



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director: Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Pablo María Garat

Luis María Caterina

Martín J. Acevedo Miño

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

El juicio por jurados debe ser eximible para el acusado

por MARCOS FACUNDO LEGUIZAMÓN

Sumario: INTRODUCCIÓN. — ¿EL JUICIO POR JURADOS ES UN DERECHO DEL ACUSADO, DE LA SOCIEDAD O DE AMBOS? — EL JUICIO POR JURADOS DEBE SER EXIMIBLE PARA EL ACUSADO.

Introducción

El Máximo Tribunal de la Nación en los autos “Canales”⁽¹⁾ —entre otros puntos— tuvo ocasión de expedirse sobre un planteo de inconstitucionalidad en el que, con base en el art. 24 de la CN, se argumentó que la ley procesal neuquina, en tanto prevé el juzgamiento obligatorio por jurados populares para los ilícitos en que corresponda una pena superior a la de quince años de prisión, desconoce que este sistema debe ser entendido solo como un derecho individual del imputado y por ende renunciable.

En esta cuestión, los jueces Lorenzetti y Maqueda en su voto conjunto rechazaron el planteo con base en que “los recurrentes no alcanzan a demostrar en forma precisa que su juzgamiento obligatorio por jueces populares implicó, en el caso concreto, desconocer o alterar de alguna forma las garantías individuales fundamentales” (consid. 16, párr. 8°)⁽²⁾.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El Juicio Penal Oral y el Juicio por Jurados en la Constitución Nacional*, por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, ED, 92-905; *El juicio por jurados*, por ANAHÍ MARDONES, VERÓNICA MIRANDA y CARLOS I. SALVADORES DE ARZUAGA, ED, 172-869; *Inserción del juicio por jurados en el Ordenamiento Procesal Penal Argentino*, por RODOLFO E. MADARIAGA, ED, 173-986; *El juicio por jurados o el juicio conjurado*, por JULIO CÉSAR CASTRO, ED, 180-1011; *Acerca de la vigencia del mandato constitucional del juicio por jurados y su relación con los procedimientos abreviados*, por GUSTAVO A. BRUZZONE, ED, 183-1207; *El juicio por jurados, ¿derecho u obligación?*, por EDMUNDO S. HENDLER, ED, 187-1135; *Garantías constitucionales en el proceso penal. Juicio por Jurados*, por RAMIRO JAVIER RUA, EDCO, 2004-308; *No al juicio por jurados*, por MIGUEL M. PADILLA, EDCO, 2004-375; *La intervención popular en el conflicto social y la administración de justicia. El juicio por jurados. La experiencia española*, por ÁNGEL GABRIEL NARDIELLO, EDPE, 08/2004-29; *Algunas notas sobre el Proyecto de Juicio por Jurados*, por MIGUEL M. PADILLA, ED, 209-728; *El juicio por jurados y democratización del Poder Judicial*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2004-711; *El Juicio por Jurados, una forma de privatizar la justicia*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2005-452; *El juicio por jurados en Neuquén*, por JUAN JOSÉ NAZARENO EULOGIO, EDPE, 05/2012-5; *La cuestión constitucional en la renuncia al juicio por jurados*, por ANDRÉS L. CORONATO, ED, 270-607; *La convencionalidad del veredicto inmotivado en el juicio por jurados*, por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, ED, 280-559; *Fallo “Canales”: El mandato constitucional de establecer el juicio por jurados sigue vigente*, por MARCOS F. LEGUIZAMÓN, ED, diario n° 14.699 del 27-8-19. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) Fallos: 342:697 (2019).

(2) En tanto que el ministro Rosatti llegó a la misma conclusión, pero con otros argumentos. Así, consecuente con la postura que había expuesto como doctrinario, señaló que “el juicio por jurados no debe ser

De la regla sentada por el Máximo Tribunal se deriva que, si los condenados probaran la alteración de sus garantías por la obligatoriedad del enjuiciamiento popular, la respuesta del tribunal sería otra⁽³⁾. En efecto, una norma que regule el juicio por jurados con carácter obligatorio no luce como inconstitucional. Sin embargo, la circunstancia de que, *en abstracto*, no sea contraria al texto fundamental no significa que, en un caso puntual, efectivamente se torne en tal⁽⁴⁾ y, en función de ello, un juez pueda, fundadamente, *eximir* al acusado de ser juzgado por jurados.

¿El juicio por jurados es un derecho del acusado, de la sociedad o de ambos?

Se discute si el juicio por jurados es un *derecho individual del acusado* a ser juzgado por sus pares o es un instituto a través del cual se organiza el poder, lo que puede equivaler a un *derecho político de la ciudadanía* a participar en la administración de justicia o, por último, como un derecho del imputado y a la vez del pueblo.

La cuestión no es menor, pues las consecuencias variarán en función de quién sea el titular del derecho. Así, si el titular es el *acusado*, no solo podrá *renunciar* al juicio por jurados en la hipótesis de que se encuentre establecido, sino que podrá *exigir* ser juzgado por sus pares en el supuesto de que aún el sistema no se haya implantado, o no se haya implementado para la infracción por la que se lo acusa. Por el contrario, si el jurado es concebido como un derecho del *pueblo*, una vez establecido⁽⁵⁾, al imputado le será impuesto este sistema. En tanto que, si es considerado como un derecho del *reo* y del *pueblo*, el primero podrá exigir su instauración si no lo está y el segundo, una vez establecido, podrá imponerlo.

El juicio por jurados es un derecho individual del *acusado* y un *derecho político de la ciudadanía*. Tal posición es sostenible a partir de una revisión de los momentos en que el jurado adquirió relevancia en nuestro país, los an-

entendido solo como un derecho individual del imputado, y por ende renunciable, sino que debe ser concebido como un modelo institucional de administración de justicia que expresa la participación del pueblo en la administración de justicia penal” (consid. 9°, párr. 1°).

(3) Cf. GELLI, MARÍA A., *La validación del juicio por jurados populares desde la democracia y el federalismo*, La Ley, 26-6-19, pág. 2, cita online: AR/DOC/1898/2019.

(4) En este sentido se señala como un supuesto de conflicto entre la norma legal y la norma constitucional “que la norma se reputa inconstitucional en la situación de hecho planteada en autos” (cf. CARRIÓ, ELISA M., *Acerca de la praxis interpretativa constitucional*, Universidad Nacional del Nordeste, 1990, pág. 64).

(5) Más allá de los reclamos que puedan hacerse desde distintos sectores por la instauración del jurado y aun cuando el pueblo pueda tener derecho a participar en la administración de justicia, no tiene derecho a exigir formalmente su instauración (arts. 22 y 39, párr. 3°, CN).

tecedentes constitucionales, las fuentes y el texto de la Constitución.

En efecto, en las *revoluciones* que tuvieron decidida influencia en nuestro texto fundamental el juicio por jurados fue concebido como un *derecho* del acusado más que como una organización del poder o un derecho de la ciudadanía⁽⁶⁾. Si se tienen en cuenta los *momentos históricos* en los que en nuestro país *surgió* el jurado, las conclusiones no son las mismas.

Así, después de la *caída* de Rosas en 1852, el instituto resurgió como una mejora al sistema de enjuiciamiento desde la perspectiva del *acusado* pero también, en menor medida, como un mecanismo a través del cual el *pueblo* ajusticiaba a sus transgresores. En efecto, luego de la caída del dictador, un sector reclamaba que los miembros de la *mazorca* —que habían sido funcionales a aquel— fueran juzgados por jurados⁽⁷⁾. Algo similar ocurrió luego del *retorno a la democracia* en 1983, el instituto fue revalorado desde la perspectiva del acusado, pero también un sector de la sociedad pedía que los implicados en la represión del gobierno sean juzgados por jurados⁽⁸⁾.

En función de lo expuesto, no puede sostenerse que en las ocasiones en que surgió el jurado este haya sido concebido solamente como un derecho del acusado⁽⁹⁾.

Si se tiene en cuenta el *tercer momento* en que toma vigor el jurado en nuestro país, esto es, a partir del año 2004, que llevó a que en la provincia de Córdoba se pasara de un tímido sistema optativo a uno *obligatorio* y se ampliara la gama de delitos a juzgarse a través de él, en tanto que en el Congreso de la Nación se presentaran proyectos de ley

(6) Así, en los *Estados Unidos*, una de las causas que tuvieron en cuenta los colonos para declarar su independencia, precisamente, fue por negarle la Corona de los beneficios del juicio por jurados. En tanto que en Francia la adopción del juicio por jurados fue producto de una reacción a las formas crueles de enjuiciamiento que se practicaban.

(7) Separada Buenos Aires de la Confederación, el Poder Ejecutivo envió a la Sala de Representantes un proyecto de ley para que los individuos presos y los que se apresaran sean juzgados por jurados. Al discutirse el proyecto el diputado DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD decía: “Ninguna legislación es más cruel ni más inhumana que la española en lo criminal (...) contiene todos los medios de enjuiciar, condenar y ejecutar un reo dentro de las veinte y cuatro horas”. Finalmente, se decidió rechazar el proyecto y se comunicó al Poder Ejecutivo que las leyes existentes “son muy suficientes para clasificar y penar prontamente los crímenes públicos y privados que cometidos antes y durante la rebelión se hallen todavía impunes” (cf. *Diario de sesiones de la Sala de Representantes de Buenos Aires* del 2 y 9 de agosto de 1853 y ediciones de La Tribuna del 9 y 11 de agosto de 1853).

(8) MOONEY, ALFREDO E., *El juicio por jurados en el derecho público provincial argentino*, LL, 1986-D-869, cita online: AR/DOC/18846/2001.

(9) Por cierto, el *Proyecto de 1986* le daba al jurado este doble carácter. Así, en la *exposición de motivos* de la ley orgánica se decía: “El fundamento político-cultural del juicio de jurados reside en la decisión de que la justicia penal no puede quedar sólo en manos del Estado. Se satisface así un doble anhelo: la garantía frente al Estado y la creación de canales democráticos de participación ciudadana. Ésta ha sido la decisión de nuestros constituyentes” (*Hacia una nueva justicia penal. Simposium internacional sobre la transformación de la administración de justicia penal*, t. II, Buenos Aires, Presidencia de la Nación. Consejo para la consolidación de la democracia, 1989, pág. 281).

CONTENIDO

DOCTRINA

El juicio por jurados debe ser eximible para el acusado, por Marcos Facundo Leguizamón 1

JURISPRUDENCIA

Civil

Médico: Responsabilidad: carga de la prueba; deber de cooperación; falta grave de diagnóstico; historia clínica; relevancia probatoria; ausencias y omisiones; efectos; presunciones *hominis* desfavorables; especialidades; anestesia; falta de control directo en el posquirúrgico inmediato. **Hospitales y Sanatorios:** Mala praxis médica: fundamento de responsabilidad; naturaleza contractual; apreciación; deber de seguridad; historia clínica incompleta. **Prueba de Peritos:** Relevancia; impugnaciones; apartamiento; requisitos. **Proceso:** Rebeldía: efectos. **Recurso de Apelación:** Expresión de agravios: requisitos. **Daños y Perjuicios:** Indemnizaciones: valoración; normativa aplicable; extensión del resarcimiento; reclamo sujeto a prueba; incapacidad sobreviniente; cuantificación; pérdida de chance; improcedencia. **Derechos del Consumidor:** Daños punitivos: particular gravedad; carácter excepcional; finalidad sancionatoria (CNCiv., sala E, junio 13-2019) 3

para establecerlo como nunca antes había ocurrido⁽¹⁰⁾, no puede soslayarse que este fenómeno haya puesto el énfasis no en el derecho del imputado a ser juzgado por un mejor sistema sino, fundamentalmente, en el de la *sociedad* a intervenir en la administración de justicia, frente a un sistema que se presenta como ineficaz para combatir la *inseguridad*. Es decir, en esta ocasión, más allá de la eficacia del medio propuesto y de la legitimidad del fin perseguido, el jurado fue mayormente concebido como un medio a través del cual la sociedad juzgue a quienes transgredieron sus bienes jurídicos fundamentales.

En función de lo expuesto, se puede concluir que la instauración del jurado en la Argentina estuvo asociada tanto al derecho del acusado como al de la ciudadanía a intervenir en la administración de justicia. No ponderar esta última circunstancia al momento de resolver un eventual conflicto de intereses sería desatender una porción importante de las razones que llevaron a la instauración del jurado en parte de los sistemas judiciales de la Argentina.

Si revisamos los *antecedentes constitucionales* anteriores a la Constitución de 1853/60, el juicio por jurados fue previsto en ocasiones como una norma de organización, en otras como un derecho y en otra de ambas formas. Así, lo regularon como una *norma de organización* los proyectos de Constitución para las Provincias del Río de la Plata (1812)⁽¹¹⁾, de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata (1813)⁽¹²⁾ y de Constitución Monárquica de Rivadavia y Belgrano (1815)⁽¹³⁾. Lo regularon como un *derecho* las constituciones de 1819⁽¹⁴⁾ y 1826⁽¹⁵⁾, y como una *norma de organización y un derecho* el Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica (1812)⁽¹⁶⁾.

Si se tienen en cuenta las *Fuentes* de los artículos que regulan el juicio por jurados, la *Constitución de Venezuela 1811* –su fuente inmediata– lo estipula bajo dos rúbricas:

(10) En la provincia mediterránea, la ley fue aprobada en el contexto de un debate nacional acerca de las medidas para combatir la inseguridad, impulsado por Juan Carlos Blumberg, padre de un joven asesinado por sus secuestradores (cf. BERGOGLIO, MARÍA I., *El contexto de surgimiento de la ley*, en AA. VV., *Subiendo al estrado, la experiencia cordobesa del juicio por jurado*, Córdoba, Advocatus, 2010, págs. 30/31). En el Congreso de la Nación diversos legisladores presentaron proyectos individuales y en forma conjunta. Otro grupo de congresales de diferentes agrupaciones políticas propusieron realizar una consulta popular para implementarlo. Incluso, el entonces presidente de la Nación, Néstor C. Kirchner, presentó ante el Senado un proyecto de ley para instaurarlo.

(11) En el Capítulo XXI, “Del poder judicial”, establece: “22. El proceso criminal se hará por jurados y será público” y luego dice: “23. Los jueces de lo criminal aplicarán la ley después que los ciudadanos hayan sido declarados culpables por sus iguales. La ley determinará la forma de este juicio, la fuerza de sus sentencias y el lugar en que deben pronunciarse, según convenga mejor al interés del Estado”.

(12) En la Sesión 3ª, “De la administración de justicia”, en su art. 151 dispone: “El proceso criminal se hará por jurados y será público. Los Jueces de lo Criminal aplicarán la Ley después que los acusados hayan sido declarados culpables por los jurados. La ley determinará la forma de este juicio, la fuerza de las sentencias y el modo y lugar, en que deban pronunciarse, según convenga mejor al interés del Estado”.

(13) Este dispone en la sección denominada “Del Poder Judicial” en su art. 12: “Los Jueces serán nombrados por el Rey: serán perpetuos e independientes en su administración, solo en el caso de injusticia notoria o colusión podrán ser acusados ante la alta Sala quien los juzgará con independencia del Rey, el que protegerá y ejecutará en esta parte sus decisiones: se establecerán los Jueces del Hecho, llamado Jurado en la forma más adaptable a la situación de los Pueblos”.

(14) Esta dispone en su art. 114: “Es del interés y del derecho de todos los miembros del Estado el ser juzgados por jueces los más libres, independientes e imparciales, que sea dado a la condición de las cosas humanas. El Cuerpo Legislativo cuidará de preparar y poner en planta el establecimiento del juicio por Jurados, en cuanto lo permitan las circunstancias”.

(15) Idéntica a la disposición del texto de 1826 pero ubicada en el numeral 164.

(16) Establece en el Capítulo III “De la religión de las Provincias Unidas” para el caso de *crimenes* o *atentados contra la religión del Estado*: “... el juez eclesiástico recibirá la acusación, hará el proceso informativo del hecho que constituye el cuerpo del delito, y decretará la situación del delincuente, para su comparecencia ante los jueces jurados que han de conocer de todos los delitos en general, en cuyo tribunal en este solo caso presidirá” (art. 15). En el Capítulo XXII “Del poder judicial de cada provincia” dispone: “El juicio criminal se establecerá por jurados, y el poder legislativo publicará con preferencia el reglamento correspondiente bajo los principios más propios para asegurar los derechos individuales y el interés de la comunidad” (art. 175). A su turno, en el Capítulo XXIII “De la seguridad individual” dispone: “Ningún ciudadano puede ser desterrado o confinado a pretexto de una medida de precaución, sin pasar antes por el juicio de jurados. El Senado debe vigilar sobre ello. El funcionario público o tribunal que ataque esta parte de seguridad individual, queda expuesto a las resultas del que hubiese desterrado a un inocente” (art. 189). Y, por último, en el Capítulo XXV “De la libertad de imprenta” también establece esta modalidad de juicio para los delitos de imprenta en los siguientes términos: “El acusado por tales delitos será juzgado por el juicio de jurados, y la tercera parte de los votos en su favor hace sentencia” (art. 212).

en la organización del Poder Judicial (art. 117) y entre los derechos del hombre en la sociedad (art. 161)⁽¹⁷⁾. De igual forma, la *Constitución de los Estados Unidos* –su fuente mediata– primero lo reguló como una regla de organización (art. III, Sección 2ª, último párrafo) y luego como un derecho al incluirlo en el *Bill of Rights*⁽¹⁸⁾.

Si, en definitiva, nos atenemos a cómo fue previsto el juicio por jurados en la *Constitución*, también es posible sostener que aquel fue entendido como un derecho del *acusado* y del *pueblo*.

En efecto, el art. 24 de la carta fundamental es un *derecho*, precisamente, por estar ubicado dentro de la *Primera parte* en el *Capítulo I* titulado *Declaraciones, derechos y garantías*. Es un *derecho del acusado* a que un jurado se interponga entre el juez que debe pronunciar la sentencia y el sujeto que tiene que sufrirla⁽¹⁹⁾.

Asimismo, a partir del art. 118 de la CN, al encontrarse en la Segunda parte, Título I, Sección III, Capítulo II, denominado *Atribuciones del Poder Judicial de la Nación*, clara *norma de organización* de uno de los poderes del Estado, puede sostenerse que es un *derecho político de la ciudadanía* a participar en la administración de justicia. Es decir, el juicio por jurados es un derecho de la sociedad a interponerse entre el juez que debe pronunciar la sentencia y el sujeto que tiene que sufrirla, pues a aquella no le es indiferente una pena injusta.

Por lo expuesto, cabe concebir al juicio por jurados como un *derecho individual del acusado* y un *derecho político de la ciudadanía*⁽²⁰⁾.

El juicio por jurados debe ser eximible para el acusado

Al ser el juicio por jurados un *derecho del imputado*, este podrá exigir ser juzgado por jurados si se dan determinadas circunstancias que aquí no vienen al caso desarrolladas⁽²¹⁾. Como contracara, al ser, a la vez, un *derecho de la ciudadanía*, una vez establecido, esta podrá *imponerle* al reo el juzgamiento por jurados. Sin embargo, que el juicio por jurados sea obligatorio y, en consecuencia, irrenunciable para el acusado, insisto, no significa que, en determinadas circunstancias, pueda ser *eximido* de ser juzgado por sus pares.

En efecto, la Constitución exige el juzgamiento a través de un *tribunal imparcial* (arts. 18 y 33, CN⁽²²⁾) y el juicio por jurados es el que mejor cumple con esta regla, pues es el sistema que tiende a generar mayor *imparcialidad* en las decisiones que se tomen⁽²³⁾. Sin embargo, la propia Constitución entiende que no siempre el jurado garantiza la mayor imparcialidad.

De hecho, el fundamento de la *exclusión* del juicio por jurados a los casos que “se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados” (art. 118, CN) y la consecuente sujeción a “los tribunales ordinarios” (art. 60, CN) son las *pasiones políticas* que, precisamente, pueden sesgar esa imparcialidad.

ALEXANDER HAMILTON, al comentar el texto norteamericano, daba las razones de excluir del juicio por jurados a este supuesto. Así, al explicar las facultades judiciales del Senado, decía:

“Su jurisdicción comprende aquellos delitos que proceden de la conducta indebida de los hombres públicos o, en

(17) Cf. PÉREZ PERDOMO, ROGELIO, *Proceso penal en la tradición hispánica y cambios republicanos en Venezuela en la primera mitad del siglo XIX*, en *Modelli storici della procedura continentale*, Università Degli Studi di Perugia, 1994, pág. 571.

(18) En ese país, la Corte Suprema aceptó la renuncia del acusado al juicio por jurados en “Patton v. United States” (281 U.S. 276 –1930–). Sin embargo, en “Singer v. United States” consideró constitucional condicionar la renuncia al consentimiento del fiscal y el juez (380 U.S. 24 –1965–).

(19) Cf. HAMILTON, ALEXANDER, *Facultades del Senado, De el correo de Nueva York, viernes 7 de marzo de 1788*, N° 65, en HAMILTON, ALEXANDER - MADISON, JAMES - JAY, JOHN, *El Federalista*, pág. 251.

(20) Desatiende esta última faceta el art. 22 bis del CPP de Buenos Aires (ley 14.543) que establece que el imputado podrá renunciar a la integración del tribunal con jurados y, además, en caso de existir pluralidad de imputados, la renuncia de uno sustraerá del jurado a los restantes. Esta última consecuencia fue declarada inconstitucional (Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala IV, “Díaz Villalba, Blanca Alicia s/recurso de casación” del 22-6-17).

(21) Este es el objeto de mi tesis doctoral, en etapa de elaboración.

(22) También lo exigen los instrumentos internacionales con rango constitucional, verbigracia, el art. 8.1, CADH.

(23) Cf. GARGARELLA, ROBERTO, *El lugar del pueblo en el derecho penal*, en AA. VV., *Constitucionalismo, garantismo y democracia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, pág. 22.

otras palabras, del abuso o violación de un cargo público. Poseen una naturaleza que puede correctamente denominarse *política*, ya que se relacionan sobre todo con daños causados de manera inmediata a la sociedad. Por esta razón, su persecución raras veces dejará de agitar las *pasiones de toda la comunidad*, dividiéndola en partidos más o menos propicios o adversos al acusado. En muchos casos se ligará con las facciones ya existentes, y pondrá en juego todas sus animosidades, prejuicios, influencia e interés de un lado o de otro; y en esas ocasiones se correrá siempre un gran peligro de que la decisión esté determinada por la fuerza comparativa de los partidos, en mayor grado que por las pruebas efectivas de inocencia o culpabilidad⁽²⁴⁾.

Luego agregaba el promotor de la Constitución norteamericana:

“Con el castigo que puede ser la consecuencia de estas acusaciones, no terminará la expiación del delincuente (...) estará aún sujeto a proceso y a la pena que le corresponda según las leyes ordinarias (...) Tal vez se diga que en el segundo caso la intervención de un jurado apartaría el peligro. Pero los jurados se guían frecuentemente por las opiniones de los jueces. A veces se ven inducidos a pronunciar veredictos especiales, que remiten la cuestión principal a la decisión del tribunal. ¿Quién estará dispuesto a arriesgar su vida y sus bienes a lo que resuelva el veredicto de un jurado que actuase bajo los auspicios de unos jueces que lo han declarado culpable con anterioridad?”⁽²⁵⁾.

Como se advierte, las “pasiones políticas” que aducía MANUEL OBARRIO en su *exposición de motivos*⁽²⁶⁾ para postergar la vigencia del juicio por jurados en todo proceso, en este supuesto excepcional, sí tienen su razón de ser.

En rigor, no solo las pasiones políticas sino de *cualquier índole* pueden afectar el *juicio* del juzgador⁽²⁷⁾. Entonces, cuando estas tengan entidad suficiente como para incidir en la imparcialidad del jurado, la intervención de este se torna inconstitucional.

En ese sentido, se señala que pueden existir razones muy atendibles para que el imputado no quiera ser juzgado por sus pares y desee, en cambio, que su caso sea analizado por jueces técnicos⁽²⁸⁾.

En tal supuesto, si se dieran esas circunstancias que pongan en riesgo la garantía de imparcialidad, sería irrazonable privar al imputado de ser eximido del jurado. Solo en tales circunstancias, entendemos, podría resignarse el derecho de la sociedad a participar en la administración de justicia.

El siguiente interrogante sería, ante tal supuesto, *quién* debe eximir al acusado del juzgamiento por jurados. Se propone contar con la *anuencia* del fiscal⁽²⁹⁾. Por nuestra parte, entendemos que, si el pedido contara con el visto bueno del fiscal, un juez no podría rechazarlo. Las reglas del sistema *acusatorio* así lo imponen. Por el contrario, aun con una vista negativa del titular de la acción penal, incluso del ofendido o su representante, el juez fundamentalmente podría hacer lugar al pedido del acusado de ser juzgado por jueces técnicos. Depositar en manos del juez tal decisión luce más conveniente. Precisamente, las razones que tuvo el acusado para solicitar no ser juzgado por jurados pueden ser vistas con buenos ojos por la acusación para asegurar el éxito de su cometido. Naturalmente, el juez que resuelva esa incidencia no ha de ser el mismo que termine juzgándolo.

(24) HAMILTON, ALEXANDER, *Facultades del Senado...*, cit., págs. 249/250.

(25) *Ibidem*, pág. 251.

(26) Cf. *Proyecto de código de procedimientos en materia penal para los tribunales nacionales de la República Argentina*, Buenos Aires, La Nación, 1882, pág. XIV.

(27) Para ARISTÓTELES, la imparcialidad (objetividad del juicio) está relacionada con la ausencia de pasiones en el momento del juicio. En efecto, la imparcialidad supone la ausencia de todo aquello que puede estorbar el juicio objetivo y, en particular, sería la ausencia de las pasiones que pueden dificultar una consideración equitativa de las partes (TALAVERA, PEDRO, *Imparcialidad y decisión judicial en el Estado constitucional*, en *Revista Boliviana de Derecho*, N° 2, Fundación Iuris Tantum, 2006, Santa Cruz, pág. 18, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539902003>).

(28) GUILCO, HERNÁN V., *El juicio por jurados ante la Corte Suprema de la Nación*, LL, RDP, 2019-7, 12-7-19, pág. 1349, cita online: AR/DOC/1781/2019. El citado autor refiere, por ejemplo, debido a que la naturaleza del delito por el cual ha sido acusado (v. gr., abuso sexual contra una niña) determine la creencia fundada de que será muy difícil encontrar un grupo de ciudadanos imparciales como integrantes del jurado.

(29) Cf. BILINSKY, MARIANA N., *El jurado popular como juez natural que exige la Constitución nacional. Reflexiones sobre los fallos “Rupel” y “Díaz Villalba”*, en AA. VV., *El debido proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, t. VI, pág. 237.

En definitiva, la solución propuesta conjuga adecuadamente el derecho del imputado a contar con un tribunal imparcial y el de la sociedad a participar en la administración de justicia sin hacer prevalecer uno sobre el otro⁽³⁰⁾.

VOCES: PROCESO JUDICIAL - JUICIO POR JURADOS - PROCESO PENAL - DERECHO PROCESAL PENAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - CONDENA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - LEY - IMPUTADO - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - PODER JUDICIAL - DERECHO COMPARADO

(30) La CS reiteradamente dijo que la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro (Fallos: 272:188, 311:652, 322:2683).

JURISPRUDENCIA

Médico:

Responsabilidad: carga de la prueba; deber de cooperación; falta grave de diagnóstico; historia clínica; relevancia probatoria; ausencias y omisiones; efectos; presunciones *hominis* desfavorables; especialidades; anestesista; falta de control directo en el posquirúrgico inmediato. **Hospitales y Sanatorios:** Mala praxis médica: fundamento de responsabilidad; naturaleza contractual; apreciación; deber de seguridad; historia clínica incompleta. **Prueba de Peritos:** Relevancia: impugnaciones; apartamiento; requisitos. **Proceso:** Rebeldía: efectos. **Recurso de Apelación:** Expresión de agravios: requisitos. **Daños y Perjuicios:** Indemnizaciones: valoración; normativa aplicable; extensión del resarcimiento; reclamo sujeto a prueba; incapacidad sobreviniente; cuantificación; pérdida de chance; improcedencia. **Derechos del Consumidor:** Daños punitivos: particular gravedad; carácter excepcional; finalidad sancionatoria.

1 – En materia de responsabilidad médica el principio es que la prueba corre por cuenta de quien imputa culpa al galeno, demostrando la existencia de negligencia manifiesta o errores graves de diagnóstico. Ello es así, sin perjuicio del deber del médico de aportar los elementos necesarios que hagan a su descargo, como fluye del art. 377 del *cód. procesal* y lo que se ha dado en llamar “la carga probatoria dinámica” o el deber de “cooperación” que han de asumir los profesionales cuando son enjuiciados, que hace que quien se encuentre con aptitud y comodidad para prestar su ayuda a esclarecer la verdad lo haga.

2 – Solamente le puede acarrear responsabilidad al facultativo si comete una falta grave en el diagnóstico, de evidente y grosera infracción, pues se trataría, en definitiva, de una falla en un campo en el cual el error excusable no genera la consiguiente culpa profesional. Se trata, en suma, de no imponerle al profesional el deber de acertar, pues estamos en un terreno en el cual muchas veces la decisión que debe adoptar no pasa de un juicio conjetural; si el equívoco es de apreciación subjetiva por el carácter opinable del tema o bien si los síntomas pueden orientar el diagnóstico en otro rumbo que el correcto, el juzgador no tendrá suficientes elementos para inferir una culpa en los términos que informa el art. 512 del *cód. civil*.

3 – Cualquiera sea el fundamento de la responsabilidad de la clínica o del sanatorio (obligación de garantía, deber de vigilancia, obligación tácita de seguridad, etc.), lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia lo han aceptado.

4 – En lo relativo al alcance de la responsabilidad de la prepaga y, en su caso, de la clínica o sanatorio, sin lugar a dudas, se está en presencia de un supuesto de responsabilidad contractual –lo cual, cabe destacar, no se encuentra controver-

tido–, por lo que es necesario atenerse a las previsiones del art. 512 del *cód. civil*, dada la fecha que, en el caso, acontecieron los hechos, que contiene las pautas fundamentales para la valoración de la culpa. Sin embargo, para analizarla, no habrá de procederse con un criterio particular o benevolente, como lo hiciera la jurisprudencia francesa, fundada en las necesidades de las investigaciones científicas o en el propósito de no poner trabas a la actividad profesional, sino que se lo deberá hacer sin apartarse de lo que dispone el derecho común, aunque recordando el art. 902 del citado código, en tanto establece que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias de los hechos.

5 – El centro asistencial asume un deber tácito y accesorio de seguridad en relación con la eficiencia de la prestación galénica. Por ende, su responsabilidad, una vez infringido ese deber jurídico, deviene irrefragable.

6 – La constancia documental que emana de la historia clínica es una prueba sustancial en casos de mala praxis médica, y la convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución del litigio, pues permite observar la evolución médica del paciente y coopera para establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño.

7 – Las ausencias, omisiones o pérdidas de las constancias existentes en la historia clínica no pueden sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla y asentar en ella todos los pormenores necesarios según la ciencia médica, y no al paciente en atención a la situación de inferioridad en que se encuentra.

8 – Las omisiones, ambigüedades, discontinuidades, los claros o enmiendas que presente la historia clínica de un paciente dan lugar a presunciones “*hominis*” desfavorables al galeno, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarlas, la que debe apreciarse con criterio riguroso, toda vez que la omisión de la historia clínica o su imperfecta redacción priven al paciente de un crucial elemento de juicio para determinar la culpa imputable al médico.

9 – Omitir asientos en la historia clínica origina presunciones *hominis* desfavorables al médico demandado por mala praxis, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarlas, prueba que debe ser apreciada con criterio riguroso. Ello es así por cuanto la historia clínica es la prueba por antonomasia en los juicios en los que se persigue descubrir la mala praxis de un profesional de la medicina, ya que de ella podrá surgir o no la relación de causalidad entre el hecho y el daño que se causa al paciente.

10 – La historia clínica es un elemento útil para juzgar la conducta de los profesionales de la medicina, pues su valor probatorio se vincula con la posibilidad de calificar los actos médicos conforme a estándares –como adecuados, exhaustivos, inadecuados, insuficientes– y coopera para establecer la relación de causalidad entre ellos y los eventuales daños sufridos por el paciente.

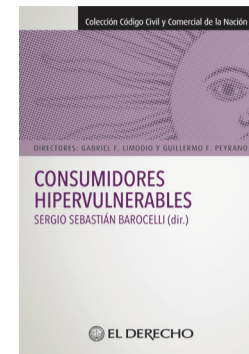
11 – La incompleta confección de la historia clínica genera una presunción judicial de culpa que impone al establecimiento asistencial demandado la obligación de aportar prueba en contrario para exculpar su responsabilidad.

12 – La deficiencia de la historia clínica comporta una presunción clara en contra del médico que tiene la obligación de confeccionarla, dado que dicha falta, de por sí, implica una omisión de la conducta debida de acuerdo a la naturaleza de la obligación asumida, que configura culpa en los términos prescriptos por el art. 512 del *cód. civil*.

13 – Es bien conocida la trascendencia que reviste la historia clínica como prueba primordial en los juicios de mala praxis para demostrar el proceder médico. Y que aquella consiste en la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales, familiares como actuales relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual.

14 – Por definición debe ser completa, permanente, lo que de suyo entraña una condición de calidad de los cuidados galénicos, a la par que demuestra una correcta asistencia facultativa. De allí que su confección incompleta constituye una presunción en contra de la pretensión exculpatoria del profesional; por lo tanto, si los datos que ella contiene están plagados de deficiencias y omisiones, este hecho imputable a los médicos que intervinieron en el acto es suficiente para generar una presunción judicial de culpa que impone a los demandados aportar prueba en contrario.

FONDO EDITORIAL



COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Sebastián Barocelli

CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES

El Derecho 2018

407 páginas

ISBN 978-987-3790-78-2

Venta telefónica: (11) 4349-0200, int. 1177
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

15 – La falta de constancias en la etapa inmediata posterior a la intervención quirúrgica, que es cuando se produjo el paro respiratorio del actor, con las graves secuelas que le dejó, lleva a involucrar la responsabilidad del anestesista, quien debió efectuar el seguimiento en forma personal o por medio de otro anestesista, lo que no acreditó que hiciera. Súmese a ello que, preguntada la experta si el tiempo en que el enfermo estuvo bajo una situación de hipoxia-isquemia fue lo suficientemente prolongado como para que se dieran lesiones neurológicas tan severas, contestó “afirmativo”.

16 – Ni el anestesista ni el sanatorio acreditaron haber seguido las medidas de control y prevención en el posquirúrgico inmediato indicadas como habituales y de buena praxis en el dictamen pericial. Nada de ello consta en la historia clínica y, la falta de registro lleva a presumir, fundadamente, que ni la entidad demandada ni el anesestiólogo cumplieron con esa obligación de control directo sobre el paciente en la atención del posquirúrgico inmediato.

17 – Aún cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, cuando el informe comporta la apreciación específica en el campo del saber del perito –conocimiento este ajeno al hombre de derecho–, para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de sus conocimientos técnicos o científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponerse dotado. Por consiguiente, para que las observaciones que pudiesen formular las partes puedan tener favorable acogida, es menester aportar al expediente probanzas de similar o mayor rigor técnico o científico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en el peritaje.

18 – Si bien el perito es un auxiliar de la justicia y su misión consiste en contribuir a formar la convicción del juzgador, razón por la cual el dictamen no tiene, en principio, efecto vinculante para él, la circunstancia de que el dictamen no obligue al juez –salvo en los casos en que así lo exige la ley–, no importa que este pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo, en tanto la desestimación de sus conclusiones ha de ser razonable y fundada.

19 – La rebeldía declarada y firme, al igual que la incontestación de la demanda, guardan sustancial analogía en lo que atañe a la apreciación de los hechos pertinentes y lícitos, ya que ambas constituyen fundamento solamente para una presunción simple o judicial acerca de la verdad de ellos.

20 – El memorial, para que cumpla con su finalidad, debe constituir una exposición jurídica que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia apelada, para demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho. Deben precisarse, pues, punto por punto, los errores, las omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo. Las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general no reúnen los requisitos mínimos indispensables para mantener el recurso. No constituye, así, una verdadera expresión de agravios el escrito que solo contiene afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica.

21 – Acerca de la normativa aplicable para valorar las indemnizaciones, cuadra aplicar para la fijación de los daños las normas jurídicas vigentes a la época del hecho antijurídico.

22 – No hay ultra petita en la fijación de una suma mayor a la justipreciada en la demanda si el reclamo pudo quedar supeditado a lo que en más o menos resultare de la prueba a producirse

- y así se lo efectúa. Esta modalidad está permitida en los pedidos de indemnización de daños y perjuicios, cuando el actor no está en condiciones de valorarlos adecuadamente a priori (art. 330, inc. 6°, cód. procesal) por ser necesaria una estimación pericial o alguna otra prueba acerca de la magnitud del daño.
- 23 – La incapacidad sobreviniente incluye cualquier disminución física o psíquica, que afecte tanto la capacidad productiva del individuo como aquella que se traduzca en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que desarrollaba con la debida amplitud y libertad.
- 24 – A los fines de establecer la indemnización por incapacidad (comprensiva de la física y la psíquica o de una sola de ellas) debe apreciarse un cúmulo de circunstancias, entre las que si bien asume relevancia lo que la incapacidad impide presuntivamente percibir durante el lapso de vida útil de la víctima, también es preciso meritarse la disminución de sus posibilidades, su edad, cultura, estado físico, es decir, todo aquello que se trasunta en la totalidad de la vida de relación, aunque sin atenerse a pautas matemáticas.
- 25 – Atento que el actor trabajaba en la construcción y no acreditó las posibilidades futuras de obtener ganancias o ascenso laboral, sea en la empresa en la que se desempeñaba o en otra y pareciendo claro que el importante grado de incapacidad que ostenta, corresponde concluir que al encontrarse resarcido con el rubro incapacidad sobreviniente, otorgarle otro resarcimiento por el mismo daño –pérdida de chance–, importaría una duplicación de la indemnización.
- 26 – Cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de una “chance”, de una probabilidad, coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre. Certeza de que, de no mediar el evento dañoso o el incumplimiento contractual, el damnificado hubiera mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero, a la par, incertidumbre, definitiva ya, de si manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el supuesto de la “chance”, la ganancia se habría obtenido en realidad, o si la pérdida se habría evitado.
- 27 – En el caso, resulta improcedente el reclamo por pérdida de chance. Ello es así pues no resulta posible esperar para determinar si el perjuicio existirá o no existirá, es decir que, la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos, sino que la situación es definitiva y, por culpa del demandado, se ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o de pérdidas.
- 28 – En el caso de la pérdida de chance, lo reparable no es el beneficio esperado sino la probabilidad perdida, probabilidad que es tal en cuanto se basa en otro conocimiento cierto. Si lo que se indemniza es la pérdida de una “chance”, en cuanto daño actual resarcible, su valoración se hace en sí misma y no en relación al eventual beneficio frustrado.
- 29 – La cuestión de la pérdida de la chance pone en juego la evaluación del perjuicio y no lo atinente a la relación de causalidad. No se trata de una suerte de responsabilidad parcial; el agente es plenamente responsable de aquella en cuanto ha sido ocasionada por él, y lo único opinable es el monto de la reparación, pero no su procedencia.
- 30 – Cuando el agente de un hecho ilícito, mediante su acto, ha roto o interrumpido un proceso que podía conducir a la víctima a obtener ganancias, esta puede reclamar contra el autor la indemnización de esa ganancia posible y ya frustrada. Empero, cuando la posibilidad frustrada es muy genérica y vaga, ella no es indemnizable como daño material, ya que se trataría de un perjuicio puramente hipotético o conjetural. En suma, dicha posibilidad debe ser bastante fundada o, dicho de otra manera, más que posibilidad debe tratarse de una verdadera “probabilidad”.
- 31 – No cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de los daños punitivos, que condena al incumplidor a reparar más allá del daño producido. La amplitud dada por el legislador a los –por así llamarlos– requisitos de procedencia, es extremadamente peligrosa al no brindar al juez un marco o parámetro de referencia al que atenerse a la hora de sopesar la conveniencia y oportunidad de condenar a pagar daños punitivos. La falta cometida por el proveedor debería ser de una entidad tal que sea pasible de calificado juicio de reproche. Por fin, “la mención al incumplimiento de una obligación legal o contractual solo debe ser entendida como una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva. Dicho en otras palabras, si no hay incumplimiento no puede haber daño punitivo, pero puede haber incumplimiento sin daño punitivo, situación que se dará en la mayoría de los casos”.
- 32 – Los “daños punitivos” han sido definidos como aquellos otorgados para castigar al demandado por una conducta particularmente grave y para desalentar esa conducta en el futuro. También se los define como sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro.
- 33 – Los daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder; particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva. Ello es así pues uno de los caracteres propios de la figura en cuestión, el cual hace a su viabilidad, es –precisamente– el particular reproche de conducta que se exige en cabeza del agente dañador.
- 34 – Los daños punitivos son excepcionales, toda vez que proceden únicamente frente a un grave reproche en el accionar del responsable de la causación del daño de una amplitud inusitada.
- 35 – Se ha aceptado la aplicación de la figura de “daños punitivos” siempre y cuando se compruebe la existencia de una conducta dolosa o cercana al dolo en cabeza del agente dañador; es decir, que la simple culpa no es suficiente ni que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable con relación específica al hecho perjudicial, sino que basta una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio. Ello es así, pues no interesa tanto la subjetividad orientada hacia el hecho, como la que existe hacia la ilegítima obtención y conservación de los frutos colaterales. Es este el tipo de conducta a la que los daños punitivos están destinados a sancionar.
- 36 – Los “daños punitivos” tienen un propósito netamente sancionatorio. Revisten particular trascendencia en aquellos casos en los que el responsable causó el perjuicio a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar para repararlo y debe tratarse de casos de particular gravedad, caracterizados principalmente por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva y a los supuestos de ilícitos lucrativos.
- 37 – A la luz de las nuevas circunstancias económicas que atraviesa el país, entre la fecha del hecho y la del pronunciamiento de primera instancia, corresponde que la tasa de intereses sea fijada en el 8 % anual. Posterior a ello y hasta el efectivo pago, en cambio, corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. M.M.F.L.

60.231 – CNCiv., sala E, junio 13-2019. – P. Q., V. c. Prudencia Compañía Argentina de Seguros Grales. S.A. s/daños y perjuicios.

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los trece días del mes de junio de dos mil diecinueve, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “E”, para conocer en el recurso interpuesto en los autos caratulados: “P. Q., V. c/ Prudencia Compañía Argentina de Seguros Grales. S.A. s/ daños y perjuicios”, respecto de la sentencia corriente a fs. 339/360, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores Dupuis. Racimo. Galmarini.

El Señor Juez de Cámara Doctor Dupuis dijo:

I. La sentencia de fs. 339/360, aclarada fs. 362, a la par que rechazó la demanda entablada contra E. A. K., hizo lugar parcialmente a la promovida contra Sanatorio..., Á. F. P. y Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A., esta última con los límites y en los términos de la póliza contratada, a quienes condenó a abonarle al actor la suma de \$3.132.700, con más los intereses y las costas del proceso.

De dicho pronunciamiento se agravan los codemandados y la aseguradora perdidosos, quienes piden el rechazo

de la pretensión, al cuestionar la responsabilidad que se les atribuye. Subsidiariamente se quejan del “quantum” indemnizatorio, y de los intereses. La actora, por su parte considera bajo el monto admitido en concepto de tratamiento psicológico y se queja del rechazo del rubro pérdida de chance, gastos de tratamiento futuro, daño punitivo y de la pretensión contra el cirujano E. A. K.

Obvias razones de método imponen el tratamiento de lo atinente a la responsabilidad.

II. El 2 de enero de 2013 el aquí actor, V. P. Q., se internó en el Sanatorio..., a través de su ART, a los fines de que se le efectuara una cirugía ligamentaria del pulgar izquierdo, a raíz de un traumatismo que sufrió meses antes por un accidente laboral. La intervención la efectuó el Dr. E. A. K. y el anestesista fue el Dr. Á. F. P., quien le suministró anestesia general. Se trató de una cirugía programada. El actor carecía de antecedentes médicos y suscribió el consentimiento informado de práctica. La intervención se llevó a cabo sin complicaciones, pero durante la recuperación anestésica sufrió un paro respiratorio prolongado, a raíz del cual se le produjo una anoxia cerebral.

De la historia clínica, corroborado por la pericia médica de fs. 240/247, surge que la intervención quirúrgica comenzó a las 8:30 hs. y culminó a las 9:15 hs. Se trasladó al paciente al área de recuperación anestésica. Sin horario preciso determinado en la historia, el actor sufrió un paro cardiorrespiratorio y fue reingresado al quirófano, ventilado manualmente. Cuando recuperó los movimientos respiratorios espontáneos fue trasladado a la Sala de Terapia Intensiva. Ingresó a ese servicio a las 11 hs. Presentaba Glasgow 6/15, se le realizó una tomografía computada de cerebro y al día siguiente electroencefalograma con potenciales evocados. El 5 de enero fue extubado y al día siguiente se le diagnosticó encefalopatía hipóxica. El 9 de enero se lo trasladó a la sala de internación general. Allí continuaba con ataxia, temblor generalizado. El 12 de enero presentaba movimientos coreo atetósicos persistentes, con ataxia y temblor generalizado. El 21, al deambular se puso en evidencia que padecía trastorno del equilibrio con lateralización de la marcha.

Al momento del examen pericial, el actor presentaba hiponimia (falta de expresividad del rostro), hipertonia muscular en miembros superiores e inferiores, rigidez en “tubo de plomo”, temblor en miembros superiores e inferiores al apoyar u oponer resistencia al movimiento y alteración de la marcha. De los resultados de la evaluación neurocognitiva surge que presenta síndrome cognitivo polifactorial severo, caracterizado por déficit de la función ejecutiva, habiéndose afectado de manera global la función mnémica, exacerbadas por alteraciones disatencionales, lingüísticas, que afectan cognitivamente la generalización conceptual y el razonamiento hipotético deductivo y lógico causal.

Tales secuelas son atribuidas por el actor a la mala praxis de los demandados.

III. En materia de responsabilidad médica, el principio es que la prueba corre por cuenta de quien imputa culpa al galeno, demostrando la existencia de negligencia manifiesta o errores graves de diagnóstico (Salvat, “Hechos ilícitos”, núm. 2988; Bustamante Alsina, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, n° 1380; Halperín I., “La responsabilidad civil de los médicos por faltas cometidas en el desempeño de su profesión”, L.L.I-217; Galli, “Obligaciones de resultado y obligaciones de medios”, “Revista jurídica de Buenos Aires” t. 1958-1; Alsina Atienza, “La carga de la prueba en la responsabilidad del médico”, J.A. 1958-III-587, n° 19; Belluscio, “Obligaciones de Medio y de Resultados. Responsabilidad de los Sanatorios”, L.L. 1979-C-19; sala C, junio 12- 1964, L.L. 115-1224; ídem, abril 16-1976, LL, 1976-C-67; sala A, abril 15-1971, L.L. 144-91; esta sala, diciembre 19-1979, L.L. 1979-C-20; mi voto en E.D.126-448; etc.).

Ello es así, sin perjuicio del deber del médico de aportar los elementos necesarios que hagan a su descargo, como fluye del art. 377 del Código Procesal y lo ha señalado con acierto Morello, al analizar la que se dio en llamar “la carga probatoria dinámica” o el deber de “cooperación” que han de asumir los profesionales cuando son enjuiciados, que hace que quien se encuentre con aptitud y comodidad para prestar su ayuda a esclarecer la verdad, lo haga (“La responsabilidad civil de los profesionales, la defensa de la sociedad y la tutela procesal efectiva”, en “Las responsabilidades profesionales”, pg. 15, Ed. Platense, La Plata 1992; Compagnucci de Caso R., “La responsabilidad

de los médicos” en la obra citada, pg. 398; ídem, revista La Ley del 22 de septiembre de 1995, pg. 10).

Al respecto, bueno es recordar que es criterio de la Sala aquel que ha establecido que solamente le puede acarrear responsabilidad al facultativo si comete una falta grave en el diagnóstico, de evidente y grosera infracción, pues se trataría, en definitiva, de una falla en un campo en el cual el error excusable no genera la consiguiente culpa profesional (Conf. voto del Dr. Calatayud en causa 179.618 del 31-5-96 y sus citas: Vázquez Ferreyra, “Responsabilidad civil por error de diagnóstico médico”, en J.A. 1992-II-740, en especial, pág. 745 y doctrina de los fallos de la CNCiv. Sala “C” en E.D. 73-493, votos de los Dres. Cifuentes y Belluscio; en E.D. 98-576, voto del Dr. Duraño y Vedia y sus citas; en causa 137.349 del 8-11-94, voto del Dr. Galmarini).

Se trata, en suma, de no imponerle al profesional el deber de acertar, pues estamos en un terreno en el cual muchas veces la decisión que debe adoptar no pasa de un juicio conjetural. Si el equívoco es de apreciación subjetiva por el carácter opinable del tema o bien si los síntomas pueden orientar el diagnóstico en otro rumbo que el correcto, el juzgador no tendrá suficientes elementos para inferir una culpa en los términos que informa el art. 512 del Cód. Civil (conf. voto del citado colega en la causa n° 235.994 del 15-3-2000, con cita de Vázquez Ferreyra, “Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina”, pág. 92 n° 9; Bueres, “Responsabilidad civil de los médicos”, 2a. ed., t. 2, pág. 151, n° 54).

Desde otro ángulo, esta Sala ha sostenido en varias oportunidades que en cuanto al sanatorio o clínica, cualquiera sea el fundamento de su responsabilidad (obligación de garantía, deber de vigilancia, obligación tácita de seguridad, etc.), lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia la han aceptado (Acuña Anzorena, “Responsabilidad contractual por el hecho de otro”, J.A. 53-secc. doctr., pág. 64; Bustamante Alsina, “Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión”, L.L. 1976-E-63, Belluscio, monografía citada; CNCiv. Sala “C”, L.L. 1976-C-63; esta Sala, voto del Dr. Cichero, L.L. 1979-C-20; votos antes cit. del Dr. Dupuis, entre otros; Sala “A”, L.L. 1977-D-92; Sala “D”, c. 268.437 del 19-3-81 *in re* “Díaz Mónica c/ M.C.B.A. s/ daños y perjuicios”; Sala “F”, c. 8.790 del 24-9-85 *in re* “López Romay c/ Centro Gallego”, etc.).

Y a mi juicio, en lo relativo al alcance de la responsabilidad de la prepaga y, en su caso de la Clínica o Sanatorio sin lugar a dudas, se está en presencia de un supuesto de responsabilidad contractual –lo cual, cabe destacar, no se encuentra controvertido–, por lo que es necesario atenerse a las previsiones del art. 512 del Código Civil, dado la fecha en que acontecieron los hechos, el que contiene las pautas fundamentales para la valoración de la culpa. Sin embargo –como sostuviera al votar en primer término en la causa 20.463 del 29 de abril de 1986–, para analizarla no habrá de procederse con un criterio particular o benevolente, como lo hiciera la jurisprudencia francesa, fundada en las necesidades de las investigaciones científicas o en el propósito de no poner trabas a la actividad profesional, sino que se lo deberá hacer sin apartarse de lo que dispone el derecho común, aunque recordando el art. 902 del citado código, en tanto establece que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias de los hechos. Este es el criterio en el que se ha orientado nuestra jurisprudencia (conf. Sala “A” en E.D. 39-480; íd., en L.L. 91-80; íd., en L.L. 71-180; íd., en L.L. 1977-D-92; Sala “B” en J.A. 1965-III-67; Sala “C” en J.A. 1958-III-587; Sala “F”, c. 8.790 del 24-9-85; esta Sala, en L.L. 1979-C-19; íd. c. 181.789 del 23-4-96, voto del Dr. Calatayud).

Resultará inexcusable para la demandada responder en el caso de que se concluyera que media en autos una hipótesis de mala praxis. Sobre el particular, y tal como lo afirmó el Dr. Mirás en el voto anteriormente citado, coincido totalmente con la opinión de Bueres, quien al referirse al contrato de prestación de servicios médicos señala que mediante esa convención “el centro asistencial asume un deber tácito y accesorio de seguridad en relación con la eficiencia de la prestación galénica. Por ende, su responsabilidad, una vez infringido ese deber jurídico, deviene irrefragable” (conf. “Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos”, N° 17, letra a, párr. I, en pág. 87). Y esa obligación cubre todo lo relativo a la seguridad, higiene y asepsia de las instalaciones en las que se desarrolla la actividad médica.

IV. En el caso, la perito médica que aquí dictaminó, señaló que la intervención quirúrgica efectuada al actor por el Dr. K., en virtud de la lesión ligamentaria del pulgar izquierdo, que según quedó registrado se trató de una plástica capsulo ligamentaria pulgar (ligamenoplastia), era necesaria. No se produjeron incidentes durante la cirugía. El incidente fue postoperatorio, en que –conforme lo expresado en la epicresis de ALPI sentido–, sufrió una encefalopatía anóxica.

Al actor se le suministró anestesia inhalatoria y endovenosa. Consta en la ficha anestésica el estado del paciente al inhalar el acto anestésico: “Reflejo corneal SI. Sensibilidad dolorosa SI. Obedece órdenes SI. Conversa SI. Depresión circulatoria No. Obstrucción respiratoria No. Aspiración secreciones faríngeas No. Curarizado No. Cánula faríngea No. Traqueales No. Medicación antididótica y estimulante: tachado. Firma Dr. F. P. Médico especialista en Anestesiología. Médico especialista en Terapia intensiva...” La intervención finalizó a las 9:15 hs. y a las 9:20 fue registrado el último control de tensión arterial en la ficha anestésica. Luego se trasladó al paciente al área de recuperación anestésica sin encontrar en autos horario preciso en que esto ocurrió, ni tampoco registro de controles del sector. Según refiere la perito médica “Allí es donde el actor sufrió el paro respiratorio, por lo que reingresado al quirófano, ventilado manualmente, y habiendo recuperado los movimientos respiratorios espontáneos, fue trasladado a la sala de Terapia Intensiva. A las 11 horas ingresó en dicho Servicio, con un score de Glasgow de 6/15, por lo que fue intubado y conectado a un respirador para recibir asistencia respiratoria mecánica. El 2 de enero se le efectuó una tomografía computada de cerebro y al día siguiente un electroencefalograma con potenciales evocados, ambos estudios de características normales. A las 8 horas de su ingreso la ULTA I presentó convulsiones tónico-clónicas generalizadas, que se repitieron 6 horas después.”

Aun cuando del parte anestésico no surge complicación intraoperatoria y los parámetros de oxigenación, frecuencia cardíaca y tensión arterial fueron normales durante todo el procedimiento, habiéndosele administrado la dosis indicada de los medicamentos (ver puntos 3 a 7 de fs. 246 y vta. de la pericia médica) y hay constancias de que el Dr. P. realizó el control anestésico previo a la cirugía, presentando el paciente un Riesgo Anestésico ASA 1 y no presentaba complicación que hubiere ameritado la no realización de una Anestesia General (punto 8), en el postoperatorio inmediato y al momento de su ingreso en la UTI, sí se puede afirmar que sufrió un paro respiratorio (punto 10).

La experta dejó en claro tanto en la pericia como en las explicaciones que vertió en la audiencia de oralidad –filmada, conforme acta de fs. 293, que el Tribunal tuvo a la vista, que si bien consta en la historia clínica el ingreso del paciente a las 11 horas a la terapia intensiva, no hay constancia del horario de ingreso a quirófano (ver fs. 13 historia clínica). Y preguntada si se describe taxativamente en las constancias historiales que al momento de producirse la complicación del Paro Respiratorio en el actor el Dr. P. realizó la asistencia correspondiente a tal cuadro de manera diligente y efectiva, la experta contestó “no consta en autos informe con evaluación del paciente (signos vitales) al ingresar al área POP; tampoco el horario preciso en que ocurrió el paro respiratorio, ni cuándo fue reconocido este evento por los profesionales tratantes. Una vez diagnosticado el paro respiratorio, hay evidencia de que el Dr. P. realizó la asistencia de una manera diligente y efectiva” (a la 11 de fs. 247).

Lo cierto es que el paciente, quien previo a la intervención se encontraba en plena salud, y que tenía hecho laboratorio, electrocardiograma, evaluación clínica, y anestesiológica, con lo que no hay constancia de ninguna patología neurológica previa, lo que tampoco surgió durante la cirugía, en el postoperatorio surgieron los problemas.

Ello lleva a analizar, como bien señaló la *a quo* en el considerando IV qué es lo que sucedió en el lapso de casi una hora y media que medió entre la conclusión de la intervención quirúrgica y el momento en que el actor sufrió el paro respiratorio. La experta aseveró, lo que puede confrontarse con la lectura de la historia clínica, que no existen registros de los controles realizados en esta etapa de reanimación, ni del horario preciso en que el actor sufrió el paro respiratorio. Y preguntada de cómo fueron llevados a cabo los cuidados postoperatorios, ésta respondió que no había información (min. 2:02), para agregar que “pasado un paciente a recuperación, el profesional que lo recepciona asu-

me la responsabilidad del control y la observación de esa persona, y debiera dejar constancia de los signos vitales cuando lo recibe y de la evolución”. También señaló la experta que la situación de paro respiratorio fue lo suficientemente prolongada para que llegara a esa situación severa y también fue lo suficientemente corta como para que no falleciera (min. 3:50). Añadió que “son temas de minutos, puede significar, aunque se intente la reanimación, el fallecimiento”. Toda esta argumentación, sobre la que se explicó a la juez, no fue materia de concreto cuestionamiento.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la constancia documental que emana de la historia clínica es una prueba sustancial en casos de mala praxis médica, que la convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución del litigio, pues permite observar la evolución médica del paciente y coopera para establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño (conf. CSJN, 04/09/2001, La Ley, 2002-A, 731).

Es que las ausencias, omisiones o pérdida de las constancias existentes en la historia clínica no pueden sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla y asentar en ella todos los pormenores necesarios según la ciencia médica y no al paciente en atención a la situación de inferioridad en que se encuentra (conf. CNCiv., Sala I, 15/11/2004, DJ 2005-1-804, íd. Sala H, 09/10/2003, DJ 2004-1-92).

Se ha sostenido que las omisiones, ambigüedades, discontinuidades, los claros o enmiendas que presente la historia clínica de un paciente dan lugar a presunciones “*hominis*” desfavorables al galeno, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarlas, la que debe apreciarse con criterio riguroso, toda vez que la omisión de la historia clínica o su imperfecta redacción privan al paciente de un crucial elemento de juicio para determinar la culpa imputable al médico” (conf. esta Sala, 06/11/2000, La Ley, 2001-E, 853, íd. CNFed. Civ. Com., Sala II, 08/09/2005, RCyS 2006-IV, 111).

Y que omitir asientos en la historia clínica origina presunciones *hominis* desfavorables al médico demandado por mala praxis, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarlas, prueba que debe ser apreciada con criterio riguroso” (conf. CNCiv., Sala F, 15/11/2004, DJ 2005-1, 804), por cuanto la historia clínica es la prueba por antonomasia en los juicios en los que se persigue descubrir la mala praxis de un profesional de la medicina, ya que de ella podrá surgir o no la relación de causalidad entre el hecho y el daño que se causa al paciente (conf. CNCiv., Sala H, 08/10/2004, RCyS 2004-XI, 47). Es un elemento útil para juzgar la conducta de los profesionales de la medicina, pues su valor probatorio se vincula con la posibilidad de calificar los actos médicos conforme a estándares –como adecuados, exhaustivos, inadecuados, insuficientes– y coopera para establecer la relación de causalidad entre ellos y los eventuales daños sufridos por el paciente (conf. esta Sala 25/02/2004, DJ 2004-2, 492).

Como ha sostenido la Sala, la incompleta confección de la historia clínica genera una presunción judicial de culpa que impone al establecimiento asistencial demandado la obligación de aportar prueba en contrario para exculpar su responsabilidad (conf. CNCiv., Sala G, 26/09/2000, La Ley, 2001-A, 118).

En otro precedente la Sala “G” (en voto de la Dra. Areán citando al Dr. Bellucci) expresó que la deficiencia de la historia clínica comporta una presunción clara en contra del médico que tiene la obligación de confeccionarla, dado que dicha falta, de por sí, implica una omisión de la conducta debida de acuerdo a la naturaleza de la obligación asumida, que configura culpa en los términos prescriptos por el art. 512 del Cód. Civil. Es bien conocida la trascendencia que reviste la historia clínica como prueba primordial en los juicios de mala praxis para demostrar el proceder médico. Y que aquella consiste en la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales, familiares, como actuales relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual (ver mi voto, L. 213.703, del 21/8/97, y su cita). De modo que, por definición, debe ser completa, permanente, lo que de suyo entraña una condición de calidad de los cuidados galénicos, a la par que demuestra una correcta asistencia facultativa (conf. Ryckmans y Meert-Van de Put, en “Les droits et les obligations des médecins”, Bruselas, 1972, pág. 715, cit. por Vázquez Ferreyra, “La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica”, en La Ley, 1996-B, 807). De allí que su confección incompleta constituye una

presunción en contra de la pretensión exculpatoria del profesional (conf. Lorenzetti, Ricardo L. “Responsabilidad civil de los médicos”, t. II, p. 245; Andorno, Luis O. “Responsabilidad civil médica. Deber de los facultativos. Valor de las presunciones judiciales. Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos”, en JA 1990-II-73). Por lo tanto, si los datos que ella contiene están plagados de deficiencias y omisiones, este hecho imputable a los médicos que intervinieron en el acto son suficientes para generar una presunción judicial de culpa que impone a los demandados aportar prueba en contrario” (conf. C.N.Civil, Sala “G” del 26/09/2000, La Ley, 2001-A, 118 y c. “Wade, Sandra Daniela c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros” del 20/11/2007, publicado en: RCyS 2008, 762 Cita online: AR/JUR/8955/2007 Cita online: 70046191).

Y en el caso, como señaló la sentenciante, la falta de constancias en la etapa inmediata posterior a la intervención quirúrgica, que es cuando se produjo el paro respiratorio del actor, con las graves secuelas que le dejó, lleva a involucrar la responsabilidad del anestesista, quien debió efectuar el seguimiento en forma personal o por medio de otro anestesista, lo que no acreditó que hiciera. Y preguntada la experta si el tiempo en que el enfermo estuvo bajo una situación de hipoxia-isquemia fue lo suficientemente prolongado como para que se dieran lesiones neurológicas tan severas, contestó “afirmativo” (fs. 294).

La “a quo” transcribió las explicaciones brindadas por la perito en relación a si se podía haber evitado o morigerado el severo daño neurológico que presentaba el actor, sin que en esta instancia se contradijeran sus conclusiones. Y en cuanto a las medidas de control y prevención en el postquirúrgico inmediato, expresó que el paciente pasa al área de recuperación, ahí recibe una nueva evaluación de sus signos vitales, si no está plenamente despierto es necesario ponerle un saturómetro, o sea, evitar la mayor frecuencia de complicaciones en el período de recuperación respiratoria. Explicó la experta todo lo referido al saturómetro u oxímetro a efectos de monitorizar la presión parcial del oxígeno en sangre. Señaló que era una medida habitual, hasta que haya evidencias clínicas de que el paciente está en plena conciencia, habla. Que es un procedimiento simple y fácil de realizar cuando el paciente no está plenamente despierto debe colocarse porque uno tiene que detectar variaciones de la saturación que no se detectan clínicamente. Señaló la experta que en las anestias generales siempre debe haber un control hasta que el paciente esté plenamente despierto, el que incluye el saturómetro, puesto que la disminución de la saturación de oxígeno, habilita a actuar rápidamente.

Ni el anestesista ni el sanatorio acreditaron haber seguido tales pasos, ni que hubieran efectuado tales procedimientos. Nada consta en la historia clínica. La falta de registro lleva a presumir, fundadamente, como lo hizo la *a quo*, que ni la entidad demandada ni el anestesiólogo cumplieron con esa obligación de control directo sobre el paciente en la atención del post quirúrgico inmediato. Preguntada la experta quien es el responsable del cuidado de los pacientes en la sala de recuperación anestésica, contestó: “en general es un profesional médico anesthesiólogo. El que intervino en la cirugía si no continúa en quirófano anestesiando a otro paciente; en ese caso puede delegar el cuidado en otro Anesthesiólogo, o a un especialista en Terapia Intensiva o Recuperólogo afectado exclusivamente al área post-operatorio. También participa personal de enfermería especializado en estos cuidados” (fs. 254)

Ello, como señaló la primer sentenciante, compromete la responsabilidad de ambos, por lo que si mi criterio fuera compartido, deberá confirmarse este aspecto del anterior pronunciamiento.

Por lo demás, lo relevante en este tipo de procesos es la pericial técnica, puesto que proviene de un auxiliar del juez, cuya imparcialidad se presume, por haberse designado de oficio y ser totalmente ajeno a las partes. Es por ello que ha adherido a la doctrina según la cual aun cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, cuando el informe comporta –como en el caso– la apreciación específica en el campo del saber del perito –conocimiento éste ajeno al hombre de derecho–, para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de sus conocimientos técnicos o científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponerse dotado (conf., entre muchas otras, causas 21.064

del 15-8-86, 11.800 del 14-10-85, 32.091 del 18-12-87, 131.829 del 29-7-93 y 169.102 del 6-6-95). Por consiguiente, para que las observaciones que pudiesen formular las partes pueda tener favorable acogida, es menester aportar al expediente probanzas de similar o mayor rigor técnico o científico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en el peritaje (conf. arts. 386 y 477 del Cód. Procesal; Palacio, “Derecho Procesal Civil”, t. IV pág. 720), pruebas que no han sido incorporadas al proceso.

Acerca del punto, preciso se hace puntualizar que esta Sala ha decidido que, si bien el perito es un auxiliar de la justicia y su misión consiste en contribuir a formar la convicción del juzgador, razón por la cual el dictamen no tiene, en principio, efecto vinculante para él (art. 477 del Cód. Procesal; CNCiv. esta Sala, en E.D. 89-495 y sus citas), la circunstancia de que el dictamen no obligue al juez –salvo en los casos en que así lo exige la ley–, no importa que éste pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo, en tanto la desestimación de sus conclusiones ha de ser razonable y fundada (conf. fallo citado y votos del Dr. Mirás en causas 34.389 del 9-2-88 y 188.579 del 26-3-96 y, en el mismo sentido, CNCiv. Sala “D” en E.D. 6-300; Colombo, “Código Procesal Civil y Comercial Comentado y Anotado”, 4a. ed., t. I pág. 717 y nota 551).

Es por ello que ha adherido a la doctrina según la cual aun cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, cuando el informe comporta –como en el caso– la apreciación específica en el campo del saber del perito –conocimiento éste ajeno al hombre de derecho–, para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de sus conocimientos técnicos o científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponerse dotado (conf., entre muchas otras, causas 21.064 del 15-8-86, 11.800 del 14-10-85).

Por lo demás, el codemandado P., quien cuestiona las explicaciones brindadas por la experta, no asistió a la audiencia fijada por la *a quo* a fs. 293 y tampoco lo hizo su consultor técnico, sumado a que las críticas que ahora intenta introducir, no logran desvirtuar los fundamentos expuestos en ella. Más aún si se repara que el apelante en ningún momento precisa los posibles errores que le atribuye a la pericia. Habré de propiciar que se desestimen las respectivas quejas.

V. La actora, bajo el rótulo de Quinto agravio, se queja del rechazo de condena contra el cirujano E. A. K. Se limita a señalar que ello aconteció, basándose la jueza en la pericia médica que manifiesta que el procedimiento quirúrgico fue el correcto, limitándose a afirmar que la cuestión “no exonera al cirujano”, quien también era responsable de los cuidados posquirúrgicos, para concluir que el mismo está en rebeldía y ninguna defensa opuso para exonerarse de responsabilidad.

A mi juicio, se trata de únicamente de una manifestación de disconformidad con los argumentos desarrollados por la juez, máxime cuando ni la incontestación de demanda ni la rebeldía autorizan, por sí solas a atribuir la responsabilidad al cirujano cuando la causa del daño, quedó demostrado, está vinculada exclusivamente a la actuación del anestesista.

Es sabido que la rebeldía declarada y firme, al igual que la incontestación de la demanda, guardan sustancial analogía en lo que atañe a la apreciación de los hechos pertinentes y lícitos, ya que ambas constituyen fundamento solamente para una presunción simple o judicial acerca de la verdad de ellos (ver Palacio, “Derecho Procesal Civil...”, t. IV pág. 202 y t. VI pág. 170; Fassi y Yáñez, “Código Procesal Civil y Comercial...”, T. I pág. 392), sujeta, en definitiva, a la prueba a producirse, que en el caso no se aportó para acreditar la responsabilidad.

A mi juicio, una primera lectura del escrito referido revela que difícilmente pueda considerarse a éste como revestido de los recaudos exigidos por el art. 265 del Código Procesal. En efecto, reiteradamente la jurisprudencia ha sostenido que el memorial, para que cumpla con su finalidad, debe constituir una exposición jurídica que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia apelada, para demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho. Debe precisarse, pues, punto por punto, los errores, las omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo. Las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general no reúnen los requisitos mínimos indispen-

sables para mantener el recurso. No constituye, así, una verdadera expresión de agravios el escrito que sólo contiene afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica (conf. Fassi y Yáñez, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado, 3a. ed., tº 2 pág. 483 no 15; Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, tº V, pág. 267; Fassi Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes comentado, anotado y concordado, tº I, págs. 473/474; Fenochietto - Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado, tº 1, pág. 836/837; Falcón - Colerio, Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, tº VIII, págs. 239/240; CNCivil, esta Sala, c. 134.750 del 17-9-93, c. 162.820 del 3-4-95, c. 202.825 del 13-11-96, c. 542.406 del 2-11-09, c. 542.765 del 5-11-09, c. 541.477 del 17-11-09, c. 544.914 del 3-12-09, c. 574.055 del 4-4-11, entre muchas otras).

En esa inteligencia, la presentación aludida se limita a manifestar su desacuerdo con los fundamentos centrales del pronunciamiento, pero sin atacarlos en forma adecuada, lo que lleva a propiciar que se desestime la presente queja.

VI. Corresponde a continuación considerar los agravios de ambas partes respecto a la procedencia y cuantía de los rubros indemnizatorios considerados en la sentencia recurrida.

Acerca de la normativa aplicable para valorar las indemnizaciones, cuadra aplicar para la fijación de los daños las normas jurídicas vigentes a la época del hecho antijurídico (ver Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Código Civil y Comercial a la relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni editores, pág. 100 nº 48; Dell’Orefice, Carolina y Prat, Hernán V., La aplicación del nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio, Revista Cód. Civil y Comercial, ed. Thomson Reuters La Ley, año 1 nº 1, julio 2015, pág. 19, en especial, pág. 27, capítulo VI letra d).

VII. INCAPACIDAD FÍSICA SOBREVINIENTE

La pericia médica obrante a fs. 240/47 describió que, como consecuencia del hecho, el actor presenta falta de expresividad del rostro, estrabismo convergente. Con relación al sistema nervioso, hipertonia muscular en miembros superiores e inferiores, rigidez en “tubo de plomo”, temblor en miembros superiores e inferiores al apoyar o al oponer resistencia al movimiento, reflejos osteotendinosos presentes aunque disminuidos en su respuesta por la hipertonia muscular. Constató una marcha rígida y con pasos cortos, con dificultad para incorporarse desde la posición sedente. No podía realizar marcha en puntas de pie, ni sobre talones ni en posición de cuclillas. Indicó la experta que el actor requería supervisión permanente, no podía vestirse o bañarse solo, aunque se alimentaba por sí mismo y controlaba esfínteres. Solía descansar satisfactoriamente, aunque tenía mioclonías al dormir. Apreció un síndrome cognitivo polifactorial severo, caracterizado por el déficit en la función ejecutiva, afectándose de manera global la función mnémica exacerbadas por alteraciones disatencionales, lingüísticas, que afectan cognitivamente la generalización conceptual y subsecuentemente el razonamiento hipotético-deductivo y lógico causal. Concluyó que el accionante presentaba daño orgánico cerebral, con requerimiento de supervisión permanente y asistencia para el propio cuidado, y estimó una incapacidad total y permanente del 90 % de la TO que resulta verosímil y se relaciona con el accidente de autos.

En el plano psicológico, la perito psicóloga señaló en su dictamen de fs. 169/73 que el actor no recordaba los nombres, edades, ocupaciones de sus padres, hijas, hermanos y sobrinos, ni podía decir si sus padres vivían o no en la actualidad, solamente afirmaba que eran bolivianos. Tampoco recordaba acerca de sus estudios, ni de su historia laboral, ni el accidente sufrido en su mano ni su cirugía posterior. Tenía dificultades para orientarse en tiempo y espacio. Se detectaba enlentecimiento del discurso y del pensamiento, con trastorno severo de memoria, y déficit cognitivo, requería de instrucciones sencillas y repetición de las consignas. Profundo cansancio ante cada prueba y se dificultaba el contacto ocular, la articulación verbal, severo trastorno de memoria. Dificultad para sujetar objetos dado que tenía temblores, y que a su vez, para realizar las pruebas diagnósticas se había requerido de un tiempo prolongado debido a su lentitud cognitiva, dificultades motrices, falta de atención continua. Alteración en la estabilidad emocional, que se había constituido en un hecho traumático y que no podía realizar actividades básicas como bañarse solo, vestirse solo e ir solo al baño, tampoco podía salir solo, orientarse,

comprar alimentos o cocinarlos, hacer deportes, ganar o administrar dinero, conversar con amigos y reconocer a su hija menor. Estimó su incapacidad en el 50 % correspondiente a un desarrollo psíquico postraumático muy severo.

Las impugnaciones tanto del actor como del code mandado P. fueron contestadas por la experto, quien a fs. 201/205 ratificó sus conclusiones, que el juez aceptó, sin que se demuestre que hubiera incurrido en error.

La anterior sentenciante, luego de valorar todas la particularidades que la causa ofrece, edad de la víctima (41 años), situación laboral antes del accidente, salarios que percibía, el hecho de que vivía con la madre de sus hijas, una de 18 años y otra de 12, y demás circunstancias que puntillosamente describió, fijó en concepto de indemnización por ambas incapacidades, comprensivas del daño físico y psicológico la suma de \$2.417.500, para lo cual aplicó El Código Civil y Comercial, con mención de la planilla de cálculos que citó y del art. 1746 de dicho cuerpo legal, a cuyo resultado adicionó un 25 %.

La actora consintió el importe indemnizatorio. La codemandada “Sanatorio Itoiz” se limitó a cuestionar en forma genérica “las elevadas sumas que han sido fijadas para cada uno de los rubros que componen la condena de la sentencia” por considerarlas absolutamente desproporcionadas. Igual proceder tuvo el codemandado P., aunque ninguna crítica concreta y razonada efectúan de la extensa argumentación desarrollada por la juez, circunstancia ésta que lleva a propiciar que se tenga por desierto este aspecto del recurso (art. 266 del Código Procesal).

Por su parte Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales SA se queja de que la Sra. juez fijó en concepto de incapacidad psicofísica sobreviniente una suma superior a la reclamada violando al principio de congruencia por cuanto el actor no hizo reserva “de lo que en más o menos” pudiera resultar de la prueba de autos.

Se ha sostenido con criterio que la sala comparte, que no hay *ultra petita* en la fijación de una suma mayor a la justipreciada en la demanda si el reclamo pudo quedar supeditado a lo que en más o menos resultare de la prueba a producirse y así se lo efectúa. Esta modalidad está permitida en los pedidos de indemnización de daños y perjuicios, cuando el actor no está en condiciones de valorarlos adecuadamente *a priori* (art. 330, inc. 6 del Código Procesal) por ser necesaria una estimación pericial o alguna otra prueba acerca de la magnitud del daño (conf. CNCiv. Sala C, causa 46.656 del 12/9/89; id. esta Sala c. n° 85643/09 del 7/08/17).

En el caso, contrariamente a lo que se afirma, del escrito de demanda surge claro que el actor efectuó tal salvedad (ver fs. 14, apartado 9), lo que lleva a desestimar la presente queja. Lo mismo cuadra señalar con relación a la queja vinculada al daño moral y tratamiento psicológico.

Y en cuanto a la doble actualización que se invoca es una cuestión que habré de tratarla en ocasión del agravio vinculado a la tasa de interés, por lo que –frente a la forma en que se decide– queda sin sustento la presente queja.

VIII. La aseguradora citada en garantía, sin efectuar crítica y pese a señalar que “no se trata aquí de limitarse a disentir con el fallo aludido, por entender elevado el monto” concluye citando jurisprudencia vinculada a la “pérdida de oportunidad de curación o supervivencia”, que a juicio de la apelante no puede ser condenado a la reparación de los totales perjuicios sufridos por el paciente, “sino sólo por el valor de las expectativas de supervivencia o curación destruidas”, por lo que solicita se reduzca. Y son, precisamente esas circunstancias las que se han tenido en cuenta al fijar la indemnización, puesto que en el rubro no está contemplada la incapacidad transitoria, aunque sí las expectativas de supervivencia.

Esta Sala tiene dicho que la incapacidad sobreviniente incluye cualquier disminución física o psíquica, que afecte tanto la capacidad productiva del individuo como aquella que se traduzca en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que desarrollaba con la debida amplitud y libertad (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, “Código Civil Comentado, Anotado y Concordado”, T 5, pág. 219 n° 13; CNCiv. esta Sala, causa 24.116 del 20-10-86, 43.169 del 18-4-89 y 92.305 del 23-7-91).

Y también ha sostenido que a los fines de establecer la indemnización por incapacidad (comprensiva de la física

y la psíquica o de una sola de ellas) debe apreciarse un cúmulo de circunstancias, entre las que si bien asume relevancia lo que la incapacidad impide presuntivamente percibir durante el lapso de vida útil de la víctima, también es preciso meritar la disminución de sus posibilidades, su edad, cultura, estado físico, es decir, todo aquello que se trasunta en la totalidad de la vida de relación (conf. mis votos en L. 34.743 del 10/3/88; ídem, c.44.825 del 3/5/89; ídem, íd., c. n° 61.742 del 27/2/90; ídem, íd., 107.380 del 23/4/92, entre varios otros), aunque sin atenerse a pautas matemáticas (ver, entre otras, causa mencionada n° 61.742; ídem, c. 06.654 del 14/4/92, etc.). Tales circunstancias fueron contempladas por la *a quo*, quien valoró la pérdida definitiva de la capacidad tanto física como psicológica en el porcentaje establecido que sufrió la víctima como consecuencia del hecho de autos. Ello lleva a considerar que la indemnización fijada, en el muy particular caso de autos, de ningún modo resulta excesiva.

IX. Se agravia la actora del importe de \$115.200.- admitido en la sentencia por el costo del tratamiento psicoterapéutico que necesita el actor y que la perito estimó en dos años con una frecuencia de dos veces por semana a un costo de \$600.-, puesto que afirma que dicho costo en la actualidad oscila entre \$900 y \$1500 por sesión. Pretende que se fije \$1200 por sesión. La Sala no comparte tal criterio, puesto que tratándose de tratamientos de larga duración, conforme valores que estima razonables, el importe otorgado por la *a quo*, no resulta exiguo. Habré de propiciar que se desestime la presente queja.

X. Se queja la actora del rechazo del rubro pérdida de chance como autónomo, dado que la primer sentenciante consideró que admitirla importaría otorgar una doble indemnización por un mismo título. Y en el caso, considero que no le asiste razón al apelante, puesto que si bien fue despedido a partir del 15 de julio de 2016, luego de más de un año sin poder reincorporarse al trabajo como consecuencia de las secuelas sufridas y porque no había tarea que pudieran ofrecerle en razón del elevado porcentaje de incapacidad que ostentaba (ver telegrama de fs. 40 del beneficio de litigar sin gastos), lo cierto es que P. Q. trabajaba en la construcción (fs. 4/6 del beneficio) y no acreditó las posibilidades futuras de obtener ganancias o ascenso laboral, sea en la empresa en la que se desempeñaba o en otra. Y parece claro que el importante grado de incapacidad que ostenta al encontrarse resarcido con el rubro incapacidad sobreviniente, otorgarle otro resarcimiento por el mismo daño, importaría una duplicación de la indemnización.

Es criterio de la Sala que cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de una “chance”, de una probabilidad, coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre. Certeza de que, de no mediar el evento dañoso o el incumplimiento contractual, el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero, a la par, incertidumbre, definitiva ya, de si, manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la “chance”, la ganancia se habría en realidad obtenido, o si la pérdida se habría evitado. Y como señalaba Zannoni citando a Mazeaud-Tunc (“Tratado”, t. I-I pág. 307 n° 219), “la dificultad proviene de que, en este supuesto, no resulta posible ya esperar para determinar si el perjuicio existirá o no existirá; la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva; nada la modificará ya; por su culpa, el demandado ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o de pérdidas” (conf. autor citado, El daño en la responsabilidad civil, pág. 50).

Es decir, la “chance” representaría la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privarlo de esa esperanza, conlleva daño, aun cuando pueda ser difícil estimar la medida de ese perjuicio, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad, es la “chance” y no el beneficio esperado como tal (ver Zannoni, op. cit., pág. 52).

En concreto, lo reparable no es el beneficio esperado sino la probabilidad perdida, probabilidad que es tal en cuanto se basa en otro conocimiento cierto. Si lo que se indemniza es la pérdida de una “chance”, en cuanto daño

actual resarcible, su valoración se hace en sí misma y no en relación al eventual beneficio frustrado (ver Mayo, La pérdida de la ‘chance’ como daño resarcible, en Responsabilidad Civil - Doctrinas esenciales - Parte General, ed. La Ley S.A.E., t. II págs. 1413 y ss., ap. III, con cita de Llambías, Tratado de las obligaciones, t. I pág. 268, nota 20, 1ª ed.). Por otra parte, parece claro que la cuestión de la pérdida de la chance pone en juego la evaluación del perjuicio y no lo atinente a la relación de causalidad. No se trata de una suerte de responsabilidad parcial; el agente es plenamente responsable de aquella en cuanto ha sido ocasionada por él y lo único opinable es el monto de la reparación, pero no su procedencia (ver Mayo, op. y loc. cit.).

Ahora bien, es sabido que cuando el agente de un hecho ilícito, mediante su acto, ha roto o interrumpido un proceso que podía conducir a la víctima a obtener ganancias, ésta puede reclamar contra el autor la indemnización de esa ganancia posible y ya frustrada. Empero, cuando la posibilidad frustrada es muy genérica y vaga, ella no es indemnizable como daño material, ya que se trataría de un perjuicio puramente hipotético o conjetural. En suma, dicha posibilidad debe ser bastante fundada o, dicho de otra manera, más que posibilidad debe tratarse de una verdadera “probabilidad” (conf. Orgaz, op. cit., pág. 70 n° 24). Y en el caso, como se vio, ningún elemento de juicio permite inferir que en el caso, esta última situación se configure. Ello es suficiente para propiciar que se desestime la presente queja.

XI. Se queja el actor por el rechazo de la indemnización que reclamara en concepto de “daño punitivo”.

El art. 52 bis (Capítulo XIII-De las acciones) de la ley n° 24.240 incorporado por el art. 25 de la ley n° 26.361, contempla el daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inciso b) de esta ley.

Cabe destacar que no cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo de pena que condena al incumplidor a reparar más allá del daño producido. La amplitud dada por el legislador a los –por así llamarlos– requisitos de procedencia, es extremadamente peligrosa al no brindar al juez un marco o parámetro de referencia al que atenerse a la hora de sopesar la conveniencia y oportunidad de condenar a pagar daños punitivos. La falta cometida por el proveedor debería ser de una entidad tal, que sea pasible de calificado juicio de reproche. Por fin, “la mención al incumplimiento de una obligación legal o contractual solo debe ser entendida como una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva. Dicho en otras palabras, si no hay incumplimiento no puede haber daño punitivo, pero puede haber incumplimiento sin daño punitivo, situación que se dará en la mayoría de los casos” (conf. Wajntraub, Javier H. “Justicia del Consumidor - Nuevo Régimen de la ley 26.993”, Rubinzal-Culzoni Editores - 2014, págs. 152/153).

Los “daños punitivos” han sido definidos como aquellos “otorgados... para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro”. También se los define como “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (conf.: Pizarro, Ramón D., “Daños punitivos”, en “Derecho de Daños”, segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291/292; citado en Picasso, S., “Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor” publicado en Suplemento especial La Ley, “Reforma a la ley de defensa del consumidor”, abril/2008) (conf. CNCiv. Sala “F”, noviembre 18/2009 “Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA s/ daños y perjuicios” L. 526.897, Expte. 99748/2006).



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Av. Alicia Moreau de Justo 1400 - PB, Contrafrente - Depto.
de Ediciones de la UCA, editoriales EDUCA y El Derecho

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

Tel.: (011) 4349-0277

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

Ha sostenido esta Sala (c. 609.668 del 16-10-12 y causa n° 610.266 del 15-10-2012) que existe consenso dominante en el derecho comparado (Conf. Racimo, Fernando M., "Panorama actual de los daños punitivos en los Estados Unidos de América", JA 2004-III-1031 y sus citas) en el sentido de que los daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva.

Es que, uno de los caracteres propios de la figura de los daños punitivos, el cual hace a su viabilidad, es —precisamente— el particular reproche de conducta que se exige en cabeza del agente dañador. Así, se ha dicho que los daños punitivos son excepcionales, toda vez que proceden únicamente frente a un grave reproche en el accionar del responsable de la causación del daño "de una amplitud inusitada" (conf. Álvarez Larrondo, Federico M., "La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo argentino", SJA del 28-05-08; Brun, Carlos A., "Los llamados daños punitivos...", cit., pág. 371; Stiglitz, Rubén S. - Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL 2009-B-949; Colombes, Fernando M., "Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor", LL 2008-E-1159).

En este mismo sentido, se ha aceptado la aplicación de la mentada figura siempre y cuando se compruebe la existencia de una conducta dolosa o cercana al dolo en cabeza del agente dañador. Es decir, que la simple culpa no es suficiente ni que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable con relación específica al hecho perjudicial, sino que basta una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio. Ello es así, pues no interesa tanto la subjetividad orientada hacia el hecho, como la que existe hacia la ilegítima obtención y conservación de los frutos colaterales. Es éste el tipo de conducta a la que los daños punitivos están destinados a sancionar (conf. Racimo, Fernando M., "En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 6, n° 1, pág. 7 y sus citas; Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", en Kemelmajer de Carlucci, Aída - Perellada, Carlos A., "Derecho de Daños", segunda parte, ed. Ediciones La Rocca, 1993, pág. 336; Molina Sandoval, Carlos A., "Elementos para una conceptualización adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación", ED, 205-997; Padilla, René A., "Responsabilidad civil por mora", ed. Astrea, 1996, págs. 173/174; Álvarez Larrondo, Federico M., "Los daños punitivos", LL 2000-A-1111; Cornet, Manuel - Rubio, Gabriel A., "Daños punitivos", en Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, volumen III, Córdoba, ed. Alveroni, 1997, pág. 32; Martinotti, Diego F., "Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998", LL 2001-F, 1317; Brun, Carlos A., "¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? [Especial referencia a los llamados daños punitivos]", DJ, 2004-3-1228; Kamada, Luis E., "Daños punitivos y la prevención del daño ambiental", DJ, del 31-01-07; Zavala de González, Matilde, "Actuaciones por daños", Buenos Aires, ed. Hammurabi, 2004, pág. 332; Zavala de González, Matilde - González Zavala, Rodolfo M., "Indemnización punitiva", en Bueres, Alberto J. - Kemelmajer de Carlucci, Aída [Directores], "Responsabilidad por daños en el tercer milenio, Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini", ed. Abeledo-Perrot, 1997, pág. 190; Nallar, Florencia, "Imprudencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes", LL 2009-D-96; CNCivil, Sala F, c. 526.897 del 18-11-09 *in re* "Cañadas Pérez, María c/ Bank Boston NA s/ daños y perjuicios").

Los "daños punitivos" tienen entonces un propósito netamente sancionatorio, y revisten particular trascendencia

en aquellos casos en los que el responsable causó el perjuicio a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar para repararlo (conf. Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo, "Tratado de la responsabilidad civil", ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t° I, pág. 557) y tratarse de casos de particular gravedad, caracterizados principalmente por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva y a los supuestos de ilícitos lucrativos (conf. XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1999, conclusiones de la comisión n° 10, n° II. 2, en "Congresos y jornadas nacionales de derecho civil, Facultad de Derecho U.B.A." - La Ley, 2005, pág. 196; Picasso, Sebastián, "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor", en Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, 2008 [abril], pág. 123; Junyent Bas, Francisco - Garzino, María Constanza, "Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino", en rev. LL del 19-12-11, pág. 1).

Pues bien, en el caso no se advierte que la conducta asumida por la demandada justifique en el caso la admisión del daño punitivo, por cuanto no se advierte la presencia de una conducta dolosa o de una culpa rayana en el dolo, que permita su aplicación. Por ello habré de propiciar que se desestime la presente queja.

XII. La actora se agravia del rechazo del rubro "gastos de tratamiento futuro" que la *a quo* desestimó en razón de que la perito médica no sugirió tratamiento específico alguno y que el actor tampoco lo requirió. Y a mi juicio, el apelante no rebate este aspecto de la sentencia, máxime cuando nada se acreditó sobre el punto. Y la mención que se hace en esta instancia acerca de que la esposa e hijas se verán obligadas a incurrir como mínimo en gastos de traslados, de algunos medicamentos e incluso de gastos para mejorar la vida del actor, no se trata de un rubro reclamado con tal alcance. Ello es suficiente para propiciar que se desestime la presente queja.

XIII. La sentencia fijó intereses desde la mora a la tasa activa cartera general (préstamos), del Banco de la Nación Argentina, a excepción del rubro tratamiento psicológico, en que lo hizo a partir de que quede firme la misma. De ello se agravian "Prudencia Compañía Argentina de Seguros S.A." y "Sanatorio Profesor Itoiz S.A."

Con fecha 20 de abril de 2009 el Tribunal en pleno dejó sin efecto la doctrina fijada en los fallos "Vázquez, Claudia Angélica c. Bilbao, Walter y otros s/daños y perjuicios" del 02/08/1993 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c. Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios" del 23/03/2004, que lo ratificó, estableciendo la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, la que debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido ("Samudio de Martínez Ladislao c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios").

La Sala consideró que se configura esa salvedad si la tasa activa mencionada se devengara desde el momento mismo de producido el evento dañoso y hasta el del efectivo pago, en la medida que coexista con indemnizaciones fijadas a valores actuales, puesto que tal proceder representaría lisa y llanamente un enriquecimiento indebido en favor del acreedor y en detrimento del deudor, que la Justicia no puede convalidar. Es que, sin lugar a dudas, en tal caso se estaría computando dos veces la pérdida del valor adquisitivo de la moneda operado entre el hecho y la sentencia, cuando en esta se contemplan valores a la época de su dictado; en tanto la referida tasa capta, en cierta medida y entre otros elementos, la depreciación de la moneda. Esta es la doctrina que en forma reiterada aplicó la Sala, vigente la anterior doctrina plenaria, que había receptado la tasa pasiva. Dicho enrique-

cimiento, en mayor medida se configura con la activa, cuya aplicación ahora se recepta (ver fallos de esta sala en causas 146.971 del 16/06/1994, 144.844 del 27/06/1994 y 148.184 del 02/08/1994, 463.934 del 01/11/2006 y 492.251 del 19/11/2007, entre muchas otras; Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, 8a. ed., t. I pág. 338 n° 493; Casillo, Los intereses y la deuda de valor [Doctrinas encontradas y una saludable evolución de la jurisprudencia], en La Ley 151-864, en especial, pág. 873 cap. V; Durañona y Vedia y Quintana Terán, La depreciación de la moneda y los intereses, en J.A. 1970-7-332, en especial, cap. V]; esta Sala voto del Dr. Calatayud en c. 522.330 del 21/04/2009).

De la misma manera, es la que cuadra adoptar a partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, ley 29.994 (conf. CNCivil, esta Sala, c. 80.509-10 del 27-8-15, con cita de Lorenzetti, Código Civil y Comercial comentado, ed. Rubinzal-Culzoni, t. V pág. 158, com. art. 772).

En conclusión, si bien este tribunal en situaciones similares resolvió reducir la tasa establecida entre la fecha del hecho y la del pronunciamiento de primera instancia a la del 6 % anual, devengándose con posterioridad y hasta el efectivo pago la activa dispuesta en el pronunciamiento de la anterior instancia (conf. CNCivil, esta Sala, c. 527.451 del 12-5-09, c. 579.837 del 31-10-11, c. 615.823 del 14-8-13, c. 105.395-10 del 31-8-15, c. 85.237-11 del 7-9-15, entre muchas otras), a partir del fallo dictado el 13-3-17 en el expediente caratulado "Flores Sebastián M. c/ Expreso Nueve de Julio S.A. s/ daños y perjuicios" (n° 69.993/13), en el que tocara votar en primer término al Dr. Calatayud, la Sala modificó su postura y resolvió incrementar esa tasa al 8 % anual a la luz de las nuevas circunstancias económicas que atraviesa el país, por lo que en tal sentido propicio modificar este aspecto del fallo de primera instancia.

En suma, si mi criterio fuera compartido, deberá confirmarse la sentencia apelada en todo cuanto fue materia de queja, salvo en lo relativo a los intereses, que se liquidarán en la forma dispuesta en el último considerando. Las costas de Alzada se impondrán a los codemandados apelantes y a la aseguradora, vencidos en lo principal, puesto que lo relativo a los intereses se trata de una cuestión accesorio sobre la que no existe criterio jurisprudencial uniforme (art. 68 del Código Procesal).

El Sr. Juez de Cámara Doctor *Racimo* dijo:

Por análogas razones a las expuestas por el Dr. Dupuis, voto en el mismo sentido.

El Señor Juez de Cámara Doctor *Galmarini* dijo:

Por razones análogas a las expresadas por el Dr. Dupuis voto en el mismo sentido, salvo en lo atiente a la tasa de interés aplicable.

Como integrante de la Sala "F" de esta Cámara a partir del fallo dictado el 14 de febrero de 2014 en los autos "Zacaño Loloir Z. c/ AYSA s/ ds. y perjuicios" (expte. 162543/10, L. 628.426) adherí al criterio según el cuál la tasa activa prevista en el fallo plenario "Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios", del 20 de abril de 2009, no representa un enriquecimiento indebido, por entender que en manera alguna puede considerarse que la aplicación de esa tasa en supuestos como el del caso implique una alteración del significado económico del capital de condena. Consecuentemente considero que corresponde confirmar lo resuelto en primera instancia sobre los intereses.

Y Vistos:

En virtud a lo que resulta de la votación de que da cuenta el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada en todo cuanto fue materia de queja, salvo en lo relativo a los intereses, que se liquidarán en la forma dispuesta en el último considerando. Las costas de Alzada se imponen a los codemandados apelantes y a la aseguradora, vencidos en lo principal, puesto que lo relativo a los intereses se trata de una cuestión accesorio sobre la que no existe criterio jurisprudencial uniforme (art. 68 del Código Procesal). — Juan C. G. Dupuis. — Fernando M. Racimo. — José L. Galmarini.