá y Pérez Manzano, 2015, 163). El "***Derecho penal del enemigo está dedicado esencialmente a definir categorías de sujetos, es de modo estructural un Derecho Penal de autor***". (Cancio Meliá, 2006, 35).

Visto desde esta concreta perspectiva el proceso simbólico, el elemento decisivo es que se produce la exclusión de una determinada categoría de sujetos del círculo de ciudadanos, por lo que puede afirmarse que en este ámbito, las cuestiones en torno a la defensa frente a riesgos son lo de menos. En este sentido, la carga genética del punitivismo, es decir, la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad, se recombina con la del Derecho Penal simbólico (la tipificación penal como mecanismo de creación de identidad social –excluyente–), dando lugar al código del Derecho penal del enemigo. (Cancio Meliá, 2006, 23-24).

Ante esta evolución, sólo cabe confiar en las posibilidades de racionalización de los discursos político-criminales que coloquen la capacidad de resolución de conflictos sociales del Derecho Penal –y, muy particularmente, su potencial preventivo– en márgenes más modestos: sea cual sea la teoría de la pena, la función del ordenamiento penal que se postule, el

ordenamiento penal carece de efectos taumatúrgicos y no puede resolver todo conflicto social ni evitar todos los daños producidos por comportamientos humanos.

Sentencias como la aquí comentada del Tribunal Constitucional español, además de su calculada incoherencia y su frágil articulación conceptual del discurso del odio, favorecen la exclusión y contribuyen a la definición de un **otro**, de un enemigo, un enemigo del Rey y un enemigo de la patria, que ya no es un joven descontento que se expresa a su manera y que tiene ideas diferentes de las nuestras, es repentinamente un riesgo social, la persona que odia y quiere destruir todos aquellos valores buenos y valiosos que nosotros, **los buenos**, representamos.

Como atinadamente dice el profesor Lascuráin, "***conviene recordar qué es lo que puede hacer el Derecho Penal y a qué coste social; conviene plantear que no siempre la respuesta penal es la mejor respuesta desde los valores compartidos de partida; conviene rescatar de su altura constitucional una concepción tendencialmente mínima del Derecho Penal, porque sólo esa concepción es una concepción justa desde los valores democráticos que compartimos***" (Lascuráin, 2014, 322).

Tal y como explica el profesor Cancio, en el momento en que el clima punitivista que existe en el discurso político-criminal se combina con las características del Derecho penal simbólico, surge lo que Jakobs ha denominado 'Derecho penal del enemigo': un tipo de Derecho Penal que trata de procesar los hechos de una determinada clase de autores (los 'enemigos') con unas reglas especiales.

Referencias

- Cancio Meliá, M. y Pérez Manzano, M. (2015). "Principios del Derecho Penal (III)", en Lascuráin, J. A. (coord.) *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, Civitas.
- Cancio Meliá, M. (2003). "¿"Derecho penal" del enemigo?", en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas.
- Cancio Meliá, M. (2006). "De nuevo: ¿"Derecho Penal" del enemigo?", en Cancio Meliá, M. y Gómez Jara, C. (coord.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Edisofer, Madrid. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_26.pdf.Ibid.
- Cancio Meliá, M. (2007) "Pena de muerte: paroxismo del "Derecho penal" del enemigo", *Anuario de Derecho Penal*.
- Lascuráin, J. A. (2014). "Cuándo penar, cuánto penar", en Juan Antonio Lascuráin J. A. y Rusconi, M. *Proporcionalidad penal: fundamento, límites, consecuencias*, Ad Hoc, Buenos Aires.
- Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional (España), de 3 de octubre. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 239, de 5 de octubre de 1979.
- OSCE-ODIHR-IAP. (2014). *Prosecuting Hate Crimes. A Practical Guide*, Varsovia. Disponible en <https://www.osce.org/odihr/prosecutorsguide?download=true>
- Parekh, B. (2006). "Hate speech. Is there a case for banning?", *Public Policy Research*, vol. 12, Issue 4.
- Sentencia (España) de la Audiencia Nacional 40/2008 (Sala de lo Penal) de 5 de diciembre de 2008.
- Sentencia (España) del Tribunal Constitucional 177/2015 de 22 de julio.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Gündüz v. Turkey (Application no. 35071/97)*, de 4 de diciembre de 2003.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Morice v. Francia (Application no. 29369/10)*, de 23 de abril de 2015.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain (application no. 51168/15)*, de 13 de marzo de 2018.



Presentaciones cada semana por nuestro canal de
[YouTube.com/enjportal](https://www.youtube.com/enjportal)



LA ÉTICA Y SU INFLUENCIA EN EL COMPORTAMIENTO HUMANO

Resumen:

Este escrito hace énfasis en la importancia de la ética partiendo de una aseveración de lo que se vive en congruencia y convergencia con los principios éticos que regulan el comportamiento moral.

Palabras clave:

Ética; moral; libertad; valores.

Abstract:

This writing talk about the importance of ethics based on an assertion of what is lived in congruence and convergence with the ethical principles that regulate moral behavior.

Keywords:

Ethics; moral; freedom; values.



Introducción

Digamos de inicio que un buen punto de partida para establecer la importancia de la ética se encuentra en dar testimonio de lo que se vive, esto es, de la coherencia que es el valor que nos hace ser personas de una pieza, actuando siempre de acuerdo a nuestros principios. De vivencias en la vida ordinaria, que revelen nuestro comportamiento, no siendo proclives a relativizar las cosas. Sé es o no sé es, ético, no hay punto intermedio, igual que nadie puede decir que está medio embarazada. Es por esta razón, que sostengo, que la moral y la ética siempre tendrán un punto de convergencia, porque los principios éticos regulan el comportamiento moral.

Desde esa perspectiva, se encuentra una ética filosófica antes llamada ética general, que siendo como tal ética, no es una evasión a los genuinos problemas éticos; y en cuanto a lo filosófico, aun rechazando que la filosofía moral pueda disolverse en una teología moral o moral cristiana,[1] esta última constituye un factor importante en lo que quiero comunicar. Desde esa perspectiva, el tema ni quien lo escribe, prescinde de una moral pensada siendo filosófica, pero tampoco, esto puede interpretarse que pueda excluir la moral vivida, o como quiera llamársele (a riesgo de que sea catalogada como una herejía), religiosa o secularizada, minoritaria o social, personal o usual.

Sobre el título de este tema

La ética es uno de los grandes temas del momento, se ha puesto de moda, con sus matices particulares y hasta acomodaticios a cada persona, en ámbitos variados, que van desde la bioética, caridad mediática, acciones humanitarias, medio ambiente, moralización en los negocios, política, medios de comunicación, entre otros. Se dice que todos estos temas se han convertido en el espacio privilegiado donde se descifra el nuevo espíritu de la época. En el que el bien y el mal no puede determinarse por las conveniencias y los intereses de los que manejan y acumulan poder, bajo la premisa que es "bueno" lo que conviene a esos intereses y "malo" lo que daña esos mismos intereses.

De esta manera, hemos observado no sin asombro, que desde la "segunda mitad del siglo XX ésta ha disuelto las homilías moralizadoras, erradicado los imperativos rigoristas y engendrado una cultura en la que se ha sustituido: El mandato moral por la felicidad; la prohibición por los placeres; la obligación por la seducción"[2]

De acuerdo con el razonamiento anterior, me refiero a la época, porque ésta, con su esencia misteriosa nos introduce en un mundo de sensaciones que solemos llamar el espíritu de los tiempos. De esta manera, pienso en una ética sustentada en reformas para los "tiempos recios" que vivimos en un mundo tan globalizado y cambiante. Un tiempo en el que, da la apariencia que todo cuanto acontece parece regirse por el **marketing**, los golpes de efecto y el maquillaje de la realidad, en la que predominan además declaraciones altisonantes e hirientes, la falta de caridad y posturas demagógicas con altas dosis de egoísmo que en modo alguno contribuyen a crear una sociedad más justa.

El hombre moderno está continuamente
enfrentado a situaciones en las que
es muy difícil decir a dónde llega lo
lícito y dónde comienza lo ilícito.

En verdad, vivimos tiempos recios o fuertes, como en el pasado, aunque ahora con un modernismo alienante. Aun así, ya advertía San Agustín, que "no digamos que el tiempo pasado fue mejor que el presente, porque las virtudes son las que hacen los buenos tiempos, y los vicios los que lo vuelven malos".

No obstante, me identifico con la postura de Marciano Vidal, profesor de moral español, religioso redentorista, con quien compartí en un curso de formadores sobre la "Moral de actitudes". Desde esa perspectiva,

moderniza la expresión tiempos recios, diciendo que estamos viviendo tiempos inciertos, porque si hay "algo que tiene que contar la navegación ética es que se hace sobre ondas inciertas".

Lo que no se puede ocultar es que estamos viviendo tiempos fuertes, recios o inciertos, como quieran llamarles. Cuando la idea de una moral se diluye en la niebla de las conciencias, cuando la vida humana vale tan poco, como decía Santa Teresa, puede afirmarse que hoy el mundo necesita más que nunca de hombres y mujeres que sean coherentes, hombres faros, esto es, que actúen en consonancia con los principios y valores que predicán. De esta manera, el hombre moderno está continuamente enfrentado a situaciones en las que es muy difícil decir a dónde llega lo lícito y dónde comienza lo ilícito.

El Papa Benedicto XVI expresaba, de que al mundo occidental le estaban aquejando tres grandes enfermedades: el materialismo, el individualismo y el relativismo. En otros términos, quiso advertir sobre el apego a lo material, de un mundo ensimismado en un narcisismo salvaje, pensando sólo en satisfacer sus apetencias personales, donde cada persona se fabrica como si fuera un traje su propia escala de valores y vive respondiendo a lo que sus sentimientos le digan o lo que el cuerpo le pida. No hay, por tanto, ni valores ni principios. Entonces ¿quién puede curar todo esto?

Por igual el Papa Francisco ha referido otras tres heridas que están haciendo estragos en el mundo: la agresividad, la superficialidad y el desprecio del otro. Desde esa perspectiva, vemos como un estado natural que los seres humanos vivan en confrontaciones unos con otros, generando acciones violentas, crueles y salvajes, estamos inadvertidamente convirtiéndonos en lobos los unos para los otros, como lo describe Thomas Hobbes, de que vivimos "víctimas de los ambientes con los usos y costumbres, y terminamos, despreciando todo lo que ignoramos".

En la actualidad, es frecuente que se confunda la genuina libertad con la idea de que cada uno juzga como le parece, como si más allá de los individuos no hubiera verdades, valores, principios que nos orienten, como si todo fuera igual y cualquier cosa debiera permitirse. El problema es que no pasamos de una denuncia retórica como dice el Papa Francisco [3] de los males actuales que nos aquejan, sin que tomemos acción para cambiar el estado actual de la distorsión de la moral que vive el mundo.

Por otra parte, Carlos Ignacio Massini Correas, Secretario Académico de la Universidad de Mendoza, publicó un artículo sobre algunos aspectos del pensamiento del entonces Cardenal Joseph Ratzinger, Verdad, Libertad y el Paradigma Ético Contemporáneo que aclara lo expuesto [4].

"El paradigma ético que estudiamos sólo daría cuenta de una mínima porción de la experiencia moral, dejando fuera de su consideración los aspectos de mayor relevancia de ordenación de la praxis humana. Todo se resuelve entonces, en el más absoluto permisivismo moral, en el que todo aquello que no cause un daño directo a otro individuo, queda fuera de la regulación ética y remitido al amplísimo ámbito de la autonomía personal".

Agrega, que de tomar como referencia lo planteado,

"Quedan sin solución adecuada los más acuciantes problemas ético-sociales contemporáneos. En efecto, señala, que ni la exclusión social, ni la corrupción gubernamental y privada, ni la degradación del ambiente, ni los abusos de la biogenética, pueden resolverse en términos del daño causado por un individuo a otro. Menos aún pueden abordarse con éxito los problemas vinculados a las dimensiones más personales del hombre, como los que se refieren a las relaciones intrafamiliares, al cobijo de los ancianos, a la extensión cada vez mayor de las adicciones, a la soledad y pérdida de sentido de la vida de un número cada vez mayor de personas y a tantos problemas más de carácter constitutiva e innegablemente ético".

Sigue diciendo Massini Correas, que,

"El fracaso del paradigma ético contemporáneo se debe principalmente a su propósito estructural de desvincular la libertad humana de la verdad



de las cosas y de la verdad de Dios. Efectivamente, al concebir la autonomía humana como absoluta, al desvincular a la libertad de su naturaleza propia y negar a la razón práctica la posibilidad de conocer y perseguir la perfección humana, ese modelo ha destruido los fundamentos racionales de la normatividad ética y ha cegado las posibilidades de alcanzar un báremo estrictamente objetivo de la moralidad. La minimización de la ética, el permisivismo extremo, la imposibilidad de la educación moral y de la resolución de las controversias éticas, así como la pérdida de la noción de virtud, no son sino algunas de las consecuencias más directas de ese punto de partida”.

Insiste, en que,

“No parece quedar otra alternativa, para evitar el desconcierto y la esterilidad de la ética contemporánea predominante, que abandonar el supuesto ilustrado de la desvinculación radical entre la libertad humana y la verdad de las cosas, y reiniciar la tarea de re-fundamentación de la moralidad a partir de un rescate y revaloración de la verdad como punto de partida de la consideración ética”.

Por otra parte Euclides Eslava Profesor de Teología del Instituto de Humanidades, Universidad de La Sabana, Colombia, analizando el pensamiento ético de Joseph Ratzinger sobre consideraciones a partir de un texto de éste Libertad y anarquía, señala que: [5].

“El punto verdaderamente crítico de la modernidad es que el concepto de verdad fue prácticamente abandonado y sustituido por el de progreso. El progreso es la verdad. Mas, con esta aparente elevación, se desmiente y anula a sí mismo; pues cuando no hay dirección, la misma cosa puede ser tanto proceso como retroceso”.

En la Carta Encíclica *Caritas in Veritate* de Benedicto XVI sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad su tercera encíclica del 29 de junio de 2009, da seguimiento a su pensamiento de que la verdad hace libres y con la mentira, se pierden nuestras raíces en el ser, de esta manera la pura libertad no libera si no está orientada hacia lo verdadero, por eso la denuncia de Ratzinger desde siempre, que la dictadura del relativismo corresponde a esa defensa de la verdad para que exista en verdad sea, proponiendo tres indicaciones para mejorar el futuro de nuestra sociedad: que predomine la ética sobre la política; rescatar el carácter imprescindible de la idea de Dios para la ética; y, en primer lugar, la necesidad de rechazar la fe en el progreso.

La visión que ofrece Ratzinger de la libertad, es que en lugar de pensar en un futuro impredecible, que compromete el presente, y que es donde está el campo de la acción política debemos aprender a decir adiós al mito de las

escatologías intramundanas, pues servimos mejor al mañana si somos buenos hoy y si somos responsables ante aquello que, tanto hoy como mañana, es el bien. Lo que lleva a concluir, que hoy prevalecen esas pseudo-libertades, falsas y falsificadoras, que son la verdadera amenaza contra la auténtica libertad. Por tanto, hay que aclarar que la noción de libertad es hoy una tarea decisiva, si queremos alistarnos para salvaguardar al ser humano y al mundo.

Desde esa perspectiva, la ética se centra en valores universales del ser humano y pone a la disposición aquellas normas de conducta para el desempeño de las funciones propias de una función u oficio dentro de un marco ético. No se trata de restringir la libertad, sino de establecer la competencia y capacidad profesional en temas específicos propios de cada ámbito profesional en su área. De esto resulta, que en cada ámbito se trata del eterno debate cuando existen conflictos éticos entre el desarrollo de una profesión y la conciencia o ética personal.

La ética y la moral y su importancia desde su etimología

El tema sobre la ética es una incógnita si no se tiene conciencia que se trata de un imperativo moral que conlleva descubrir “valores concretos que sean los más justos y adecuados para auto-realizarnos como personas”.[6] En la Exhortación

Apostólica *Evangelii gaudium* del 24 de noviembre de 2013 (núm. 57) sobre el anuncio del evangelio en el mundo actual el Papa Francisco se pregunta el por qué molesta tanto que se hable de ética.

A propósito de lo anterior escuché a un expositor decir que “las personas fueron creadas para ser amadas y las cosas fueron creadas para ser usadas. La razón por la que el mundo está en caos, es porque las cosas están siendo amadas y las personas están siendo usadas”.

Por otra parte, en una de las navegaciones en el internet[7] encontré unos conceptos interesantes sobre la relación de la ética y la moral desde la perspectiva etimológica:

“La palabra ética que proviene del griego «êthos» significaba en su origen, estancia, lugar donde se habita. Posteriormente, Aristóteles dio un giro al término, asociándolo a la manera de ser, el carácter, la forma de vida que vamos moldeando en nuestra existencia. La ética se consideraba como segunda casa o naturaleza adquirida, no heredada como lo es la naturaleza biológica. En esa virtud, se fundamenta que una persona puede moldear, forjar o construir su modo de ser esto es, su «êthos» que expresamente significa hábito o costumbre, corresponde al concepto latino de mos, moris, hábito, costumbre y modo de vida del que nos hemos ido apropiando. La Moral proviene de mores=costumbre,

en el sentido en que las costumbres también definen nuestra manera de ser y de actuar”.

De modo que, por moral se entiende que es el conjunto de principios, valores, pautas de comportamiento, motivaciones, reglas e intereses que determinan nuestras acciones, cuando éstas son realizadas de manera consciente y voluntaria. Y por ética se infiere que comprende el análisis reflexivo y crítico, propio de la reflexión filosófica, con el que justificamos, validamos, fundamentamos y damos razones de esos principios, valores, pautas, motivaciones, que comprenden la moral. Por tanto, ambas hacen referencia a un tipo de saber que orienta a la obtención de un buen carácter, que permite enfrentar la vida con altura humana y ser justos y felices, y a la vez forjar un buen carácter para ser humanamente íntegros.

Lo anterior, mueve a dos preguntas, cuándo estamos en un nivel moral y cuándo estamos a nivel ético. En un nivel moral si: a) Cumplimos una promesa aun cuando ese cumplimiento acaree problemas; b) Adoptamos una posición responsable ante una iniquidad; c) No nos dejamos narigonear tratése de quien se trate, queriendo imponer criterios que van en contra de nuestros principios; d) Ayudamos o corregimos al prójimo aunque esto hiera su orgullo; e) Decidimos ser sinceros con alguien que busca en nosotros una amistad sincera; f) Rechazamos todo tipo de corrupción (incluyendo la de la propia persona) aun a sabiendas de que nadie nos está observando. En un nivel ético si: a) Razonamos que los pactos han de cumplirse siempre, aun cuando no tenga forma legal; b) Nos preguntamos sobre qué tiene más valor moral, la intención que inspira un acto o los resultados que con él se obtienen; c) Reflexionamos sobre valores, preguntándonos si el valor de la autenticidad es preferible al valor de la amistad; d) Tenemos presente la máxima o la regla de oro: “No hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti”. [8]

Esta línea de argumentación motiva a citar a Norman Cousins, periodista norteamericano, quién padeció de una seria enfermedad que amenazaba su vida y pudo recuperarse por su actitud alegre, optimista, esperanzada y de mucha fe, y que escribió el 6 de agosto de 1945, día en que Estados Unidos arrojó la bomba atómica en Hiroshima, Japón; donde hay un Monumento en honor a él en el Parque de la Paz, lo siguiente: el hombre moderno es obsoleto y la gran tragedia de la vida no es la muerte, la gran tragedia es lo que dejamos morir en nuestro interior mientras estamos vivos. [9]

El bien y el mal: conceptos de la ética y aspectos a tener en cuenta

En uno de los tantos libros que he escrudiñado sobre la ética, llamó mi atención lo que leí sobre el bien y el mal. Esto me llevó a profundizar sobre el tema y encontré que “hay conceptos que están enraizados en nosotros desde que



somos muy pequeños. Entre estos conceptos podemos mencionar el bien y el mal. La pregunta que sigue ha de ser necesariamente ¿cuál es el significado del bien y del mal en el universo de la vida humana? El significado de estos dos conceptos es importante porque gracias a esto la vida tiene sentido, y constituye una fuerza constructiva y destructiva, respectivamente, de la humana. El bien simboliza la supervivencia de la vida en una situación óptima de libertad, armonía y bienestar. El mal representa el camino de la autodestrucción, el conflicto y la falta de libertad".[10]

En Meditaciones del Quijote José Ortega Gasset[11] sostiene que es inmoral toda moral que no impere entre sus deberes, el deber primario de hallarnos dispuestos constantemente a la reforma, corrección y aumento del ideal ético; y toda ética que ordene la reclusión perpetua de nuestro albedrío dentro de un sistema cerrado de valores es *ipso facto* perversa".

Lo anterior es absolutamente cierto, como nos dice Fernando Sabater sobre adquirir un cierto saber vivir que nos permita acertar y cuyo saber vivir, o arte de vivir es a lo que llaman ética[12], concluyendo que después de tantos años estudiando la ética, ha llegado a la conclusión de que toda ella se resume en tres virtudes: "coraje para vivir, generosidad para convivir y prudencia para sobrevivir".

Habría que decir también que hay dos aspectos a tener en cuenta en la ética, uno es la dimensión ética, entendida como la condición de la realidad humana por la que el hombre se construye a sí mismo libre y coherentemente en la búsqueda del bien; y el otro, el proyecto ético de vida, que depende de cada cual construirlo mediante un plan que va en línea con lo que dice el Quijote que cada uno es artífice de su propia ventura, asumiendo las responsabilidades que se desprenden de su accionar, diría parafraseando a Jean Paul Sartre que "yo soy lo que me voy haciendo".

En el orden de las ideas anteriores el pensamiento de Jeremy Bentham sobre la ética da sentido a lo expuesto:

"La ética, por tanto, en la medida en que consiste en el arte de dirigir las acciones de los hombres en este sentido, puede ser denominada el arte de cumplir con los deberes para con uno mismo, y la cualidad que un hombre manifiesta mediante el cumplimiento de esta rama del deber es la de la prudencia. En la medida que su felicidad y la de cualquier otra persona o personas cuyos intereses se consideren dependan de formas de conducta que pueden afectar a quienes le rodean, puede decirse que tiene un deber para con los demás o, por usar una expresión más anticuada, un deber para con el prójimo. La ética, en la medida en que es el arte de dirigir las acciones del hombre en este sentido, puede ser denominada el arte de cumplir

nuestros deberes para con nuestro prójimo.[13]

Principios éticos fundamentales, los valores y la ética

Entendido los principios como directrices que guían la forma de actuar de las personas en orden a su racionalidad y conciencia, se reconocen determinadas normas que tradicionalmente se explican de la siguiente manera: a) La autonomía, que tiende a la realización las metas personales respetando la capacidad de autodeterminación; b) La beneficencia, que implica la protección de los más vulnerables; c) La no maleficencia (no hagas daño) parte esencial en la tradición de la ética médica; d) La justicia, que exige una ponderada decisión en los casos que se trate.

Entiendo que no hay crisis de valores sino de valoraciones. Se dice entonces que el ser humano es un proyecto a realizarse a través de toda su vida mediante el ejercicio de su libertad, debiendo tener en cuenta el derecho y la dignidad de los otros a la hora de tomar sus decisiones.

Estos principios inducen a determinar que la ética no es la moral, aunque su misión es explicar la moral efectiva, e influir en la moral misma. En consecuencia el fundamento de la ética o en lo que se basa es en el ser humano, ya que esta estudia su conducta, se basa en hacer el bien y no el mal, de cuya actitud dependerá una buena relación social, que lleva, cada vez que vamos a ejecutar una acción más o menos importante preguntarse: ¿Por qué lo vamos a hacer? ¿Qué queremos conseguir? ¿Cómo lo haremos? Seguido de las próximas preguntas que debemos hacernos: ¿Mi decisión me llevará a ejecutar una acción justa o injusta? ¿Esta acción me ayudará a crecer como persona, me traerá paz emocional y espiritual? ¿Lo que voy a hacer perjudica a alguien directa o indirectamente? ¿Lo hago por capricho, o sé que me conviene realmente?

Por su parte, los valores morales, son cualidades objetivas y reales que interpelan a la libertad y la responsabilidad del ser humano para edificar su vida de acuerdo a lo bueno y lo justo frente al mal y a la injusticia. Entiendo que no hay crisis de valores sino de valoraciones. Se dice entonces que el ser humano es un proyecto a realizarse a través de toda su vida mediante el ejercicio de su libertad, debiendo tener en cuenta el derecho y la dignidad de los otros a la hora de tomar sus decisiones. Para seguir nuestra conciencia debemos formarla, lo que implica buscar unos valores básicos co-

rectos que vayan dirigidos al bien y el desarrollo del ser humano (entiendo, que desde la perspectiva del compromiso cristiano). De esto se deduce, que las ideas básicas que nos sirven como eje en el razonamiento moral son los valores, estos fundamentan la razón de nuestros actos, ya que son realidades o actitudes consideradas importantes.

Sin embargo, existen obstáculos para que estos valores puedan cultivarse. Entre otros obstáculos están la insensibilidad social, el afán de poseer, el de abarcar más de lo que se puede y permite el buen juicio, que se ha convertido en la principal meta de algunos grupos y de personas. De ahí, que es tan grande la ambición por las riquezas materiales, que bajo la excusa de una supuesta seguridad económica, se violan flagrantemente las más elementales normas que rigen el buen comportamiento, la solidaridad y el respeto, y en la que más que vivir apegado a principios morales en esta "sociedad moderna" se ha tornado cada vez más difícil debido a la falta de caridad que acusan muchas veces sus miembros más connotados.

Es evidente entonces, que el acaparamiento, la diversificación de funciones y medios para producir más dinero, ha servido de acicate a muchas personas, para "serruchar el palo" a cualquiera que se interponga en su camino, sin importar que sea "grande o chiquito". Toda esta competitividad está sustentada bajo el criterio que se requiere de un gran volumen de trabajo a cualquier precio que haga sentir la embriaguez que producen los primeros puestos. Esta actitud es equivalente al "fulanismo" en la política, de dar importancia a los individuos que ocupan -o quieren ocupar- el poder y no dar importancia a los valores y a las ideas.

En este propósito, es tiempo para reflexionar y no dejarse arrastrar de los anti-valores que amenazan seriamente las reglas de convivencia. La vida fácil, la adicción a la televisión y el internet llenos de programas e informaciones con un contenido cuestionable y alienante, la pornografía, la ausencia de sacrificio, la droga, y el no comprometerse, que resulta a mediano plazo causa eficiente de la desmembración de la familia, son algunos de los factores negativos que tenemos que enfrentar. Entre otros aspectos que nos identifica como una multitud masificada donde se ha reemplazado las palabras de la mesa por la visión hipnótica de los medios de comunicación y las nuevas tecnologías que como señala Ernesto Sábato nos "tantalizan", esto es, de una tentación sin satisfacción que aliena el espíritu.[14]

Insisto, en que la permisividad, el consumismo y el hedonismo han sido las causantes de que el hombre de la "nueva era" se haya convertido en una veleta, sin que tenga un punto concreto de referencia, ni nada que lo frene, con tal que le produzca placer, y más que esto, que le parezca bien y lo haga sentir bien. La inconstancia y la ausencia de un comprometerse seriamente,



es un nuevo estilo de vida. Hacia eso apuntan y es lo que quieren evitar los valores morales. Se aprende siendo fiel a ellos, que las cosas pequeñas por más insignificantes que parezcan tienen sentido cuando con ellas construimos una nueva humanidad. Se aprende a través de los valores morales, que las reglas de convivencia no son letra muerta, sino la mejor forma de permanecer unidos en la paz y a la observancia de los principios éticos.

Partiendo de la anterior afirmación, Gustavo Villalpos y Alfonso López Quintás[15] describen lo que quiero expresar:

“Los valores se pueden entender de dos maneras: pueden tener, como se dice ahora, al menos «dos lecturas» como algo **self-service** que cada cual se crea a su gusto y capricho, para jerarquizarlo luego según los propios intereses y tratar de afrontar así la vida (eso, más que valores son utilidades); o como destellos de un mismo esplendor, el de la Verdad que hace libre a los hombres y se hace justicia, o libertad, o fidelidad u honradez, pero que es indivisible, fruto, de una misma y vital raíz, y que no tiene el menor sentido si se vive con dobleces, el pasarla bien; o con la cultura del “aquí no pasa nada”; que hoy vale pero mañana no, que para esto se tiene en cuenta pero no para aquello, en una incoherente doble moral de convivencia antihumana porque su centro y médula no es lo único que puede y tiene que ser: la persona humana. Entendido así, en esta realista, enriquecedora y humana dimensión, los valores no se imponen, no pueden imponerse, atraen por sí mismos”. Por esto y muchas razones más, “a los hombres a quienes las circunstancias permiten escoger su camino en la vida, no merecen perdón si no eligieran aquel que su razón le presenta como el más digno de tener en cuenta”.

Aquí la coherencia juega un papel muy importante, pues de nada vale que exponamos nuestras ideas si no están acompañadas con el ejemplo de vida, por tanto, los valores no se imponen, sino que resultan del rico desempeño que pongamos para cultivarlos conforme las enseñanzas que recibimos.

Lo que hay que evitar es tener el perfil del hombre *light* que describe acertadamente Enrique Rojas, al hablar de una vida sin valores:

“Se trata de un hombre relativamente bien informado, pero con escasa educación humana, muy entregado al pragmatismo, por una parte, y a bastantes tópicos, por otra. Todo le interesa, pero a nivel superficial; no es capaz de hacer la síntesis de aquello que percibe, y, en consecuencia, se ha ido convirtiendo en un sujeto trivial, ligero, frívolo, que lo acepta todo, pero que carece de unos criterios sólidos en su conducta, todo se torna en el etéreo, leve, volátil, banal, permisivo. Ha visto tantos cambios, tan rápidos y en un tiempo tan corto que empieza a no saber a qué atenerse o lo que es lo mismo, hace tuyas las afirmaciones como: “Todo vale”, “Que mas da” o “Las cosas han cambiado”.[16]

De esa manera, podemos encontrarnos con un buen profesional en su rama, que conoce bien la tarea que tiene entre manos, pero que fuera de ese contexto va a la deriva, sin ideas claras, atrapado -como está- en un mundo lleno de información, que le distrae, pero que poco a poco le convierte en un hombre superficial, indiferente, permisivo, en el que se anida un gran vacío moral. Ese gran vacío moral que tiene el hombre, lo lleva a abandonar los proyectos en los que puede fundamentar los verdaderos valores, buscando excusas que no responden a criterios definidos y bien fundamentados, justificadores de su desidia y falta de voluntad. Entonces cae en el más penoso de los males, la irresponsabilidad que lo lleva ser una persona inconstante y falta de caridad. Se puede decir con otras palabras, que es un barco que no tiene timonel.

Todo esto es una realidad que nos golpea. Más que una realidad una verdad, que muchas veces no queremos escuchar. Ramón Antonio (Negro) Veras el 6 de abril de 2016, me escribió diciendo:

“Se está dañando el ser humano dominicano”. “Un cambio de opinión sobre un amplio segmento de la población”. “De sensible, humanista, solidario, cálido cariñoso, compasivo, insensible ha pasado a individualista, frío, “calculador”, falto de amor, sin conciencia. De seres humanos de buena conducta, reciedumbre ética y moral,

firmeza en sus convicciones, total abnegación, altamente generosos, libres de la codicia y ausentes de egoísmo, hemos pasado a ser gentes agrias, ásperas y bruscas, desapareciendo la cariñosa, tranquila, amena y sosegada". ¿Cuál es la razón?"

La coherencia es importante tanto en la ética como los valores morales. En cualquier ejercicio profesional hay que conducirse de acuerdo a esos valores. Un profesional debe actuar en libertad pero también con responsabilidad (estatua de la libertad y de la responsabilidad) es el anverso y reverso de una misma moneda, es y debe ser ejemplo para los demás, quien no reúna esas cualidades debe plantearse seriamente dejar de serlo.

Por ejemplo, adecuando una expresión del profesor Juan Sánchez-Calero Guilarte al ámbito del derecho puede decirse que no es profesional del derecho quien quiere, sino aquel que quieren las partes que lo han escogido. No abundan los letrados que pueden ejercer esa función con competencia: muchos pretenden ejercer la profesión de abogados, alguna vez lo consiguen; pocos lo merecen.

El profesional ético debe unir la ortodoxia, esto es, las normas o prácticas tradicionales aceptadas por la mayoría en un determinado ámbito, con la orto-praxis, que se refiere al recto obrar. Cuando se queda solo en la ortodoxia, equivale a decir, que hay profesionales que son mucha espuma y poco chocolate.

La crisis actual de la moral

No puedo pasar por alto el aspecto de la moral desde la perspectiva cristiana prescindiendo de todo concepto religioso. Lo más significativo y característico de la época reciente es el fuerte sentimiento de rechazo y agresividad que provoca la simple idea de la moral. Se evidencia por el cúmulo de normas, mandatos, prohibiciones, leyes, que se imponen por la fuerza, que va contra gustos y tendencias naturales que impide, el gozo y la alegría de una vida feliz. Un peso que se hace demasiado molesto e insoportable como para aceptarlo de forma voluntaria, si no fuera por los sentimientos que despierta aún en muchas conciencias.

Esta dosis de malestar e inconformismo se manifiesta con un signo más preocupante, la indiferencia, que supone una pérdida absoluta de interés y preocupación por algo a lo que no se le da importancia en la vida ordinaria.

Desde esa perspectiva, adecuó unas ideas de Eduardo López Azpitarte,[17] sobre los presupuestos para descubrir el significado y la importancia de los "valores éticos como cauces que orientan e iluminan la libertad hacia la meta mediante una ética secular o una moral mística. Lo importante es realizarnos como personas, atendiendo a la moral como ciencia y como una derivación de lo que se entiende por experiencia ética; por tanto centrarse en el descubrimiento de esos valores concretos es la gran tarea de la reflexión moral, en otras palabras de una ética normativa que presente valores que parezcan los más justos y adecuados para auto-realizarnos como personas y así captar la rectitud de una acción.

Bajo estos preceptos, la moral presentada por el cristianismo trata de hacerse sobre una base real y objetiva, teniendo en cuenta un modelo de persona que exige una entrega de fe en alguien y un compromiso en la tarea de realizar el mensaje, por tanto, una de las funciones de la moral será entonces recordar las exigencias de ese mensaje, que son olvidadas a conveniencia.

Una verdad personal

En realidad, de la abundancia del corazón habla la boca y con el corazón se cree y con los labios se profesa. Esto hace testimoniar lo que me ha ayudado para hacer frente a todas las dificultades que he encontrado en los largos años de ejercicio profesional de la abogacía, me he apoyado en cuatro pilares: la esperanza por la que fuimos creados; nuestro propio ser que lucha contra todo obstáculo; el Espíritu de Dios que nos fortalece ante cualquier dificultad; y el Padre que mantiene la fidelidad a su proyecto de salvación. Y también en dos virtudes que en el orden ético deben poseer los profesionales en sus distintas ramas y que resumo en estas ideas: la honradez y la humildad sin hipocresías.



Referencias

Aranguren, José Luis. Ética. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 1997.

López Azpitarte, Eduardo. Fundamentación de la ética cristiana. Madrid: San Pablo, 1990.

Rojas, Enrique. El hombre lighth, una vida sin valores. Buenos Aires: Editorial Planeta Argentina, 2000.

Sabater, Fernando. Ética para Amador. Barcelona: Editorial Ariel. 2006.

Sabato, Ernesto. La resistencia. Colombia: Editorial Planeta. 2000.

Villapalos, Gustavo y López Quintás, Alfonso. El Libro de los Valores. Barcelona: Editorial Planeta, 1997.

Aranguen, José Luis. Ética. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 1997, p. 10.

Cano Jiménez, Miguel Ángel. Hacia una ética global. Principios universales para construir una cultura de paz, Volumen IV. Madrid: Edición del autor, 2018, p. 81.

López Azpitarte, Eduardo. Fundamentación de la ética cristiana. Madrid: San Pablo, 1990, p.9.



ENCUENTRO CON

Marvin Carvajal

*Exdirector de la Escuela Judicial de Costa Rica.
Director Jurídico del Poder Ejecutivo en Costa Rica.*



Sj Desde la primera vez que visitaste la Escuela Nacional de la Judicatura han pasado 14 años ¿cómo la ves ahora?

MC. Sin duda alguna, he podido ver la evolución de una escuela que no le debe nada a ninguna otra de otro lugar, aunque cabe destacar que desde el inicio la ENJ, siempre fue muy ambiciosa con sus proyectos y su visión de futuro claramente marcados.

Sj Vienes de Costa Rica, un país que ha sido un referente en la idea de Estado de Derecho y fortaleza institucional. Allí está la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Ha sido una tragedia o una bendición tener esa sede?

MC. Yo pienso que ha sido una bendición. Somos la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el tribunal internacional más importante del continente Americano y uno de las más importantes del mundo, sin duda alguna, cuyas sentencias son citadas por al Corte Europea y la Corte Africana de Derechos Humanos.

Tenemos la dicha de tener en nuestro país procesos tan importantes como estos. Esto como Estado nos genera responsabilidades, porque estamos llamados a hacer cumplir y a hacer valer los preceptos de

la Convención Americana, es decir, que más allá de las obligaciones jurídicas, tenemos una ineludible obligación moral.

Sj ¿Existe algún temor de disminución de la soberanía del Estado por la presencia de la Corte?

MC. En algunos sectores existe, pero lo cierto es que, particularmente cuando han recibido alguna resolución con la cual no coinciden, el argumento más común ha sido el de la soberanía. Normalmente no lo utilizamos, ni lo utiliza ningún país cuando gana. Es lo mismo que ocurre con la justicia interna. La parte que gana el juicio no suele cuestionar la legitimidad del tribunal que le dio la razón, pero a veces quien sale derrotado, se ve tentado a recurrir a ese argumento.

Cabe destacar que Costa Rica es un país sin ejército, que depende absolutamente de su ubicación en la comunidad internacional, del multilateralismo y de los tribunales internacionales.

En el mismo momento en que se dieron algunas críticas por parte de ciertos sectores con algunas resoluciones que no eran de su agrado, otros grupos alababan las resoluciones que obtuvimos en procesos contra Nicaragua ante la Corte de La Haya, y que fueron muy beneficiosos para el país.



Lo principal en una sociedad es su cultura política, la evolución de la sociedad, los aprendizajes de los errores para poder tomar decisiones.

Sj Ha habido algunas de esas decisiones conflictivas como por ejemplo, la igualdad de derechos en personas de un mismo sexo y así entre otras. ¿Qué nos puede decir?

MC. Históricamente, Costa Rica ha interactuado mucho con la Corte Interamericana, más allá de su condición de Estado Sede. Ha sido objeto de procesos contenciosos y ha promovido más opiniones consultivas que cualquier otro país Miembro del Sistema. En el contexto de esa tradición, el Gobierno de la República de Costa Rica, para el cual me desempeñé, consultó en 2016, a mitad del período presidencial de cuatro años, cuestiones relativas a los derechos de las personas LGBTI, específicamente relativas a la identidad de género y a la orientación

sexual. El resultado de esa consulta es la opinión consultiva OC-24/17.

Algunos grupos extremistas y fundamentalistas, intentaron sacar provecho de la coyuntura y adquirieron una gran relevancia política, precisamente por estar opuestos a reconocer estos derechos. Incluso algunos de estos grupos llegaron a cuestionar la pertinencia de seguir formando parte del Sistema Interamericano. Dichosamente, fueron derrotados en las elecciones, pero no han desaparecido tales ideas retrógradas y autoritarias.

Sj En el sentido de la igualdad de derecho en este ámbito ¿Qué significado puede tener esto, en el contexto de todos los Estados miembros del sistema interamericano?

MC. Las sentencias de la Corte Interamericana, tanto en el ámbito contencioso como en el consultivo, generan cambios importantes en el marco jurídico de los derechos a lo interno de todo el continente americano. Esto genera en algunos casos ciertos movimientos, que tienden a criticar a la Corte por entenderla muy activista, quizás incluso haciendo política judicial. No obstante, a esa misma valentía e innovación de la Corte debemos grandes decisiones que nos han acercado más del ideal de tener sociedades democráticas e inclusivas.

Costa Rica promocionó la opinión consultiva OC-24/17 por una razón, y es que entendemos que todas las personas de nuestro país, tienen todos los derechos y no encontramos una razón que ética-mente nos permita o nos justifique privar a ciertas personas de ciertos derechos. Creemos también que nuestra sociedad costarricense debe evolucionar. Empezar a respetar los derechos de todas las personas y dejarlas ser felices.

En mi país por ejemplo, se habla mucho del agotamiento del sistema de gobierno, incluso de la propia Constitución, y me parece que lo que hemos perdido es el hábito de conversar, negociar y ceder. Si pusiéramos en práctica estos valores cualquier gobierno de cualquier signo ideológico, sin duda alguna, tendría mucho más éxito, pese a usar como plataforma, las instituciones creadas desde hace muchos años.

Sj Marvin ¿Cómo ves las formas de Gobierno de América Latina, en función de la aspiración del Estado de derecho democrático?

MC. Yo pienso que nuestras sociedades, con las excepciones conocidas, han avanzado muchísimo en las últimas décadas, en la consolidación de sistemas democráticos. En todo caso, la elección que se haga de uno u otro sistema o forma de Gobierno, sin duda incidirá en el logro de la gobernabilidad, contribuirá o perjudicará la participación, pero nunca será el factor determinante. Lo principal en una sociedad es su cultura política, la evolución de la sociedad, los aprendizajes obtenidos de los errores para poder tomar decisiones. En mi país por ejemplo, se habla mucho del agotamiento del sistema de gobierno, incluso de la propia Constitución, y me parece que lo que hemos perdido es el hábito de conversar, negociar y ceder. Si pusiéramos en práctica estos valores cualquier gobierno de cualquier signo ideológico, sin duda alguna, tendría mucho más éxito, pese a usar como plataforma, las instituciones creadas desde hace muchos años.

Sj La Constitución de Costa Rica data de los años 40 y hubo una declaratoria de inconstitucionalidad. Eso genera necesidad de querer romper algún paradigma, incluso se ha hablado de una Asamblea Constituyente, ¿Cómo está eso?

MC. Es una propuesta con buenas intenciones y viene de un académico de muy alta valía como lo es Don Alex Solís Fallas y un grupo de personas que quieren lo mejor para Costa Rica, aunque las circunstancias actuales no son las mejores para empezar una aventura que podría llevarnos eventualmente a retroceder en el tipo de Estado que tenemos, en la sociedad inclusiva que queremos promover y los sucesos electorales recientes, que permitieron que un grupo extremistas pudiera llegar a una segunda ronda electoral, por oponerse a una decisión de la Corte Interamericana que reconocía más derechos fundamentales.

Eso nos demuestra y en cierta forma nos desnuda como sociedad y nos dice que no hemos llegado a un punto de madurez lo suficientemente grande como para defender el legado de nuestros constituyentes del 49 y mejorarlo. Si estuviéramos en esa situación, probablemente yo estaría muy a favor

reforma constitucional más amplia, aunque no necesariamente total, ya que esa Carta ha propiciado que el país logre niveles de desarrollo humano, democracia y paz relativamente altos. Podría sin duda mejorar, pero siempre que no pongamos en riesgo todos esos avances.





EL SISTEMA UNIFICADO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

Aída Kemelmajer es miembro de las Academias Nacionales de Derecho de Buenos Aires y Córdoba; Académica Honoraria de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y Correspondiente de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales.

“El intérprete que sacrifica la racionalidad del sistema al excesivo respeto de la tradición dogmática puede encontrarse en un callejón sin salida del que es difícil salir”⁵.

Ponencia de Aída Kemelmajer de Carlucci durante el Congreso de Responsabilidad Civil organizado por la Escuela Nacional de la Judicatura. Octubre 2017.

Introducción⁶

Carbonnier enseñó que el orden jurídico reposa en tres pilares principales: *familia, contrato y propiedad*.

A esta trilogía, hoy habría que sumar una cuarta columna: *la responsabilidad civil*. “En un mundo en el que el accidente se encuentra en cada esquina, en cada lugar de trabajo, en cada casa, en el que las libertades individuales, aunque solemnemente proclamadas, son cotidianamente lesionadas, es necesario reparar, reglamentar y sancionar”⁷. Sin responsabilidad civil, faltaría el mecanismo a través del cual el ordenamiento reacciona ante una

5 GIARDINA, Francesca, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale? en Riv. critica del Diritto Privato, anno V n° 1, 1987, pág. 91.

6 Me he referido al tema que motiva estas reflexiones en el comentario al art. 1107 del Código Civil y leyes complementarias, dirigido por Belluscio y coordinado por Zannoni, Bs. As., Astrea, 1984, t. 5, pág. 325. También en un artículo titulado “Responsabilidad civil: hacia la unificación de las órbitas contractual y extracontractual”, en Rev. del Colegio de Abogados de Puerto Rico, vol. 61, junio 2000, n° 2, pág. 38, y en Rev. de la Universidad de Mendoza, n° 18, 2000, pág. 169; y en El sistema dualista de responsabilidad contractual y extracontractual en la Argentina. Reflexiones sobre la inconveniencia de su supervivencia, publicado en Revista Anales Derecho UC; Temas de responsabilidad civil, Legis, Santiago de Chile, N° 3, marzo 2008, pág. 29. Estas reflexiones deben considerarse una continuación de esos trabajos, por lo que pido al lector tenga en consideración la bibliografía y jurisprudencia allí referenciada.

7 CARVAL, Suzanne, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, Paris, LGDJ, 1995, n° 20 pág. 21.

circunstancia que lo contradice; de allí que se diga que “la función coactiva del derecho sería difícilmente comprensible sin el concepto de responsabilidad”⁸; que “exigir responsabilidad jurídica frente a hechos lesivos es uno de los instrumentos clásicos del derecho para conseguir sus fines”⁹; y que “el mundo en el que cada una de las situaciones jurídicas está alojada está lleno de infinitas referencias en orden a establecer la responsabilidad de cada uno de sus componentes”¹⁰.

Sin embargo, en los hechos, la responsabilidad jurídica, sea civil, laboral, administrativa o penal, está sujeta a múltiples cambios de orden ético, filosófico, económico, etc. Por eso, puede decirse que la responsabilidad es “*una realidad en observación*”¹¹.

El sistema llamado “*bicéfalo*”¹² o “*binario*”¹³, que marca una línea divisoria entre la responsabilidad contractual y extracontractual, es uno de los aspectos “en observación” en casi todos los ordenamientos que lo receptan.

El Código Civil argentino adhirió al dualismo hasta su derogación y sustitución por el código civil y comercial de la nación argentina (de ahora en adelante CCyC), en vigencia desde el 1/8/2015.

El nuevo ordenamiento recogió la opinión doctrinal mayoritaria¹⁴, expresada en anteriores proyectos de reformas, y sistematizó el llamado “Derecho de daños” en un régimen *unificado* que ubicó en el libro III (Derechos personales), título V (otras fuentes de las obligaciones), capítulo I (responsabilidad

civil), dividido en once secciones (arts. 1708/1780).

Estas páginas tienen por objetivo explicar las razones del cambio y exponer las grandes líneas del nuevo sistema. Por el momento, me limito a transcribir –parcialmente– los fundamentos que acompañaron al anteproyecto presentado por la Comisión Redactora al Poder Ejecutivo Nacional:

“En materia de reparación¹⁵, se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual. Al respecto, existe uniforme opinión doctrinal que ha sido expresada en distintos encuentros científicos. También los proyectos anteriores se inclinan por la misma tesis. Por ejemplo, el artículo 1581 del Proyecto de 1998, dispone: “*Las disposiciones de este Título son aplicables cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño*”.

La tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Con la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica).

¹⁵ Se aclara que es en materia de reparación, pues el art. 1708 admite entre las funciones de la responsabilidad no sólo a la reparación, sino también a la prevención, regulada en los arts. 1710/1713. El anteproyecto también preveía la función punitiva, pero fue eliminada por las reformas introducidas por el P.E.N durante el trámite de revisión.

⁸ SANZ ENCINAR, Abraham, El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho, en PANTALEÓN, Fernando (director), La responsabilidad en el derecho, Madrid, ed. Universidad Autónoma y Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 28.

⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, Presupuestos de la responsabilidad jurídica. Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad, en PANTALEÓN, Fernando (director), La responsabilidad en el derecho, Madrid, ed. Universidad Autónoma y Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 69.

¹⁰ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, Noción de responsabilidad jurídica, en Sánchez de la Torre (editores) ¿Por qué se es responsable jurídicamente?, Madrid, ed. Dykinson y Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2007, pág.10.

¹¹ KIRAT, Thierry, Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action, Paris, LGDJ, 2003, pág. 9.

¹² ROUSSEL, Franck, Violation du principe du non cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle par les juges du fond, La Semaine Juridique, 1994, Jurisprudence n° 22.264.

¹³ GIARDINA, Francesca, Responsabilità contrattuale e Responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale, Milano, ed. Giuffrè, 1993, pág. 95.

¹⁴ Me remito a la bibliografía citada en mi artículo La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI. La responsabilidad civil en el proyecto de reformas del Código Civil de 1993, en JA 1993-11-807 y ss. Para esta visión unificadora ver también, ALTERINI, Atilio Anibal - LÓPEZ CABANA, Roberto M. Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad, LA LEY 1989-C-1186, Resp. Civil y Seguros, 2014-III, 239; Cita Online: AR/DOC/13125/2001; GHERSI, Carlos A., Teoría general de la reparación de daños, Bs. As., ed. Astrea, 2003, n° 10 y ss; TRIGO REPRESAS-LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, Bs As, ed. La Ley, 2004, t. I pág. 57 y ss; PIZARRO, Ramón D., Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, Bs As, ed. La Ley, 2006, t. III, pág. 37 y ss; MOISSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel, Responsabilidad contractual, Santa Fe, ed. Rubinzal, 2007, pág. 9 y ss; de los mismos autores, comentario al art. 1107, en Código Civil comentado, Santa Fe, ed. Rubinzal, 2003, pág. 283; PICASSO, Sebastián, Comentario al Art. 1107 en Código civil, dirigido por A. Bueres y coordinado por E. Highton, Bs As, ed. Hammurabi, 1999, t. 3-A, pág. 351; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Teoría general de la responsabilidad civil, Bs As, ed. Lexis Nexis, 2006, pág. 89.

En cuanto a la problemática derivada del incumplimiento, queda regulada en el campo obligacional y contractual. Frente al incumplimiento, el acreedor persigue la ejecución forzada para obtener la prestación, y, si no es posible o no lo desea, pretende una indemnización sustitutiva. Ello exige diferenciar, dentro del espectro de los daños resarcibles, el valor de la prestación originariamente pactada, de los otros perjuicios que se sufren. La primera indemnización es el equivalente de la prestación debida, también denominada *aestimatio rea, o id quod interest*. La naturaleza de esta pretensión ha dado lugar a dos posiciones diferentes¹⁶: a) La tesis de la autonomía considera que el derecho del acreedor a obtener el valor de la prestación es una acción previa e independiente de la indemnización de los ulteriores o adicionales daños y perjuicios. Es simplemente la obligación originaria, que devino de imposible cumplimiento, que se transforma en dinero. La *aestimatio rei* es un subrogado de la prestación que devino imposible y, por tanto, una forma de cumplimiento de la obligación por equivalente. En cambio, los demás daños forman parte de una acción de responsabilidad en sentido estricto, porque surge una nueva obligación a partir del hecho ilícito (incumplimiento), ya que antes no existían esos perjuicios. b) La tesis de la unidad entiende que la ilicitud es un único fenómeno y comprende tanto la acción de cumplimiento por equivalente como la del resarcimiento de los demás daños. Cuando el acreedor se decide por la ejecución forzada, es la misma obligación la que se perpetúa (*perpetuatio obligationis*) pero, cuando se trata de indemnización, hay un cambio de objeto y ello es una mutación esencial. Se trata siempre de una nueva obligación creada a partir de un hecho antijurídico que es el incumplimiento. Este último es una calificación de la conducta del deudor, y no de su patrimonio; por lo tanto, no se trata de una mera modificación del objeto de una situación patrimonial objetiva, sino un nuevo comportamiento del deudor que, en forma personal, genera un ilícito.

La doctrina argentina está dividida entre ambas posiciones

Tratando de superar las discusiones teóricas, el problema tiene solución práctica si establecemos una regla general para la unificación de los ámbitos de responsabilidad y una regulación especial para el cumplimiento de la prestación comprometida mediante un contrato. En la propuesta que se hace, se distingue, la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y contratos, de los demás aspectos, que se incluyen en la responsabilidad por daños".

16 Para esta cuestión, por mi parte, me permito sugerir la lectura de VISINTINI, Giovanna, Responsabilidad contractual y extracontractual, trad. por Leysser León, Lima, ed. Ara, 2002, pág. 44 y ss; SMORTO, Guido, Il danno da inadempimento, Padova, Cedam, 2005; MOISSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel, Responsabilidad contractual, Santa Fe, ed. Rubinzal, 2007, pág. 9 y ss; LARROUMET, Christian, A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente, en Temas de responsabilidad civil, ed. Universidad Diego Portales, 2004, pág. 17; ESPINOSA ESPINOZA, Juan, Derecho de la responsabilidad civil, 4º ed., Lima, ed. Gaceta Jurídica, 2006, pág. 35 y ss.

En mi opinión, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual no se sustenta en la naturaleza, en la esencia de las cosas; sólo se trata de una diferencia de régimen, que el legislador regula, según elecciones más o menos convenientes.

Esquema de la línea divisoria del sistema bicéfalo o binario

A grandes trazos, la línea divisoria del sistema tradicional dualista responde al siguiente esquema:

- a) En sentido amplio, la responsabilidad *contractual* puede definirse como "la obligación del contrayente deudor que no ha cumplido la prestación o que la ha cumplido mal o fuera de tiempo, de resarcir el daño al acreedor"¹⁷. O sea, incurre en responsabilidad contractual quien causa un daño al contrayente un deber específico previo que lo une a otro sujeto.

17 FERRARI, Franco. Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione, Milano, ed. Giuffrè, 1992, pág. 17.

- b) La responsabilidad **extracontractual** nace, en cambio, cuando se causa un daño contrariando el **deber genérico** de no dañar a otro.

Se afirma que ambas reposan sobre dos nociones distintas:

- (i) **La autonomía negocial, en el ámbito contractual.**
- (ii) **La solidaridad (que impone el recíproco respeto entre las esferas jurídicas a las que se pertenece), en el área extracontractual**¹⁸.

Brevísima referencia histórica de la doctrina que acepta el binarismo

La distinción entre el incumplimiento de las obligaciones y el acto ilícito se remonta al derecho romano en la tradicional clasificación de las fuentes de las obligaciones¹⁹. Sin embargo, la exposición sistemática de la dualidad, al parecer, fue expuesta originalmente por Zacharie; posteriormente, recibió el apoyo de Larombière, para quien “el art. 1382 del Código Civil francés²⁰ es extraño a la culpa contractual”, añadiendo que “la entrada del art. 1382 en la regulación de los contratos subvertiría completamente la reglamentación contractual querida por las partes”²¹.

El punto de partida

En mi opinión, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual no se sustenta en la **naturaleza**, en la **esencia** de las cosas; sólo se trata de una diferencia de régimen, que el legislador regula, según elecciones más o menos convenientes²².

Dos argumentos, entre otros, fundan este aserto:

- (i) Ciertas responsabilidades entran en uno u en otro campo, según los diversos sistemas jurídicos; así, por ej., mientras la responsabilidad médica, como regla, es contractual en los sistemas continentales²³, es extracontractual (**tort of medical malpractice**) en los EE. UU. No obstante, no hay diferencias fundamentales: en ambos sistemas la carga de la prueba de la culpa médica recae sobre el paciente, se recurre a la regla

res ipsa loquitur, etc.²⁴. Más aún, en Francia, después de la sanción de la ley núm. 2002-303, que lleva por título “Ley relativa a los Derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud”, conocida con el nombre de ley **Kouchner**, por el ministro que la llevó adelante, ese país puede ubicarse entre los países que han unificado el sistema de la responsabilidad en el área de salud²⁵.

- (ii) “Nuevos” daños, rigurosamente analizados, no pueden ser fácilmente identificados en uno u otro campo (incumplimiento contractual o responsabilidad extracontractual). Véanse los siguientes casos extraídos de la jurisprudencia argentina:

- daños causados a **personas** en supermercados o centros comerciales:
 - * si la alarma sonó sin estruendos, pero la clienta – menor de edad – fue demorada, trasladándola a una oficina interna, llevándose adelante el procedimiento

18 DI MAJO, Adolfo, La responsabilità contrattuale, Torino, ed. Giappichelli, 1997, pág. 9. Desde un ángulo diverso, y en fórmula hoy muy criticada, en el Common Law se sostiene que “el autor del ilícito es responsable por hacer mal las cosas; el contratante, por no hacerlas mejor”. Aclaro que he traducido la palabra “tort” por ilícito extracontractual, pero no es totalmente exacto, pues no existe en castellano una expresión exactamente equivalente (Compulsar MARKESINIS B. and DEAKIN, Tort Law, 3° ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pág. 9).

19 PICASSO, Sebastián, Comentario al art. 1716, en LORENZETTI, Ricardo L. (director) Código civil y comercial de la nación comentado, ed. Rubinzal, Bs As, 2015, t. VIII, pág. 345.

20 Correlativo al art. 1902 del código español, 1382 de República Dominicana, etc.

21 Ver estos datos en DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, Madrid, Civitas, 1999, pág. 248.

22 Ver ALPA, Guido, Responsabilità civile e Danno, Bologna, ed. Il Mulino, 1991, pág. 17.

23 Tanto en Italia cuanto en Argentina la responsabilidad médica es en principio contractual, pero abre la vía extracontractual. Para el derecho italiano ver DE MATTEIS, Raffaella, La responsabilità medica, Padova, Cedam, 1995, pág. 21.

24 GIARDINA, Francesca, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale? en Riv. critica del Diritto Privato, anno V n° 1, 1987, pág. 89.

25 Ver, de mi autoría, Derecho de la salud. Nuevos perfiles de la responsabilidad médica. Análisis comparativo de la ley francesa de 2002 y la jurisprudencia argentina, en Derecho de la salud. XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Buenos Aires (octubre, 2005), Bs. As., ed. La Ley, 2007, pág. 157 y ss y la doctrina allí citada.

sin testigos independientes desde que sólo estaba personal de seguridad del negocio²⁶;

- * si el cliente fue detenido por los empleados de seguridad, ante la sospecha de que estaba sustrayendo mercaderías que estaban siendo ubicadas en una góndola, resultando finalmente falsa la imputación²⁷.
- hurto del automóvil en la playa de estacionamiento de un centro comercial si el propietario del vehículo no prueba que efectivamente compró en alguno de los negocios²⁸.
- daño causado por la dueña que se negó a alquilar un departamento porque los futuros inquilinos profesaban la religión judía²⁹.

Ámbitos en los que se verifican las diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual

No analizaré cada una de las diferencias –reales o ficticias– que dividen ambos campos, pues han sido explicadas minuciosamente por la doctrina de todos los países.

Enumeraré sólo las que son objeto de reiterada discusión en el ámbito jurisprudencial.

- **Plazo de prescripción**

Como regla, el código de Vélez, a diferencia de lo que acontece en otros países, establecía un plazo ordinario de prescripción de la acción para reclamar los daños derivados de la responsabilidad contractual más extenso que el de la responsabilidad extracontractual (10 y 2 años, respectivamente). En general, pues, en este aspecto, la situación del dañado era más favorable en el ámbito contractual. Sin embargo, a veces, la acción contractual tenía un plazo más breve (como sucedía para el transporte terrestre de personas).

El CCyC ha unificado el plazo de prescripción de las acciones de daños; sean derivados del incumplimiento contractual o del deber general de no dañar,

el plazo de prescripción es tres años (art. 2561)³⁰, sin perjuicio de establecer otros plazos para daños causados en situaciones especiales. Así,

- a) declara **imprescriptibles** las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad (art. 2561).
- b) establece el plazo de **diez años** para reclamar el resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces, computado desde el cese de la incapacidad.
- c) prevé el plazo de **dos años** para el reclamo de derecho común de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo (art. 2562 inc. b) y los que derivan del contrato de transporte de personas o cosas (art. 2532 inc. d).
- d) dispone el plazo **anual** para reclamar los daños derivados de la ruina (art. 2564 inc. c) y por vicios redhibitorios si no producen ruina (art. 2564 inc. a).

- **Responsabilidad por el hecho de otro**

La responsabilidad por el hecho de otro sería más amplia en el ámbito contractual que en el extracontractual. En el primero, está fuera de

26 Cám. Nac. Civ. sala C, 16/6/2015, ED 220-638

27 Cám. Civ.Com. y Contenciosoadministrativo de Río Cuarto, Córdoba, 16/8/2004, La Ley Córdoba 2005-129 y en JA 2005-II-189; Cám. Nac. Civ. sala E, 21/4/2005, Rev. Responsabilidad civil y Seguros, año VII, n° 7, pág. 70; ídem. Sala D, 8/9/2008, JA 2010-I-221.

28 Cám. Nac. Civ. sala I, 4/11/2004, Rev. Responsabilidad civil y seguros, año VII, n° 2, setiembre 2005, pág. 96: “El supermercado que ofrece un sector de estacionamiento a sus clientes con la finalidad de que efectúen compras en él realiza una oferta a personas indeterminadas que se complementa por la aceptación de una persona determinada, quedando configurado un contrato que impone la custodia derivada de la actividad comercial principal realizada por el establecimiento, de lo cual se desprende un deber de seguridad objetivo porque no presta dicho servicio en forma interesada sino que se sirve de él como medio para atraer clientes”.

29 Cám. Nac. Civ. sala J, 11/10/2006, LL 2006-F-344.

30 Compulsar, ALFERILLO, Pascual E., Prescripción del derecho para demandar la indemnización de los daños en el código civil y en el código unificado proyectado. Estudio comparativo, en Rev. Derecho de daños 2014-2-227.

duda que, como dice Geneviève Viney, si el deudor no fuese responsable por los daños causados por las personas que él mismo introduce para el cumplimiento de la convención, absurdamente, el ordenamiento jurídico lo autorizaría a desligarse unilateralmente de las obligaciones asumidas³¹.

El segundo sería más restrictivo, en tanto requiere una relación de **dependencia** entre el comitente y el autor, calificación que supone la posibilidad de dar instrucciones, aunque la facultad no tenga base en un contrato de trabajo (ni siquiera en un contrato válido), las tareas no sean remuneradas, no se haya tenido oportunidad de elegir, y el comitente carezca de los conocimientos especiales que sí tiene el dependiente.

En este sentido, refiriéndose a la responsabilidad contractual, un autor español afirma: "Se consideran **auxiliares** no sólo los dependientes o subordinados del deudor, sino **cualquier persona** (incluidos empresarios autónomos) de cuya actividad éste se sirva para la realización del cumplimiento, no como simple presupuesto fáctico del mismo, sino funcionalizándola al cumplimiento de una concreta obligación respecto del cual aquella actividad es instrumental. Lo importante no es la relación que media entre el deudor y su auxiliar, que puede ser o no de dependencia, sino que aquél utilice a éste para la ejecución de la relación obligatoria; por eso, basta que el tercero auxiliar haya sido incorporado para el cumplimiento de la obligación, sea para efectivizar, sea para cooperar en él"³².

La terminología del Código Civil italiano apoya esta distinción: el art. 1228 (que regula la responsabilidad **contractual**) dispone: "Salvo voluntad diversa de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación **se vale de la obra de terceros**, responde también de los hechos dolosos o culposos de éstos". Para la **extracontractual**, en cambio, el art. 2049 dice: "Los patronos y los comitentes son responsables por los daños causados por el hecho ilícito de sus **domésticos y empleados** en el ejercicio de las incumbencias a que están adscritos". La doctrina explica que en el art. 1228 cabe no sólo el dependiente ligado con vínculos de subordinación, sino también cualquier sujeto que ha colaborado con el deudor en la operación preordenada, aunque sea extraño a su hacienda y a las relaciones entre acreedor y deudor³³.

Otros autores, en cambio, entienden que no se debe distinguir. En esta posición, en la Argentina, Bueres afirma: "no hay diferencias en uno u otro ámbito. La noción de dependencia aparece en las dos órbitas aludidas, pues ella no

supone de manera indefectible la presencia de un nexa negocial o de una relación que exija vigilancia o imposición de autoridad efectivas. El ejecutor del último tramo del plan de prestación es siempre un dependiente si promedia una autorización para obrar. Cuando los poderes de elección, contralor, dirección etc., se diluyen hasta un punto en que ni siquiera acudiéndose a una ficción pudiera concebirse en su existencia, el deber de responder reflejo o indirecto por el actuar ajeno deja de ser tal y da paso, se transforma, en una obligación de seguridad que funciona con carácter secundario respecto de la prestación principal y cuya trasgresión engendra una responsabilidad contractual y directa del deudor"³⁴.

El art. 1753 del CCyC de la Argentina regula ambas situaciones (dependientes y auxiliares), dándole iguales efectos, bajo el siguiente texto:

"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

31 VINEY, Geneviève, *Traité de Droit Civil, sous la direction de J. Ghestin. Introduction à la responsabilité*, 2° ed, Paris, LGDJ, 1995, n° 818.

32 JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, pág. 564.

33 Ver, entre muchos, DE MARCO, Carmelo, *La R.C. nel trasporto di persone e cose*, Milano, ed. Giuffrè, 1985, pág. 19.

34 BUERES, Alberto, *La unidad sistemática del resarcimiento de daños. El código civil argentino y el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1987. Comparaciones con el derecho español*, *La Revista del Foro de Cuyo*, 1992 n° 4, pág. 18.

excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente”.

- **Régimen de la solidaridad**

El art. 1751 ha borrado las diferencias existentes con anterioridad, referida a *la obligación de resarcir*, al disponer:

“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”.

- **Cláusulas convencionales relativas a la responsabilidad (limitativas y extensivas)**

Si las partes han estado unidas por vínculos contractuales, han podido prever las consecuencias del incumplimiento, tanto para agravar sus consecuencias (cláusula penal, asunción de riesgos, etc.) cuanto para restringirlas (cláusulas limitativas). Esta situación no opera, normalmente, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

De cualquier modo, esta distinción rige en el ámbito de los llamados contratos “negociados”, regidos esencialmente por el principio de la autonomía de la voluntad, siempre que los derechos en juego sean disponibles; por el contrario, se tienen por no escritas si perjudican al consumidor (art. 37 incs. a y b de la ley 24.240) o aún sin la intervención de un consumidor, si han sido incorporadas en contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas³⁵.

En este sentido, el art. 988 del CCyC argentino, al regular las cláusulas abusivas en ese tipo de contratación, dispone:

“En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:

- las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;
- las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;
- las que, por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”.

- **Extensión de la reparación**

Como regla, en casi todos los países que siguen el sistema binario, en la responsabilidad *contractual* por culpa sólo se responde por las consecuencias *inmediatas previsibles al tiempo de contratar*; en cambio, en la *extracontractual* se responde de las consecuencias *inmediatas y mediatas previsibles al momento del hecho dañoso*.

En tal sentido, el art. 1107 del Código español prevé que “los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o los que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo, responderá el deudor de todos los que conocidamente se derivan de la falta de cumplimiento de la obligación”. Sigue de este modo el art. 1150 del Cód. Civil francés, según el cual “el deudor sólo está obligado a los daños y perjuicios que hayan sido previstos o que se hubieran podido prever en el momento de contratar, siempre que la inejecución de la obligación no haya ocurrido por su dolo”³⁶.

El sistema es aparentemente fácil, pero no lo es su aplicación. A propósito de esa dificultad, y refiriéndose a la legislación inglesa, Thaller decía que “es asombroso que un pueblo que tiene acentuado el genio de los negocios, al punto de no serle

35 Para esta distinción ver YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea), en Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio A. Alterini, Bs, As., ed. A. Perrot, 1997, pág. 110.

36 Para el tema en el derecho francés ver, entre otros, LE TOURNAU, Philippe Y CADIET, Loïc, Droit de la responsabilité, Paris, Dalloz, 1996, n° 356 y ss.

disputado en Europa el primer puesto, no haya sabido dar a sus leyes una forma fácil y un estilo accesible a todos, permaneciendo esclavo de los procedimientos y del lenguaje judicial de otros tiempos". Cermesoni recuerda esas palabras y las aplica al sistema legal argentino que ideó Vélez Sarsfield, calificándolo de "alambicado"³⁷.

Los textos hoy vigentes en Argentina disponen:

"ARTÍCULO 1726. Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexos adecuados de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles".

"ARTÍCULO 1727. Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código **consecuencias inmediatas**. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman **consecuencias mediatas**. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman **consecuencias casuales**".

"ARTÍCULO 1728. Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento". Sobre la base de estos tres artículos, en la Argentina, el sistema de atribución de consecuencias se construye sobre las siguientes reglas:

- (i) Se requiere **causalidad adecuada** entre el hecho imputado y el daño causado.
- (ii) Se responde de las consecuencias **inmediatas** y las **mediatas previsibles**.
- (iii) El concepto de inmediatez supone que entre el hecho generador y el resultado producido **no existe interferencia alguna**, según la información que aporta objetivamente la experiencia, toda vez que esa relación conexa, habitualmente, sucede conforme la fuerza de las cosas.
- (iv) Las consecuencias **mediatas**, en cambio, son aquellas que resultan de la conexión del hecho jurídico generador con un acontecimiento distinto, pero habitualmente ligado al primero y, por lo tanto, ordinariamente previsible"³⁸.

(v) En la responsabilidad extracontractual, la previsibilidad se mide al momento del hecho dañoso.

(iv) En la contractual, se considera lo previsto o que pudo ser previsto al **momento de la contratación**; sólo si el incumplimiento es **doloso** se responde también de las que eran previsibles **al momento del incumplimiento que genera el daño**.

La solución legal recoge la opinión doctrinal mayoritaria, partidaria de un régimen de reparación que comprenda las consecuencias inmediatas y mediatas **previsibles**, sea la responsabilidad contractual o extracontractual³⁹.

En este sentido, el recordado maestro Morello aplaudía la jurisprudencia que "se colocaba a la vera de la disputa de escuelas o de criterios rígidos que no se compadecen con la necesidad de conjugar satisfactoriamente los centros de interés opuestos de acreedor y deudor que no toleran ser resueltos con patrón único. No ha de extrañar, por consiguiente, que los órganos judiciales, teniendo amplio poder de apreciación para determinar el daño, hayan sabido adaptar la pretensión del acreedor encaminada a obtener una sentencia de condena que consagra el principio de la reparación integral,

37 CERMESONI, Fernando, Doctrina general sobre las consecuencias de los actos: inmediatas, mediatas y casuales, JA t. XII, 1924, pág. 843.

38 GOLDENBERG, Isidoro, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Bs. As., ed. Astrea, 1984, n° 19, pág. 67; conf. AGOGLIA-BORAGINA-MESA, Responsabilidad por incumplimiento contractual, Bs. As., ed. Hammurabi, 1993, n° 39, pág. 285.

39 Conforme el articulado del Código civil anterior, en cambio, en la responsabilidad contractual culposa sólo se respondía de las consecuencias inmediatas.

en todos los casos con oportunas discriminaciones según se trate de inejecución dolosa o culpable⁴⁰.

En efecto, un importante número de jueces insistían en que el nudo gordiano pasaba por la **previsibilidad** y no por el carácter mediato o inmediato de la consecuencia. Véase el siguiente caso resuelto por la Sala I de la Corte de Mendoza⁴¹: Una máquina era transportada en un camión; la causa-fuente de ese traslado era un contrato de transporte que unía a ambas partes; la máquina se cayó del camión por culpa del transportista (no acomodó adecuadamente la carga). La cuestión discutida no era si el transportista responde por los daños causados a la máquina (desde que había acuerdo en la respuesta afirmativa) sino la extensión de esa responsabilidad, por cuanto además de pagar los costos de reparación, el juez de grado había condenado al transportista a restituir las sumas que el actor había pagado a terceros, en concepto de multas pactadas, por no haber cumplido con las entregas prometidas al no tener la máquina con la cual él elaboraba los productos oportunamente vendidos. La Corte mendocina calificó la responsabilidad del transportista de contractual, y sostuvo que las indemnizaciones tarifadas pagadas a terceros por el dueño de la máquina no son indemnizables. Explicó que aún en el ámbito de la responsabilidad extracontractual en el que las consecuencias mediatas siempre fueron indemnizables, el acontecimiento diverso que se acopla al acto inicial es habitualmente **conexo** a él como **contingencia probable** y, por lo tanto, **previsible** a la luz de las reglas de la experiencia. En otros términos, las consecuencias mediatas, al igual que las inmediatas, responden al criterio de la regularidad (lo que sucede según el curso natural y ordinario de las cosas); se imputan al agente los efectos que suelen ocurrir normal y ordinariamente, diferenciándose dichas categorías **sólo por su grado de intermediación con referencia al acto**. Pues bien, indemnizaciones tarifadas pactadas **con terceros** (cláusulas penales) no son una contingencia que el autor del daño pueda prever normal y ordinariamente al momento de la celebración del contrato. El Superior Tribunal provincial también valoró que el cargador no era un típico consumidor ni la parte débil de la contratación; por el contrario, era tan empresario como el demandado. Concluyó que “alguien podría pensar que la reparación no es justa si el resarcimiento no cubre todos los aspectos patrimoniales sufridos por la víctima; sin embargo, extender la indemnización a perjuicios que no guardan relación

de causalidad adecuada con el obrar del agente implica extender el ámbito de la responsabilidad a límites insospechados, con injustificado ataque al valor seguridad jurídica y severo perjuicio a la economía general”.

Primer problema del dualismo: determinación del campo residual y del ámbito cerrado

El dualismo exige identificar el campo residual o abierto y el ámbito cerrado. En otros términos: dado que las categorías jurídicas normalmente no comprenden todos los casos que la realidad presenta, es menester saber cuál es el ámbito que recoge los casos no previstos, cuál es el que debe ser considerado el “derecho común”.

Para algunos, el derecho común es la responsabilidad delictual o aquiliana; consecuentemente, todo lo que no es responsabilidad contractual, ingresa al ámbito extracontractual, sea o no un hecho ilícito.

Para otros, en cambio, la categoría cerrada, que sólo contiene los daños derivados de **ilícitos strictu sensu**, es el ámbito extracontractual; el resto se rige por las reglas de la responsabilidad contractual⁴².

La determinación del campo residual no es cuestión menor, sobre todo si se tiene en consideración

40 MORELLO-GALDÓS, Indemnización del daño contractual, 3° ed., Bs. As., ed. LexisNexis, 2003, pág. 459 n° 231.

41 Suprema Corte de Mendoza, sala I, 28/7/2005, en EIDial 26/8/2005, La Ley Gran Cuyo 2005-1195 y Jurisprudencia Santaefecina 67-55. En un caso similar, el mismo tribunal, rechazó las consecuencias mediatas invocadas por un cuenta-correntista que imputaba al banco (que había cerrado antijurídicamente la cuenta corriente) el daño consistente en la pérdida de ganancias provenientes de un contrato celebrado con un tercero (Bueno Daniel c/ Bank of Boston, 28/7/2005, registrado en Libro de sentencias 353-204, inédito). La Corte dijo que la circunstancia de que el contrato suscripto con el tercero hubiese sido reconocido en juicio no significa que todas cláusulas hayan sido previsibles para el banco al momento del incumplimiento del contrato de cuenta corriente bancario.

42 Compulsar FERRARI, Franco, Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione, Milano, ed. Giuffrè, 1992, n° 1.2.2., pág. 18; en Argentina, ver Bustamante Alsina, Jorge, La responsabilidad delictual o aquiliana es de derecho común y la contractual es de excepción, JA 1989-IV-475.

que los casos discutidos (por ej., daños derivados de conductas lícitas que generan obligación de responder, daños causados por incumplimiento de la voluntad unilateral, por el transporte benévolo, por los profesionales médicos, etc.) recibirían distinta respuesta según cuál sea la posición que se asuma frente a su categorización.

Segundo problema del dualismo. Concepto de responsabilidad contractual

Aunque el campo residual esté delimitado, queda el problema de definir la responsabilidad **contractual**, llamada también **obligacional**⁴³.

¿Se configura la responsabilidad contractual con el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación nacida de un contrato **strictu sensu** o basta el incumplimiento de una obligación **específica**, nacida de otras fuentes, como puede ser la voluntad unilateral, las relaciones de vecindad, etc.?

Sobre esta alternativa, hay para todos los gustos:

El Supremo de España ha dicho que la responsabilidad contractual puede estar precedida de una relación jurídica que no sea un contrato, sino otra clase de vínculos, como los generados por la comunidad de bienes, o una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado. En otros términos, "aunque la obligación no derive de un contrato, si hay una relación jurídica que concede un medio **específico** para el resarcimiento, se excluye la aplicación del art. 1902 (responsabilidad por hecho ilícito) pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos relativos a la responsabilidad contractual"⁴⁴.

En cambio, para la Casación francesa la responsabilidad contractual se configura sólo si existe un contrato válido entre el responsable y la víctima; todo lo que no es contractual es, automáticamente, delictual⁴⁵.

Algunos casos del derecho norteamericano parecen seguir este último criterio. Así por ej., en **Marsalis c/ La Salle** un tribunal calificó como **tort** (responsabilidad extracontractual) una situación por demás curiosa: una mujer estaba en una droguería; sin darse cuenta, pisó un gato, y el animal

le mordió un pie. En esa época, los medios difundían una campaña que advertía sobre el peligro de las mordeduras de animales. La mujer **convino** con el farmacéutico, propietario del gato, que el animal no fuera recluido, contentándose con la promesa de que el propietario controlaría al gato durante 14 días y avisaría cualquier anormalidad a su clienta. Pero el dueño no cuidó al gato y éste se escapó. Dado que había pasado un mes y no se tenían noticias del animal, la mujer se sometió al tratamiento antirrábico, que no soportó bien, sufriendo diversas lesiones. Recién cuando salió del hospital, apareció el gato en perfecto estado. La Corte dijo que el dueño del animal no podía ser condenado por la mordedura (pues de su parte no hubo culpa, en tanto el animal no tenía antecedentes) pero fue condenado **extracontractualmente**, por las lesiones sufridas, por haber **incumplido** la promesa de controlar al gato⁴⁶.

Tercer problema: los casos dudosos

Mencionaré sólo algunos supuestos que muestran la amplitud de las zonas grises entre ambos regímenes.

43 PANTALEÓN PRIETO, Fernando, Comentario a sentencia del Trib. Superior de España, 26/1/1984, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero/marzo 1984, n° 106, pág. 1263.

44 Trib. Supr. España, 26/1/1984, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero/marzo 1984, n 106, pág. 1257, comentado por Fernando Pantaleón Prieto (en el caso, un contrato de servicio de alcantarillado de la ciudad para su vigilancia y mantenimiento y daño producido por filtraciones). El autor entiende que el Supremo violó el principio de congruencia pues la acción había sido calificada de extracontractual por la Cámara y la sentencia había sido apelada sólo por la demandada (beneficiada por la calificación, aunque no por el resultado final de la sentencia). Esta es la posición asumida en el derecho argentino, por ej., por NEGRI, Nicolás, Responsabilidad contractual: precisiones e implicancias con incidencia procesal, en Rev. CCyC, año III, n° 7, agosto 2017, pág. 23.

45 Ver jurisprudencia citada por ROUSSEL, Franck, Violation du principe du non cumul de responsabilité délictuelle et contractuelle par les juges du fond, La Semaine Juridique, 1994, Jurisprudence n° 22.264.

46 Caso relatado por PROSSER, William, Il cumulo delle responsabilità contrattuale ed extracontractuale negli Stati Uniti, en Riv. del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, anno LX, 1962, PP pág. 408.

- **Acción ejercida por terceros que, sin ser parte del contrato, son beneficiarios de una obligación contractual y demandan los daños causados por la inejecución⁴⁷**

La jurisprudencia francesa ubica en la órbita *extracontractual* la mayoría de los supuestos mencionados en el título⁴⁸; no obstante, excepcionan a la regla, o sea, califica como contractuales, entre otras, las siguientes reclamaciones de daños: la del destinatario de la mercadería contra el transportista; la de los damnificados indirectos (*victimes par ricochet* de los daños a la persona) derivados del transporte; la del subadquirente contra el fabricante o el vendedor anterior en una cadena de contratos traslativos de propiedad⁴⁹.

De cualquier modo, las soluciones dadas por las diversas salas de la Casación francesa no siempre son coherentes. Véanse estos dos ejemplos:

(a) El propietario de una tintorería insertaba en los contratos suscritos con sus clientes una cláusula que prohibía a éstos, dentro de determinadas circunstancias, contratar con personas que habían sido sus empleadas en el pasado. La Sra. Legendre inició un juicio por daños y perjuicios contra su antiguo empleador, a quien acusaba de no haber podido encontrar trabajo por causa de esa disposición contenida en esos contratos con terceros. La Corte de Rouen hizo lugar a la demanda, fundada en que la cláusula limitaba la libertad de trabajo. La sala Social de la Casación casó la decisión con el insólito argumento de que la Sra. Legendre no era parte en los contratos en los que estas cláusulas estaban insertas, por lo que ella no podía invocarlas, y consecuentemente, la procedencia de la acción intentada requería la prueba de la existencia de una culpa cuasidelictual del empleador⁵⁰.

(b) En cambio, el 24/3/1998, la Sala Comercial de la Casación hizo lugar a la demanda interpuesta por una empresa contra un nuevo empleador que

había tomado a un ex empleado suyo, no obstante conocer que éste se había obligado a no trabajar para los competidores de su antiguo patrón durante un tiempo determinado. La solución sería correcta, pero sucede que el patrón ya había percibido del ex empleado el monto resultante de una cláusula penal prevista en el contrato. El tribunal de apelación rechazó la demanda porque el acreedor de una cláusula penal no puede acumular el principal y la pena, pero la Casación anuló la sentencia; argumentó que la acción por competencia desleal dirigida contra el nuevo empleador es procedente, pese a la existencia de una acción contractual contra el asalariado, y que ambas pueden acumularse, pues tienden a la reparación de un perjuicio diferente. Viney duda del acierto de la solución, pues la violación de la obligación de no competencia había sido convencionalmente tasada⁵¹.

- **Acción deducida contra un tercero que interfiere en las tratativas, o en la ejecución de un contrato celebrado, causando daños a uno de los contratantes**

La doctrina proporciona estos ejemplos como supuesto de las situaciones descriptas en el título: doble venta, en la que el segundo adquirente, conociendo la celebración de

47 Para el tema de los terceros (beneficiados y perjudicados) por el contrato, consultar especialmente KORTMANN, B. and FABER, D., *Contract and Third Parties*, en obra colectiva, *Towards a European Civil Code*, London, ed. Martinus Nijhoff, 1994, pág. 223.

48 Por ejemplo, se ha considerado *extracontractual* la responsabilidad de la agencia inmobiliaria que violó el deber de información, frente a los adquirentes de un inmueble y frente al banco que prestó el dinero, por los daños producidos por la nulidad del acto de enajenación por error en las cualidades sustanciales de la cosa (Cass. 16/12/1992, reseñado y comentado por JOURDAIN, Patrice, *Responsabilité civile en Rev. Trim. Droit Civil*, 1993 pág. 362).

49 Compulsar VINEY, Geneviève, *Responsabilité civile*, La Semaine Juridique, 1995, Chronique n° 3853.

50 Cass Soc. 5/6/1995, caso relatado por GHESTIN, Jacques, *Droit des Obligations*, La Semaine Juridique 1997, Chronique, n° 4002. Casos semejantes fueron analizados por prestigiosa doctrina italiana a principios del siglo XX respecto del pacto concertado entre las aseguradoras de no contratar con quienes, con anterioridad, habían sido empleados de una empresa adherente al pacto. Explica Angelo Sraffa que con este pacto, las aseguradoras intentaron concluir la guerra declarada entre ellas, desde que por varios años se sacaron unas a las otras los mejores empleados. Pero la paz pretendió firmarse con un acto de guerra contra los empleados (Compulsar, SRAFFA, Angelo, *Contratti a danno di terzi*, en *Riv. di Diritto Commerciale*, 1903. PP, pág. 452; del mismo autor, *Ancora sui contratti a danno di terzi*, *Riv. di Diritto Commerciale*, 1904. PP, pág. 67). En contra, sosteniendo que en estos casos no hay derecho a la indemnización, PEROZZI, Silvio, *Ancora sui contratti a danno di terzi*, *Riv. di Diritto Commerciale*, 1904, PP, pág. 63. Los casos también son resumidos por FRANZONI, Massimo, *La tutela aquiliana del contratto*, en *Alpa-Bessone, I contratti in generale*, Torino, Utet, 1991, t. IV, pág. 1068, y en *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, Utet, 1999, pág. 1597 y ss.)

51 Cass. Ch. Comm. 24/3/1998, relatado por VINEY, Geneviève, *Responsabilité civile*, La Semaine Juridique, 1998, Chronique n° 1.185.

la primera, logra inscribir en el registro el documento que instrumenta su acto; doble concesión de derechos personales de uso, instigación a violar los supuestos de prioridad legal, etc.

Estos casos se ubican, generalmente, en el ámbito **extracontractual**, pero la solución no siempre es fácil⁵².

Véase la situación que debieron resolver los jueces italianos: El famoso pintor Giorgio De Chirico firmó una constancia, pegada detrás de un cuadro, en la que declaraba que la firma inserta en esa pintura era suya; esa declaración firmada fue autenticada por un escribano. Un subadquirente del cuadro, un tal Fabio Failla, tercero respecto al pintor, probó en juicio la falsedad de la pintura y reclamó a De Chirico la reparación de los daños consistentes en haber pagado una falsificación; la demanda fue acogida y se condenó al pintor al pago de una suma cercana a 12.000.000 de liras, con fundamento en la responsabilidad **extracontractual** por "haber colocado negligentemente su firma en un cuadro que resultó falso". La Corte de Apelación de Roma, en cambio, había revocado la decisión de condena del juez de primera instancia, con el argumento de que la asunción de la paternidad de la obra falsa no lo hacía responsable frente a un tercero, con quien no tenía vínculos contractuales, y que la colocación de su firma no podía ser considerada un hecho ilícito. Relató como dato anecdótico que, antes de que la Casación dictara la sentencia definitiva, el pintor murió, y el proceso continuó contra la viuda⁵³.

- **Acción deducida por el tercero perjudicado no contratante**

A veces, el incumplimiento del contrato configura una culpa delictual pero **el tercero dañado que inicia la acción por responsabilidad extracontractual puede probar la culpa del autor del ilícito a través de la prueba del incumplimiento contractual**; en estos casos, el tercero opone el contrato como un hecho (*en tant que fait*⁵⁴).

– La Sala I de Suprema Corte de Justicia de Mendoza tuvo oportunidad de aplicar la noción del "**contrato en tanto hecho**" en un caso de especiales

particularidades⁵⁵. Una persona había suscripto un contrato atípico de estacionamiento de vehículos; el automóvil que allí estacionaba cada día no era de su propiedad, sino de su hermana; un día, el automotor fue hurtado por un tercero. La **dueña del automóvil** inició demanda por los daños sufridos contra el titular de la empresa de estacionamiento. El tribunal de apelaciones rechazó la demanda; sostuvo que la actora no estaba legitimada porque no había suscripto el contrato; la única acción era la extracontractual contra el autor del ilícito (persona que no había podido ser individualizada) o en su caso, contra el dependiente, si se le probaba la culpa. La Corte revocó la sentencia. Abordó dos cuestiones: una procesal y la otra sustancial. En lo procesal, dijo que la demanda se limitaba a relatar los hechos, sin haber calificado su pretensión como responsabilidad contractual. En lo sustancial, para llegar a la condena, argumentó del siguiente modo:

A) **Legitimación para demandar por los hurtos de automotores estacionados en garajes o playas de estacionamiento**

La jurisprudencia nacional ha tenido oportunidad de pronunciarse en algunos supuestos específicos. Así, por ej., se han acogido las acciones de la aseguradora que pagó a su asegurado contra robo del

52 Compulsar, especialmente, FRANZONI, Massimo, La tutela aquiliana del contratto, en Alpa-Bessone, I contratti in generale, Torino, Utet, 1991, t. IV, pág. 1053 y en I contratti in generale, a cura di E. Gabrielli, Torino, Utet, 1999, pág. 1597; POLETTI, Dianora, Doppia alienazione immobiliare e responsabilità extracontrattuale da contratto, en Contratto e impresa, 1991 n° 2, pág. 733 y ss; CASTRONOVO, Carlos, La nuova responsabilità civile. Regola e metafora, Milano, ed. Giuffrè, 1991, pág. 19. Para la responsabilidad extracontractual del segundo adquirente que con su compra impide que el primero ejerza su derecho de prioridad u opción, ver sentencia de la Casación italiana sez. 119/1/1997, reseñada y comentada por BATA, A. e SPIRITO, A., Danno e responsabilità, 1997, n° 3, G. 391.

53 La sentencia se transcribe en VISINTINI, Giovanna, I fatti Illeciti, Cedam, Padova, 1987, pág. 457. También es relatada y comentada por CASTRONOVO, Carlos, La nuova responsabilità civile. Regola e metafora, Milano, ed. Giuffrè, 1991, pág. 27.

54 Ver JOURDAIN, Patrice, Faute délictuelle et manquement contractuel : des relations complexes. Illustration à travers les fautes délictuelles de l'entrepreneur et du mandataire, en Rev. Trim., Droit Civil, 1995-4-895.

55 C.S.Mza, 12/10/2006, Giacomo, Claudia c/ Schmulevich, Alberto Gabriel p/ D. y P, Actualidad Jurídica Región Cuyo, 2007-1211.

vehículo⁵⁶. El caso no debería generar dudas, desde que la aseguradora se subroga en la posición jurídica de su asegurado. También se ha legitimado a quien figura en el “formulario 08” como comprador de un automotor, con firma certificada por escribano público “pues se encuentra debidamente acreditado el carácter de poseedor con ánimo de dueño con relación al vehículo siniestrado y con ello su legitimación sustancial activa”⁵⁷.

B) **Naturaleza jurídica de la responsabilidad**

Cuando quien reclama es la persona que ha estacionado el vehículo, la jurisprudencia mayoritaria encuadra la responsabilidad en la órbita contractual. Sin embargo, aún en estos casos, algunas decisiones encuadran el supuesto en la responsabilidad extracontractual con el siguiente argumento: “Siendo la playa de estacionamiento, considerada como un todo, una cosa en el sentido del art. 2311 del CC, su titular es responsable objetivamente en virtud del art. 1113, que es quien debería ejercer la guarda o custodia de la cosa que pone a disposición de terceros, de lo que surge una suerte de obligación de seguridad; con lo expuesto no se quiere insinuar que tal espacio sea dañoso *per se*, ni que sea capaz de causar un daño de manera causal y directa; pero es innegable que el deber de custodia recae sobre el titular de ese estacionamiento”⁵⁸.

C) **Justificación de la diversidad de fundamentos**

Independientemente del acierto o error de los fundamentos, no hay que sorprenderse de su variabilidad. En efecto, el contrato atípico, de existir, presenta algunas particularidades; así por ej., el ticket sería un “documento de legitimación”; por lo tanto, cabe responsabilizar al garajista que permite la salida de un automóvil sin que se le entregue el ticket⁵⁹ y liberarlo de su obligación de custodia si es de buena fe, por haber autorizado su salida a quien lo presentó⁶⁰.

D) **La resolución del caso**

Implícitamente, la Cámara había admitido que si la demanda hubiese sido interpuesta por la persona contratante, la demanda sería procedente; no lo

era, porque fue interpuesta por la propietaria del vehículo, persona no contratante.

El razonamiento es erróneo porque:

- (i) La propietaria del automotor está legitimada para reclamar **extracontractualmente** el daño derivado del hurto realizado por un tercero.
- (ii) La propietaria **pudo valerse del contrato suscripto por su hermana, en cuanto hecho**, para acreditar la culpa del propietario del garaje, cometida a través de su dependiente, que dejó salir el vehículo conducido por una persona que no conocía, que no era quien lo había dejado bajo su guarda y que no presentó el boleto identificatorio.

– En cambio, la demanda ha sido rechazada en casos con alguna similitud, tales como:

- * Pretensión del dueño de las cosas sustraídas que se encontraban en una caja de seguridad en un banco, “porque el contrato había sido celebrado por otra persona, que no era el titular de las cosas depositadas”⁶¹.
- * Daños invocados por el dueño de la cochera contra el comodatario, porque el comodante invocó la

56 Cám. 1° CC San Isidro, 30/11/1999, ED 188-492, con nota de MAZZINGHI (h), Jorge A., El robo de un vehículo de la playa de estacionamiento de un supermercado, la figura del depósito necesario y el análisis de otras situaciones parecidas; ídem. 11/4/2000, JA 2000-III-63, con nota de CROVI, Luis, Responsabilidad por incumplimiento del contrato de estacionamiento y en Rev. Jur. Argentina del seguro, la empresa y la responsabilidad, t. 43/44 pág. 113; Cám. Nac. Com. sala A, 21/4/1993, Rev. Jur. Argentina del Seguro, la empresa y la responsabilidad, n° 23/24, pág. 304; Cám. Nac. Com. sala A, 30/6/1888, Rev. Jur. Argentina del Seguro, la empresa y la responsabilidad, n° 17-20 pág. 229.

57 Cám. 6° CC Córdoba, 10/5/2005, La Ley Córdoba 2005-921; obviamente, también a la propietaria de una moto (Cám. Nac. Civ. sala I, 4/11/2004, Doc. Jud. 2005-1-596).

58 Cám. Nac. Com. sala B, 29/10/2001, ED 196-485.

59 Cám. 1° Civ. y Com. 4° nominación Córdoba, 26/2/2001, La Ley Córdoba 2001-1132.

60 COLOMBRES, Daniel, El ticket y su influencia en el contrato de garaje, LL 1995-A-696.

61 Cám. Nac. Com. sala A, 18/3/2015, Responsabilidad Civil y Seguros, año XVII, n° 8 agosto 2015, pág. 196, cita online AR/JUR/11649/2015.

calidad de *guardián* del demandado, "sin especificar en qué habían consistido las conductas culposas que podrían haber dado lugar a la reparación del daño contractual causado por el comodatario" y, según el tribunal, modificar la calificación hubiese sido violar el derecho de defensa del demandado incurriendo en el vicio de incongruencia⁶².

- **Daños causados en las relaciones entre comuneros y entre vecinos**

El panorama de los daños causados en las relaciones de vecindad es poco claro. Los autores discrepan sobre la naturaleza de esta responsabilidad, hoy regulada por el art. 1973 del CCyC argentino⁶³. Algunos⁶⁴ entienden que la situación se rige por las normas de la responsabilidad aquiliana. Otros consideran que los daños contemplados en este artículo tienen su fuente en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes accesorios de conducta que, por imperio del art. 961⁶⁵ integran la relación contractual⁶⁶.

En el ámbito de la propiedad horizontal no se duda que los daños que tienen origen en el incumplimiento de las obligaciones impuestas expresamente por el reglamento de copropiedad están regidos por los principios de la responsabilidad contractual toda vez que el daño es sufrido por personas que son destinatarias de esos derechos y obligaciones⁶⁷. En este sentido, se afirma que "dada la naturaleza contractual del reglamento de copropiedad y administración, se aplica a la acción por violación de cualquiera de sus cláusulas, referidas a obras nuevas o al uso indebido de la unidad el plazo de prescripción común a la responsabilidad contractual"⁶⁸. Para otros, en

cambio, si la obligación no está expresa, parece razonable remitirse a la obligación legal de no dañar y aplicar el plazo de la responsabilidad aquiliana.

Frente a *terceros*, el consorcio responde con base en las reglas de la responsabilidad *extracontractual*. En este sentido, "siendo extracontractual la responsabilidad del consorcio hacia el locatario de una unidad, corresponde rechazar la excepción de falta de legitimación incoada por consorcio de propietarios contra la acción interpuesta por el tenedor de local comercial que reclamó los daños y perjuicios que sufrió como consecuencia de los trabajos realizados por aquel para reparar las cañerías de gas, toda vez que el actor no fundó su reclamo en la existencia de una relación convencional con el consorcio, sino que invocó el contrato de locación respectivo *a fin de explicar su carácter de tenedor del local*"⁶⁹.

- **Otros supuestos**

Otros casos dudosos se presentaron a los jueces argentinos en los que, incluso, daños reclamados en la misma demanda fueron calificados unos contractuales y otros extracontractuales.

Así, por ej., la pretensión de los herederos de un artista muy popular para percibir los aranceles que

62 Cám. Apel. Trelew sala A. 28/4/2015, Rev. Respons. Civil y Seguros, año XVII, n° 8 agosto 2015, pág. 107, cita online AR/JUR/6981/2015 y en la misma Revista, año XVIII, n° 3, marzo 2016, pág. 45, con nota de RODRIGUEZ SALTO, Pablo Daniel, Sobre la noción de guardián y la responsabilidad del comodatario.

63 El art. 1973 dispone: "Inmisiones. 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. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción".

64 AREAN, Beatriz, en BUERES, Alberto – HIGHTON, Helena, Código Civil comentado y anotado, 2° ed., Bs As, ed. Hammurabi, Derechos Reales, 2004, t. 5-B, pág. 102; LAQUIS, Manuel, FLAH, L y SMAYEVSKY, M., Derechos Reales, Bs. As., Depalma, 2000, t. V pág. 251.

65 El art.961 dice: "Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fé. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor".

66 CARLUCCI, Fabiana y MARTINELLI, Fabiana, Comentario al art. 2691, Código civil comentado, dirigido por E. Zannoni y coordinado por Aída Kemelmajer de Carlucci, Bs. As., ed. Astrea, 2007, t 11, pág. 349.

67 "La infracción al reglamento de copropiedad, en virtud del incumplimiento por parte del consorcio de sus obligaciones, origina una responsabilidad de carácter contractual" (Cám. Nac. Civ. sala K, 29/9/2006, Doc. Jud. 2006-3-1092).

68 CNCiv. Sala F, 23/12/1996, LL 1997- C- 232. La sentencia califica la indemnización como compensatoria del "daño moral por irrupción en la paz de la vivienda de unidad sometida al régimen de propiedad horizontal".

Conf. CNCiv. Sala M, 16/09/2004, D.J. 2005-1, p.430.

69 CNCiv. Sala I, 17/05/2005, Doc. Jud. 2005-3, p.1255.

tenían causa en la repetición cinematográfica de las películas en las que el padre había participado como interprete fue calificada de contractual; en cambio, la acción para reclamar por los daños causados por el uso arbitrario de la imagen, nombre y voz se consideró sujeta a la prescripción breve, por tratarse de responsabilidad extracontractual⁷⁰.

¿Hay un ámbito más "progresista" que el otro?

Un prestigioso jurista argentino afirmó que "el ámbito aquiliano o extracontractual se ha mostrado, de cuatro décadas a la actualidad, como más sensible a las novedades o avances del derecho de Daños: los factores objetivos de imputación y la responsabilidad del principio por el hecho del dependiente; la actividad peligrosa y las cosas riesgosas no son receptadas cuando se trata del incumplimiento de un deber preexistente. Esto se traduce en un corrimiento de las fronteras de lo ilícito aquiliano al que se resiste lo ilícito contractual, abroquelado en planteos tradicionales"⁷¹.

La afirmación parece demasiado absoluta. En efecto:

- a) Algunos autores afirman que los primeros intentos de alejar la responsabilidad de la culpa nacieron en el ámbito contractual⁷².
- b) En el área contractual, al amparo del principio de buena fe, nacieron y se desarrollaron los llamados por los alemanes "deberes de protección", y por los franceses, "obligaciones de seguridad", que han llevado al marco contractual los daños derivados del incumplimiento de las prestaciones implícitas, no sólo en el contrato de transporte, sino en tantas otras relaciones convencionales. De hecho, los jueces "encontraron" la obligación de seguridad en ciertos contratos en épocas en que la responsabilidad por el hecho de las cosas no estaba suficientemente esclarecida⁷³, y

produjeron lo que se ha dado en llamar el "enriquecimiento" del campo contractual⁷⁴ o "contractualización de la responsabilidad aquiliana"⁷⁵, fenómeno que constituye uno de los factores que ha hecho perder consistencia a la distinción.

En tal sentido, Geneviève Viney dice que el acercamiento entre la inexecución de las obligaciones y la culpa delictual se ha producido, fundamentalmente, por el hábito de los tribunales, apoyado por la doctrina, de hacer de las obligaciones contractuales ciertos imperativos que, en realidad, son normas de comportamiento sancionables por la responsabilidad delictual⁷⁶.

En suma, puede afirmarse que existe un fenómeno común a todos los ordenamientos jurídicos⁷⁷ que muestra:

70 Cám. Nac. Civ. sala I, 26/8/2014, ED 260-167.

71 MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad civil contractual o extracontractual: ¿Unidad o separación? En Congreso Internacional de Responsabilidad civil. Fazendo Justiça no Terceiro Milênio, Blumenau, Brasil, 1995, vol. 1, pág. 125.

72 GIARDINA, Francesca, Responsabilità contrattuale e extracontrattuale: una distinzione attuale?, en Riv. critica del Diritto Privato, anno V n° 1, 1987, pág. 81. Por lo demás, la idea de una responsabilidad que no tiene a la culpa como elemento necesario campea en ambas órbitas, desde que tanto en una como en otra se admite que el resarcimiento del daño causado no tiene como función primaria "punir" al responsable sino adosarle las consecuencias económicas del evento dañoso (Ver MAJELLO, Ugo, Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, en Scritti di Diritto Patrimoniale, Napoli, ed. Scientifiche Italiane, 1992, pág. 256 y ss).

73 VISINTINI, Giovanna, Tratado de la responsabilidad civil, trad. de Aída K. de Carlucci, Bs. As., Astrea, 1999, t. I n° 12; SAVAUX, Eric, La fin de la responsabilité contractuelle?, Rev. Trim. Droit Civil, 1999, n° 1 pág. 9. Efectivamente, la obligación de seguridad fue "descubierta" en 1911 en el contrato de transporte de personas, para mejorar la indemnización de los daños sufridos por los viajeros (Compulsar LETURMY, Laurence, La responsabilité délictuelle du contractant, Rev. Trim. Droit Civil, 1998 n° 1, pág. 857). Algunas sentencias declaran la existencia de este deber de seguridad en casos no del todo claros. Así, por ej., se ha estimado que la acción derivada de un accidente sufrido durante la ejecución de un contrato en el que el actor prometió colocar las chapas de un galpón de propiedad de la demandada, que habían sido removidas por un temporal, está sometida al régimen de la responsabilidad contractual, por lo que la locataria de la obra debe responder por incumplimiento de su obligación de seguridad, si el locador realizó la obra con un material que no se encontraba en condiciones, poniendo en peligro su persona (Cám. Nac. Civ. sala F, 14/12/1995, Gualtieri c/ Falabella, JA 1997-1-407).

74 Compulsar LETURMY, Laurence, La responsabilité délictuelle du contractant, Rev. Trim. Droit Civil, 1998 n° 1, pág. 856.

75 DI MAJO, Adolfo, La responsabilità contrattuale, Torino, ed. Giappichelli, 1997, pág. 32.

76 VINEY, Geneviève, Traité de Droit Civil sous la direction de J. Ghestin. Introduction a la responsabilité, 2° ed., Paris, LODJ, 1995, n° 168. B).

77 Para el Common Law, compulsar MARKESINIS B. and DEAKIN, Tort Law, 3° ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pág. 13/16. La unificación de ambos regímenes y la incorporación de las actividades riesgosas y peligrosas en el ámbito de la responsabilidad objetiva ha llevado a un prestigioso autor a sostener que en la Argentina, ya no es necesario recurrir a la noción de obligación de seguridad en el derecho común, siendo útil, tan solo, en el ámbito del derecho de los consumidores (PICASSO, Sebastián, El fin de la obligación de seguridad en el derecho común, LL 2015-E-1220; El nuevo código y la obligación tácita de seguridad: ¿un entierro demorado?, LL 2015-F-1160; Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común, Rev. CCyC, año I, n° 1, Julio 2015, pág. 146). Por el contrario, otro sector entiende que la obligación de seguridad pervive en la normativa del CCyC (Ver,

- a) Por un lado, la necesidad de escapar del derecho de los contratos para ingresar en el más flexible de la responsabilidad extracontractual;
- b) Por el otro, las permanentes huidas de la responsabilidad extracontractual para encontrar solución justa en los contratos.

Los resultados prácticos del dualismo

- **El desorden creado**

El sistema reparatorio dualista presenta problemas serios.

En Francia, Roussel afirma que la distinción entre responsabilidad contractual y delictual está considerablemente oscurecida y varía de acuerdo con "el humor de la jurisprudencia", por lo que se ha convertido en una "simple querrela de juristas"⁷⁸, pues lo cierto es que se trata de una distinción que tiene más de "accidentes históricos que de diferencias fundamentales"⁷⁹.

En Italia se ha dicho que "la progresiva devaluación de la contraposición entre responsabilidad contractual y extracontractual ha inducido a la doctrina a preguntarse sobre la validez conceptual y la oportunidad legislativa de la distinción"⁸⁰.

En España, Ricardo de Ángel Yagüez enseña que la dualidad constituye "una de las manifestaciones más patentes del sometimiento de la justicia material al conceptualismo", "del sacrificio de las soluciones razonables en el altar de la dogmática"⁸¹; en la misma línea, Díez Picazo agrega que "Las cláusulas contenidas en los contratos de seguros echan, por así decirlo, más leña al fuego"⁸².

entre otros, RINESSI, Antonio J. y REY, Rosa N., Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual, en Rev. de Derecho de Daños, 2015-2-104 y ss

78 ROUSSEL, Franck, Violation du principe du non cumul des responsabilit  délictuelle et contractuelle par les juges du fond, La Semaine Juridique, 1994, Jurisprudence n  22.264.

79 TALLON, Denis, y autres, Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises, Paris, ed. Pichon, 1987, pág. 82.

80 ROSSELLO, Carlos, Responsabilit  contrattuale e aquiliana: il punto sulla giurisprudenza, en Contratto e impresa, 1996 n 2, pág. 643.

81 DE ÁNGEL Y  GUEZ, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, Madrid, Cuadernos Civitas, 1995, pág. 26.

82 DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, Madrid, Civitas, 1999, pág. 261. Efectivamente, esto es así porque muchas pólizas excluyen la responsabilidad contractual. El maestro español relata el caso de una joven, lesionada en un accidente de ski, que demand  invocando las normas de la responsabilidad extracontractual, pero acompaño un ticket para probar que había pagado para ser transportada. La aseguradora alegó que no debía responder porque ella aseguraba el riesgo extracontractual, no el contractual. La sentencia del Supremo, que confirmó la decisión de primera instancia y acogió la demanda, est  transcrita en DE ÁNGEL Y  GUEZ, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, Madrid, Civitas, 1993, pág. 29, y también en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil n  27, 1991, pág. 777 y ss, con nota de MARTÍNEZ MARÍN, Mayro, Condiciones generales del contrato.  mbito de cobertura de póliza de seguro. Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Contrato suscripto por el menor.

En algunas ocasiones, las injusticias del sistema llevan a los jueces a otorgar opciones sin apoyatura legal, en perjuicio a la seguridad jurídica.

La experiencia del Common Law no es más alentadora. Prosser dice que "cada vez que aparece un dualismo de conceptos o de teorías, se presentan muchas situaciones en las cuales las categorías se encaballan, la elección entre ellas deviene arbitraria y se funda menos en la lógica que en la simple necesidad de elegir"⁸³.

- **La tendencia a otorgar opciones. La inseguridad jurídica**

En algunas ocasiones, las injusticias del sistema llevan a los jueces a otorgar opciones sin apoyatura legal, en perjuicio a la seguridad jurídica. En efecto:

- a) A veces, algunas especialidades del régimen de prescripción de las acciones tienen fundamento en la necesidad de asegurar una rápida y definitiva liquidación de la relación

83 PROSSER, William, Il cumulo delle responsabilit  contrattuale ed extracontrattuale negli Stati Uniti, en Riv. del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, anno LX, 1962, PP pág. 409.



obligatoria, en concordancia con las exigencias del tráfico comercial. ¿Cómo pensar entonces que el ordenamiento permite que se las prive de eficacia mediante el simple expediente de reclamar por otra vía?

- b) Otras veces, la opción a favor de la vía extracontractual permite al contratante escapar a las limitaciones válidamente pactadas. Sostiene Pantaleón Prieto que esta conclusión es tan absurda que todos los autores que propician la opción aceptan, sin embargo, que rigen las cláusulas limitativas también en la órbita extracontractual⁸⁴; en igual sentido, Díez Picazo aprueba una decisión italiana que, en los años veinte, rechazó la demanda interpuesta por los herederos de un periodista que falleció en un accidente aéreo mientras cubría una nota porque, dadas las características de la prueba, los organizadores de la competencia habían hecho firmar a los periodistas que cubrían el acontecimiento deportivo un convenio con una cláusula que excluía expresamente la responsabilidad de la organización por cualquier tipo de suceso con los aeroplanos; el jurista español dice que la cláusula convencional no podía ser violada mediante el simple instrumento de deducir la pretensión, acudiendo a la órbita extracontractual⁸⁵.

Se afirma, entonces, que esta huída al ámbito extracontractual, esta expansión del derecho aquiliano puede llegar a “subvertir totalmente el castillo de los acuerdos contractuales entre las partes”, pues una cosa es tratar de remediar algunas insuficiencias o la rigidez del contrato, y otra eliminar el principio de la libertad contractual⁸⁶.

¿Qué hacer frente a este desorden?

- **“Algo hay que hacer”**

En todos los países que aceptan el dualismo se habla de la existencia de una tendencia a tornar difusos los criterios de distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, de una caída o “bajada” de las fronteras; de una “inminente desaparición del tradicional binomio como *summa divisio* de la responsabilidad civil”⁸⁷.

84 PANTALEÓN PRIETO, Fernando, Comentario a la sentencia del 10/5/1984, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil, n° 5, abril/agosto de 1984, n° 137, pág. 1657.

85 DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, Madrid, Cívitas, 1999, pág. 267. Aclaro que la convención liberaba a la empresa organizadora de la competencia; nada decía respecto de la transportadora. Aún así, en nuestros días, la cláusula es de dudosa validez, por tratarse de derechos indisponibles.

86 DI MAJO, Adolfo, La responsabilità contrattuale, Torino, ed. Giappichelli, 1997, pág. 33.

87 Aún los que no llegan a tanto y defienden el mantenimiento de la distinción, advierten que “no se trata de una *summa divisio*” (STARCK, Boris et autres, Obligations 2. Contrat, 5° ed., Paris, Litec, 1995, n° 1768).

En esta misma tendencia, en una de las revistas de Derecho Civil más difundidas en Europa, en 1999, un autor concluyó: “todos estamos de acuerdo en la necesidad de poner orden en el derecho de la responsabilidad y, particularmente, en suprimir las diferencias de regímenes aplicables a la indemnización de daños corporales según que el dañado sea un contratante o un tercero. Las diferencias residen solamente en determinar cuál es el remedio para llegar a esta unificación”⁸⁸.

Pues bien, como decía Roosevelt, “algo hay que hacer”.

Explicaré algunas de las vías propuestas.

- **La tesis unitaria y el proceso de descodificación**

Uno de los factores que favorecen la tendencia a la unificación es, sin duda, el proceso de descodificación de la responsabilidad civil. Los fundamentos que acompañaron el proyecto de código unificado de 1998 –fuente indiscutida del actual CCyC argentino– decían: “La frontera fue debilitada por varios estatutos legales. La índole contractual o extracontractual de la responsabilidad es indiferente en los casos de daños resultantes del riesgo minero (artículo 58 del Código de Minería) o de la explotación de una instalación nuclear (Convención de Viena de 1963 sobre daños derivados del uso

88 SAVAUX, Eric, La fin de la responsabilité contractuelle?, Rev. Trim. Droit Civil, 1999 n° 1, pág. 1.

pacífico de la energía nuclear, ley 17.048, artículo IV). La responsabilidad para el caso de ruina de obra rige tanto para el comitente cuanto para los terceros. El artículo 1 de la ley 23.592, al prever la reparación del daño moral y material ocasionado por un acto discriminatorio, no dispensa un tratamiento distinto según se origine dentro o fuera del área contractual. En el régimen estatutario del consumidor se entiende que la legitimación pasiva es idéntica, sea que se trate de daños contractuales o extracontractuales".

Agrego que esa legislación especial unificadora ha solucionado muchos conflictos planteados antes de su sanción; tal lo ocurrido en Francia, con la ley Badinter de 1985 para las víctimas de los accidentes de tránsito, que creó un régimen único, cualquiera sea el carácter de la víctima, contratante o extraño⁸⁹; con las leyes que traspusieron la directiva sobre responsabilidad por los productos elaborados, o el de las leyes de riesgos de trabajo⁹⁰, etc.

• **Hacia una teoría única del responder**

Un importante número de países se dirigen a un régimen unificado.

Así, en el derecho alemán se estima que no existen dos pretensiones resarcitorias jurídicamente autónomas e independientes entre sí, sino una única pretensión resarcitoria, con base en un evento dañoso único. En otras palabras, no se trata de un supuesto de concurrencia de pretensiones (*anspruchskonkurrenz*) sino de concurrencia de normas que fundan una única pretensión (*anspruchsnormenkonkurrenz*)⁹¹.

El Código de Quebec dio un paso más adelante y directamente unificó ambos regímenes⁹².

• **La unificación en el CCyC de la Argentina**

La unificación llevada adelante por el CCyC se muestra, genéricamente, en el método, como señalé al comienzo, y más específicamente en el articulado; por ejemplo:

- El art. 1716 establece: "la violación del deber de no dañar a otro, o el **incumplimiento de una obligación**, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este código". Es decir, la reparación puede tener fuente, indistintamente, en la violación del deber general de no dañar, o en el incumplimiento de una obligación preexistente (por ej., de origen convencional).
- El art. 1717, al regular la anti-juridicidad califica como tal a **cualquier comportamiento**; o sea que el daño puede aparecer tanto por violar el deber general de no dañar como por no cumplir una obligación previamente asumida⁹³.

Obviamente, la unificación no es total, como se reconoce expresamente en los fundamentos con los que se elevó el proyecto⁹⁴ y lo fui mostrando a lo largo de estas líneas⁹⁵.

89 Para un análisis de esta ley ver CHABAS, F., *Les accidents de la circulation*, Paris, ed. Dalloz, 1995.

90 Laithier, Yves-Marie, *La distinction entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle en droit français : perspectives d'avenir après l'adoption du nouveau code civil et commercial argentin*, conférence Universidad de Buenos Aires – Facultad de Derecho – 26 novembre 2015 (inédito).

91 Para el derecho alemán, ver, fundamentalmente, FERRARI, Franco, *Atipicità del illecito civile. Una comparazione*, Milano, ed. Giuffrè, 1992, n° 1.2.2., pág. 25; DIEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 249.

92 Se mencionan en esta misma tendencia unificadora los códigos de la antigua Checoslovaquia, de 1964, de la antigua Yugoslavia, 1978 y de Senegal, de 1967; también el art. 99 parágrafo 3° del código suizo, conforme el cual las reglas sobre la responsabilidad derivada de los actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la culpa contractual; el art. 249 del CC cubano, con redacción análoga al suizo (Ver BUERES, Alberto, *La unidad sistemática del resarcimiento de daños. El código civil argentino y el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1987. Comparaciones con el derecho español*, La Revista del Foro de Cuyo, 1992 n° 4, pág. 27; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea)*, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio A. Alterini*, Bs. As., ed. A. Perrot, 1997, pág. 109.

93 Algunos autores buscan diferencias donde no las hay; así, por ej. se dice que las eximentes mencionadas en el art. 1718 son aplicables sólo a la responsabilidad extracontractual; no se podría alegar que no se paga una obligación en legítima defensa, o en estado de necesidad o al ejercer regularmente un derecho (MARTÍNEZ, Jorge, *La unificación de los ámbitos (contractual y extracontractual) de responsabilidad en el proyecto*, en *Rev. Abeledo Perrot Buenos Aires*, n° 6, junio 2013, pág. 695). No comparto esa opinión; así por ej., el deudor de una obligación de hacer (tocar un concierto) podría alegar esas causales frente a hechos extraordinarios (ataques de terceros, etc).

94 Como transcribí al comienzo de este artículo, los fundamentos expresan: "La tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten".

95 Conf. OSSOLA, Federico, *Responsabilidad civil*, A. Perrot, Bs. As., 2016, n° 34, pág. 29.

Como dice Sebastián Picasso, puede haber diversidad en la unidad y unidad en la diversidad⁹⁶.

La víctima tiene ya bastante con el daño; el ordenamiento jurídico no debe enfrentarla a los vericuetos de categorías ininteligibles; límitese el dañado a aportar los hechos en que apoya su demanda, y descanse tranquilo en el conocimiento de los jueces.

En definitiva, más allá de las reservas críticas formuladas por algunos autores⁹⁷, puede afirmarse que la unificación ha sido acogida favorablemente por la mayoría de la doctrina argentina⁹⁸. Yendo más allá, una colega universitaria española afirma enfáticamente: "La propuesta argentina es ciertamente valiente y digna de todo elogio. Me permito afirmar que es valiente porque en un marco como el europeo, donde constantemente se *cacarea* la palabra

unificación, no se ha llegado a un sistema unificado de reparación"⁹⁹.

La víctima tiene ya bastante con el daño; el ordenamiento jurídico no debe enfrentarla a los vericuetos de categorías ininteligibles; límitese el dañado a aportar los hechos en que apoya su demanda, y descanse tranquilo en el conocimiento de los jueces.

En definitiva, el legislador argentino cumplió el mandato según el cual "no debe renunciarse a la aspiración de la claridad de las leyes para asegurar su eficiencia, pues la simplificación de los códigos está en el signo de los tiempos"¹⁰⁰.

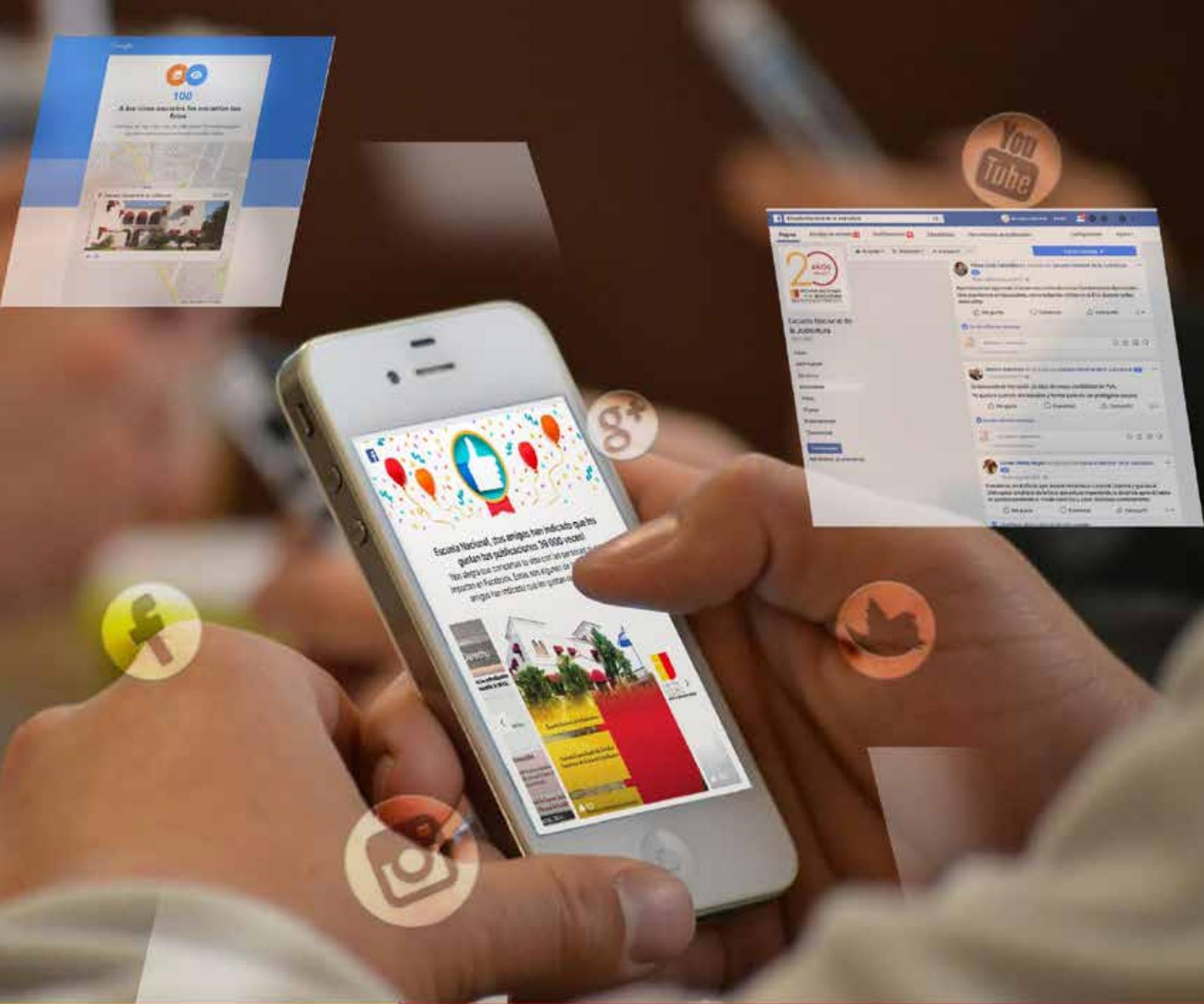
96 PICASSO, Sebastián, La singularidad de la responsabilidad contractual, Bs. AS., ed. A. Perrot, 2011, pág. 11. Del mismo autor, ver especialmente, La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código civil y comercial de la Nación, en Suplemento especial La Ley, Código civil y comercial de la Nación, Bs. As., noviembre 2014, pág. 151 y en Rev. Derecho privado, año 1 n° 3, Bs. As., Infojus, diciembre 2012 pág. 33; conf. KRIEGER, Walter F, Efectos de la derogación del art. 1107 del Código Civil. ¿Son idénticas las esferas de responsabilidad?, Rev. CCyC 2016 (octubre), 19/10/2016, pág. 97, Cita Online: AR/DOC/3073/2016.

97 PADILLA, Rodrigo, Cuestiones generales de la responsabilidad civil en el nuevo Código civil y comercial, en Doc. Jud. año XXXI, n° 32, 12/8/ 2015, pág. 1; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, La responsabilidad contractual y extracontractual. Unificación en el código civil y comercial, en Rev. Responsabilidad civil y Seguros, año XVII, n° 4, Abril 2015, pág. 31 y ss, Cita Online: AR/DOC/958/2015; GAGLIARDO, Mariano, Enfoques legales de la responsabilidad civil, en Rev. CCyC año I n° 2 agosto 2015, pág. 198-200; BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge A., Responsabilidad civil contractual y extracontractual, en Rev. de Derecho de Daños, 2012-3-115; CALVO COSTA, Carlos, Derecho de las obligaciones, 2° ed., Hammurabi, Bs As, 2016, pág. 59 y ss.

98 PICASSO, Sebastián, La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código civil y comercial unificado, en Rev. Derecho Privado, año 1, n° 3, 2013, ed. Infojus, pág. 33; GALDÓS, Jorge M., La función resarcitoria, el daño y el riesgo creado, en RIVERA, Julio C (director, Comentarios al proyecto de código civil y comercial de la Nación, 2012, Bs. As., ed. Abeledo Perrot, 2012, pág. 891; MARTÍNEZ, Jorge, La unificación de los ámbitos (contractual y extracontractual) de responsabilidad en el proyecto, en Rev. Abeledo Perrot Buenos Aires, n° 6, Junio 2013, pág. 693; MOSSET ITURRASPE, Jorge, La función resarcitoria. La responsabilidad objetiva en el proyecto de código civil y comercial de 2012, en Rev. de Derecho de Daños, 2014-1-19.

99 YÁÑEZ VIVERO, Fátima, El Proyecto argentino de Código civil y Comercial: análisis de la responsabilidad civil desde la perspectiva comparada de un nuevo derecho de daños, Rev. Derecho de daños 2014-2-172.

100 MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad civil contractual o extracontractual: ¿Unidad o separación? En Congreso Internacional de Responsabilidad civil. Fazendo Justiça no Terceiro Milênio, Blumenau, Brasil, 1995, vol. 1, pág. 128.



La Escuela en las Redes Sociales



PORTAL ENJ



ENJ WEB



FLICKR



ENJ WEB



ENJ PORTAL

ACONTECER



PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y CIBERCRIMINALIDAD

Extracto de ponencia realizada durante el Congreso Internacional sobre Cibercriminalidad y Evidencia Digital, organizado por la Escuela Nacional de la Judicatura en octubre del año 2018

Introducción: comprendiendo la realidad actual

El Internet, y junto a éste el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs), ha sido sin duda un invento revolucionario, encontrándose en la actualidad más del cincuenta por ciento (50%) de la población mundial conectada al llamado ciberespacio. Hoy en día hablamos de comercio electrónico, banca en línea, gobierno digital, del uso de **big data**, redes sociales y de perfiles en línea, como parte de nuestra cotidianidad, sin olvidarnos de que ya tiene presencia la inteligencia artificial y el Internet de las cosas (IoT), con los dispositivos inteligentes e interconectados, que sin duda nos llevará a un "Internet de las

personas", encaminándonos a una web de la predictibilidad. Las personas se encuentran representadas a través de sus datos en el mundo digital, coexistiendo con nuestra realidad "física" una realidad "virtual" que también debe ser protegida.

Dentro del contexto actual resulta relevante la protección de los datos, y muy particularmente de los datos personales, los que se han vuelto un blanco codiciado y casi primario de la ciberdelincuencia. No es vano el Reporte de Riesgo Global de 2018 realizado por el Foro Económico Mundial, muestra como el riesgo a sufrir ciberataques, así como al

fraude y robo masivo de la información se ha intensificado, apareciendo en la lista de los cinco principales riesgos globales por probabilidad de ocurrencia y los ciberataques dentro de los diez de mayor impacto, transformándose en una preocupación de carácter mundial junto a los desastres naturales y el cambio climático.

En una investigación realizada por Verizon se revela que tan sólo en el año 2017 se reportaron más de 53,000 incidentes de seguridad de los cuales 2,216 fueron exitosos, siendo la tendencia el sufrir ciberataques de denegación de servicios (DoS), marcados por la ingeniería



social y programas maliciosos como los **ransomware**, donde ya no se habla del secuestro de personas sino de datos, estando a la cabeza los ataques realizados por **hackers** y los resultantes de descarga de archivos y/o programas maliciosos.

La cibercriminalidad no para de evolucionar, enfrentándonos no a aficionados que intentan probar sus habilidades técnicas, sino a bandas de crimen organizado las que llevan a cabo el 50% de los ciberataques y al cibercrimen ofrecido como “un servicio” en línea (CaaS), poniendo disponibles herramientas y plataformas a personas sin conocimiento técnico especializado para fines delictivos, siendo la motivación principal el obtener beneficios económicos y estimándose el costo de la misma en unos seiscientos mil millones de dólares.

El robo masivo de información se ha convertido en una preocupación de todos, yendo de la mano con la necesidad de salvaguardar los datos personales y la privacidad en la línea, frente a una cibercriminalidad creciente.

Igualmente, vemos cada vez más la monetización de la información y como los casos de robo masivo de data se han multiplicado, sumándose al ya conocido caso de Yahoo donde se vieron expuesto datos de miles de millones de sus usuarios, tales como nombres, números de teléfono, fechas de nacimiento, contraseñas cifradas y preguntas de seguridad, sucesos como el de Ticketfly, una empresa de distribución de tickets, que en el año 2018 fue víctima de un ciberataque siendo accedida información personal de más de 26 millones usuarios, incluyendo nombres, direcciones e mails; o el del Banco de Montreal y Simplii Financial, dos bancos canadienses, que vieron comprometida información financiera de aproximadamente 90 mil de sus clientes; en el año 2017, Equifax, un buró de crédito vio expuestos datos crediticios e información personal de más de 143 millones de sus usuarios; o en 2016 el 21st Century Oncology, donde el proveedor de servicios de salud vio accedida información personal y de salud de más de 2 millones de sus pacientes, incluyendo los números de seguro social, los nombres de los médicos, los diagnósticos, el tratamiento y la información del seguro; en 2015 el caso de Anthem, el segundo asegurador de Estados Unidos, vio comprometida información de 80 millones de sus clientes, incluyendo nombres, fechas de nacimiento, números de seguridad social, direcciones, teléfonos, email, información laboral, o en 2012

donde se descubrió que había sido orquestado un ataque masivo obteniendo informaciones de tarjetas de crédito, debito y cuentas bancarias de más de 160 millones de compradores. La lista parece interminable apareciendo casos relacionados con empresas como Ebay, Target, Home Depot, Heartland, Adobe, Uber, Sony's PlayStation Network hasta con la Agencias de Transporte Sueca y con la Milicia, la Fuerza Armada, el Departamento de Defensa y la Oficina de Gestión del Personal estadounidense, siendo preocupante no solo la cantidad de personas afectadas, sino la sensibilidad de los datos involucrados y la capacidad de los individuos de tener conocimiento de que sus datos han sido expuestos y la pérdida de control sobre ellos.

El robo masivo de información se ha convertido en una preocupación de todos, yendo de la mano con la necesidad de salvaguardar los datos personales y la privacidad en la línea, frente a una cibercriminalidad creciente. Datos que tienen un valor en el mercado negro y en la **dark web**, viabilizando la comisión de otros ciberdelitos, como la suplantación de identidad, el fraude informático, el acceso no autorizado y la transferencia de fondos, entre otros. Como bien señala el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos “**Si no se toman**

La protección de los datos personales va de la mano con la salvaguarda del derecho a la privacidad, derecho humano internacionalmente reconocido y protegido en nuestra Constitución en su artículo 44, prerrogativa que se extiende a tener control sobre la recolección, acceso, uso, calidad y anonimidad de los mismos, partiendo nuestra Carta Magna de que todo tratamiento de los datos e informaciones personales o sus bienes deberá hacerse respetando los principios de calidad, licitud, lealtad, seguridad y finalidad.

a tiempo medidas adecuadas, las violaciones de la seguridad de los datos personales pueden entrañar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales para las personas físicas, como pérdida de control sobre sus datos personales o restricción de sus derechos, discriminación, usurpación de identidad, pérdidas financieras, reversión no autorizada de la seudonimización, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, o cualquier otro perjuicio económico o social significativo para la persona física en cuestión".

Datos personales y cibercriminalidad: la respuesta legislativa dominicana

La protección de los datos personales va de la mano con la salvaguarda del derecho a la privacidad, derecho humano internacionalmente reconocido y protegido en nuestra Constitución en su artículo 44, prerrogativa que se extiende a tener control sobre la recolección, acceso,

uso, calidad y anonimidad de los mismos, partiendo nuestra Carta Magna de que todo tratamiento de los datos e informaciones personales o sus bienes deberá hacerse respetando los principios de calidad, licitud, lealtad, seguridad y finalidad.

A este respecto la República Dominicana cuenta con la Ley 172-13, que tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados del 15 de diciembre de 2013, la cual deja mucho que desear, y la que, si bien busca la protección integral de los datos personales de las personas naturales, siendo indiferente si son digitales o manuales, reconociéndoles los derechos de acceder, rectificar, actualizar y solicitar la destrucción de sus datos, no establece un órgano regulador, excepto para las informaciones financieras que se infiere será la Superintendencia de Bancos, lo que dificulta

su correcta aplicación. Igualmente el texto no prohíbe la toma de decisiones basados únicamente en tratamiento automatizado de datos, ni establece como condición para la transferencia internacional de datos que la misma se realice a países que contemplen un nivel de protección similar al definido por la ley, lo cual no deja de ser cuestionable.

Cabe también acotar que la misma no contempla aspectos como el reconocimiento de un derecho al olvido, el derecho a la limitación del tratamiento y, por qué no, a la generación misma de la información, el derecho de ser informado en caso de que su información se haya visto comprometida, entre otros nuevos elementos que se han revelado como necesarios para proteger a las personas en el mundo digital, y muchos de los cuales van siendo reconocidos a nivel internacional, tomando como ejemplo el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea. Ni hablar de que en ella se planteen conceptos como el *privacy by desing*.



La Ley 172-13 de protección de datos personales contempla sanciones penales, estableciendo en su art. 84 como pena excepcional una multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos vigentes la violación a la vida privada en caso de "1. Insertara o hiciera insertar, a sabiendas, datos falsos en un archivo de datos personales, de manera dolosa o de mala fe. 2. Proporcionara, de manera dolosa o de mala fe, información falsa a un tercero, contenida en un archivo de datos personales. 3. Accediere a sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, de cualquier forma, a un banco de datos personales. 4. Revelare a otra información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley", como si todos estos hechos tuvieran la misma gravedad y consecuencias similares para los afectados, y obvia penalizar el uso y tratamiento no autorizados de esos datos, así como su recolección no autorizada.

A esto se suman las sanciones establecidas en los artículos 86 y 87, las cuales están orientadas a los datos tratados por una Sociedad de Información Crediticia (SIC), donde se establece multa que van desde los diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos la violación a la vida privada en caso acceso de un suscriptor a informaciones personales sin autorización del titular; de diez (10) a cien (100) salarios mínimos vigentes en caso de uso distinto al

consignado; veinte (20) a cien (100) salarios mínimos vigentes cuando se acceda de manera fraudulenta usando claves de acceso que no le pertenecen; prisión de seis (6) meses a un año en caso que utilice o facilite un reporte de crédito proveniente de una Sociedad de Información Crediticia (SIC) con la finalidad de la comisión de un delito y en caso de que haya tenido como finalidad facilitar la comisión de un crimen, será sancionado con la prisión que establezca el Código Penal vigente para los cómplices. A lo que añade el art. 88 sanciones de seis (6) meses a dos (2) años, y una multa de cien (100) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos vigente, a quien, fuera de los fines establecidos en esta ley, divulgue, publique, reproduzca, transmita o grabe el contenido parcial o total de un reporte de cualquier tipo proveniente de una Sociedad de Información Crediticia (SIC), referente a un titular de los datos, en cualquiera de sus manifestaciones, en cualquier medio de comunicación masiva, sea impreso, televisivo, radial o electrónico.

Este esquema de sanciones deja mucho que desear, pues establece mayor peso a las violaciones relativas a datos personales gestionados por las Sociedad de Información Crediticia, como si éstos tuviesen mayor importancia que otros de datos personales, limitando incluso solo a estos casos la penalización para usos delictivos, no planteándose el castigar el uso de datos personales con fines discriminatorios

o la manipulación de los datos de sensibles, ni la penalización de la recolección ilegítima de datos. Aun más sorprendente es la divergencia de las penas, que no parecen seguir ninguna lógica ni siguiera entre ellas y que resultan incluso inferiores a las contempladas en la Ley 53-07 de crímenes y delitos de alta tecnología, que contempla casos similares con sanciones más importantes.

Por último establece en su art. 88 una sanción general a quienes viole las disposiciones contenidas en la ley de prisión correccional de seis (6) meses a dos (2) años, y una multa de cien (100) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos vigente, quedando por ver que entraría dentro de este tipo penal de amplia definición ¿la recolección de datos no consentida?, ¿la violación de la finalidad?, ¿la vulneración al deber de seguridad?

Ahora bien, podemos considerar que la protección de los datos personales frente a la cibercriminalidad no se limita a un tratamiento "adecuado" y "legítimo", sino que va mucho más allá, surgiendo la creciente necesidad de garantizar su ciberseguridad. Se habla entonces de la proteger la confidencialidad, integridad, y disponibilidad de los datos, incluyendo no solo los datos personales sino también de los negocios e incluso información estatal y los sistemas relacionados. Se busca garantizar que sólo las personas apropiadas tengan acceso a la información según su nivel

de autorización (confidencialidad), que los datos sean confiables y correctos, conservando su forma original al ser transmitido, tratado o almacenado (integridad) y que las personas autorizadas puedan acceder de manera segura y oportuna a las informaciones y sistemas (disponibilidad).

No en vano el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, del 23 de noviembre de 2001, también conocido como el Convenio de Budapest, principal instrumento internacional en la materia, aborda en su parte sustantiva los denominados delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos. Convenio de aplicación en nuestro país, pues fue ratificado por República Dominicana el día 7 de febrero de 2013, y al que responde la Ley 53-07 sobre Crímenes y Delitos de Alta Tecnología del 23 abril de 2007. Esta pieza normativa establece en sus considerandos que las tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) se erigen como un nuevo soporte para la comisión de delitos tradicionales e introduce nuevas conductas antisociales a sancionar, así como la agravación de otras ya tradicionalmente reconocidas, por la magnificación del daño que implica su utilización, como sucede por ejemplo con el caso de la difamación o la injuria, señalando esta norma que las TICs brinda "un nuevo soporte para la comisión de delitos tradicionales" y crea "nuevas modalidades de infracciones y hechos no incriminados".

Nuestro legislador opta así por incorporar al Derecho Penal sustantivo nuevos bienes jurídicos que podrían considerarse intermedios. Así, la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos se transforman en valores a ser protegidos en sí mismos, al margen de que con ello se garanticen, directa o indirectamente, otros bienes jurídicos tradicionalmente reconocidos como la privacidad, sin por ello dejar de ponderarlos dentro de otros tipos penales.

La Ley 53-07 sobre Crímenes y Delitos de Alta Tecnología contempla un capítulo para los delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos, con un catálogo más amplio que el de la Convención de Budapest, donde se tipifican como conductas a ser sancionadas la utilización de códigos de acceso (Art. 5), la clonación de dispositivos de acceso (Art. 5, párrafo), el acceso ilícito en sí mismo (Art. 6), el uso de datos por acceso ilícito (Art. 6, párrafo I), la explotación ilegítima del acceso inintencional (Art. 6, párrafo II), el acceso ilícito para servicios a terceros (Art. 7), el beneficio de actividades de un tercero (Art. 7, párrafo), el uso de dispositivos fraudulentos (Art. 8), la interceptación e intervención de datos o señales (Art. 9), el daño o alteración de datos (Art. 10) y el sabotaje a los sistemas (Art. 11), estableciendo penas que pueden alcanzar hasta los 10 años de prisión y quinientas (500) veces el salario mínimo.

Dentro de estos, llama particularmente nuestra atención el art. 9 de la Ley 53-07 que penaliza el hecho de interceptar, intervenir, injerir, detener, espiar, escuchar, desviar, grabar u observar, en cualquier forma, un dato, una señal o una transmisión de datos o señales, perteneciente a otra persona por propia cuenta o por encargo de otro, sin autorización previa de un juez competente, desde, a través o dirigidas a un sistema electrónico, informático, telemático o de telecomunicaciones, o de las emisiones originadas por éstos, materializando voluntaria e intencionalmente la violación del secreto, la intimidad y la privacidad de las personas físicas o morales, siendo un artículo de necesaria referencia, pues hace mención de la protección del secreto, la intimidad y la privacidad como elementos tipificantes.

Un dato interesante es que en el mismo se salvaguarda los datos o señales tanto de las personas físicas como de las personas morales, reconociéndose un cierto ámbito de secreto a las personas jurídicas, siguiendo la línea de la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos de 16 de abril de 2002 contra Francia, en la cual se consideró que las personas morales tienen derecho a la protección de su sede social bajo, debiendo ser respetada su "vida interior".

Asimismo, cabe destacar dentro de los llamados delito de contenido tipificados por la Ley 53-07 07 de



Crímenes y Delitos de Alta Tecnología, el art. 17 sobre suplantación de identidad, al ser una técnica muy utilizada para la obtención de datos personales, como es el **phising** o el **baiting**, siendo el primero la modalidad imperante en la ingeniería social empleada por los cibercriminales, siendo sancionada con penas de tres meses a siete años de prisión y multa de dos a doscientas veces el salario mínimo.

Igualmente, no podemos dejar de mencionar el art. 19, que sanciona con la pena de seis meses a dos años de prisión y multa de cinco a quinientas veces el salario mínimo el uso, sin causa legítima o autorización de la entidad legalmente competente, de sistemas electrónicos, informáticos, telemáticos, de telecomunicaciones, o dispositivos que puedan servir para realizar operaciones que atenten contra la privacidad en cualquiera de sus formas. Su amplia definición nos hace preguntar qué los tribunales consideraran dentro de este tipo penal, ¿la recolección y tratamiento masivo no autorizado de información?, ¿proceso de **data mining**?, ¿la apropiación de informaciones residuales (**scavenging**) y su tratamiento?, ¿la implementación de cualquier tratamiento ilegítimo?, ¿el robo a gran escala de información?, ¿sería necesaria la creación de un tipo penal específico y agravado para estos casos a sabiendas de que los cibercriminales lo utilizan como parte de un eslabón primario en la comisión de otros ciberdelitos

y por el impacto masivo de su comisión?

Se revela como un elemento importante el garantizar la seguridad de los datos y sistemas que son utilizados y/o gestionados, a sabiendas de que las personas siguen siendo el eslabón más débil de la cadena de protección. Ello requiere una toma de consciencia global sobre la importancia de la protección de los datos personales y de garantizar su ciberseguridad. Si bien hoy día se habla de mejorar la capacidad de resiliencia de los sistemas, no solo de prevenir y defenderlos, partiendo de que serán con certeza objeto de ciberataques, pero debemos tener claro que en el caso particular de los datos personales, una vez que ellos son expuestos difícilmente es reparable el daño causado. No todo es tan fácil como cambiar de número de tarjeta de crédito o cambiar de correo electrónico, con los inconvenientes que esto nos pueda traer, imaginen el tener que cambiar nuestro nombre, documento de identidad o de dirección para recuperar nuestra privacidad, a lo que se suma que en algunos casos resulta sencillamente imposible, como ocurre con los datos relativos a nuestras huellas digitales, las que nos acompañan de por vida. El garantizar y recuperar el control sobre nuestra información personal, con todo lo que puede implicar la pérdida del mismo en un mundo interconectado se

revela como un gran reto actual y dentro del marco escenario de la cibercriminalidad.

Nos preguntamos así si la configuración normativa actual es suficiente. Si bien es cierto que la ley 53-07 de Delitos de Alta Tecnología viene a la defensa de los datos y sistemas, no es menos cierto que la protección integral de los datos personales y del derecho a la privacidad se tambalea frente a una legislación deficiente como es la 172-13 de Protección de Datos Personales, la que debió crear mecanismos que permitieran prevenir su mal uso y tratamiento y condicionar la utilización de la tecnología al respeto de tales derechos, pero que se quedó corta, y la que necesariamente deberá ser objeto de modificación si queremos responder a los retos actuales en la materia y garantizar una debida protección de los mismos.

No podemos dejar de destacar las palabras de Walter Peissel quien señala que la "discusión sobre la privacidad no es sólo sobre 'derechos'; es también sobre la filosofía de la autonomía y de la libertad (...)". Cabe entonces replantearse cuál sería la forma ideal para estructurar el funcionamiento de este mundo digital y de las tecnologías que lo soportan y atrevernos a cuestionar sus cimientos.

CÍRCULO DE ESTUDIOS JUDICIALES



LENGUAJE JURÍDICO CLARO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

"El Derecho sería indecible sin la lengua e ininteligible y no democrático sin un buen lenguaje".

Jesús Prieto de Pedro.

Ludwing Wittgenstein, filósofo, lingüista y lógico australiano, en su obra *Tractatus Logico-Philosophicus* expresa *"los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo"¹⁰¹*. Lo enunciado por Wittgenstein a simple vista permite destacar una estructura oracional simple, creemos sin embargo que el alcance de lo expresado mantiene hoy igual o quizás

¹⁰¹ WITTGENSTEIN, Ludwig; "Tractatus logico-Philosophicus. Investigaciones Filosóficas. Sobre la Certeza". Estudio Introductorio por Isidoro Reguera. Editorial Gredos, Madrid. 2009. ISBN:97-84-249-3619-8. Pág.105

mayor vigencia que en la época en que el autor hizo la afirmación. Esto así, porque Isidoro Reguera, en el estudio introductor de la edición del *Tractatus Logico-Philosophicus* consultado y citado, señala que *"el objetivo de Wittgenstein fue siempre paz y claridad en los pensamientos, un pensamiento honrado con lo que se dice y en la forma de decirlo; una filosofía como actividad clarificadora del pensar, no teoría doctrinal, porque sus problemas tradicionales se basan siempre en un mal uso de la lógica, de la gramática, o de nuestro lenguaje"¹⁰²*.

¹⁰² Ibidem; Pág. XLII.

En la actualidad los individuos en esta sociedad global viven urgidos de que las ideas le sean comunicadas con la mayor claridad y precisión posible para poder asimilarlas rápidamente. En este contexto, la claridad o precisión del mensaje a recibir o transmitir, dependerá de nuestras fortalezas y debilidades en el lenguaje como herramienta para comunicarnos entre sí. Por tal razón, es importante recordar que los problemas en nuestro lenguaje pueden incidir directamente en nuestra capacidad para expresar nuestros pensamientos. De ahí que nuestras limitaciones lingüísticas se constituyan a su vez, siguiendo la línea de Wittgenstein, en dos limitaciones: a) para acceder al



conocimiento de nuestro entorno; b) para desarrollar nuestras habilidades comunicacionales para emitir o recibir un mensaje. Todo esto en razón de que *“el lenguaje como lo han descrito muchos lingüistas, es un código que reposa sobre una convención establecida y compartida por los miembros de un mismo grupo social. En este sentido, se puede considerar como un sistema que se compone de sustitutos representativos que contienen una significación convencional. Este carácter convencional garantiza la denotación, que en realidad es el aspecto representativo del lenguaje. Sin embargo, el lenguaje está impregnado de connotaciones fruto de la interacción entre los miembros hablantes. En la interacción que tiene lugar a través del lenguaje, sistema simbólico, hay una comunicación de los significados culturales que son el producto acumulativo del pensar colectivo e individual”*¹⁰³.

Los jueces en el cumplimiento de su deber como ente de una sociedad, tienen que hacer uso del lenguaje para comunicar su pensamiento a través de los razonamientos que deben constar en cada decisión jurisdiccional que dicten, en el cual inciden tanto los elementos cognitivos del juez como aspectos de la sociedad en la que llevan a cabo su función.

Debe señalarse que las reflexiones anteriores, aunque correspondan a la esfera del lenguaje en sentido general, aplican al ámbito del derecho y de manera concreta, a propósito del presente artículo a las decisiones que deben ser tomadas en el marco de un proceso judicial. Al respecto conviene recordar lo que afirma el sociólogo francés Pierre Bourdieu *“sí, como señala Austin¹⁰⁴, hay enunciados que no sólo*

*tienen por función describir un estado de cosas o afirmar un hecho cualquiera, sino también ejecutar una acción, es porque el poder de las palabras reside en el hecho de que el portador no las emite a título personal: el portavoz autorizado sólo puede actuar a través de las palabras sobre otros agentes y, por medio de su trabajo, sobre las cosas mismas, porque su palabra concentra el capital simbólico acumulado por el grupo que le ha otorgado ese mandato y de cuyo poder está investido”*¹⁰⁵. Esto con la finalidad de que no debe olvidarse que las sentencias judiciales entran dentro de la esfera del género del discurso jurídico y como tal deben ser el resultado del pensar y razonar del o los jueces que conocen de los procesos judiciales puestos a su cargo.

Por consiguiente, los jueces en el cumplimiento de su deber como ente de una sociedad, tienen que hacer uso del lenguaje para comunicar su pensamiento a través de los razonamientos que deben constar en cada decisión jurisdiccional que dicten, en el cual inciden tanto los elementos cognitivos del juez como aspectos de la sociedad en la que llevan a cabo su función. Pues tal y como refería Lev Vygostky *“el*

103 ARBE Mateo, Francisca y ECHEBERRÍA Sagastume, Feli; “Contextos sociocultural y adquisición del lenguaje”. No. III, año 1982, Revista KOBIE (Serie de Antropología Cultural)-Bizkaiko Foru Aldundia-Diputación Foral de Bizkaia. Pág. 65. Disponible en la web: http://www.bizkaia.eus/fitxategiak/04/ondarea/Kobie/PDF/5/Kobie_3_Antropologia_cultural_CONTEXTO%20SOCIOCULTURAL%20Y%20ADQUISICION%20DEL%20LENGUAJE%20.pdf?hash=01790890c432343831a7db43ecbbe09e. Fecha de la consulta [3-2-19]

104 LANGSHAW Austin, John; en su famosa obra “Como hacer cosas con palabras”, a grandes rasgos refiere que las palabras más que instrumentos para describir las cosas, está a su vez implica una acción que produce cambios en la realidad, como por ejemplo las palabras que se pronuncian en un bautismo, producen un cambio en el estatus de la persona de no bautizada a bautizada; lo mismo

que ocurre cuando las personas dicen “sí, acepto” frente a un oficial del Estado Civil, en ocasión a la celebración de un matrimonio, esa expresión produce un cambio en la realidad porque las personas pasan del estado de soltería al estado de casado.

105 BOURDIEU, Pierre. “¿Qué significa hablar? Economía de los intercambios lingüísticos. Ediciones Akal, Madrid. 2008. ISBN: 978-84-460-2950-2. Pág.89

*lenguaje desempeña algún papel en la comunicación de aspectos tanto cognitivos como socio-afectivos con los demás. Destacó la esencia social del lenguaje humano, y, por consiguiente, el fundamento social de su adquisición*¹⁰⁶.

De aquí se extrae el motivo para que en este artículo abordemos de manera reflexiva como los aspectos iusfilosóficos de la relación lenguaje-derecho y el uso de un lenguaje jurídico claro inciden en la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva. De manera concreta en el derecho que tienen los ciudadanos a obtener una resolución motivada, el cual junto con los derechos al acceso a la justicia y a que las decisiones judiciales puedan ser ejecutadas, constituyen los elementos básicos de esta garantía constitucional.

Aspectos iusfilosóficos sobre la relación lenguaje y Derecho

De inicio vale precisar, que la discusión respecto de la relación entre lenguaje y derecho no gira en torno a si existe o no esta relación, pues al fin y al cabo como refiere Riccardo Guastini *“independientemente de cuál sea el grado de sofisticación conceptual con los que afrontamos el derecho-hay una cosa clara: el derecho-o al menos el derecho moderno-es (esencialmente) un fenómeno lingüístico. Dicho de manera sencilla: el derecho es un*

*discurso*¹⁰⁷. El ámbito de la discusión versa sobre las preguntas acerca de ¿cuál es la naturaleza del lenguaje en el derecho? y ¿cómo se da la relación entre lenguaje y derecho?

Respecto de la primera interrogante, si partimos que una de las acepciones consultadas de la palabra discurso, refiere a que puede ser definido como una *“serie de las palabras y frases empleadas para manifestar lo que se piensa o se siente”*¹⁰⁸; esta acepción consultada, nos permite señalar que el derecho como discurso está compuesto por una serie de palabras que organizadas respetando las reglas de la sintáctica y la cohesión del lenguaje, manifiestan en forma de enunciados el contenido normativo que caracteriza en sentido general al derecho. Esto último coincide, con lo que expone Aulis Aarnio, cuando al referirse sobre la relación entre lenguaje y derecho expresa: *“quien se relaciona con los sistemas jurídicos se convierte, en cierto sentido, en un prisionero del lenguaje. Las normas jurídicas se manifiestan a través del lenguaje. Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje. Incluso si en ocasiones es incierto lo que está escrito en la ley, todo el material interpretativo, como los*

*debates legislativos (trabajos preparatorios), se materializa también en el lenguaje escrito*¹⁰⁹”.

Al mismo tiempo lo expuesto por Aarnio, si bien reafirma la relación entre lenguaje y derecho, permite a su vez establecer dos aspectos. El primero consiste en que la naturaleza del lenguaje del derecho se desarrolla en un contexto normativo, tomando sentido que hablemos en el marco del derecho, de un lenguaje de naturaleza *“normativa o prescriptiva”*¹¹⁰. Y el segundo va en el sentido de que el lenguaje del derecho, o más bien el lenguaje jurídico, se considere un tipo especial del lenguaje, en el que los conceptos que describen el derecho deben ser expresados con apego a las reglas del lenguaje, bien se considere a este último como un instrumento usado por el derecho, o bien se considere que el lenguaje constituye el derecho.

El análisis precedente, permite hacernos cargo ahora de nuestra segunda interrogante sobre ¿cómo se da la relación entre lenguaje y derecho?, la cual hemos planteado en la parte inicial de este apartado. Ante todo, advertimos que la respuesta a la misma no ha sido para nada pacífica en los albores iusfilosóficos. Así lo advierte Javier Orlando Aguirre

106 ARBE Mateo, Francisca y ECHEBERRÍA Sagastume, Feli; “Contextos sociocultural y adquisición del lenguaje”. Ops. Cit. Pág. 66.

107 GUASTINI, Riccardo; “La Sintaxis del derecho”. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid, España. 2016. ISBN: 978-84-9123-41-0. Pág. 41

108 Real Academia Española; Consultada en línea: <https://dle.rae.es/?id=DtpVc7a> Fecha de la consulta [3-2-19]

109 AARNIO, Aulis; “Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos de Filosofía del Derecho”; Distribuciones Fontamara, S.A., México; 2da. Reimpresión, 2009. ISBN 978-968-476-242-8. Pág. 12

110 Guastini, Riccardo, se refiere a este aspecto bajo el concepto de lenguaje normativo o prescriptivo, en su obra “La Sintaxis del derecho”, página 42; citada anteriormente.

Román, en su artículo publicado en la revista Opinión Jurídica bajo el título *“La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico”*. En el referido artículo el autor señala que no es suficiente con presuponer la relación de la que hemos venido hablando sino que es necesario describir como se concretiza dicha relación.

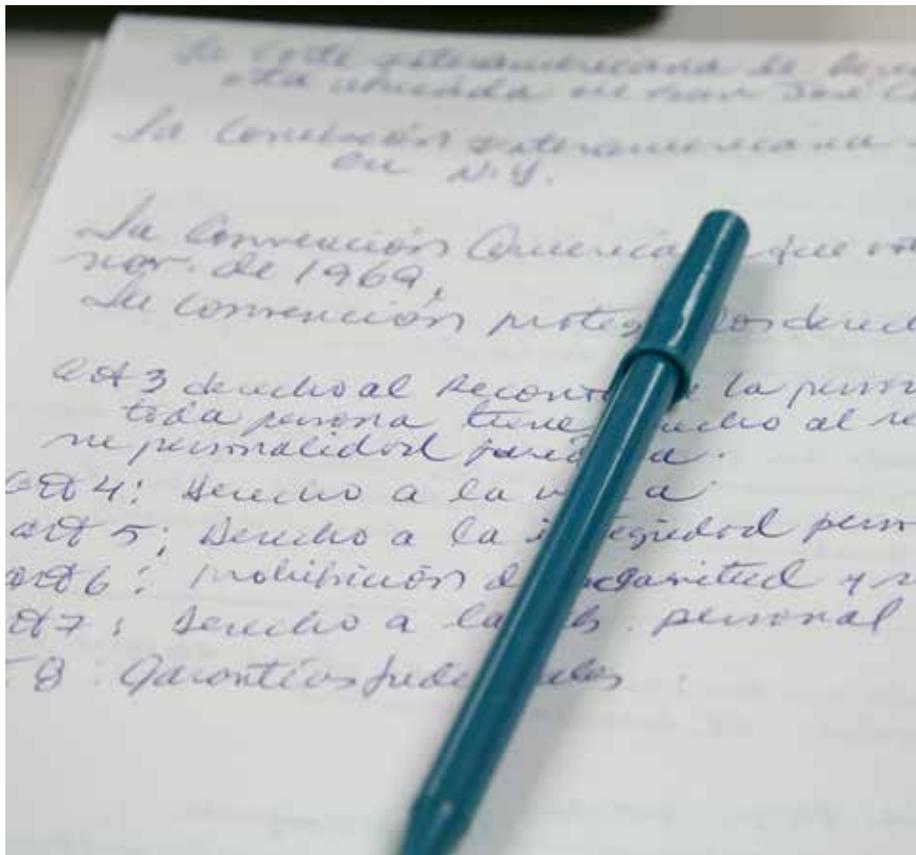
Al respecto refiere Aguirre Román, que él *“pudo detectar múltiples y diversas las formas en la que los iusteóricos han definido e interpretado esta realidad. Sin embargo, se podrían distinguir dos formas diferenciadas plantear la relación*

*lenguaje-derecho en las teorías que han abordado el problema. Estas fueron las llamadas: a) instrumentalista y b) constitutiva”*¹¹¹. Abordaremos de manera sintetizada alguna de las características de estos enfoques para no desbordar el alcance de nuestro artículo. Para ello, seguiremos su propuesta, el cual plantea un abordaje en tres

111 AGUIRRE Román, Javier Orlando; “La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico”; Opinión Jurídica, Vol.7, No.13, pp.139-162-ISSN 1692-2530-Enero-Junio de 2008, Universidad de Medellín, Colombia. Página 142. Disponible en: <https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/695/La%20relaci%20lenguaje%20y%20derecho%20J%20Habermas%20y%20el%20debate%20iusfilos%20f%20ico.pdf?sequence=2&isAllowed=y> Fecha de consulta [10-2-19]

niveles: *“a) el primer nivel que hace referencia a la forma inicial y básica en que se concibe la relación lenguaje-derecho; b) el segundo nivel que se construye alrededor de la discusión sobre el tipo de lenguaje que es o usa el derecho y sobre su relación con el lenguaje natural y los posibles problemas que de ello resultan y el tercer nivel, que hace referencia a la forma como para los dos enfoques es interpretado o producido el lenguaje jurídico”*¹¹². Veamos el siguiente cuadro que resume las características cada enfoque abordadas por el autor:

112 Ibidem; Pág. 143



abcpedia.com

La historia está cargada de eventos que dejan sentado el deseo de que el lenguaje jurídico como un tipo de lenguaje especializado se caracterice por la claridad y la precisión de los enunciados normativos que lo componen.

Niveles	Enfoque Instrumentalista	Enfoque Constitutivo
Primer Nivel	<p>El derecho usa el lenguaje. Enfoca la relación desde un punto de vista instrumental en el sentido de que el derecho utiliza el lenguaje para comunicar su contenido. De esta manera plantea que el derecho preexiste al lenguaje y que lo utiliza para expresar su contenido, es decir, las normas jurídicas.</p>	<p>El derecho es lenguaje. Para este enfoque el lenguaje no es un instrumento ni el derecho es algo que se exprese a través del lenguaje, sino más bien que <i>“el derecho es constituido en el lenguaje y por el lenguaje”¹¹³</i>.</p>
Segundo Nivel	<p>Los instrumentalistas plantean que las causas de los problemas del derecho vienen dadas por los problemas propios del lenguaje. Debido al lenguaje es que en el derecho se evidencian problemas de ambigüedad, vaguedad y carga emotiva en las normas jurídicas.</p> <p>Los instrumentalistas reducen los problemas del derecho a problemas semánticos y lógicos.</p>	<p>Deja de lado la existencia de dos tipos de lenguajes, el lenguaje técnico y el lenguaje natural. En cambio, centra su análisis en las características propias de ese lenguaje que es el derecho. Este enfoque indaga sobre la ontología del lenguaje mismo y, muy especialmente, por los actos que hacen posible la estructura del lenguaje jurídico.</p>
Tercer Nivel	<p>Para este enfoque el derecho existe con independencia del lenguaje, la actividad de interpretación en el derecho se concibe como actos posteriores.</p> <p>Para los instrumentalistas una cosa es el derecho que preexiste, luego el sujeto bien sea judicial o doctrinal utiliza el lenguaje para interpretar el derecho y finalmente está el resultado que es la interpretación obtenida mediante el uso del lenguaje para analizar el derecho.</p>	<p>El proceso interpretativo del derecho es visto como los instrumentalistas sino más bien como un proceso pragmático en el que tiene suma importancia la comunidad jurídica.</p> <p>Para el enfoque constitutivo, que en el proceso de interpretación del derecho no es suficiente la solución de diccionario y de carácter lógico de los instrumentalistas, sino que, para el enfoque constitutivo, refiere Javier Orlando Aguirre Román, citando a Aarnio, <i>“en la interpretación jurídica no sólo es significativa la relación entre quien dicta el texto (legislador) y quien lo interpreta (el juez o el funcionario de la administración). También se tiene que tomar en cuenta la relación del intérprete con otros miembros de la audiencia interpretativa o de la comunidad jurídica”¹¹⁴</i>.</p>

Fuente: Tabla de elaboración propia.

113 Ibid. Pág. 146

114 Aarnio, Aulis; Ops. Cit. Pág. 27



El cuadro anterior resume las dos posturas que en el ámbito filosófico se han desarrollado respecto de la relación lenguaje y derecho. La comprensión de estos aspectos contribuye a comprender con mayor precisión, la actividad del juez como intérprete de las normas jurídicas. Pero más aún, conocer estos enfoques facilita comprender las incidencias que tienen los aspectos lingüísticos en su función jurisdiccional. Esto en razón, del enfoque instrumentalista que le permite percibir la importancia y utilidad de los métodos de interpretación jurídica; en cambio el enfoque constitutivo reconoce que el juez aplique e interprete las normas de forma coherente con la comunidad jurídica a la que pertenece, reivindicando de esta forma el carácter social del lenguaje que referimos más arriba con Vygotsky.

En síntesis, ambos enfoques influyen de manera positiva para la consecución de la claridad en el lenguaje jurídico. Esto así, porque del carácter de necesidad entre lenguaje y derecho que se infiere de ambos enfoques, nos permite advertir que los juristas deben ser conscientes de que en su ejercicio profesional deberán enfrentarse a dos problemas, a saber: a) el problema cómo expresar lo que es el derecho, y b) el problema de cómo expresar lo que el derecho dice. De ahí que, si aplicamos lo expresado por Wittgenstein al inicio de este artículo, la forma de los operadores

jurídicos se hagan cargo de estos problemas, dependerá de los límites del lenguaje, bien sea del enfoque instrumentalista, o bien del enfoque constitutivo, por ello el elemento de la claridad en el lenguaje juega un papel determinante para afrontar los problemas enunciados. Estas razones hacen necesario, que a continuación realicemos algunas puntualizaciones sobre la claridad en el contexto del lenguaje jurídico.

La claridad en el lenguaje jurídico

A partir de las percepciones iusfilosóficas expuestas, conviene ahora reflexionar sobre el rol que juega la claridad en el marco del lenguaje jurídico. Puesto que el lenguaje normativo o prescriptivo que hemos dicho caracteriza el derecho debe ser lo suficientemente claro para que los ciudadanos puedan comprender cuales son las conductas autorizadas, prohibidas o permitidas que por medio de las normas regula el Derecho.

Consciente de lo anterior, resulta adecuado indicar que *“el celo por la claridad del lenguaje jurídico es tan antiguo como el propio derecho”*¹¹⁵. Un ejemplo de lo anterior es reseñado por Jesús Prieto de Pedro, cuando señala que en la ley 8 de la primera partida en la ley de las siete partidas de Alfonso X El Sabio, cuando establece: *“Las leyes*

han de ser cumplidas y cuidadas y miradas para que sean hechas con razón y las cosas hechas según naturaleza; las palabras de las leyes han de ser claras para que todo hombre la entienda y guarde en su memoria: Otrosí deben ser sin escasez y sin punto para que los hombres del derecho saquen razones torcidas por su maldad, y muestren la mentira por verdad y la verdad por mentira”.

En consonancia con lo anterior, Eduardo García Enterría, en su discurso leído el 24 de octubre del 1994, en ocasión a su recepción como académico de la Real Academia Española, señala que la intención por la claridad de las leyes también estuvo presente en la Revolución Francesa cuando expresa: *“En 1789 la lengua jurídica y administrativa estaba muy lejos de ser imagen de pureza o de cortesía; más bien estaba completamente descalificada respecto de la lengua literaria o mundana, y se le reprochaba su pesadez, su torpeza, su oscuridad, su estilo enredado y penoso, en el que se habían enquistado arcaísmos no sólo jurídicos (los que la Revolución arrasó al abrogar todo el complejo mundo de los «privilegios», justamente), sino también arcaísmos tanto léxicos como sintácticos. Por ello, ha observado el mismo Brunot, los revolucionarios, no obstante, el predominio que los hombres de leyes jugaron en sus Asambleas y Comités, expresaron abiertamente su repudio de este*

¹¹⁵ PRIETO de Pedro, Jesús; “La exigencia de un buen lenguaje jurídico y Estado de Derecho”; Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, N° 140, Mayo-Agosto 1996, págs. 111-130 Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17313> Fecha consulta [10-2-19].

viejo lenguaje, que incluía «formas parásitas, extravagantes, legicidas»...según una Instrucción del Comité de Salud Pública jacobina a sus agentes¹¹⁶.

En el mismo orden de ideas, el numeral 6 del título I del Libro Primero correspondiente al Fuero Juzgo de Juan de la Reguera Valdelomar, en España, de 1798, en el capítulo sobre las cartas legales y el autor de la ley establece: **“Ha de hablar poco y bueno, y juzgar clara y manifiestamente de modo que todos entiendan el contenido de la ley, luego que lo oigan, y lo sepan sin duda ni dificultad alguna¹¹⁷”**.

La historia está cargada de eventos que dejan sentado el deseo de que el lenguaje jurídico como un tipo de lenguaje especializado se caracterice por la claridad y la precisión de los enunciados normativos que lo componen. Otros ejemplos citados por Jesús Pietro de Pedro, son una prueba de lo que afirmamos, a saber: **“Manual de escribientes, de Antonio DE TORQUEMADA (1552); El perfecto Regidor, de Juan CASTILLO Y AGUAYO (1585); El Secretario del Rey, de Francisco BERMÚDEZ DE PEDRAZA (1620);**

Del oficio de Síndico, de Fray Diego BRAVO (1640); Secretario y Consejero de Señores y Ministros, de Gabriel PÉREZ DEL BARRIO (1645); Práctica de Secretarios, de Gaspar EZPELETA Y MALLOL (1723); y, en el siglo pasado, los exitosos libros de Enrique MHARTIN Y GUIX, Guía teórica práctica del escribiente y Vademécum del oficinista (1886)¹¹⁸”. Como puede verse además de las legislaciones citadas en párrafos anteriores, en distintas épocas se redactaron manuales de estilo, con el objetivo común de lograr la claridad en lenguaje, en los actos que funcionarios jurídicos debían realizar.

Aún en la actualidad persiste esta intención de claridad en el lenguaje jurídico, un ejemplo, puede verse en el número 13, volumen I de esta revista Saber y Justicia, edición junio 2018, el Juez Bayoan Rodríguez Portalatín publicó su artículo titulado **“Escribir el Derecho: Comentarios sobre el Libro de Estilo de la Justicia”**. En el referido artículo el juez Rodríguez, nos expone sus reflexiones en torno a la obra. Refiere el autor del artículo, que el texto objeto de sus comentarios, es el resultado de la colaboración interinstitucional entre el Consejo General del Poder Judicial de España, en lo adelante CGPJ, y la Real Academia Española (RAE), la cual estuvo dirigida por Santiago Muñoz Machado. En los comentarios a este libro, se destacan algunos de los principales problemas en

la redacción de un lenguaje jurídico claro, tales como por citar algunos, el uso abusivo de los gerundios, los inconvenientes con las oraciones yuxtapuestas y coordinadas que provocan la existencia de párrafos excesivamente largos, abuso de los párrafos unioracionales, las tautologías y las contradicciones, entre otros.

Asimismo, en el artículo antes indicado, se destaca algunos antecedentes relativamente recientes por la consecución de un lenguaje jurídico claro. Al respecto refiere, **el vademécum de estilo**, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 1993, el **Libro Blanco** de la Justicia, del CGPJ en el año 1997, el **Plain Language Campaign (campana en defensa de un lenguaje jurídico claro)**. A estos eventos agregamos la existencia de dos asociaciones internacionales que tienen como objeto el uso de un lenguaje claro, a saber: a) la Asociación Internacional por un lenguaje claro, conocida por sus siglas en inglés PLAIN; b) la Asociación Internacional que promociona el uso de un lenguaje jurídico claro, mejor conocida como Clarity¹¹⁹.

116 GARCÍA de Enterría, Eduardo; “La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa”. Pág.42. Disponible en la web: http://www.rae.es/sites/default/files/Discurso_Ingreso_Eduardo_Garcia_de_Enterria.pdf consultado en fecha [21-2-19].

117 Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado; “Fuero Juzgo de Juan de la Reguera Valdelomar, 1798”. Madrid, 2015. Disponible en la web: https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-2015-6 fecha de consulta: [13-2-19].

118 PRIETO de Pedro, Jesús; Ops. Cits. Pág.113

119 Asociación Internacional por un lenguaje claro, conocida por sus siglas en inglés PLAIN <https://plainlanguagenetwork.org> ; Asociación Internacional que promociona el uso de un lenguaje jurídico claro, mejor conocido Clarity, que puede ser consultada en su página web <https://clarity-international.net/about/aboutus/>

Por ejemplo, en la página web de la Asociación Internacional por un Lenguaje Claro (Plains), pueden ser descargados los siguientes recursos:

- a) Guía de Lenguaje Claro para los Servidores Públicos de Colombia.
- b) Cómo escribir con claridad— Comisión Europea.
- c) Hacia la modernización del discurso jurídico— Estrella Montolío (ed.).
- d) Estudio de campo: Lenguaje escrito— Comisión para la modernización del lenguaje jurídico, España.
- e) Manual de sentencias— TEPFJ Sala Monterrey, México.
- f) Manual de Lenguaje Claro— Dirección General de Simplificación Regulatoria, México.
- g) Glosario de Términos Legales— Poder Judicial Chile.
- h) Manual Judicial de Lenguaje Claro y Accesible— Poder Judicial Chile.

Cada uno de los ejemplos anteriores, denota que persiste la preocupación actual de instituciones públicas y privadas por el uso de un lenguaje claro y en específico por el uso de un lenguaje jurídico claro. Ahora bien, esta preocupación no es fortuita, la misma tiene una razón, que los es palabras de Jesús Prieto de Pedro, el principio democrático.

Ya que, *“el Estado democrático, en tanto apela a la participación de los ciudadanos en la configuración y en el ejercicio del poder, ha de manifestar su voluntad en un lenguaje accesible al propio pueblo. El lenguaje que no entiende el pueblo no sería, por ello, un lenguaje democrático. El poder, para ser tal, necesita de ciertas ventajas, de ciertas «primas» —como dijera Cari SCHMITT—, pero entre ellas no se puede nunca incluir la de la oscuridad”*.¹²⁰

Ahora bien, qué debe entenderse como lenguaje claro, consideramos que la definición expuesta la Asociación Internacional por un Lenguaje Claro, en su página web, se ajusta a los propósitos de este artículo. El referido organismo, señala que *“una comunicación está en lenguaje claro si la lengua, la estructura y el diseño son tan claros que el público al que está destinada puede encontrar fácilmente lo que necesita, comprende lo que encuentra y usa esa información. El lenguaje claro tiene que ver con poner primero al lector: descubrir qué quiere saber, qué información necesita y ayudarlo a alcanzar sus objetivos. La meta es que un lector pueda entender un documento escrito en lenguaje claro la primera vez que lo lee. Pero el lenguaje claro no solo tiene que ver con la lengua: también incluye el diseño,*

*la disposición y mucho más”*¹²¹. Cada uno de estos aspectos son de vital importancia para el derecho, pero sobre todo para los operadores del sistema de justicia que a diario producen cientos de documentos escritos al que acceden los ciudadanos, como parte de un proceso judicial, o bien como ciudadano que tiene el derecho a saber cómo deciden los tribunales; esto último como parte del control social que puede ser evaluado en las motivaciones de las sentencias judiciales.

Sobre la base de las ideas expuestas, cabe plantearnos una última interrogante ¿Dónde entra finalmente la tutela judicial efectiva en todo este escenario? Hemos señalado que la sentencia pertenecen al género del discurso jurídico y como tal debe ser comunicada haciendo uso tanto del lenguaje en sentido general como de los elementos propios del lenguaje jurídico, el que como hemos visto no está exento del elemento de la claridad que debe tener todo lenguaje.

Aun así es necesario recordar, que independientemente del carácter complejo de la tutela judicial efectiva, las doctrina acepta que para garantizar la misma, los Estados deben respetar tres contenidos básicos que son:) el derecho de acceso a la justicia, b) el derecho a una resolución fundada en derecho;

¹²⁰PRIETO de Pedro, Jesús; ops. Cits. Pág.114.

¹²¹ Plain Language International Association; ¿Qué es el lenguaje claro?. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://plainlanguagenetwork.org/plain-language/que-es-el-lenguaje-claro/>. Consulta [15-2-2019]

y c) el derecho a la ejecución de las sentencias. Siendo la letra b, es decir, en el derecho a una resolución fundada el contexto en el que tienen mayor relevancia los aspectos iusfilosófico de la relación lenguaje-derecho y por vía de consecuencia la claridad del lenguaje jurídico.

Lo antes indicado, ha sido reconocido, en cierta medida por el Tribunal Constitucional Dominicano, ejemplo de esto lo es la sentencia núm. TC/0503/15, de fecha 10 de noviembre de 2015, cuando en dicha sentencia de manera expresa señala: ***“Toda decisión judicial debe estar precedida de una motivación que reúna los siguientes elementos: claridad, congruencia y lógica, para que constituya una garantía al ciudadano de que el fallo que resuelve su causa no sea arbitrario y esté fundado en derecho”***; precedente esté que fue reiterado por el tribunal constitucional en la sentencia núm. TC/0530/17, de fecha 18 de octubre de 2017.

Esta exigencia de claridad en la motivación de las decisiones judicial, no sólo va de la mano con el principio democrático que hemos enunciado anteriormente; sino que también consolida otros principios relacionados, como el de *“la seguridad jurídica, que como síntesis de otros principios (publicidad, legalidad, jerarquía normativa, vinculación de los poderes públicos al ordenamiento jurídico entero...) que expresan la juridicidad del Estado de Derecho, también abundaría en la claridad y*

*certeza normativas; y en está un contenido importante es, sin lugar a duda, no sólo la racionalidad técnica de las normas-de la que se ocupa la llamada legística-,sino también su racionalidad lingüística y comunicativa”*¹²². Todo esto con la finalidad de que el ciudadano que apoderó a un tribunal, por su derecho al acceso a la justicia; pueda recibir no sólo una resolución fundada en derecho sino que además pueda comprender las razones de por qué el tribunal ha tomado determinada decisión en su caso, gracias a que hizo uso de un lenguaje jurídico claro. Pero además, que en lo ordenado por la sentencia no encuentre un obstáculo en su ejecución fundado en la falta de claridad en el lenguaje utilizado, situación que podría degenerar en un problema social además de jurídico. Pues como afirma, el filósofo italiano Antonio Gramsci, *“el lenguaje significa también cultura y filosofía y que, en consecuencia, el hecho lenguaje en realidad es una multiplicidad de hechos más o menos orgánicamente coherentes y coordinados que al penetrar mayoritariamente en la sociedad se convierten en hegemónicos”*¹²³.

Lo afirmado por Gramsci, llevó a Nicolás Sartorius a dos conclusiones con relación al lenguaje y sus efectos en la política. *“La primera conclusión fue que, en política, las palabras son hechos, tienen su propia densidad física y sus efectos pueden*

*ser beneficiosos o catastróficos...no es verdad por lo tanto que las palabras se las lleva el viento. La segunda conclusión fue que, cuanto más se manipula el lenguaje, mayor es el deterioro de la democracia, cuya fortaleza radica en la transparencia, en la claridad y en la verdad. Sin una información veraz, sin una transparencia en la motivación de las decisiones que afectan la cosa pública, la participación de la ciudadanía en la vida política y en la elección de las mejores soluciones a los problemas comunes se deteriora e incluso se hace inviable”*¹²⁴.

Para concluir, si de forma analógica tomamos lo expuesto por Sartorius y lo llevamos al contexto de las reflexiones que hemos venido haciendo en este artículo, podemos concluir sin duda alguna, que la falta de claridad del lenguaje en la motivación de las decisiones judiciales afecta la garantía de la tutela judicial efectiva, dejando espacio libre para incurrir en la arbitrariedad, que refiere el Tribunal Constitucional en el precedente constitucional citado, lo que a su vez afecta los principios de transparencia y de seguridad jurídica como elementos del principio democrático que constituye el pilar de un Estado social y democrático de derecho.

122PRIETO de Pedro, Jesús; ops. Cits. Pág.117.

123 SARTORIUS, Nicolás; “La Manipulación del Lenguaje. Breve diccionario de los engaños”; Editorial Espasa Libros (S.L.U.). España, 2018. ISBN 978-84-670-5288-6. Pág. 17.

124SARTORIUS, Nicolás; ops. cit. Pág.18.



Referencias

Aarnio, Aulis; *“Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos de Filosofía del Derecho”*; Distribuciones Fontamara, S.A., 2da. Reimpresión, México; 2009. ISBN 978-968-476-242-8.

Arbe Mateo, Francisca y Echeberría Sagastume, Feli; *“Contextos sociocultural y adquisición del lenguaje”*. No. III, año 1982, Revista KOBIE (Serie de Antropología Cultural)-Bizkaiko Foru Aldundia-Diputación Foral de Bizkaia. Pág. 65. Disponible en la web: http://www.bizkaia.eus/fitxategiak/04/ondarea/Kobie/PDF/5/Kobie_3_Antrpologia_cultural_CONTEXTO%20SOCIOCULTURAL%20Y%20ADQUISICION%20DEL%20LENGUAJE%20.pdf?hash=01790890c432343831a7db43ecbbe09e. Fecha de la consulta [3-2-19].

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado; *“Fuero Juzgo de Juan de la Reguera Valdelomar, 1798”*. Madrid, 2015. Disponible en la web: https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-2015-6 fecha de consulta: [13-2-19].

Aguirre Román, Javier Orlando; *“La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico”*; Opinión Jurídica, Vol.7, No.13, pp.139-162-ISSN 1692-2530-Enero-Junio de 2008, Universidad de Medellín, Colombia. Página 142. Disponible en: <https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/695/La%20relación%20lenguaje%20y%20derecho%20Jürgen%20Habermas%20y%20el%20debate%20iusfilosófico.pdf?sequence=2&isAllowed=y> Fecha de consulta [10-2-19].

Bourdieu, Pierre. *“¿Qué significa hablar? Economía de los intercambios lingüísticos”*. Ediciones Akal, Madrid. 2008. ISBN: 978-84-460-2950-2.

García de Enterría, Eduardo; *“La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa”*. Pág.42. Disponible en la web: http://www.rae.es/sites/default/files/Discurso_Ingreso_Eduardo_Garcia_de_Enterria.pdf consultado en fecha [21-2-19].

Guastini, Riccardo; *“La Sintaxis del derecho”*. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid, España. 2016. ISBN: 978-84-9123-41-0.

Plain Language International Association; *¿Qué es el lenguaje claro?*. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://plainlanguagenetwork.org/plain-language/que-es-el-lenguaje-claro/>. Consulta [15-2-2019].

Prieto de Pedro, Jesús; *“La exigencia de un buen lenguaje jurídico y Estado de Derecho”*; Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, N° 140, Mayo-Agosto 1996, págs. 111-130 Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17313> Fecha consulta [10-2-19].

Real Academia Española; Consultada en línea: <https://dle.rae.es/?id=DtpVc7a> Fecha de la consulta [3-2-19].

Sartorius, Nicolás; *“La Manipulación del Lenguaje. Breve diccionario de los engaños”*; Editorial Espasa Libros (S.L.U.). España, 2018. ISBN 978-84-670-5288-6.

Wittgenstein, Luding; *“Tractatus logico-Philosophicus. Investigaciones Filosóficas. Sobre la Certeza”*. Estudio Introductorio por Isidoro Reguera. Editorial Gredos, Madrid. 2009. ISBN:97-84-249-3619-8.

PUBLICACIÓN ANTERIOR

Los temas y sus colaboradores fueron:



REVISTA SABER Y JUSTICIA
núm. 14-diciembre-2018

Acontecer:

¿CÓMO FORTALECER LA RELACIÓN ENTRE LA JUSTICIA Y PRENSA?

EL PODER JUDICIAL COMO GARANTE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Encuentro con:

Jorge Jiménez

DIRECTOR DE LA ESCUELA JUDICIAL DE ESPAÑA

Especial:

DISCUSIONES SOBRE BIOÉTICA: VARIOS EXPERTOS OPINAN DESDE DIFERENTES PERSPECTIVAS: **Yomayra J. Martinó Soto, Togarma Rodríguez, Sandra Santana, Daphne Arbaje, Antonia Josefina Grullón Blandino, Matilde Peguero y Julio Arturo Canario Guzmán.**

Conocimiento:

LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (Y DE IGUAL NATURALEZA) POR PARTE DE LAS AUTORIDADES DEL ESTADO

Juan Francisco Carvajal Cabrera

¿POR QUÉ NORMAS ÉTICAS?

Luis Francisco Lozano

HANS KELSEN: LA ACTUALIDAD DE UN CLÁSICO

Ana Jara

EL ROL DE LA ACTIVIDAD ARGUMENTATIVA EN LA APLICACIÓN DE LA SANA CRÍTICA

Ismael Ramírez

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y CONSTITUCIÓN: ALGUNOS APUNTES DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA

Víctor Orozco

Círculo de Estudios:

UNA MIRADA AL PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE DEL CONOCER

Esthel Díaz



Calle César Nicolás Penson #59, Gazcue
Santo Domingo, D.N., República Dominicana
Tel. 809-686-0672 | Fax: 809 686-1101
info@enj.org | www.enj.org