

El artículo 730 del Código Civil y Comercial y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del daño injusto y de los hechos ilícitos*

Por Horacio L. Allende Rubino

1. Importancia del tema a tratar

El tema objeto del presente artículo, tiene importancia por cuanto, según sea la forma en que se interprete la aplicación del art. 730 del Cód. Civil y Comercial (similar al antiguo art. 505 del Código de Vélez), conforme se desarrollará, se podrían violar derechos fundamentales consagrados en la Constitución nacional.

2. Aplicabilidad de la norma en el tiempo

El art. 730 del Cód. Civil y Comercial resulta aplicable a todos los casos en que deba procederse a regular honorarios, aún cuando el hecho objeto del pleito hubiera acontecido con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

En cuanto refiere a la cuantificación del daño, y por ende a aquellas normas que refieren a la fijación del monto de honorarios establecida en la legislación de fondo, las normas aplicables –que captan en su antecedente normativo tal presupuesto– son las vigentes al momento de la emisión del decisorio (arg. art. 7°, Cód. Civil y Comercial, texto análogo al previsto en el art. 3°, Cód. Civil de Vélez Sársfield, según ley 17.711), habida cuenta que se trata de textos normativos que integran las reglas técnicas de la actividad de sentenciar¹. Éstas son reconocidas a través de la facultad del órgano jurisdiccional de seleccionar el derecho aplicable².

La aplicación lisa y llana del Código Civil de Vélez Sársfield a sentencias dictadas bajo el Código Civil y Comercial vigente³ por la sola razón de haber tramitado los litigios bajo el primero de los ordenamientos mencionados, implica una postergación de la aplicación inmediata del Código Civil y Comercial sin bases legales, consagrando la regla de la aplicación diferida del Código Civil velezano después de su derogación lo cual constituiría una ultraactividad contraria a lo pretendido por el Código Civil y Comercial, conforme sus normas de aplicación del derecho transitorio.

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ El criterio que se desarrolla, en cuanto a la aplicabilidad de la ley en el tiempo, específicamente en cuanto a las normas que refieren a la cuantificación del daño ha sido adoptado en forma unánime por los tribunales colegiados de responsabilidad extracontractual de Rosario, con los argumentos que se exponen, fruto del trabajo colectivo de los magistrados, realizado en tal sentido.

Conf. Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal. Primera parte*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 270 y siguientes.

² Conf. Ezquiaga Ganuzas, Francisco J., *“Iura novit curia” y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 67 y ss.; Sentís Melendo, Santiago, *El juez y el derecho (iura novit curia)*, Bs. As., Ejea, 1957.

³ Como se consigna en el acuerdo plenario de la CApel Trelew, 15/4/15, LL, 20/4/15, p. 11, cita online AR/JUR/3918/2015.

Para responder adecuadamente a la pregunta referida a qué normas se aplican del derecho vigente, y cuáles del derogado, cabe distinguir entre las normas que gobiernan el momento de la constitución y la extinción de una situación jurídica, de aquellas que refieren al contenido y las consecuencias, siendo que cada fase se rige por la ley vigente al momento de esa etapa⁴. Ello implica que se aplican las normas del Código Civil derogado, aunque sólo a los *hechos* ocurridos bajo su imperio, con excepción, de las *normas dirigidas al juez al momento de sentenciar*.

Dice Kemelmajer de Carlucci que si el *ad quem* “revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito, aplica la ley vigente al momento de ese accidente; en agosto de 2015 la revisará conforme al art. 1113 del Cód. Civil, no porque así resolvió el juez de primera instancia, sino porque la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento que la relación jurídica nació (o sea, el del accidente). En cambio, si la apelación versara sobre consecuencias no agotadas de esas relaciones, o lo que atañe a la extinción de esa relación (p.ej., una ley que regula la tasa de interés posterior al dictado de la sentencia de primera instancia), debe aplicar esa ley a los períodos no consumidos”⁵. Por ello, las partes en juicio no adquieren derecho a que la causa se falle conforme a la ley vigente al trabarse la litis, si posteriormente y antes de la sentencia firme se dicta otra ley de orden público que determina su aplicación a los procesos en curso⁶.

3. Análisis sistémico de la norma

Dicho ello, procederé al análisis sistémico del art. 730 del Cód. Civil y Comercial.

a) Si bien el mentado artículo es una copia casi literal del art. 505 del Cód. Civil, lo cierto es que dicha cuasi-identidad textual no habilita per se la aplicación lisa llana de las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales realizadas bajo la vigencia del Código Civil. Tal afirmación radica en que el Código Civil y Comercial se enmarca en lo que ha dado en llamarse –entre otros nombres– la “constitucionalización del derecho privado”, orden plasmado en los arts. 1° y 2°, en general, y en particular en todos aquellos artículos que consagran de manera explícita o implícita la protección de derechos constitucionales. Esta sujeción al bloque de constitucionalidad pareciera ser una obviedad, pero lo que hace el Código Civil y Comercial es dar por tierra con un criterio que fue en una época dominante (aunque aún en la actualidad encontramos resabios) en el sentido de entender a los derechos constitucionales –o cuanto

⁴ Roubier, Paul, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, 2ª ed., Paris, Dalloz et Sirey, 1960; Moisset de Espanés, Luis, *Irretroactividad de la ley y el nuevo artículo 3 del Código Civil (Derecho transitorio)*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1976.

⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme*, LL, 22/4/15, p. 1, cita online AR/DOC/1330/2015.

⁶ Tal es el consolidado criterio de la CSJN, 13/4/66, *in re* “Rodríguez Rego, José c/Frigorífico Swift de La Plata SA”, LL, 123-317, reiterado en relación a las normas procesales el 21/5/74, *in re* “Sindicato Único de Trabajadores de Edificios de Renta y Horizontal c/Consortio de Propietarios del Edificio Lafinur 3381/83 s/inc. de convenio”, y el 10/10/96, *in re* “Barry, María E. c/ANSES s/reajustes por movilidad”; vide sobre el particular Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, 2001, t. I-B, p. 360.

Los argumentos referidos son en esencia, los mismos desarrollados por los tribunales colegiados de responsabilidad extracontractual de Rosario.

menos a su mayoría— como meramente programáticos, siendo necesaria para su vitalidad la existencia de una ley reglamentaria. Esta posición llevó a ensalzar la solución de los casos a la luz única de la ley, perdiéndose el faro de nuestra carta magna. Tal criterio, como dije, ha sido abolido, consagrando el nuevo Código precedentes jurisprudenciales de nuestro más alto tribunal nacional. Así, entonces, la doctrina y jurisprudencia elaborada en función del art. 505 del Cód. Civil debe ser revisada a fin de verificar su adecuación a los parámetros del Código Civil y Comercial, esto es, el art. 730 del nuevo Código debe ser sistémica, e interpretada conforme el bloque de constitucionalidad, recordando que el art. 1° impone como obligación funcional (deóntica) de los jueces resolver de esta manera⁷. Por su parte el art. 2° estatuye las reglas de interpretación de las normas disponiendo que *“la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*. Finalmente el art. 3° dispone que *“el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”*.

b) El art. 730 trata de los efectos de la obligación al acreedor, concediéndole facultades para obtener el cumplimiento forzado de la obligación (inc. a); obtener la prestación a través de un tercero (inc. b), y el derecho a ser indemnizado (inc. c). El último párrafo impone un límite al pago de las costas: *“Si el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea su fuente, deriva en litigio judicial o arbitral, la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales, de todo tipo, allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no debe exceder del 25% del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superan dicho porcentaje, el juez debe proceder a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado, no se debe tener en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que han representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas”*.

c) Lamentablemente las críticas a la técnica legislativa realizadas al art. 505 fueron ignoradas por el legislador y —como se indicó— reprodujo casi literalmente dicha norma, con dos cambios, a mi juicio importantes, conforme referiré infra. Las preguntas que surgen de su redacción pueden reducirse a tres: 1) ¿Refiere a costas u honorarios?, y por lo tanto, cómo interpretar la primera y la segunda parte del segundo párrafo del artículo; 2) ¿Se trata de un límite al monto de los honorarios?, y por ende se plantea la cuestión de si el profesional interviniente en el proceso (ya sean abogados o peritos) cuentan con título suficiente para reclamar la diferencia en más del 25% al actor, y 3) finalmente ¿cuál es la oportunidad en la que el juez, tal como impone el artículo, ha de formalizar el prorrateo en la hipótesis de que se supere el 25%?

d) Para contestar dichos interrogantes, debemos verificar, primero, el substrato normológico constitucional e infraconstitucional y verificar el control de constituciona-

⁷ Art. 1°. *“Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma”*.

lidad, siempre centrados en que estamos analizando su aplicabilidad en el caso de condenas de reparación en procesos por responsabilidad civil derivados de hechos ilícitos. En tal sentido, debemos recordar que la reparación, se otorga como consecuencia de haberse verificado a lo largo del proceso que el demandado resultó civilmente responsable de los daños provocados a la *integridad psicofísica de la víctima*, como asimismo la reparación en relación a los daños materiales en sentido estricto que la víctima ha sufrido (vgr., daños sobre un rodado, gastos médicos, etcétera). Dicha responsabilidad civil puede derivar tanto del factor de atribución objetivo, como del subjetivo, esto es, que el demandado puede resultar imputado objetivamente y responsable subjetivamente por culpa y negligencia como autor del hecho ilícito dilucidado en el proceso.

1) Cuando el hecho ilícito afecta el derecho a la salud, nos encontramos frente a la violación de un derecho humano cuya protección se encuentra consagrada con rango constitucional (art. 75, incs. 22 y 23, Const. nacional; arts. 3° y 25, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 1°, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 4, 41 y 51, Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; art. 12.1, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y arts. 6.1, 6.2 y 27.1, Convención sobre los Derechos del Niño).

2) Tal como expresa el Código Civil y Comercial en los indicados arts. 1°, 2° y 3° es función de los jueces, dentro de su jurisdicción y competencia, como integrantes de uno de los poderes del Estado contribuir, en cumplimiento de la manda constitucional a la efectividad de los derechos humanos consagrados en ella. En tal sentido y en relación a las normas protectivas de los derechos humanos se evidencia *“una clara tendencia proteccionista del hombre considerado como una integridad física, psíquica y moral. Sin embargo es importante tener presente que la importancia de los derechos radica en que puedan hacerse efectivos. Porque los derechos como construcción social ‘no son más que lo que la realidad hace con ellos y uno de los retos de este siglo en tornarlos eficaces’*⁸.

2.1) Cuando el hecho ilícito afecta el derecho de propiedad, también nos encontramos frente a la violación de un derecho con consagración protectora constitucional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha formulado con claridad el concepto constitucional del derecho de propiedad. Fue definido primigeniamente en el precedente “Don Pedro Emilio Bourdieu c/Municipalidad de la Capital” (*Fallos*, 145:307 –1925–). En dicho fallo la Corte Suprema indicó que “El término ‘propiedad’, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, ‘todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad’. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad”. Tal definición fue reiterada

⁸ Calcaterra, Marcela, *El derecho a la salud como expresión de uno de los derechos humanos más elementales*, en “Derechos humanos y teoría de la realidad”, Santa Fe, Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe, 2003.

por la Corte Suprema en distintos precedentes dictados con posterioridad donde indicó que el término propiedad empleado en los arts. 14 y 17 de la Const. nacional ampara todo el patrimonio incluyendo derechos reales o personales, bienes materiales o inmateriales y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer, fuera de sí mismo, y de su vida y libertad; entre ellos, los derechos emergentes de los contratos. Los ministros Lorenzetti y Zaffaroni en su voto en la causa “Rinaldi, Francisco A. c/Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra”⁹ han dicho que la definición de propiedad en clave de bóveda constitucional dada por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Bourdieu”¹⁰ es la que aún sigue sosteniendo el máximo tribunal.

2.2) Llegado a este punto, debemos hacer notar que el Código Civil y Comercial en su art. 1708 incorpora como funciones de la responsabilidad las de prevención del daño y la de reparación¹¹. Ambas funciones, integrantes de la reparación, deben ser interpretadas armónicamente, dada su interacción en el subsistema de la responsabilidad civil. Ambas funciones tienen la misma jerarquía, pero la de prevención busca evitar que la función resarcitoria deba aplicarse. Se busca prevenir el da-

⁹ *Fallos*, 330:855, *LL*, 2007-B-415 con nota de Alejandro Borda, Nelson G. A. Cossari, Andrés Gil Domínguez, Alejandro Drucaroff Aguiar, Carlos A. Ghersi, Claudio D. Gómez, Carlos A. Hernández, Gregorio J. Larrocca, Christian R. Pettis, Federico Causse, Toribio E. Sosa, Leandro Vergara; *DJ*, 2007-1-761 con nota de Alejandro Borda; *LL*, 13/4/07, 6 con nota de Pedro M. Sexe; *LL*, 2007-B-664 con nota de Pedro M. Sexe; *IMP* 2007-9 (mayo), 1023; *ED*, 222-104: Que esta Corte ha aceptado también (*Fallos*, 172:21) que “el uso de la propiedad y la celebración de los contratos son normalmente asuntos de interés privado y no público. La regla general es que ambos deben estar libres de la ingerencia gubernativa. Pero ni los derechos de propiedad ni los derechos contractuales son absolutos (‘Munn v. State of Illinois’, 94 US 113, 1876), porque el gobierno no puede existir si el ciudadano puede usar a voluntad de su propiedad en detrimento de sus conciudadanos, o ejercer su libertad de contratar con perjuicio de ellos. Tan fundamental como el derecho individual es el derecho de la comunidad (o público) para regularlo en el interés común” (“Nebbia vs. People of State of New York”, 291 US 502, 1934). “Que está fuera de discusión que los derechos que el contrato acuerda al acreedor constituyen su propiedad, como los demás bienes que forman su patrimonio y se hallan tutelados por el art. 17 de la Const. nacional, pero nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la existencia de derechos absolutos sino limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general, con la única condición de no alterarlos en su substancia (*Fallos*, 130:360; 172:21; 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 308:1631; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 316:188; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325:11, entre muchos otros)... Que el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva... Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición, de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en el goce del mismo (*Fallos*, 145:307) (*Fallos*, 172:21, disidencia del juez Repetto)”.

¹⁰ “Las palabras ‘libertad’ y ‘propiedad’, comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio, razón por la cual, el término ‘propiedad’, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Const. nacional o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad, es decir, todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos –derechos subjetivos privados o públicos–, a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo” (CSJN, 16/12/25, “Bourdieu, Pedro E. c/Municipalidad de la Capital”, *Fallos*, 145:307).

¹¹ Art. 1708. “*Funciones de la responsabilidad*. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”.

ño, a fin de –precisamente– evitar reparar, aunque –por lógica realidad– la acción específica consagrada en el art. 1711 a 1713 aplique, asimismo, para evitar el agravamiento de un daño ya producido o su continuación. Pero el fin último es no dañar¹². Cabe adunar que esta función preventiva tuvo ya recepción constitucional en el art. 41 de la Const. nacional¹³, trasladado infraconstitucionalmente al art. 4° de la ley 25.675 general del ambiente¹⁴.

El deber de prevención estatuido en el art. 1710¹⁵ del Cód. Civil y Comercial, implica, en consonancia con lo normado en el art. 1711¹⁶, que la acción procede ante la sola violación del deber de prevenir, lo cual nos ubica en la existencia de una antijuridicidad formal. Los propios fundamentos del Código Civil y Comercial dan plena credibilidad a tal afirmación, cuando indican que la sola omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, indicando expresamente como uno de los presupuestos de la acción la antijuridicidad la cual “constituye una violación del mentado deber de prevención”¹⁷.

¹² Coincide, en este sentido Aureliano Maglier: “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación consagra esta concepción de un derecho de daños dinámico que concurra, no sólo a reparar el daño consumado, sino a prevenir el que no se ha producido... Cabe observar, que la ubicación del artículo y su texto mismo (haciendo referencia a que las disposiciones del título son aplicables a la prevención del daño...) nos informa de la consagración funcional preventiva del derecho de daños. Ya no estamos frente a escuetas irradiaciones, parciales y sectorizadas del principio preventivo, como la que se atisbaba en el viejo art. 2499 del Cód. Civil, en el denominado ‘daño temido’, sino en presencia de la consolidación efectiva en el plano normativo de la función preventiva del derecho de daños y, como derivación de tal, la superación del añejo sistema de la responsabilidad civil que se enfocaba casi exclusivamente en la función reparadora del daño... No podemos olvidar, en este rubro, y en clara atención al proceso de constitucionalización del derecho privado que se ha plasmado definitivamente en el art. 1° del Código, que el mismo art. 41 de la Const. nacional, propicia la sanción de leyes que se orienten a preservar el medioambiente, en un claro mandato de evitación de los daños” (*Derecho de daños: La consagración de la función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, www.zeus.com.ar/umTexto.asp?id=1263&materia=9&nocache=1447940678048).

¹³ “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

¹⁴ “Principio de prevención. Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”.

¹⁵ Art. 1710. “Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

¹⁶ Art. 1711. “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

¹⁷ Conf. Lorenzetti, Pablo - Zonis, Federico en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VIII, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Vazquez Ferreyra entiende que la antijuridicidad hace a la conducta y no al resultado, dado que en virtud del principio *nemien laedere* todo daño es antijurídico salvo que concurra alguna causa de justificación. Afirma que “No sería a nuestro juicio admisible una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad que pueda ser generadora de un daño”¹⁸. Creo que corresponde formalizar algunas precisiones al respecto. La frondosa doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional en relación al principio de prevención consagrado en el marco del derecho ambiental, nos ha demostrado la viabilidad –necesaria– de acciones de prevención del daño ambiental respecto de actividades lícitas, como verbigracia una actividad industrial, debidamente autorizada, e incluso con la correspondiente evaluación de impacto ambiental. Si ella afecta el ambiente, la salud pública, e incluso la salud individual, la acción procederá, siempre en la medida que se pruebe el riesgo cierto de afección del bien jurídico de que se trate. No creo que dicho argumento sea extraño a la acción consagrada en el art. 1711 del Cód. Civil y Comercial. Comparto que la mera posibilidad –como ser la circulación de automóviles, ejemplo que el jurista citado plasma en su opúsculo– no constituiría elemento probatorio suficiente a los fines de dar curso a la acción; pero no inhabilita la procedencia de la acción de prevención que la conducta o actividad sea lícita, desde la perspectiva de la habilitación o autorización administrativa.

Explica Vazquez Ferreyra, en relación al ejemplo referido, que: “debería iniciarse la acción de prevención frente a una acción u omisión que vulnera una norma específica del ordenamiento (antijuridicidad formal)”. En este sentido, coincido con el autor, pero precisando que la norma específica del ordenamiento debe entenderse en el sentido tanto de reglas como de principios. Así, una actividad “lícita” que pueda generar (conforme se acredite debidamente) un daño verbigracia, ambiental puede ser objeto de esta acción (sin perjuicio de las contenidas en leyes especiales y en el art. 43 de la Const. nacional) y ello porque en definitiva pone en riesgo un bien jurídico –en el caso en ejemplo– protegido constitucionalmente; y si lo pone en riesgo –porque de llevarse a cabo tal acción se produciría el daño–, la actividad o conducta no puede reputarse lícita porque contraría el principio protectorio del ambiente consagrado en el art. 41 de la Const. nacional. El mismo razonamiento es aplicable a los restantes bienes jurídicos protegidos.

2.3) Comprendida entonces, la existencia normativa ineludible de la función de prevención y su alcance, seguiremos adelante con el análisis del art. 730 del Cód. Civil y Comercial, volviendo sobre esta función al concluir el presente trabajo.

2.4) A la luz de lo que he referido, cobra, entonces un sentido claro la disposición del art. 1740 del Cód. Civil, en cuanto impone como principio, la *restitutio in natura*, y secundariamente su indemnización. En el caso de la afección a la integridad psicofísica de las personas, la restitución al estado anterior de las cosas deviene imposible, por ello se indemniza dinerariamente. Se considera entonces que la indemnización que se otorgue por incapacidad sobreviniente debe atender, primordialmente, al mantenimiento incólume de una determinada calidad de vida, cuya alteración, disminución o frustración, constituyen en sí un daño resarcible, conforme a

¹⁸ Vazquez Ferreyra, Roberto A., *Aspectos generales de la responsabilidad civil en el nuevo Código de derecho privado*, “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, año XVII, n° 2, feb. 2015.

una visión profunda del problema tratado¹⁹.

3) Dicho ello, se impone verificar que la aplicación del art. 730, cuando se halla en ciernes la reparación del daño a la salud de una víctima de un hecho ilícito, como asimismo la protección del derecho de propiedad, se adecue los parámetros protectivos de los derechos humanos consagrados en la Constitución nacional y pactos referidos.

4) Recordemos, además que es obligación de los jueces formalizar el control de convencionalidad del mentado art. 730. En efecto, resulta un hecho notorio la penetración del derecho internacional en el derecho interno, intensificada por el valor vinculante de los fallos de la Corte IDH como asimismo de las recomendaciones de la Convención IDH. Es el tiempo del control de convencionalidad. A este control –que deben realizar los jueces– refiere el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” de fines de septiembre del 2006, donde la Corte IDH comenzó a precisar el contenido del referido control. En el párrafo más saliente de dicha sentencia, dijo textualmente el Tribunal que: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”²⁰.

La Corte IDH ha señalado que “en los términos del art. 25 de la Convención, es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento²¹. Por tanto, la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. Por último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga

¹⁹ Cf. Ciuro Caldani, Miguel Á., *La responsabilidad por daños desde la filosofía del derecho*, en “Derecho de daños”, Bs. As., La Rocca, 1989, p. 317 y ss.; y *Aportes metodológicos a la filosofía del daño*, en Mozos, José L. de los - Soto Coaguila, Carlos A. (dirs.), “Responsabilidad civil. Derecho de daños”, Lima, Grijley, 2006, t. 4, p. 89 y siguientes.

²⁰ CIDH, 26/9/06, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, Serie C, n° 154, ap. 124.

²¹ Conf. CIDH, 28/11/03, “Baena y otros vs. Panamá. Competencia”, Serie C, n° 104, párr. 73, y 4/3/11, “Abrill Alosilla y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas”, Serie C, n° 223, párr. 75.

certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de su cumplimiento. Lo contrario supone la denegación misma del derecho involucrado”²².

Asimismo ha indicado que “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”²³.

En el caso “Mazzeo”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ocasión de juzgar la validez de indultos presidenciales concedidos durante el gobierno del ex presidente Menem y su oposición con pautas jurisprudenciales en contrario sostenidas por la Corte IDH señaló que: “la preeminencia de los tratados sobre las leyes ya había sido sostenida por esta Corte con anterioridad en el caso ‘Ekmekdjian’ (*Fallos*, 315:1492) por ello allí sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”²⁴. En el considerando siguiente (21), la Corte Suprema nacional recepta el control de convencionalidad tal cual la formulación brindada por la Corte IDH en “Almonacid Arellano”. En igual sentido el más alto Tribunal nacional en los casos “Arancibia Clavel” y “Simón” reiteran de manera uniforme la obligación por parte del Estado argentino de seguir las pautas indicadas por la Corte IDH.

5) Sobre estas bases, corresponde entonces encontrar las respuestas necesarias cuando está en juego, en definitiva, *el análisis de la incolumidad de la indemnización de la víctima de un hecho ilícito afectada en su integridad psicofísica*.

a) Los interrogantes planteados eran si el prorrateo refiere a costas u honorarios y por ende como interpretar la primera y la segunda parte del segundo párrafo del artículo; si se trata de un límite al monto de los honorarios, y por ende la cuestión de si el profesional interviniente en el proceso (ya sean abogados o peritos) cuentan con título suficiente para reclamar la diferencia en más del 25% al actor; y finalmente cual es la oportunidad en la que *el juez*, tal como impone el artículo, ha de formalizar el prorrateo en la hipótesis de que se supere el 25%. La primera parte del artículo indica que “la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales, de todo tipo, allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, *no debe exceder del 25%*” del monto de condena, laudo o acuerdo. Cabe

²² Conf. CIDH, “Mejía Idrovo vs. Ecuador”, párr. 104; “Baena”, párr. 82 y “Acevedo Buendía y otros”, “Cesantes y Jubilados de la Contraloría vs. Perú”, párr. 72.

²³ CIDH, 24/11/06, “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, Serie C, n° 158, ap. 128.

²⁴ CSJN, 13/7/07, “Mazzeo, Julio L. y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad”, consid. 20.

hacer notar que aquí sí encontramos una diferencia con la redacción del derogado art. 505 del Cód. Civil. Se ha impuesto *un deber*, reemplazándose la anterior redacción “no excederá” por la indicada. A continuación indica que “Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superan dicho porcentaje, el juez *debe proceder* a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado, no se debe tener en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que han representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas”. Nuevamente se reemplaza una palabra con menor impacto deóntico (“procederá”), por una redacción que implica la imposición de un “deber”, en este caso, dirigido al juez.

Conforme a las pautas del art. 2° del Cód. Civil y Comercial siguiendo la interpretación de las palabras (literal) en principio pareciera que las costas integran el límite del 25%, pero de ellas, sólo se prorratean los honorarios, quedando excluidos cualquier otro rubro que integre las costas. Así, el deudor debería asumir el pago íntegro de los gastos y gabelas del proceso, y los honorarios regulados sólo hasta el límite del prorrateo. Tal interpretación, implicaría que cuanto más suban los gastos del juicio (vgr., con el pago de sellados y tasas de justicia), menor será el monto del honorario que perciban los profesionales intervinientes, y asimismo, cuanto más sean los peritos que actúan en el proceso, menor será el honorario que percibirán, tanto éstos como los abogados de las partes. Tal es el esquema matemático del prorrateo. Debemos considerar asimismo la finalidad primigenia (ley 24.442) de la norma, cual era la disminución de los costos judiciales.

Ha indicado la Corte Suprema, interpretando dicha norma, en relación precisamente a su finalidad que: “Por otra parte, no está demás señalar, que el espíritu de la ley 24.432, es propender una disminución general del costo de los procesos judiciales, moderando prudentemente los niveles de retribuciones tanto de los letrados como de los restantes auxiliares. Es decir, se procura reforzar el acceso al servicio de justicia por parte de la población, mediante la modificación de normas que facilitan, en algunos casos, excesos manifiestos en los montos de los honorarios que se regulan a los profesionales que intervienen en los procesos judiciales. Así se desprende del mensaje del Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación cuando sometió a su consideración el proyecto, y del debate parlamentario (“Antecedentes Parlamentarios”, La Ley, 1995, p. 212 y siguientes), así como del conjunto de disposiciones que conforman esta norma legal, en especial su art. 13. En este contexto, no parece razonable suponer que el legislador haya concebido la viabilidad de que el profesional pueda volver contra su propio cliente no condenado en costas, por el saldo de sus honorarios que exceda el límite legal” (del dictamen del procurador).

“Que en ese orden es preciso recordar que, en diversas materias, el legislador ha puesto de manifiesto su decisión de disminuir el costo de los procesos judiciales, con el objetivo de facilitar el acceso a la justicia de las personas con menores recursos económicos o de no agravar la situación patrimonial de las personas afectadas por tales procesos, apartándose así de las pautas generales contenidas en las leyes arancelarias (vgr., art. 48 de la ley 14.394; art. 38 de la ley 18.345; arts. 260, 266, 269, 292 y concs. de la ley 24.522; art. 634 del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación, entre otros). 10) Que igual propósito persiguió mediante la sanción de la ley 24.432 (ver mensaje del Poder Ejecutivo al remitir el proyecto de ley al Congreso de

la Nación; § 4 de la exposición del miembro informante del dictamen de mayoría en la Cámara de Senadores; y § 190 de la exposición del miembro informante del dictamen de mayoría en la Cámara de Diputados), finalidad que se desprende del conjunto de disposiciones que conforman esta ley, entre ellas el art. 8°, cuya validez constitucional ha sido puesta en tela de juicio. 11) Que respecto de la aducida violación del derecho de igualdad cabe concluir, sobre la base de doctrina de esta Corte, que la ley en examen no conculca ese derecho, desde que no evidencia un fin persecutorio o discriminatorio sino que, por el contrario, otorga el mismo tratamiento a todos los profesionales que asisten a la parte no condenada en costas, sea ésta actora o demandada, trabajador o empresario, con el objetivo de disminuir los gastos procesales”²⁵.

b) Así, aparece como evidente que el legislador entendió que aquello que más incidía en el aumento de los costos económicos de los procesos judiciales eran los honorarios de los abogados, y auxiliares. Es por ello –es decir de la redacción que surge del propio artículo y de la finalidad de la norma primigenia que entiendo se mantiene en el sistema del Código Civil y Comercial y del absurdo de obligar a cargar con los gastos del proceso a quien dio lugar al mismo como consecuencia de su accionar o incumplimiento– es que entiendo que el límite del 25% se aplica exclusivamente a los honorarios de abogados y peritos. En igual sentido se expresan Cifuentes y Sagarna quienes entienden que en los términos de la norma “Por ‘costas’ se entienden los estipendios de los abogados (salvo los de la condenada en costas), peritos y auxiliares, con más sus respectivos aportes legales”²⁶.

c) Siguiendo el camino del análisis en el marco de la finalidad de la ley, si tal como expresé, busca disminuir los costos judiciales, lo cierto es que, quitándolos del deudor e imponiéndoselos al acreedor no se logra cumplir el objetivo, dado que dichos costos *no se disminuyen, sino sólo se redistribuyen*, tal como expresa el dictamen del procurador referido supra. A ello debemos agregar que tal hipótesis, la de cobrar la diferencia a la víctima de un hecho ilícito afecta su derecho a una reparación integral, plena, conforme al art. 1740 del Cód. Civil y Comercial; contraria expresamente la protección del derecho a la salud y por ende resulta violatoria –tal interpretación– de los tratados internacionales referidos supra, *y no supera el control de convencionalidad requerido por la Corte Suprema*.

d) En este sentido, cabe recordar que la Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define “salud” como el estado de completo bienestar físico, mental espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades²⁷. La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales.

e) La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido clara en orden a la prioridad absoluta de la protección de la vida y la salud, otorgándole total prioridad frente a otros derechos constitucionalmente protegidos, como por ejemplo,

²⁵ CSJN, 5/5/09, “Abdurraman, Martín c/Transportes Línea 104 SA”, LL, 2009-C-620, con nota de Carlos E. Ure; LL, 2009-F-92, con nota de Carlos E. Ure.

²⁶ Cifuentes, Santos (dir.) - Sagarna, Fernando A. (coord.), *Código Civil*, Bs. As., La Ley, t. 1, p. 557 y siguientes.

²⁷ www.who.int/features/factfiles/mental_health/es.

el derecho de propiedad. Es decir, que frente a la lesión inminente de la vida, salud o integridad psicofísica de una persona si tal protección pudiere afectar un derecho de exclusivo corte patrimonial, se protegerá la vida frente a aquél²⁸. En el caso “Mosqueda”, la Corte Suprema ha dicho “el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (ver doctrina de *Fallos*, 323:3229)”²⁹.

f) Así, el art. 730 impone un límite a los honorarios de abogados y auxiliares cuyo tope es el 25% del monto total –en este caso– de condena, deja el pago de la totalidad de los restantes rubros integrantes de las costas a cargo del demandado e inhibe la posibilidad de que exista título para el cobro por parte del abogado de la víctima y de los peritos de la diferencia al ganancioso. En consecuencia, el juez debe prorratear en el momento de regular los honorarios si verifica que excede el 25%. Así lo determina la nueva norma del art. 730, que incluido el término “debe”, al referirse al límite del 25% e impuesto –utilizando la misma palabra– un *deber al juez*, consistente en prorratear en cuanto determina que se excede tal 25%, y ello –la verificación del límite– debe hacerlo al regular.

g) En suma, la mencionada norma constituye para el juez un imperativo al que debe ajustarse ineludiblemente. Si regulados los honorarios de los profesionales intervinientes se supera el tope del 25% el juez debe proceder a reducirlos y expresar en la sentencia los emolumentos conforme el tope indicado³⁰. Recordemos que el fin del sistema jurídico es la realización del valor justicia y con ese norte deben ser interpretadas las normas que integran el derecho, conforme las pautas indicadas por los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civil y Comercial. Resulta evidente que la limitación del art. 730 tiene como finalidad establecer una rigurosa relación porcentual entre el capital de condena, sus intereses y las costas. Esa limitación no puede interpretarse en perjuicio de quien gana el proceso. La norma beneficia al deudor, de manera tal que resulta contrario a la justicia y a un razonamiento lógico, que se limite porcentualmente la obligación dineraria derivada de un accesorio que corresponde pagar al deudor para trasladarlo al acreedor. El prorrateo –determinada que sea la superación del 25%– debe ser realizada en el mismo momento de la regulación por el juez. La ley no ha dicho que la diferencia deba ser pagada por el cliente sino que establece un límite al emolumento de los honorarios profesionales en beneficio del deudor. Es asimismo de estricta aplicación el adagio: “*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

h) Si así no se aplicare la norma, lo cierto es que se violentan los derechos humanos de la víctima en favor del autor material del cuasidelito civil, o del respon-

²⁸ Conf. CS, 7/8/97, “Camacho Acosta, Maximino c/Grafi Graf SRL y otros”, *ED*, 176-63.

²⁹ CS, 7/11/06, “Mosqueda, Sergio c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/recurso de hecho”, M.1503 XLI, y en igual sentido íd., 16/5/06, “Reynoso, Nilda N. c/INSSJP”, R 68 XL; íd., 6/12/11, “P. H. P. y otro c/D. C., L. A. y otro s/art. 250 del CPC”, recursos de hecho deducidos por la defensora oficial de P. C. P y la actora, MJ-JU-M-70425-AR.

³⁰ Conf. Trigo Represas, Félix A. - Compagnucci de Caso, Rubén H. (dirs.), *Código Civil comentado. Obligaciones*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.

sable (incluso con factor a título objetivo) del daño injusto causado. Es decir que el delincuente civil (dado que ha cometido un cuasidelito civil o delito culposo civil) resulta beneficiado en perjuicio directo de la víctima del delito en función de una norma que pretende –en la interpretación de la mayoría– reducir el costo procesal para el condenado. Igual análisis corresponde en relación al objetivamente imputado. Dado que se verifica in limine dicha afección, el control de convencionalidad y constitucionalidad impone al juez el deber de preservar esa flagrante violación y mantener y respetar al principio de reparación integral contenido en el art. 1740 del Cód. Civil y Comercial.

l) La Corte Suprema tiene dicho que la declaración de inconstitucionalidad de norma es un recurso de última ratio. Por ello, la interpretación que propicio, avienta la inconstitucionalidad de la norma, en el marco de la cuestión planteada en este trabajo. Es decir, dicha norma no es inconstitucional en tanto y en cuanto se entienda que no afecta la incolumidad de la indemnización de la víctima; la norma en cuestión, así, no entra en contradicción con las normas constitucionales y convencionales protectivas del derecho a la salud, y por ende a la integridad psicofísica de la persona humana.

m) Asimismo, se ha indicado, solventado la posición que sustentó que “La regulación de los honorarios profesionales se establece siguiendo los principios de las leyes arancelarias locales (ley 3641 de Mendoza), es decir, sobre el monto del juicio reclamado (en orden al estado procesal del juicio, aplicando la escala del art. 2, ley 3641 de Mendoza). Verificado dicho procedimiento debe establecerse si esa regulación supera el tope máximo previsto en la ley 24.432. En el caso, comparando el monto regulado y el que jurídicamente corresponde en consideración al valor del juicio especificado en la sentencia, se concluye que los honorarios de los profesionales del derecho, excepto los que patrocinaron a la demandada –condenada en costas–, y los de los peritos, deberán ajustarse a fin de que no superen el 25% del monto del juicio establecido en la ley 24.432”³¹. Por su parte, Compagnucci de Caso afirma que “La última parte del artículo reproduce el agregado de la ley 24.432 al art. 505 del Cód. Civil. Se trata de una disposición de orden procesal que limita el importe de la imposición de costas en los procesos judiciales o sus similares, donde se incluyen honorarios de los abogados, peritos, etcétera”³².

n) Cabe agregar, en relación al derecho de propiedad, que el art. 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que la CIDH “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá... si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Vemos pues que dicha norma consagra la existencia de un derecho a la reparación, respecto de todos los derechos reconocidos por la Convención. La Corte Interamericana ha destacado, en diversos pronunciamientos, que “el art. 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta ma-

³¹ SC Mendoza, 11/4/11, “Carobene, Gustavo s/recursos de inconstitucionalidad y casación en Modon, Cristian M. c/La Segunda ART SA s/enfermedad. Accidentes”, RCJ 6913/11.

³² Rivera, Julio C. - Medina, Graciela (dirs.) - Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Bs. As., La Ley, t. III, arts. 724 a 1250, Libro III Derechos personales.

nera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación”³³. En relación al alcance la reparación, la Corte Interamericana ha sostenido que “la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados”³⁴.

1) Las reparaciones, entonces, consisten en medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y entre ellas, la reparación del daño. Conforme la doctrina de la CIDH, su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial y dichas reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores³⁵.

2) Puccinelli afirma que el derecho a la reparación es un derecho derivado de las normas constitucionales que explicitan algunos de sus contenidos, ya sea por la vía de los arts. 17 y 41; por la del art. 75, inc. 22 (tratados sobre derechos humanos jerarquizados); o la del art. 33, que haría confluir a todas ellas a la vez³⁶. También entiende que la existencia concreta y palpable de un derecho fundamental a la reparación, surge de lo establecido en el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 10³⁷; 21³⁸; 63³⁹ y 68.2⁴⁰), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, inc. 6⁴¹).

3) Ha señalado la Corte Suprema que indemnizar equivale a eximir de todo da-

³³ CIDH, “Almonacid Arellano y otros”, párr. 134; íd., “Goiburú y otros”, párr. 140; íd., “Bámaca Velásquez”, párr. 38; íd., “Penal Miguel Castro Castro”, párr. 414.

³⁴ CIDH, “Vargas Areco”, párr. 141; íd., “Almonacid Arellano”, párr. 136; íd., “Servellón García”, párr. 162; íd., “Penal Miguel Castro Castro”, párr. 415.

³⁵ CIDH, “Vargas Areco”, párr. 142; íd., “Servellón García”, párr. 163; íd., “Almonacid Arellano”, párr. 137; íd., “Penal Miguel Castro Castro”, párr. 416.

³⁶ Puccinelli, Oscar R., *Derecho constitucional a la reparación*, ED, 167-969.

³⁷ “Derecho a indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”.

³⁸ “Derecho a la propiedad privada. ...2) Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

³⁹ “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá... si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

⁴⁰ “La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

⁴¹ “Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.

ño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento, por lo cual la indemnización debe ser integral (justa), porque no sería acabada la indemnización si el daño y el perjuicio quedaran subsistentes en todo o en parte⁴².

4. Conclusión

Ya en este punto y a modo de conclusión, volvemos sobre la función de prevención. Si tal, como sostiene la doctrina y jurisprudencia, y claramente dispone el Código Civil y Comercial, la indemnización ha de ser integral, y no es posible que el daño y el perjuicio subsistan en todo o en parte, resulta que, otorgar un título a los profesionales intervinientes en un proceso de responsabilidad civil derivado de un hecho ilícito, o de un daño injusto, aún cuando el hecho sea lícito, implica hacer cargar parte de la reparación del daño en cabeza de la víctima, lo cual contraría la ley y normas constitucionales tal como ya dije.

a) Ahora bien, si la reparación no es plena, a más de la vulneración de normas fundamentales, se inhibe la función de prevención, porque, una parte de los costos se imputa en cabeza de la víctima. Si bien estamos hablando de reparación y no de pena, entiendo que resulta aplicable a esta hipótesis los criterios de prevención general y de prevención especial establecidos en el derecho penal en relación a las penas.

b) En el derecho penal, originariamente se entendía a la pena como una retribución (teorías absolutas de la pena), para luego, dentro de las llamadas “teorías relativas” considerar que debía lograr otras finalidades que trasciendan a su mera aplicación. Así nacen las distintas tesis de la prevención, donde el fundamento de la sanción se centra no en el delito sino en evitar futuras infracciones. La prevención puede ser general, cuando actúa sobre la colectividad o especial, cuando actúa sobre el propio delincuente⁴³. Aplicadas las teorías analógicamente a la reparación, si la sociedad entiende que el daño injusto nunca tendrá reparación total, no funciona la prevención general y aplicada la norma específicamente sobre el condenado quien –de no aceptarse la tesis aquí desarrollada– verificará que parte de los costos que él debe asumir son soportados por la víctima, tampoco funcionará la prevención especial. Así, a más de lo ya dicho, constatamos que se incumple la función de prevención estatuida por el Código Civil y Comercial.

© Editorial Astrea, 2016. Todos los derechos reservados.

⁴² Fallos, 283:212. Asimismo votos de los doctores Petracchi y Zaffaroni en “Aquino”, Fallos, 327:3753.

⁴³ Conf. Fleming, Abel - Lopez Viñals, Pablo, *Las penas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.