

EL DERECHO

DIARIO DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTOR: ALEJANDRO BORDA - CONSEJO DE REDACCIÓN: GABRIEL FERNANDO LIMODIO, LUIS MARÍA CATERINA, MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, DANIEL ALEJANDRO HERRERA, NELSON G. A. COSSARI

DOCTRINA

Comentario al proyecto de reforma del régimen electoral nacional que introduce la boleta única papel, por José M. Pérez Corti

Cita Digital: ED-MMMCCCLXXV-386

JURISPRUDENCIA

RECURSO DE QUEJA: Interposición: error en la carga de la documentación; plazo perentorio; efectos (CS, mayo 10-2022)

MÉDICO: Responsabilidad: obligación de medios. DAÑOS Y PERJUICIOS: Culpas: apreciación; no configuración; relación causal; material; iatrogenia; insuficiencia; riesgo quirúrgico (CNCiv., sala B, mayo 6-2022)

DOCUMENTOS Y COMENTARIOS

Laudatio al profesor doctor Rodolfo Luis Vigo con motivo de la entrega del doctorado honoris causa en la Universidad Católica de Santiago del Estero (6-8-22), por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Cita Digital: ED-MMMCCCLXXV-387

Comentario al proyecto de reforma del régimen electoral nacional que introduce la boleta única papel

por JOSÉ M. PÉREZ CORTI^(*)

Sumario: INTRODUCCIÓN. — 1. LA BOLETA DE SUFRAGIO COMO INSTRUMENTO DE VOTACIÓN. A. FORTALEZAS. B. DEBILIDADES. — 2. PRIMERAS EXPERIENCIAS DE LA BOLETA ÚNICA EN ARGENTINA. — 3. EL PROYECTO DE BOLETA ÚNICA PAPEL EN EL ÁMBITO NACIONAL. 3.1. GARANTÍA DEL SECRETO DEL VOTO. 3.2. INTEGRIDAD DE LA VOLUNTAD POPULAR. 3.3. FISCALES DE MESA. 3.4. VOTO POR CORREO POSTAL. 3.5. RECUENTO DE SUFRAGIOS POR VOTOS NULOS. 3.6. SUFRAGIO DE PERSONAS NO VIDENTES. 3.7. PROHIBICIÓN DE FOTOGRAFIAR LA BOLETA ÚNICA PAPEL. 3.8. REVISIÓN Y READECUACIÓN GENERAL DE PLAZOS CONFORME EL CALENDARIO ELECTORAL. 3.9. OTRAS CUESTIONES. — 4. CONCLUSIONES.

Introducción

La Cámara de Diputados de la Nación sancionó, con fecha 8 de junio de 2022, el proyecto de ley destinado a reformar la legislación electoral nacional con el objeto de reemplazar el instrumento de votación⁽¹⁾ vigente, esto es, la boleta múltiple partidaria (BMP), por la boleta única papel (BUP). Hemos tenido oportunidad de expresarnos ampliamente sobre este tema en investigaciones anteriores, a las que, por razones de brevedad, remitimos⁽²⁾.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Reelección del vicepresidente como presidente de la República*, por GERMÁN J. BIDART CAMPOS, ED, 152-990; *El derecho “a elegir” y a “ser elegido” en el pacto de San José de Costa Rica y en el derecho interno*, por GERMÁN J. BIDART CAMPOS, ED, 153-1041; *La reelección presidencial y vicepresidencial*, por MARCELO BAZÁN LAZCANO, ED, 153-1045; *La reelección presidencial*, por GREGORIO BADENI, ED, 177-1022; *Reflexiones sobre la ley que introduce las internas o primarias abiertas*, por HERIBERTO VICENTE SAAVEDRA, ED, 198-1001; *Juicio de la elección de los legisladores. Una cuestión no terminada*, por GUILLERMO CARLOS SCHINELLI, EDCO, 2005-593; *Veinte años después de la reforma constitucional de 1994. Su balance*, por NÉSTOR PEDRO SAGÜES, ED, 259-812; *La Constitucionalidad y factibilidad del voto electrónico en la República Argentina: un análisis desde la experiencia comparada*, por JUAN MANUEL BUSTO, ED, 260-467; *Novedades políticas y electorales*, por ADRIANA TETTAMANTI DE RAMELLA, EDCO, 2007-385; *El naufragio de las primarias abiertas. Participación, partidos políticos y candidaturas únicas*, por DIEGO HERNÁN ARMESTO, EDCO, 2011-520; *Representación política y contrato de mandato*, por SILVINA M. PAGLIOTTO, EDCO, 2011-555; *Proyecciones de la Ley Sáenz Peña*, por GREGORIO BADENI, ED, 249-617; *El rol de la observación electoral: hacia una ampliación del concepto de elecciones democráticas*, por JUAN MANUEL BUSTO, ED, 266-660; *Representación y participación política: un repaso sobre el camino de las elecciones primarias en la República Argentina*, por CARLOS D. LUQUE, EDCO, 2013-443; *La reelección como un supuesto derecho humano en el contexto latinoamericano*, por MARÍA VICTORIA GUERRICAGOTIA, ED, 289-1019; *Sistemas electorales, distritos y asignación de bancas de los poderes legislativos en la Argentina. Una perspectiva federal sobre temas de representatividad*, por JUAN CALANDRI, EL Derecho Constitucional, junio 2022 - Número 6. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (FD-UNC) y Magíster en Partidos Políticos (FD-CEA-UNC). Director de la Diplomatura en Derecho Electoral (Universidad Austral). Docente de grado y posgrado en Derecho Constitucional, Público Provincial, Municipal y Electoral. Miembro fundador del Foro Federal de Organismos Electorales Provinciales de la República Argentina; miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Relator de Sala, Relatoría Electoral y de Competencia Originaria del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

(1) Oportunamente, hemos denominado *elementos instrumentales* a todos aquellos que tienen por fin facilitar el desarrollo de los procesos que implican la puesta en marcha de los elementos sustanciales del derecho electoral. Entre ellos, es posible traer a colación los registros electorales, los padrones, los procesos electorales, la oficialización de listas, las boletas de sufragio, el procedimiento de emisión y captación del sufragio, los escrutinios, la aplicación del sistema electoral a través de la adjudicación de bancas y cargos y de la proclamación misma de los electos, por citar algunos (cfr. Pérez Corti, José M.; *Derecho electoral argentino. Nociones*, 3.a ed., Advocatus, Córdoba, 2016, p. 70 y cc.). En consecuencia, optamos por tal denominación, a efectos de receptor conceptualmente las diferentes alternativas existentes en los distintos regímenes electorales vigentes en Argentina, como consecuencia de nuestro fértil federalismo electoral (cfr. Pérez Corti, José M.; “Boleta Única de Sufragio: su implementación en Córdoba”, *La Ley Córdoba*, año 29, n.º 1, febrero 2012, pp. 1/27, disponible en http://profesorperezcorti.com.ar/uploads/2011_10_10_BUS_Experiencia_Cordoba_LLChba-01-2012_v.4.0.pdf); consultado el 6/6/2022.

(2) Cfr. Pérez Corti, José M.; *Derecho electoral argentino. Nociones*, ob. cit.; “La reforma al régimen electoral de la provincia de Córdoba (Tercera parte). El nuevo Código Electoral provincial”, Abeledo-Perrot, Córdoba, n.º 7, julio 2009, pp. 727/754; disponible, también en formato digital, en: <http://profesorperezcorti.com.ar/list.php?c=2&>

Desde EL DERECHO, se nos ha solicitado un comentario al proyecto que actualmente se encuentra en revisión en la Cámara de Senadores⁽³⁾.

En consecuencia, abordaremos esta reforma al Código Electoral Nacional (CEN) y su impacto en las demás normas electorales, centrándonos en el modelo de boleta única papel (BUP)⁽⁴⁾ y en la manera que el legislador nacional ha regulado su diseño y uso.

1. La boleta de sufragio como instrumento de votación

De los principios fundamentales que caracterizan el sufragio —universal, individual, igual y secreto—, la boleta de sufragio, como instrumento de votación, es la que mejor garantiza el último de aquellos, y esa es la razón de que ella exista como tal.

Dos son sus funciones primordiales. La primera consiste en estructurar o instrumentar el voto del electorado con miras a facilitar la expresión de su voluntad política. La segunda constituye la prueba material del sufragio que permite el recuento de votos o escrutinio, y que garantiza la integridad de su resultado.

Somos conscientes de que, en la primera función descrita, el máximo de libertad se alcanzaría mediante la utilización de una boleta en blanco, en la que las personas consignaran los nombres y el orden de sus preferencias en torno a las candidaturas que conforman la oferta electoral. Sin embargo, esto pondría en riesgo, además del secreto del sufragio, otros aspectos del proceso electoral, como lo son el escrutinio y la proclamación, los que resultan determinantes a la hora de afianzar la legitimidad y la legalidad de la elección misma, esto es, su integridad. Por ello existen diferentes sistemas y modelos.

Por otra parte —y más allá de las diferencias de cada alternativa—, como todo elemento instrumental del derecho electoral, la boleta única de sufragio cuenta con características que le permiten dar respuesta adecuada a ciertos requerimientos, y con limitaciones e inconvenientes que surgen de su propia conformación y diseño. Tales cuestiones no deben ser exacerbadas como virtudes o defectos que imponen o invalidan su aplicación.

Y si bien algunas de ellas pueden variar de un modelo a otro, un serio abordaje de la cuestión impone describir sus fortalezas y debilidades, para tenerlas en cuenta al afrontar su implementación y utilización, procurando la adecuada consolidación del mecanismo sin generar falsas expectativas⁽⁵⁾.

A. Fortalezas

Entre aquellos caracteres que hacen de la boleta única un adecuado instrumento de expresión de la voluntad popular, podemos identificar los siguientes.

s=7&ss=&ssss=&ssssss=, consultado el 6/6/2022; y en coautoría con Leandra Toledo y Juan Marchisio, “Estudio comparativo de los instrumentos de votación utilizados en Córdoba en los comicios de 2007 a 2019” (inédito).

(3) Para tal fin, se nos facilitó la versión que se encuentra disponible en el sitio oficial de la Cámara de Senadores, a la que se accede desde <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/4.22/CD/PL>, consultada el 6/7/2022, identificada como “Exp. CD n.º 4/22”, e ingresada por Mesa de Entradas del Senado de la Nación a las 16:50 del 13 de junio de 2022.

(4) Utilizaremos esta abreviatura o sigla a partir de la denominación que le ha dado la Cámara de Diputados. Sin embargo, en otros ordenamientos se la identifica como “Boleta Única de Sufragio” (“BUS”, tal el caso del Código Electoral de la provincia de Córdoba, Ley 9571) o “Boleta Única” (“BU”, como lo ha determinado el legislador santafecino en la Ley n.º 13.156).

(5) A los fines del desarrollo de esta clasificación, tuvimos en cuenta las posiciones de Gerardo Scherlis (“Los diferentes modelos de Boleta Única y su impacto sobre el comportamiento electoral. Hipótesis sobre los casos de Córdoba y Santa Fe”, ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Ciencia Política, organizado por la Sociedad Argentina de Análisis Político y la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 27 al 30 de julio de 2011); Fernando Straface y Ana María Mustapic (“La boleta única mejora la reforma política”, CIPPEC, Documento de Políticas Públicas, Análisis n.º 69, noviembre, 2009); Juan Manuel Abal Medina (“Mitos y realidades de la Boleta Única”, *Página 12*, 9/8/2011); y Pedro Gómez de la Fuente (“Boleta única: ¿panacea electoral o una nueva distracción?”, *elDial.com*, DC16A9, 5/9/2011); entre otros.

a. *Favorece la equidad partidaria en la competencia electoral.* Como la generación y provisión de boletas queda a cargo del Estado, todas las fuerzas políticas se encuentran en condiciones recíprocas de igualdad, más allá de las propias estructuras partidarias.

b. *Garantiza la disponibilidad de boletas durante toda la votación.* Al asumir el Estado el rol de único proveedor de boletas de sufragio, y no depender más de las estructuras partidarias, las opciones están disponibles siempre en cada mesa durante toda la votación, lo que garantiza que el electorado pueda optar entre todas las ofertas políticas, aun cuando alguna de ellas careciera de fiscales en la mesa.

c. *Disminuye el gasto y los costos electorales.* Solo se imprime un pequeño porcentaje de seguridad extra, respecto de la cantidad total de electores. A su vez, al dotarlas de un mecanismo de seguridad que impida su reproducción, evita la innecesaria impresión de aquellos ejemplares que los partidos utilizan con fines proselitistas, entre otros.

d. *Reemplaza el cuarto oscuro por el cuarto de votación.* La boleta única contiene todas las opciones partidarias para cada cargo o categoría de candidatura. Por tal motivo, para garantizar el secreto del voto, solo es necesario un pequeño espacio privado en el cual los votantes procedan a marcar las boletas, como son los denominados boxes, cabinas o casillas de votación.

e. *Agiliza el trámite de votación y disminuye el tiempo de espera.* La utilización de boxes, casillas o cabinas optimiza la distribución de los espacios dentro del cuarto de votación, permitiendo que las autoridades de mesa se ubiquen dentro de este y que en él se disponga de más de un espacio privado destinado al sufragio a través de la habilitación de dos o más boxes, cabinas o casillas de votación, lo que redundará en una dinámica de emisión del sufragio más ágil.

f. *Elimina o disminuye malas prácticas electorales.* Dos características de la boleta única favorecen la desaparición o disminución de prácticas electorales desleales.

La primera es que un organismo estatal monopoliza su distribución, lo que disminuye los niveles de coerción sobre los votantes favoreciendo el secreto del voto. Así contrarresta el clientelismo electoral y los aparatos políticos que recurren a la distribución anticipada de boletas partidarias y a la introducción de marcas o señas en estas, para facilitar el seguimiento del voto y de los votantes; o el trabajo de fuerzas políticas que el día anterior entregan votos “ya preparados”, bajo algunas promesas de dádivas, o, lisa y llanamente, presionando a los votantes con amenazas de pérdida de beneficios sociales u otras prebendas. De esta forma, la boleta única consolida el presupuesto mínimo de libertad que requiere el ejercicio del derecho de sufragio, a través de su carácter secreto.

La segunda característica radica en que, al contener a todos los candidatos, evita su reemplazo por ejemplares apócrifos, puesto que la declaración de nulidad del instrumento afecta a todas las fuerzas políticas por igual, por lo que desincentiva estas acciones.

Además, también dificulta algunas prácticas, como las del voto *cadena*, voto *barquito* y otras creaciones de nuestra folclórica idiosincrasia política.

g. *Otorga mayor libertad al electorado, disminuyendo el efecto arrastre.* Otra de sus bondades radica en aumentar el techo de libertad del elector, pues facilita la marcación de opciones partidarias diferentes por cargos y candidaturas. Así la ciudadanía cuenta con la posibilidad de marcar cada categoría con una tilde o una cruz en el casillero de la lista o candidato de su preferencia.

B. Debilidades

Por otra parte, algunos aspectos de la boleta única también pueden complicar su uso.

a. *Dimensiones de la boleta única.* Es una de las primeras objeciones a la boleta única. Como en ella deben ubicarse todas las opciones políticas para una o más categorías de cargos, las dimensiones que tendrá podrían ser considerables y complicar su utilización y su depósito dentro de la urna. Una solución es limitar o restringir la transcripción de la lista de candidatos para los tramos colegiados y numerosos, de modo tal que figure una cantidad determinada de ellos y no el resto. Para esto se contempla la publicación de la nómina completa de candidatos y candidatas de cada fuerza política en listas que están ubicadas en cada cuarto de votación.

b. *Favorece el voto cruzado que puede afectar la gobernabilidad.* Su diseño fortalece la autonomía del elec-

tor al marcar sus opciones, lo que facilita la alternancia de preferencias políticas. Esto, según algunos analistas, podría afectar la gobernabilidad cuando la composición política mayoritaria de los cuerpos legislativos resulte distinta a la del candidato y fuerza política que triunfaron en el cargo ejecutivo⁽⁶⁾.

c. *Posible aumento de votos en blanco o nulos para determinadas categorías de cargos.* Debido al denominado *efecto fatiga*, puede registrarse una tendencia a marcar aquellas categorías que más se conocen (i. e., ejecutivos, que son los que mayor difusión hacen a través de la campaña electoral). Esto varía según los diferentes diseños de boleta única, y puede neutralizarse intensificando la información y capacitación destinadas a que el electorado conozca los principales aspectos de la boleta única y de su adecuado uso.

d. *No impide todas las prácticas electorales desleales.* Si bien hay prácticas clientelares que usualmente desaparecerían (i. e., robo de boletas, reemplazo de los mazos por ejemplares apócrifos en procura de su anulación durante el escrutinio de la mesa, por mencionar algunos ejemplares), en otros casos no logra erradicar ciertas experiencias negativas, como el *voto cadena*, que, aunque lo dificulta, no lo imposibilita absolutamente. También genera nuevas oportunidades para llevar adelante conductas desleales, como sería el caso de la potencial introducción de marcas ajenas a la voluntad de los votantes por parte de las autoridades de mesa o de los fiscales partidarios a la hora del escrutinio de mesa, alterando o anulando, así, la decisión política del ciudadano.

e. *Ralentiza el escrutinio de mesa.* El recuento de las opciones del electorado en cada boleta única es, en definitiva, un escrutinio de preferencias, que importa un conteo manual de los votos individuales, correctamente identificados por las autoridades de mesa y gradualmente acumulados en un conteo que requiere de precisión, concentración y profesionalismo. Por eso, pensar en la implementación de la boleta única implica evaluar y rediseñar lo atinente a la selección, designación y capacitación de las autoridades de mesa.

2. Primeras experiencias de boleta única en Argentina

Este instrumento de votación, en sus diferentes variantes, fue introducido normativamente, por primera vez, en la provincia de Córdoba con la reforma electoral del año 2008⁽⁷⁾. A fines del año 2010, hacía lo propio la provincia de Santa Fe⁽⁸⁾. Inmediatamente, en 2011, se incorporaba a ese incipiente listado la ciudad de Colonia Caroya⁽⁹⁾, perteneciente a la provincia de Córdoba, con la publicación de su Código Electoral municipal⁽¹⁰⁾.

Sin embargo, la secuencia mediante la cual se llevaron a cabo las sucesivas experiencias de implementación de estos instrumentos de votación fue, justamente, inversa. La primera de ellas se registró en Colonia Caroya, el 10 de abril del 2011; en tanto que Santa Fe la utilizó el 22 de mayo. En ambos casos, el estreno tuvo lugar en el marco de elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias. Córdoba, por su parte, fue la última en utilizarla, en los comicios provinciales del 7 de agosto del mismo año.

Ha transcurrido más de una década desde aquellos interesantes e innovadores acontecimientos, con una importante acumulación de antecedentes, experiencias y modificaciones, de suma utilidad para capitalizar en esta oportunidad.

(6) Cabe recordar que la provincia de Córdoba –cuando el instrumento de votación aún era la BMP–, debido al desdoblamiento de convocatorias electorales (para gobernador y vice, el 20/12/1998, y para diputados y senadores provinciales, el 10/10/1999), registró el triunfo de un gobernador justicialista que tuvo que convivir con una legislatura mayoritariamente radical en ambas cámaras, sin que esto afectara la gobernabilidad.

(7) Cfr. Ley n.º 9571 (Código Electoral provincial), sancionada el 4/12/2008.

(8) Cfr. Ley n.º 13.156 (Sistema de Boleta Única y Unificación del Padrón Electoral), sancionada el 25/11/2010.

(9) Cfr. Ordenanza n.º 1635 (Código Electoral municipal), sancionada el 29/12/2010.

(10) Este relevamiento se enfoca a las experiencias masivas de votación registradas en nuestro país, a la que cabe agregar la de la ciudad de San Luis (Ord. n.º 1109102019 [3605/201], sancionada el 22/8/2019). Sin embargo, no desconocemos lo sostenido por Dalla Via, en cuanto afirma que la boleta única papel “se encuentra vigente en nuestro Derecho Electoral federal, tanto para los privados de libertad como de los argentinos residentes en el exterior” (cfr. *Derecho electoral. Teoría y práctica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 144).

3. El proyecto de boleta única papel en el ámbito nacional

La reforma aprobada en la Cámara de Diputados no deja dudas en cuanto a su objetivo: la incorporación de la BUP en reemplazo del actual sistema de BMP. A diferencia de este último, que nunca fue explicitado como tal en el texto del CEN, sino, simplemente, regulado en cuanto a sus dimensiones, contenidos y caracteres físicos y gráficos (cfr. Capítulo IV, arts. 62 a 64), el proyecto en cuestión contempla una nueva redacción para el art. 62, que incorpora explícitamente a la BUP “como instrumento de votación para todos los procesos electorales contemplados en este Código”. Esto representa un interesante avance en el ordenamiento electoral argentino.

Dentro de la familia de la boleta única, si se nos permite la figura, nuestros diputados nacionales optaron por un diseño que contiene tantas líneas como fuerzas políticas participantes; y columnas correspondientes a los diferentes cargos electivos sujetos a renovación. En esto, se identifica con el modelo cordobés.

Sin embargo, y en una inteligente definición, el legislador ha diferenciado dos soportes papel por separado: la BUP para cargos públicos nacionales o distritales, y su par para cargos públicos locales (provinciales, de CABA y municipales), tal como se desprende de la reforma introducida al art. 3º, de la Ley n.º 15.262, atinente al régimen de simultaneidad de elecciones. Aquí prima, parcialmente, el modelo santafecino.

El diseño propuesto por Diputados conjuga las boletas únicas de ambas provincias, con lo que da respuesta a algunas de las objeciones que se le formulan, las que, de otra manera, resultarían críticas respecto de su razonabilidad y adecuada implementación en casos de simultaneidad o concurrencia comicial. Nos referimos a las dimensiones de la BUP, y a las tendencias conocidas como “voto cruzado” y “efecto fatiga”⁽¹¹⁾.

Sin embargo, observamos que la “dualidad de boletas” impactará en todos los procedimientos directamente vinculados con ambos instrumentos de votación, esto es, por ejemplo, los relativos a la posibilidad de llevar a cabo elecciones “concurrentes”, mediante el uso de dos urnas diferentes (tal es la experiencia registrada en Santa Fe), facilitando, así, la operatividad del mandato legal contenido en el art. 102 bis del CEN, entre otras cuestiones. También impactará en lo atinente a los procedimientos de impugnación de la identidad del votante o para recurrir la calificación que del voto haga la autoridad de mesa, o la misma anulación del sufragio; todo lo cual importa la necesidad rediseñar los aspectos atinentes a estas y otras cuestiones operativas vinculadas con el procedimiento de votación durante el día de la elección.

Complementariamente, el legislador también ha exhibido una clara conciencia federal, en tanto incorpora al régimen de simultaneidad de la Ley n.º 15.262 el de concurrencia. Así, recepta las excelentes experiencias de la provincia de Santa Fe, cuando adhirió a procesos electorales nacionales (PASO y generales) sin resignar su instrumento de votación⁽¹²⁾.

Con sendas modificaciones se consolida y garantiza el federalismo electoral. No forzar la imposición del instrumento de votación nacional, por sobre los vigentes en cada ámbito local, deja librada dicha decisión a cada jurisdicción electoral, a la vez que legitima y fortalece la propuesta de reforma⁽¹³⁾.

(11) Para profundizar sobre estas cuestiones, se pueden ver: Mustapic, Ana M.; Scherlis, Gerardo y Page, María; “Boleta única. Agenda para avanzar hacia un modelo técnicamente sólido y políticamente viable”. Documento de Políticas Públicas. Recomendación n.º 73, CIP-PEC, marzo 2010 (disponible en <https://oear.cippec.org/wp-content/uploads/2015/02/DPP-73.-Un-modelo-de-BU-tecnicamente-solido-y-politicamente-viable2010.pdf>, consultado el 20/6/2022); Scherlis, Gerardo; “Los diferentes modelos de Boleta Única y su impacto sobre el comportamiento electoral. Hipótesis sobre los casos de Córdoba y Santa Fe”, ob. cit.; Pérez Corti, José M.; “Boleta Única de Sufragio: su implementación en Córdoba”, ob. cit., pp. 7-8; entre otros.

(12) Cfr. Blando, Oscar M.; “Reformas electorales en Santa Fe: de la Ley de Lemas a la Boleta Única”, en Blando, Oscar M. (compilador); *Reforma política en Argentina. Un debate democrático pendiente*, UNR Editora, Rosario, 2017, pp. 152-155.

(13) No escapa a nuestra memoria la malograda experiencia del intento de reforma del instrumento de votación ensayada en 2016, y que contó con media aprobación de la Cámara de Diputados. En su articulado se estipulaba que, en caso de simultaneidad, las elecciones se realizarían con el mismo sistema de emisión del sufragio, escrutinio y transmisión de resultados, esto es, boleta única electrónica (CABA) o boleta de voto electrónico (Salta), y bajo las mismas autoridades comiciales y de escrutinio, en la forma que estableciera la reglamenta-

Ahora bien, si profundizamos la revisión del articulado del proyecto, nos encontramos con varias cuestiones que ameritarían una revisión, sea en lo sustancial como en lo procedimental y también en aspectos atinentes a la técnica legislativa utilizada. El abordaje detallado y metódico de tales cuestiones excede el objeto de este ensayo, por lo que, a continuación, nos referiremos solo a algunos de dichos aspectos.

3.1. Garantía del secreto del voto

El proyecto de reforma importa algunas modificaciones inquietantes en relación con el resguardo y garantía del secreto del voto.

Por un lado, la redacción del nuevo art. 93 introduce una riesgosa e innecesaria modificación, que comienza con el cambio del texto del segundo párrafo, atinente a la facultad de los fiscales partidarios de firmar las boletas de sufragio en el espacio habilitado para tal fin.

En efecto, junto a la reformulación de dicho párrafo, el legislador propone suprimir los dos siguientes, que son una garantía histórica en resguardo del secreto de sufragio, en tanto evitan que dicha actividad de fiscalización se preste a facilitar la marcación del sufragio de cada votante. Similar crítica merece el texto del inc. 6 del art. 62 ter, que contempla la firma de la BUP por la autoridad y los fiscales de mesa al momento de su entrega al sufragante, lo cual, reiteramos, afectaría severamente el secreto del voto.

Por otro lado, en el art. 94, atinente a la emisión del sufragio, la redacción habilita “cualquier tipo de marca” a efectos de que el electorado seleccione sus preferencias en la BUP. Tal prescripción es funcional, también, a diferentes estrategias destinadas a violentar el secreto del sufragio, facilitando la personalización extrema de las marcas utilizables a la hora de votar⁽¹⁴⁾, y con ello, la consecuente identificación de su contenido y autor con fines clientelares, por ejemplo.

También observamos, con cierta preocupación, que solo en el talón al que estén adheridas las BUP, deberán registrarse la “serie y numeración correlativa”. Es que la incorporación de dichos datos en cada ejemplar de la BUP es una medida básica de seguridad para garantizar su autenticidad y pertenencia a la mesa de votación donde fuera utilizada, permitiendo al organismo electoral su trazabilidad ante denuncias que pongan en duda la transparencia e integridad del acto eleccionario.

Sin embargo, el legislador, en procura de resguardar el secreto del voto, dispone la expresa supresión de esos datos en las BUP que integran el talonario. Con ello facilita el reemplazo de ejemplares auténticos por reproducciones apócrifas, que pueden conducir a todo tipo de manipulación de voto y de los resultados comiciales, como así también de una potencial nulidad.

Cierto es que el hecho de que la numeración sea correlativa y se encuentre a la vista de autoridades y fiscales de mesa, y de electores y votantes, descuida el resguardo del secreto del voto, por cuanto permite, durante la votación, su seguimiento o “punteo” –si se nos permite–, para así individualizar las BUP utilizadas por cada sufragante.

Entendemos que la solución correcta es no facilitar la identificación visual de dicha numeración, lo que se logra recurriendo al uso de códigos de barras o de respuesta rápida (QR)⁽¹⁵⁾. De ese modo, el organismo electoral podría, en caso de necesidad, verificar la autenticidad y la pertenencia de los ejemplares de BUP a la mesa en cuestión, y, a la vez, impediría el seguimiento visual de las boletas de sufragio a medida que son entregadas a cada elector.

Finalmente, aunque en sentido inverso, la disposición relativa al procedimiento aplicable en caso de impugnación de la identidad de la persona votante, contenida en el art. 92, adolece de un defecto, producto de la migración del sistema de BMP al de BUP. Nos referimos al formulario que la autoridad de mesa debe completar con los datos e impresión del dígito pulgar del elector, y su posterior

ción, aplicándose, en lo pertinente, las disposiciones de la ley 15.262 (Proyecto 0018PE16 OD 691, disponible en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2016/BAT2016/PDF/0018-PE-2016.pdf>, consultado el 20/6/2022).

(14) No en vano los legisladores cordobeses han dispuesto que los electores marquen la opción de su preferencia con un cruz, tilde o símbolo similar dentro de los recuadros previstos para tal fin (cfr. Ley n.º 9571, art. 113).

(15) Tal fue el criterio seguido por el legislador cordobés tras debatir la cuestión durante el tratamiento del proyecto que, finalmente, fuera convertido en Ley n.º 9571, hoy Código Electoral provincial (art. 54, inc. 6).

introducción en el sobre especial provisto para ese fin, los que, junto con la BUP, serán entregados al impugnado, para que emita su voto.

La falta de estipulación del procedimiento a seguir para el cierre de tal sobre podría conducir a que lo realice el elector, luego de introducir su BUP, y esto impediría al presidente de mesa verificar la existencia del mencionado formulario, con lo cual perdería efectividad el trámite allí previsto.

Dos alternativas son válidas para superar esta situación. La primera, no entregar al elector el sobre que contiene el formulario de impugnación, el que quedará en poder de la autoridad de mesa hasta que regrese con la BUP plegada, y que sea ella la responsable de colocarla dentro del sobre especial, junto con el mencionado formulario, para recién en ese entonces proceder a su cierre e introducción dentro de la urna. La otra opción, a nuestro gusto más simple en todo sentido, es que el mismo sobre especial contenga, impresa en su cara frontal, toda la información prevista para el formulario en cuestión, de modo tal que sirva, a la vez, como formulario de impugnación de la identidad cuestionada. De esta forma, su supresión es prácticamente imposible.

3.2. Integridad de la voluntad popular

Existe otra previsión, en el art. 94 del proyecto, que nos genera alguna inquietud, por la amplitud e imprecisión de su contenido. Nos referimos al mandato normativo según el cual siempre, en todos los casos, deberá prevalecer “un criterio amplio a favor de la expresión de la voluntad del elector”.

Si bien se trata de uno de los principios generales y fundamentales del Derecho electoral⁽¹⁶⁾, no podemos dejar de observar que su incorporación como criterio interpretativo, sin una adecuada contextualización, en relación con algo tan delicado como la posibilidad de que un mal uso de las marcas en las BUP pueda facilitar la violación de otro principio fundamental y de mayor valía, como lo es el del secreto del sufragio, nos impone llamar la atención sobre el innecesario riesgo que esto importa.

3.3. Fiscales de mesa

En la nueva versión del art. 101 del CEN, correspondiente al procedimiento de escrutinio de mesa y a la calificación de los sufragios, el legislador incorporó, en el inc. 6°, la posibilidad de que los apoderados que hubieren solicitado presenciar dicho escrutinio puedan “observar [...] el contenido de la Boleta Única [...] con el objeto de recurrir el voto”.

Esta innovación nos parece innecesaria. La multiplicación de los sujetos legitimados para intervenir en el procedimiento de escrutinio enfrenta a las autoridades de mesa, no solo a un mayor número de actores políticos, sino, además, a la posibilidad de que entre los de una misma fuerza política pudieran plantearse desacuerdos y diferencias de posición para los que aquellas no están preparadas ni facultadas para decidir a cuál otorgar preeminencia en sus posiciones.

La representación formal de las fuerzas políticas en cada mesa de votación corresponde a los fiscales ante ellas acreditados formalmente. El hecho de que se contemple la posibilidad de que, al momento de escrutinio, este pueda ser presenciado por apoderados y hasta por candidatos, cuando así lo soliciten, no equivale a legitimarlos proceduralmente para actuar a la par de los fiscales, únicos representantes políticos habilitados para interactuar con las diferentes actividades que se desarrollan en cada mesa de votación (cfr. CEN, art. 56).

3.4. Voto por correo postal

La reincorporación del sufragio postal, como alternativa para los electores residentes en el exterior, se destaca en esta reforma.

Tal metodología de votación había sido incorporada a nuestro régimen nacional por el Decreto n.º 45/2019, el que posteriormente fuera derogado, en su totalidad, por el art. 1º del Decreto n.º 189/2021, restableciendo las normas sustituidas, modificadas o derogadas, a su vez, por aquel.

El proyecto –que hoy cuenta con media sanción– atribuye a la Cámara Nacional Electoral la obligación de

“asegurar la implementación del voto por correo postal como alternativa opcional” al voto presencial, en las sedes consulares, de los electores residentes en el extranjero.

Es una norma de textura abierta, que da respuesta a los fundamentos expresados para el dictado del decreto abrogatorio del que, en 2019, lo implementara por primera vez. Esa es, justamente, su mayor fortaleza para instalar nuevamente esta alternativa de votación desde el extranjero; pero, al mismo tiempo, supone una gran debilidad, por la dimensión reglamentaria, logística e interinstitucional que impondrá su implementación por la Cámara Nacional Electoral.

3.5. Recuento de sufragios por votos nulos

Es muy interesante la innovación que significa esta hipótesis procedimental del art. 118 bis, como alternativa a las que el legislador contempla como casos de declaración de nulidad de una mesa electoral (art. 114 del CEN, en su nueva redacción).

Así, con el agregado de este artículo, durante el escrutinio definitivo existirá la posibilidad de proceder al recuento íntegro de aquellas mesas en las que se registre una cantidad de votos nulos igual o superior a siete. Para ello no se requiere otra razón más que alcanzar o superar el umbral numérico o cifra señalada.

3.6. Sufragio de personas no videntes

La previsión del inc. 12 del nuevo texto del art. 62 bis del CEN es correcta en cuanto a su finalidad, que consiste en facilitar el ejercicio del derecho de sufragio activo por parte de los no videntes. Sin embargo, la experiencia registrada en la provincia de Córdoba, tras varios procesos electorales en los que se aplica una disposición casi idéntica (Ley 9571, art. 55), nos permite sugerir la flexibilización del mandato normativo, incorporando la posibilidad de que la Cámara Nacional Electoral, o las mismas juntas electorales nacionales, puedan arbitrar la utilización de otros recursos o soportes técnicos y tecnológicos más adecuados y menos dificultosos para su implementación.

3.7. Prohibición de fotografiar la Boleta Única Papel

El legislador ha introducido un nuevo inciso al art. 71 del CEN, mediante el cual dispone la prohibición de fotografiar la BUP durante el desarrollo del acto comicial. Si bien comprendemos la preocupación por evitar que se puedan instrumentar mecanismos de cooptación del sufragio o de la libertad del electorado, no podemos dejar de señalar que disposiciones similares, ensayadas por algunos organismos electorales, especialmente encaminadas al momento de emitir el sufragio, han fracasado estrepitosamente por lo dificultoso de su implementación y, asimismo, por lo invasivo de los procedimientos a los que puede conducir cualquier intento por constatar si algún votante cuenta con aparatos –generalmente telefónicos– para fotografiar su voto.

3.8. Revisión y readecuación general de plazos conforme el calendario electoral

Esta cuestión reviste vital importancia, puesto que es posible advertir como, a lo largo de las diferentes versiones del proyecto de ley, se le han ido introduciendo modificaciones a los plazos atinentes a determinados procedimientos que deben articularse con el calendario o cronograma comicial que se conforma con la totalidad de los que están previstos a lo largo de la legislación electoral.

Por tratarse de un proyecto de ley con media sanción, solo enumeraremos los artículos que, según nuestro criterio, debieran ser objeto de una verificación de los plazos en ellos contenidos. Nos referimos a los que en el proyecto están identificados con la siguiente numeración: 63 y 64 del Código Electoral Nacional; y 38 la Ley n.º 26.571.

3.9. Otras cuestiones

Existen otros aspectos del proyecto que merecen algunas consideraciones menores, atinentes, principalmente, a una adecuada técnica legislativa, en tanto la concordancia del nuevo texto con el del resto del CEN no es un detalle para descuidar. Así también cuestiones de redacción y estilo, especialmente las atinentes a la claridad de las disposiciones que deben interpretar personas legas al momento de aplicar la legislación electoral.

En orden a lo expresado, podemos señalar que persisten algunas referencias al “cuarto oscuro” que debie-

(16) Cfr. Gonçalves Figueiredo, Hernán; *Manual de derecho electoral*, 1.ª ed., Di Lalla, pp. 173-175 y cc., con cita de copiosa jurisprudencia.

ran ser readecuadas. Es el caso, por ejemplo, del art. 82, inc. 7º, que remite a la aplicación del art. 139, inc. “g”; y de los arts. 97 y 98 que describen el funcionamiento del ya suprimido cuarto oscuro.

También importa un desajuste normativo la modificación introducida al texto del art. 128 del CEN, en cuanto a la referencia que hace al inc. “d” del art. 71, cuando debiera conservarse el texto original, que remite correctamente al inc. “e” del mismo artículo.

En el mismo orden de ideas, cabe señalar que el proyecto de ley estipula la incorporación al CEN de dos artículos nuevos; aunque omite precisar la forma y el lugar en que deberán insertarse, esto es, con qué numeración. Nos referimos a las disposiciones identificadas como el art. 28 (*Incorporación de tecnologías electrónicas*) y el art. 35 (*Gestión integral de residuos*).

Con respecto a la nueva redacción de algunos artículos, nos inclinamos por su revisión en procura de lograr un texto más claro y ordenado para facilitar la adecuada comprensión de sus contenidos. Es el caso, de acuerdo con nuestro entendimiento, del art. 62 bis (en su encabezado, en su párrafo final, y en los incs. 3º al 8º, y 10). También los incs. 4º y 5º del art. 82 podrían mejorar su redacción, para aportar mayor precisión. Ambos refe-

ridos al articulado del CEN, aunque similar sugerencia cabe con respecto al art. 38 bis, incs. 1º y 2º de la Ley n.º 26.571.

4. Conclusiones

Nos encontramos ante un interesante proyecto de ley, que concreta una modificación al régimen electoral nacional que estimamos necesaria y oportuna, por tratarse de un año no electoral.

Su contenido es adecuado: introduce previsiones interesantes y superadoras de ciertas objeciones históricas con las que se suele resistir la adopción de la boleta única papel como instrumento de votación, aunque las experiencias existentes en el ámbito local han demostrado la futilidad de dichas críticas. Sin embargo, su texto requiere ciertos ajustes y precisiones para garantizar la adecuada implementación y operatividad de la BUP.

VOCES: ELECCIONES - DERECHO CONSTITUCIONAL - IGUALDAD ANTE LA LEY - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL - PODER LEGISLATIVO - PODER EJECUTIVO - DERECHO POLÍTICO - DIVISIÓN DE PODERES - PARTIDOS POLÍTICOS - CONGRESO

Recurso de Queja:

Interposición: error en la carga de la documentación; plazo perentorio; efectos.

En razón de que la queja por denegación del recurso extraordinario federal es la única pieza que, con arreglo a la previsión del art. 285 del CPCCN, es hábil para suscitar la apertura de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia, es inadmisibles la solicitud para que se incorpore el escrito faltante y se tenga por subsanada la omisión en la que incurrió la parte interesada por un error en la carga de la documentación. Ello así, pues de conformidad con la constante doctrina del Tribunal, el plazo para la presentación del recurso de queja es perentorio y fatal y solo puede ampliarse si se invoca fuerza mayor o causa grave. M.A.R.

61.215 – CS, mayo 10-2022. – B., M. V. c. Pepsico de Argentina S.R.L. y otro s/accidente - acción civil (CNT 72550/2014/1/RH1).

Buenos Aires, 10 de mayo de 2022

Autos y Vistos; Considerando:

Que mediante providencia del día 6 de septiembre de 2021 se dispuso por Secretaría el archivo de las actuaciones pues la jurisdicción de la Corte no fue oportunamente instada a través de la queja por denegación del recurso extraordinario federal, única pieza que, con arreglo a la previsión del art. 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es hábil para suscitar la apertura de la jurisdicción del Tribunal. A tal efecto se tomó en consideración que el plazo pertinente –de cinco días, contados a partir de la notificación del auto denegatorio, confr. art. 282, párrafo segundo, del citado código, al que remite la disposición antes referida– se encontraba ya vencido (según constancias del sistema informático, el 23 de agosto de 2021).

Que, con posterioridad, el 7 de septiembre de 2021, la interesada incorporó el escrito faltante y solicitó que se tuviera por subsanada la omisión en la que incurrió por un error en la carga de la documentación. Pero tal requerimiento deviene inadmisibles pues, de conformidad con la constante doctrina del Tribunal, el plazo para la presentación del recurso de queja es perentorio y fatal y solo puede ampliarse si se invoca fuerza mayor o causa grave (art. 155 del código citado y Fallos: 339:633 y 1171; 341:726, entre otros), supuestos que no han sido alegados y cuya configuración no aparece evidenciada en este caso.

Por lo demás, la providencia dictada el día 6 de septiembre de 2021 no ha sido cuestionada en tiempo y forma, de manera que ha de considerarse consentida (art. 282 y 283 del ordenamiento procesal).

Por ello, se desestima lo peticionado. Notifíquese y cúmplase con la devolución del depósito y el archivo ordenados. – Horacio D. Rosatti. – Carlos F. Rosenkrantz. – Juan C. Maqueda. – Ricardo L. Lorenzetti.

Médico:

Responsabilidad: obligación de medios. Daños y Perjuicios: Culpa: apreciación; no configuración; relación causal; material; iatrogenia; insuficiencia; riesgo quirúrgico.

- 1 – El examen de la culpa médica es “mixto en buena medida”, en tanto que, si bien debe apreciarse en concreto y en forma retrospectiva todo lo que pudo haberse hecho, colocándose la magistratura en el lugar y tiempo en el que el médico actuó –evitando evaluar el caso con los resultados a la vista–, se confronta la concreta actuación del agente con un modelo abstracto de profesional diligente, planteándose el interrogante de cómo hubieran desempeñado su labor médicos prudentes, en el marco de las concretas circunstancias que rodearon el obrar del galeno emplazado.
- 2 – En el ámbito del actuar galénico, la causalidad material configura la llamada iatrogenia, definida esta como la “alteración, especialmente negativa, del estado del paciente, producida por el médico. Sin embargo, aunque toda mala praxis lleve implícita una iatrogenia, esta no necesariamente se ha de producir por aquella; en tanto que, la patogenia o las consecuencias negativas que sufre el paciente podrán tener origen en su propia predisposición, constitución o sensibilidad; vale decir, en sus factores individuales, de manera que la intervención del galeno lo que hace es disparar o poner en marcha elementos patológicos que hasta ese momento estaban latentes en aquel. Por lo tanto, no alcanzará para responsabilizar al profesional cuando su conducta pueda calificarse de inculpable por haber adoptado todas las diligencias que el caso requería.
- 3 – Si bien la etiología de la luxación que afectó a la demandante con posterioridad a la primera intervención quirúrgica obedeció a la inestabilidad, consecuencia de un proceso infeccioso y solución de continuidad de la diáfisis femoral, ello no autoriza a inferir un obrar culpable atribuible al cirujano demandado, porque ambos constituyen posibles complicaciones de una operación de revisión de cadera, que pueden darse con independencia del buen actuar médico.
- 4 – Aun si fuera cierto que el obrar del médico demandado en el curso de la Primera Revisión de Cadera actuó en alguna medida como factor desencadenante de la fractura de la diáfisis femoral de la paciente, cabe destacar que ello implicaría un acto iatrogénico que no alcanza para responsabilizar al galeno frente a la ausencia de elementos que indiquen que su labor haya trasgredido las reglas del arte de la medicina. Ello es así ya que no alcanza la mera verificación de la causalidad material para determinar su responsabilidad; pues a los médicos no se les impone una obligación de resultado ni se les exige infalibilidad.
- 5 – No puede atribuirse un obrar culpable al médico demandado cuando la discapacidad motora que presenta la actora es producto de su respuesta biológica al tratamiento de

las complicaciones que fue presentando –que constituyen un riesgo propio de la cirugía a la que tuvo que someterse– y no ha quedado verificado que la negligencia que se le endilga en el período postoperatorio haya privado a la paciente de una chance concreta de curación, por lo que no puede ser considerada una variable con incidencia causal en su dolencia actual. M.M.F.L.

61.216 – CNCiv., sala B, mayo 6-2022. – L., S. M. c. D. S., C. A. y otros s/daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 6 días del mes de mayo de dos mil veintidós, en reunión para Acuerdo la Sra. Jueza y los Señores Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, para conocer los recursos interpuestos en los autos caratulados: L., S. M. c/ D. S. C. A. Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS (Expte. N° 43249/2016), respecto de la sentencia de fs. 1356/1361, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Dra. Lorena Fernanda Maggio - Dr. Roberto Parrilli - Dr. Claudio Ramos Feijóo.

A la cuestión planteada la Dra. Maggio dijo:

I. LOS ANTECEDENTES DEL CASO. LA SENTENCIA RECURRIDA

S. M. L. promovió una demanda por mala praxis médica contra el doctor C. A. D. S. (en adelante “D. S.”), Sanatorio Otamendi y Miroli S.A. (en adelante el “Sanatorio Otamendi”) y Medicus S.A. (en adelante “Medicus”).

Según el relato de los hechos formulado en el escrito inicial y de ampliación de demanda, el 19 de enero de 2012 L. se sometió, por un cuadro *“de aflojamiento de una prótesis”* que tenía colocada en su cadera derecha, a una cirugía *“de revisión de prótesis”*, que ejecutó el Dr. D. S. en el Sanatorio Otamendi. El procedimiento no fue exitoso. A causa de una posterior *“luxación de caderas”* la actora debió someterse, el 28 de febrero del 2012, a una nueva intervención, consistente en una *“reducción cruenta a cielo abierto”*, que también ejecutó el nombrado médico demandado. Tampoco esta segunda operación logró los resultados esperados. Estudios ulteriores evidenciaron en la actora una *“luxación de prótesis de cadera derecha con elevación de cabeza femoral, trazo radio lúcido cortical ósea tanto en el sector anterior como posterior de diáfisis femoral que se extiende a cuello femoral”* y un *“proceso infeccioso local”*. A mérito de tales hallazgos, en abril de 2012 el accionado le practicó a la demandante una *“revisión de cadera, extracción de prótesis, colocador de espaciador”* y *“osteosíntesis de fémur distal con placa bloqueada”*. Sin embargo, la paciente continuó con problemas motrices y decidió realizar una consulta profesional con otro galeno, el Dr. M. Este médico, que no está demandado en autos, intervino quirúrgicamente a la actora en las siguientes tres oportunidades: el 2 de octubre de 2012, procediendo *“al retiro del espaciador, retiro de placa con alambres, fresado del canal femoral y visualización de foco de pseudoartrosis, colocación de femoral largo”*; el 24 de noviembre de 2012, oportunidad en la cual realizó *“POP reemplazo de tutor en fémur (espaciador) por artroplastia de cadera y rodilla derecha”*; y el 19 de mayo de 2014, ocasión en la cual ejecutó una *“cirugía de rodilla derecha deflexión y recambio protésico”*. Nada de ello resolvió el problema de salud de L., que derivó en una importante discapacidad motriz que sobrelleva al día de hoy, a su entender provocada por una mala atención médica, negligente e imprudente, del Dr. D. S. Negligente porque, según sostuvo la reclamante en su demanda, D. S. omitió realizar, de modo previo a la primera cirugía de revisión, *“estudios previos rutinarios para investigar si el aflojamiento de la prótesis de cadera derecha era por razones sépticas o asepticas”* y porque tampoco le practicó *“control posterior alguno”*. E imprudente por *“haber fresado intempestivamente el canal medular en la primera cirugía o en la manipulación violenta del fémur, en la segunda cirugía”*.

En sus respectivas contestaciones de demanda, los emplazados y las aseguradoras citadas en garantía por el Dr. D. S. y Medicus, Seguros Médicos S.A. y SMG Compañía Argentina de Seguros S.A., respectivamente, reconocieron que la actora fue sometida a tres intervenciones quirúrgicas practicadas en el 2012 por el Dr. D. S. en el Sanatorio Otamendi, pero negaron la responsabilidad que se les atribuyera.

El Sr. Juez de primera instancia, luego de encuadrar el caso en los términos de los artículos 512, 1137, 1138, 1197 y concordantes del Código Civil -texto decreto ley 17.711, repasar los presupuestos de responsabilidad civil y valorar el material probatorio reunido en autos, concluyó: que *“en el caso no ha existido de parte del Dr. D. S. una conducta negligente por la cual responsabilizarlo”*. Y agregó que, pese a haber intentado colocarse *“en el lugar de la accionante y las penurias que habrá afrontado desde que sufrió la primera operación hasta ahora”*, consideró *“injusto responsabilizar a los accionados por las mismas”* frente a la ausencia de *“elementos de convicción en estas profusas actuaciones para condenarlos”*. En tal orden de ideas, resolvió desestimar la demanda interpuesta por la parte actora; aunque, *“en atención a las particularidades del caso”*, decidió imponer las costas del proceso en el orden causado (ver sentencia de fs. 1356/1361).

II. LOS RECURSOS

El citado pronunciamiento fue apelado por: i) La Sra. L., quien expresó agravios mediante presentación del 29/03/2021, replicada mediante presentación del 12/04/2021, del 13/04/2021, del 14/04/2021 y del 20/04/2021; ii) D. S., mediante presentación del 22/03/2021, contestada el 08/04/2021, iii) Seguros Médicos S.A., mediante presentación del 19/03/2021, contestada el 31/03/2021, iv) Medicus, mediante presentación del 25/03/2021, contestada el 08/04/2021, y v) el Sanatorio Otamendi, mediante presentación del 05/04/2021.

El apoderado de la actora pretende revertir el rechazo de la demanda, formulando –fundamentalmente– los siguientes planteos:

- Señala que el perito médico designado en autos indicó que la luxación de cadera que sufrió L. luego de la primera cirugía de revisión de cadera del 19 de enero de 2012, *“obedeció a la inestabilidad, consecuencia de un proceso infeccioso y solución de continuidad de la diáfisis femoral”*; y, sobre esa base, alega que la referida luxación *“tiene un nexo causal”* con *“un mal obrar profesional”* de D. S., *“tanto durante la operación, como luego de la misma”*.

- Hace hincapié en que el cuadro infeccioso que afectó a su representada, que a su entender es consecuencia de la *“conducta negligente e impericia del cirujano medico demandado en autos”*.

- Alega que la experticia con la que se cuenta evidencia que, con posterioridad a la aludida primera cirugía practicada por D. S., *“nunca se concretó un control postquirúrgico”*, lo cual *“revela una negligencia médica”*.

Los condenados apelantes, a su turno, se quejan de que las costas hayan sido impuestas por su orden.

III. ACLARACIONES PRELIMINARES

Antes de entrar en el examen de los agravios, creo oportuno recordar que las juezas y los jueces no estamos obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia (cfr. C.S.J.N., Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; entre otros) y que tampoco es obligación ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las apropiadas para resolver (cfr. art. 386, última parte, del C.P.C.C.N.; C.S.J.N., Fallos: 274:113; 280:3201; 144:611).

Y asimismo, estimo necesario precisar que teniendo en cuenta el tiempo de ocurridos los hechos en debate, y lo dispuesto por el art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (vigente desde el 1 de agosto de 2015), para la resolución del presente conflicto habré de aplicar el Código Civil de Vélez Sarsfield –hoy derogado, en adelante el “CC”– y la normativa vigente a la época del hecho controvertido (confr. CNCiv. Com. Fed., Sala III, causa n° 2862/10 del 17.11.15; Cám. Nac. Civil, Sala B, causa “D., A. N. y otros c/ Clínica Modelo Los Cedros S.A. y otros s/ ds. y ps.” del 6.8.15; Sala L, causa “G. R., A. c/ A., L. A. y otros s/ ds. y ps.” y “D. P., F. c/ A., L. A. y otros s/ ds. y ps.” del 7.8.15; Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014, 1ra. ed., t. I, págs. 45/49).

IV. LA RESPONSABILIDAD IMPUTADA AL DR. D. S.

a) El apoderado de L. asegura, en su expresión de agravios, que existió un actuar médico negligente e imperito; pero omite individualizar con claridad las faltas que concretamente le atribuye al Dr. D. S.

b) Si bien dicha situación revela una inobservancia con la exigencia del ritual de explicar con la mayor exactitud

posible los hechos u omisiones en base a las cuales se fundamenta la pretensión, el examen del escrito de inicio, así como de las subsiguientes presentaciones de la parte actora, y expresión de agravios sometida a consideración de este Tribunal, permite determinar que, por ante esta Alzada, la reclamante le imputa a D. S.: 1) falta de pericia en ocasión de la cirugía de revisión de cadera del 19 de enero de 2012, y 2) falta de controles postoperatorios (cfr. arts. 330 y 277 del CPCCN).

c) Sentado lo anterior, debo mencionar que el encuadre jurídico efectuado por el *a quo*, en los términos de los artículos 512 y concordantes del CC, es correcto; lo cual implica que resultan de aplicación las siguientes precisiones de orden jurídico:

En primer lugar, debe tenerse presente que el factor de atribución de los galenos está dado por la culpa, definida por el art. 512 del CC como *“la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondieren a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar”*; y que el profesionalismo desarrollado debe ser apreciado conforme a un estándar de responsabilidad que emana del art. 902 del CC, que indica 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 posibles de los hechos”*.

Lo anterior, sin dejar de contemplar que, según ha precisado esta Sala en diversas oportunidades, el examen de la culpa médica es *“mixto en buena medida”*, en tanto que, si bien debe apreciarse en concreto y en forma retrospectiva todo lo que pudo haberse hecho, colocándose la magistratura en el lugar y tiempo en el que el médico actuó –evitando evaluar el caso con los resultados a la vista–, se confronta la concreta actuación del agente con un modelo abstracto de profesional diligente, planteándose el interrogante de cómo hubieran desempeñado su labor médicos prudentes, en el marco de las concretas circunstancias que rodearon el obrar del galeno emplazado (ver esta Sala, *in re* “Mascheroni, Rubén Osvaldo y otros c/ Sociedad Italiana de Beneficencia y otros s/daños y perjuicios (resp. prof. médicos y aux.)”, Expte. 106008/2004, cfr. Trigo Represas, Félix Alberto, “Responsabilidad civil de médicos y establecimientos asistenciales”, LL, 1981 D 133; y esta Sala, *in re* “Villaverde, Nelly Edith c/ Unión Obrera Metalúrgica y otros s/ daños y perjuicios, Exp. n° 84.081/2013”, del 01/09/2020, cfr. P. de Leal, Rosana, “Responsabilidad civil del médico - tendencias clásicas y modernas”, capítulo II, Ed. Universidad, 1995; Vázquez Ferreyra, Roberto A., “Responsabilidad civil médica - Error en el diagnóstico patológico. Valoración de la culpa profesional. Pérdida de la chance como daño indemnizable y otras interesantes cuestiones”, pub. LA LEY 1999-F, p. 21).

Y como derivación de lo expuesto, se ha señalado con buen criterio que *“la obligación que asumen los médicos en sus prestaciones es de medios y no de resultado, en atención a que aquellos no son garantes de la salud del paciente”*; lo que no quita que se les exija una diligencia acorde a su mayor capacidad de previsión (ver esta Sala, *in re* Villaverde, Nelly Edith c/ Unión Obrera Metalúrgica y otros s/ daños y perjuicios, Exp. n° 84.081/2013”, del 01/09/2020, entre otros, cfr. art. 902 del CC, y art 20, incisos 1 y 2 de la ley 17.132).

Por otra parte, es menester recordar que, como la responsabilidad médica debe ser evaluada conforme al mismo plexo normativo que rige la responsabilidad civil en general, es necesario que se demuestre, además de la mentada falta de diligencia, la relación de causalidad entre el obrar culpable que se imputa y el daño cuyo resarcimiento reclama (cfr. art. 377 del CPCC).

En lo que respecta a la relación causal, se trata de establecer *“la vinculación o conexión entre el hecho antijurídico del médico (incumplimiento de los deberes de atención y cuidado), imputable a título de culpa (negligencia, imprudencia o impericia), y el resultado dañoso (lesiones, incapacidad, descerebración, muerte del enfermo)”* (cfr. Mosset Iturraspe, Responsabilidad de los profesionales, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 399).

Ello, sin perder de vista la distinción que existe entre la causalidad material y la jurídica:

En el ámbito del actuar galénico, la causalidad material configura la llamada *iatrogenia*, definida esta como la *“alteración, especialmente negativa, del estado del paciente, producida por el médico”* (ver <https://dle.rae.es/yatrogenia>).

Sin embargo, aunque toda mala praxis lleve implícita una iatrogenia, esta no necesariamente se ha de producir por aquella; en tanto que, como esta Sala se ha ocupado de precisar, *“la patogenia o las consecuencias negativas que sufre el paciente podrán tener origen en su propia predisposición, constitución o sensibilidad; vale decir, en sus factores individuales, de manera que la intervención del galeno lo que hace es disparar o poner en marcha elementos patológicos que hasta ese momento estaban latentes en aquél. No alcanzará pues para responsabilizar al profesional cuando su conducta pueda calificarse de inculpable por haber adoptado todas las diligencias que el caso requería”* (ver esta Sala, *in re* Villaverde, Nelly Edith c/ Unión Obrera Metalúrgica y otros s/ daños y perjuicios, Exp. n° 84.081/2013”, del 01/09/2020, entre otros).

Sucede que, desde un enfoque legal, la mera verificación de la causalidad material no alcanza para responsabilizar a un sujeto. Recuérdese que, a tenor de lo dispuesto en el art. 906 y concordantes del Código Civil, no todas las condiciones necesarias de un resultado son *causa jurídica* de un daño, sino únicamente aquellas que, según el curso natural y ordinario de las cosas, sean idóneas para producirlo. Las demás condiciones, que no producen normal y regularmente ese efecto, solo son condiciones antecedentes o factores concurrentes (ver art. 906 del CC, cfr. Bustamante Alsina, Jorge “Teoría general de la responsabilidad civil, novena edición, pág. 270, n° 590; Orgaz, Alfredo, “El daño resarcible”, Ed. Marcos Lernes, pág. 43).

d) En el marco de análisis hasta aquí delineado, corresponde examinar los planteos de la parte actora, para dilucidar si la discapacidad motriz que presenta en la actualidad –que no está discutida– puede o no atribuirse a una mala praxis profesional del Dr. D. S.

A tales efectos, considero que vale la pena repasar, de manera preliminar, la siguiente información que, respecto de los hechos relatados en la demanda, se desprende de la historia clínica acompañada por el Sanatorio Otamendi:

- La Sra. L. se internó, el 19 de enero de 2012, en el nombrado nosocomio, para someterse a una cirugía programada de *“revisión de cadera”*, vinculada a un antecedente de fractura que había sufrido en el 2004 (en adelante, la “Primera Revisión de Cadera”). D. S. ejecutó la operación el mencionado día; y la actora permaneció internada, bajo control de diversos especialistas del sanatorio, hasta el 25 de enero de 2012, fecha en la que se consignó que estaba *“en condiciones de alta c/ internación domiciliaria a continuar ATB + profilaxis TVP”* (ver fs. 1022/1065).

- El 28 de febrero de 2012 reingresó al Sanatorio Otamendi con una *“luxación de cadera hace 10 días? Asintomática (paciente en reposo)”*, para someterse a una *“revisión a cielo abierto de cadera derecha”* (en adelante, la “Segunda Revisión de Cadera”), que también llevó a cabo D. S., en la mencionada fecha. Con posterioridad a la intervención, la actora permaneció internada, bajo control del plantel médico del sanatorio demandado, hasta el 3 de marzo de 2012, día en el que se consignó que *“estaba en condiciones de egreso sanatorial c/ control”* (ver fs. 1066/1100);

- El 19 de abril de 2012 debió internarse nuevamente, a causa de una *“luxación recidivante de cadera”*. En el transcurso de esta tercera internación se detectó que presentaba *“probable infección protésica”* y se pergeñó un renovado plan quirúrgico. El 24 de abril del 2012 fue intervenida una vez más por D. S., quien procedió a retirarle la prótesis, colocarle *“un espaciador”* y realizarle *“osteosíntesis de fémur de distal con placa bloqueada”*, consignando como nota en el parte quirúrgico *“gran fragilidad ósea”* y tejidos *“con signos inflamatorios”* (en adelante, la “Tercera Revisión de Cadera”). La internación se prolongó hasta el 3 de mayo de 2012, fecha en la cual se consignó en la respectiva historia clínica lo siguiente: *“en condiciones alta sanatorial c/ internación domiciliaria. Se entrega epicrisis - receta. Se indica seguimiento c/ infectología c/laboratorio actualizado”* (ver fs. 470/546 y 938/1021).

- No existen constancias que den cuenta de la siguiente operación de extracción del espaciador e implantación de prótesis de tallo femoral que, según el relato de la demanda, le habría practicado el Dr. R. G. M. a la actora en octubre de 2012; aunque sí consta en la historia clínica acompañada por el Sanatorio Otamendi que el nombrado galeno, que no está demandado, operó a la accionante en

otras dos ulteriores oportunidades: el 24 de noviembre de 2012, ocasión en la cual le practicó un *“reemplazo total de fémur con artroplastia de cadera y rodilla derecha”*, y el 19 de mayo de 2014, oportunidad en la cual le realizó *“deflexión de rodilla y cambio componente protésico”* (ver fs. 548/631).

Luego de repasar los antecedentes hasta aquí resumidos, el perito traumatólogo designado de oficio, Dr. O. R. M., expuso una serie de explicaciones relativas a los síntomas, tratamiento y complicaciones asociadas a una fractura de cadera, para luego informar, en cuanto al caso particular, lo siguiente: que la Primera Revisión de Cadera ejecutada por el Dr. D. S. fue motivada por un aflojamiento de una prótesis que tenía colocada la actora desde hace varios años, *“se trató de una prótesis de cadera con aflojamiento aséptico, según lo consignado, que se fue complicando a pesar de los intentos de resolución en las cirugías a las que se iba sometiendo. Finalmente se logró implantar una prótesis extensa y estable, sin signos de infección, pero funcionalmente”* la paciente *“presenta flaccidez en el miembro inferior derecho, sin alcanzar la deambulación”* (ver experticia médica agregada a fs. 1216/1225 e informe complementario de f. 1251).

Cabe agregar que el nombrado idóneo, al ser interrogado en punto a si existen *“evidencias de una mala técnica quirúrgica”* en ocasión de la Primera Revisión de Cadera, especificó que *“no surgen datos que indiquen mala técnica quirúrgica en dicho acto”*; y, frente al requerimiento para que *“informe si se realizaron los procedimientos de acuerdo a lo prescripto por la ciencia y arte de la especialidad para el tratamiento de la patología por la que fuera intervenida la paciente”* respondió que *“por lo visto, se tomaron los recaudos correspondientes”* (ver fs. 672/673, 696/697 y 1224).

De manera que, a la luz de las transcriptas explicaciones del idóneo interviniente, que no fueron impugnadas, es lógico concluir que, contrariamente a lo que alega el representante de la actora en ocasión de expresar agravios, no existe prueba de que haya existido *“un mal obrar profesional”* del Dr. D. S. en el transcurso de la Primera Revisión de Cadera, ni en las ulteriores.

Por supuesto que advierto que, respecto de la etiología de la luxación que afectó a la demandante con posterioridad a la aludida primera intervención, el idóneo sostuvo que *“por lo visto, obedeció a la inestabilidad, consecuencia de un proceso infeccioso y solución de continuidad de la diáfisis femoral”* de la paciente; pero ello no autoriza a inferir un obrar culpable atribuible al cirujano demandado, como pretende el apelante (ver f. 1223, cfr. arts., 386 y 377 del CPCC).

No lo autoriza porque, según consta en el informe pericial anteriormente sintetizado, tanto la infección como la *“solución de continuidad de la diáfisis femoral”* —eventualidad que alude a una fractura ósea—, constituyen posibles complicaciones de una operación de revisión de cadera, que pueden darse con independencia del buen actuar médico.

Al respecto, el idóneo puntualizó: que las infecciones postoperatorias *“pueden obedecer a la exposición prolongada de la articulación (...) especialmente cuando se implantó un elemento protésico; o por el desarrollo de un germen que fue diseminado por vía hematogena de otro foco infeccioso del mismo paciente”*; que las fracturas intraquirúrgicas *“son habituales en la cirugía de revisión por lo dificultoso de la extracción de las prótesis, en especial del cemento, y del débil estado de la matriz ósea”*; y que *“cuanto mayores veces se aborde una región anatómica mayores riesgos se asumen”* (ver fs. 1223 y 1224 vta.).

Entonces, desde la delineada perspectiva, debe valorarse que, en la especie, nada indica que las mencionadas complicaciones que sufrió la actora, causantes de la luxación postoperatoria que la afectó, hayan sido producto de una negligencia y/o imprudencia médica.

Por el contrario, cabe poner de resalto que se tomaron medidas tendientes a prevenir una posible infección. Nótese que el perito, al ser preguntado para que indique *“si en la revisión de cadera de fecha 19 de enero de 2012 se realizó profilaxis antibiótica y lavado prequirúrgico”* a tales efectos, respondió que *“en el parte quirúrgico están consignados dichos gestos”*, lo cual se corrobora con la historia clínica glosada al expediente (ver f. 1224 y f. 1088).

Y en lo que respecta a la *“solución de continuidad de la diáfisis femoral”*, identificada como otra de las posibles

causas de la luxación acontecida, hay que tener presente que, según explicó el idóneo, es una complicación habitual en el marco de una cirugía de revisión de cadera, por lo *“difícil”* del procedimiento y por el *“débil estado de la matriz ósea”*. Se trata, ni más ni menos, de lo que habitualmente se denomina *riesgo quirúrgico*.

De manera que, incluso si fuera cierto que el obrar del Dr. D. S. en el curso de la Primera Revisión de Cadera actuó en alguna medida como factor desencadenante de la fractura del [sic] diáfisis femoral de la paciente, cabe destacar que ello implicaría un acto iatrogénico —en el sentido ya explicado del término— que no alcanza para responsabilizar al galeno, frente a la ausencia de elementos que indiquen que su labor haya trasgredido las reglas del arte de la medicina. Recordemos que no alcanza la mera verificación de la causalidad material para determinar la responsabilidad de los galenos; y ello es así dado que a estos no se les impone una obligación de resultado ni se les exige infalibilidad.

En definitiva, por las consideraciones hasta aquí desarrolladas, no es correcto concluir que la luxación que afectó a la actora sea imputable a un *“mal obrar profesional”* —como pretende el recurrente—, cuando no se demostró que el proceder del demandado en el acto operatorio haya sido negligente, imprudente o imperito.

Resta entonces analizar si, en el postoperatorio de la Primera Revisión de Cadera, existió una situación de *“falta de control”* de la paciente, que comprometa la responsabilidad de D. S.

Sobre la cuestión, debo comenzar por señalar que, en respuesta al punto de pericia mediante el cual la parte actora solicitó que el perito especifique si existieron *“controles postquirúrgicos posteriores al alta”*, el Dr. Mendiuk señaló que *“no están consignados”*; pero ello no prueba que el seguimiento postquirúrgico de L. haya sido inexistente, como argumenta la parte apelante (ver punto de pericia “i” de f. 21 vta., el subrayado me pertenece, y respuesta del perito obrante a f. 1223).

Nótese, en sentido contrario: i) que L. estuvo internada bajo seguimiento del plantel médico del Sanatorio Otamendi durante los 6 días posteriores a la Primera Revisión de Cadera; y ii) que la propia actora reconoció, en su escrito inicial, haber recibido indicación de *“fisiokinesiología a domicilio”* (ver fs. 1022/1066 y f. 17 vta.).

Por supuesto que ello no hace presumir que el Dr. D. S. le haya indicado a la actora, en oportunidad de su egreso sanatorial, control por consultorio externo, ni que la haya instruido respecto de las pautas de alarma para consulta, como aseguró haberlo hecho en su responde, sin que exista en autos constancia alguna que dé cuenta de tal conducta invocada (ver f. 704 vta.).

Ahora bien, sin perjuicio de ello, como ya se explicó en ocasión de desarrollar el marco jurídico del asunto, debe quedar probado que la omisión que se imputa al galeno guarda un adecuado nexo de causalidad con los daños que L. reclama. Y dicha prueba, a mi entender, no surge de autos.

Para así concluir, tengo en cuenta que, según palabras del perito médico interviniente, *“se logró estabilizar las articulaciones del miembro inferior derecho”* y *“se controló la infección”* de L., pese a lo cual la paciente no pudo recuperar su capacidad para deambular, porque *“funcionalmente (...) no respondió”* al tratamiento aplicado para resolver las aludidas complicaciones, debido a que presentó *“flaccidez en el miembro inferior derecho”* (ver fs. 1222/1223).

Sobre esa base, es razonable considerar que la discapacidad motora que hoy en día presenta la actora es producto de su respuesta biológica al tratamiento de las complicaciones que fue presentando, que constituyen —según lo ya expuesto— un riesgo propio de la cirugía a la que tuvo que someterse —sin que se las pueda atribuir a un obrar culpable del demandado—; y en cambio, no existe elemento de juicio alguno que permita inferir que el deficitario seguimiento médico que se le reprocha a D. S. en la etapa postoperatoria haya sido una variable con incidencia causal en la dolencia actual de la reclamante.

Dicho ello, creo oportuno señalar que, en respuesta al punto de pericia formulado —por la parte actora— para que el médico designado de oficio establezca *“si de haberse realizado controles correspondientes podría haberse previsto y eventualmente tratado oportunamente la luxación”*, el Dr. Mendiuk expresó lo siguiente: *“se le otorga el alta a los pacientes cuando no requieren atención*

médica permanente. Entonces, si no responden a los avisos de alarma, es imposible diagnosticarlas, simplemente por falta de conocimiento. Siempre es preferible tratar las complicaciones en la inmediatez. En este caso, si las causas son las descritas, no hubiesen variado los resultados, con la salvedad de la morbilidad sufrida por la actora”; y entiendo necesario aclarar que este último aspecto del dictamen no desvirtúa la conclusión precedente (ver f. 1223, cfr. arts. 386, 477 y 377 del CPCCN).

Sucede que, a la luz de las reglas de la sana crítica, cabe interpretar que la “morbilidad” a la que hizo referencia el Dr. M. no alude al cuadro actual de la actora, motivo del reclamo que nos ocupa, sino a la sintomatología específicamente asociada a las complicaciones postquirúrgicas que aquejaron transitoriamente a la demandante, que fueron eventualmente resueltas. Pero incluso si esta interpretación resultase desacertada, de todos modos resulta indiscutible que la precedente respuesta del perito no evidencia que haya existido nexo de causalidad adecuado entre el deficitario control que se presume en cabeza de D. S. y la incapacidad motriz que sobrelleva L. en la actualidad; y ni siquiera clarifica si la presumida negligencia que se le imputa al demandado privó a la paciente de un diagnóstico más temprano, que le representara alguna chance concreta de recuperación (ver f. 1223, cfr. arts. 386, 477 y 377 del CPCCN).

La parte actora podría haberle solicitado al perito alguna explicación que echase luz sobre la cuestión y no lo hizo; de modo que cobra relevancia la pauta que establece que la actividad probatoria constituye, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés. Sabido es que quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo, se expone al riesgo de no formar la convicción del juez sobre la existencia de los hechos de que se trate y, por consiguiente, a la perspectiva de una sentencia desfavorable (ver art. 377 del CPCCN, cfr. Palacio, Lino “Manual de Derecho Procesal Civil”, Abeledo Perrot, 2004, pág. 399).

e) En suma, a tenor de lo hasta aquí desarrollado, en virtud de no haberse probado en autos que la labor operatoria del Dr. D. S. haya sido negligente, imperita y/o imprudente; y tampoco ha quedado verificado que la presumida negligencia que se le endilga al galeno en el período postoperatorio haya privado a la Sra. L. de una chance concreta de curación –es decir, no se demostró el presupuesto necesario de relación causal–, propongo a mis colegas confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto desestima la acción promovida contra el nombrado médico.

V. LA RESPONSABILIDAD IMPUTADA AL SANATORIO OTAMENDI Y MEDICUS S.A. Y ASEGURADORAS CITADAS EN GARANTÍA

En función de lo explicitado anteriormente, y teniendo en cuenta que no se atribuyó incumplimiento de alguna otra obligación paramédica por el centro asistencial en el que la prestación médica cuestionada se ejecutó y/o por parte de Medicus, he de proponer al Acuerdo que también se confirme el rechazo de la demanda respecto de los restantes codemandados (cfr. artículos 512 y 902 C.C., ley

24.240 y normativa complementaria que ampara los derechos de los consumidores).

VI. COSTAS

Por lo dicho hasta aquí, la propuesta al Acuerdo ha de ser el rechazo de la demanda; lo cual genera la dilucidación del tema de las costas del proceso. Como es sabido, la 2ª parte del art. 68 del ritual señala que “el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad”.

Este párrafo de la ley importa una sensible atenuación al principio del hecho objetivo de la derrota y acuerda a la magistratura un margen de arbitrio que debe ejercerse restrictivamente y sobre la base de circunstancias cuya existencia, en cada caso, torne manifiestamente injusta la aplicación del mencionado principio (Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, T. III, pág. 373). Al decir de Morello, Sosa y Berizonce, lo relativo a la existencia de mérito para disponer la eximición queda librado, en cada caso concreto, al prudente arbitrio judicial (auts. cit., “Código Procesal...”, t. II B, pág. 52).

En función de lo expuesto, dadas las particularidades que presenta el caso, y habida cuenta que la actora pudo considerarse con derecho a litigar, es que considero que las costas de ambas instancias deberán ser soportadas por su orden (art. 68, segundo párrafo, del CPCCN).

VII. CONCLUSIÓN

Por las consideraciones fácticas y jurídicas desplegadas a lo largo del presente voto, propongo al Acuerdo: confirmar la sentencia apelada, en todo lo que decide y fue materia de recurso. Las costas de Alzada se imponen de igual forma que en primera instancia (cfr. art. 68, *in fine*, del CPCCN). Así lo voto.

Los Dres. Parrilli y Ramos Feijóo, por análogas razones a las aducidas por la Dra. Maggio, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Y Vistos: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, *se resuelve*: confirmar la sentencia apelada, en todo lo que decide y fue materia de recurso. Las costas de Alzada se imponen de igual forma que en primera instancia (cfr. art. 68, *in fine*, del CPCCN).

Toda vez que la instancia de grado omitió regular honorarios a favor de la totalidad de los profesionales intervinientes por el codemandado “Sanatorio Médico Otamendi y Miroli S.A.” –M. V. C. (apoderada desde su primera presentación de fs. 1140), F. S. (desde su primera intervención de f. 1155) y C. R. G. (v. f. 1309)–, se difiere el tratamiento de los recursos de apelación opuestos contra la regulación contenida en la sentencia de fecha 16/09/20, como así también la estimación de los honorarios de Alzada, hasta que los autos se encuentren en condiciones de ser nuevamente elevados.

Regístrese y notifíquese. Oportunamente publíquese (conf. C.S.J.N. Acordada 24/2013). Fecho, devuélvanse las actuaciones –tanto en formato digital como en soporte papel– a la instancia de grado. – Lorena F. Maggio. – Roberto Parrilli. – Claudio Ramos Feijóo.

Laudatio al profesor doctor Rodolfo Luis Vigo con motivo de la entrega del doctorado honoris causa en la Universidad Católica de Santiago del Estero (6-8-22)

I

Laudatio, del latín *laudatorius*, *laudare*; elogio, es la forma que en las universidades suele reconocerse, desde antiguo, los afanes de sus más destacados integrantes. Constituye un motivo de honra y de alegría para las instituciones, pues observan en el homenajeado un espejo; mejor, una concreción de sus objetivos y razón de ser. Si la ciencia, como memoró el ilustre jurista Hans Kelsen en su lección de despedida en la Universidad de Berkeley, requiere de un ámbito en el que “pueda prosperar la búsqueda de la verdad”, es claro que las universidades constituyen uno de los más propicios en tanto procuran discernirla a través del estímulo de la investigación; del diálogo sin fin sobre las variadas dificultades que aquella entraña y de la vivaz transmisión de sus resultados (siempre provisionales) a terceros (estudiantes; docentes; otros investigadores y hasta ciudadanos interesados).

II

Pues bien; el día de hoy es uno de esos en que, gozosamente, interrumpimos los trajines de los “papeles del oficio universitario”, como escribió el maestro Álvaro d’Ors, para reconocer el aporte, dilatado y constante (hasta hoy mismo ha estado brindando sus conocimientos) de uno de sus grandes legados. Porque un incluso superficial repaso de la hoja de vida de Rodolfo Luis Vigo es suficiente para advertir que encarna a uno de los más caracterizados ejemplos contemporáneos que nuestro país ofrece sobre el universitario en el más pleno sentido etimológico de la palabra: *universitas*; *universitatis*; totalidad; universalidad; lo que alude tanto al colectivo humano en el que se despliegan los estudios científicos como a la noción de *unus* y *vertere* que indican la cualidad de doblar o girar hacia uno, hacia lo uno (*versus unum*), que es lo universal, en definitiva, el hallazgo de la verdad.

Es que el profesor Vigo, además de completar los estudios de grado y posgrado como tantos otros universitarios (abogado y doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, en su Santa Fe natal), ha sido –es– profe-

sor, investigador, publicista, miembro de consejos académicos y ejecutivos, y de comités de doctorados y enseñanza de posgrado, en el país y en el extranjero, completando, entonces, un vasto recorrido por la totalidad del circuito de enseñanza universitaria, dimensión esta que, por cierto, es reservada a pocos. Obsérvese, casi de rondón, lo recién expuesto.

Profesor, citando, en tren de brevedad, apenas dos filia-ciones que juzgo significativas, tanto por la vinculación con el ámbito originario de pertenencia del homenajeado como por el vuelo universal que adquiere su enseñanza: la de Titular de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho en su *alma mater* y la generada al deferírsele la Cátedra “Rodolfo Luis Vigo” creada el 5-X-09 por decisión unánime de los plenos del Tribunal Superior y del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Tabasco en México, y puesta en funcionamiento el 5-III-10 por el expresidente de la Corte Suprema de México, don Mariano Azuela.

Investigador de fuste en diversas áreas de la filosofía jurídica sobre las que se volverá en seguida.

Publicista de 31 libros y centenares de artículos y otros escritos científicos, a algunos de los cuales también se aludirá más abajo.

Miembro de consejos académicos y ejecutivos (escojo, entre tantos, la Presidencia de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, período 2006-2010; el haber sido designado a partir de junio del 2006, por cuatro años, Secretario Ejecutivo de la 1ª Comisión Iberoamericana de Ética Judicial por la Cumbre Judicial Iberoamericana; y la pertenencia, como Académico Titular, a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de nuestro país y, como miembro Correspondiente, a la Real Academia de Ciencias Morales y Política de España).

Fundador e integrante de diversas maestrías y especialidades: menciono, por su vasta repercusión en el ámbito nacional, la dirección del Departamento de “Derecho Judicial” de la Universidad Austral de Buenos Aires y la codirección, junto a Manuel Atienza, de la Maestría en Interpretación y Argumentación Jurídica que se dicta en la Universidad Nacional del Litoral. A su vez, en cuanto concierne al área internacional, destaco la codirección académica del Diplomado en “Interpretación y Argumentación Jurídica” que dicta la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad Panamericana de ese país, y su desempeño como profesor-consultor del “Instituto Interamericano de Derechos Humanos” de Costa Rica.

Miembro de comités directivos de revistas y publicaciones científicas, nacionales y del extranjero, como lo ejemplifican el haber dirigido la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, y el ser miembro del Consejo Editorial de la Revista “IURISPRUDENCIA” de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana de México.

Integrante de comités de doctorado, tal el caso –nuevamente tomo un ejemplo nacional y otro extranjero– de ser Miembro del Consejo Asesor del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina de Buenos Aires, y el revistar como Miembro Permanente del Comité Académico del Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.

III

Ahora bien: el cúmulo de tareas hasta aquí referidas debe ser adecuadamente contextualizado con el sentido último del quehacer universitario: este no prohija, exclusivamente, el saber por el saber mismo, sino el saber orientado a la acción transformadora de la vida social en una coexistencia virtuosa, gobernada por la ética; el respeto por el otro; la solidaridad y la creación colaborativa; como medio para el logro de la justicia; la paz y la armonía comunitaria. Y en esto, es claro, interviene, y mucho, la naturaleza de la Ciencia Jurídica a la cual abrazó el Prof. Vigo con *vocatío* consustancial y sin desmayo. Una ciencia que, conviene enfatizarlo, es para nuestro homenajeado, siguiendo las perennes enseñanzas aristotélicas, “práctica”; esto es, no mira solo a la “sintáctica” y a la “semántica” de las normas –insumo fundamental más no exclusivo de ese saber–, sino, como observó finamente Theodor Viehweg, también, a la “pragmática”; al Derecho en la variada y compleja peripetia del aquí y ahora.

La Ciencia Jurídica es, pues, en el pensamiento del Prof. Vigo, conocimiento riguroso orientado al logro de lo justo en concreto en el horizonte de un necesario discernimiento de conductas sobre las que, inexcusablemente, cabe predicar un juicio de valor. Justicia y ética emergen entonces como dos elementos imprescindibles en el pensamiento del Prof. Vigo, los que son constantemente desarrollados y del que tanto han

aprehendido y se han beneficiado la sociedad argentina y, por lo ya visto, también la de muchos países latinoamericanos.

Veámoslo con un algún detenimiento.

Esa proyección de la teoría, así concebida, en la práctica, encuentra en la tarea jurisdiccional del Prof. Vigo un espléndido banco de prueba y de convalidación, la que puede advertirse en su labor como juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe (1984-1988); como ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (1988-2007) y como fundador, en 1994, y primer presidente desde ese año hasta 1997, de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas. El Vigo-juez halla la posibilidad de concretar, en ese segmento de la realidad de la vida que constituyen los casos concretos judicializados, la liminar tesis aristotélica de que el Derecho es, fundamentalmente, una ciencia práctica; un arte; el *ars iuris* más tarde caracterizado por los romanos y en el que destaca la figura del *iuris prudens* (del prudente del Derecho; el *spoudaios* de los griegos) en esa ardua tarea “artística”, nada menos y nada más, de “darle a cada uno su derecho” (*ius suum cuique tribuere*, según la clásica fórmula de Ulpiano). De la enseñanza y la investigación teórica pero siempre orientada a la práctica, esto es, a mostrar a los estudiantes el *para qué* de lo que se transmite en las aulas, se ha pasado, pues, a la práctica misma; al hacer concreto que entraña elucidar el Derecho de cada quien en las múltiples contingencias vitales. Es la *invenio* de los romanos; es el último nivel en la cuádruple perspectiva formal de conceptualización de la ciencia jurídica estructurada por el maestro Martínez Dorral (no el filosófico, ni el científico, ni el casuístico, sino el prudencial propiamente dicho) al que tanto honró el juez Vigo.

Pero el ir y venir de la teoría y la práctica en esa continúa mutua retroalimentación encuentra una nueva estación reflexiva en el modo como esa *invenio* ha de concretarse; de qué manera esa prudencia debe determinarse (los alemanes, en expresión feliz, aluden a una “*fingerespitzgefühl*”, esto es, a la “sensibilidad de la yema de los dedos”). Se ingresa aquí a la dimensión ética de la tarea judicial. El prof. Vigo vuelve de pleno (porque nunca, se había visto, lo había abandonado) a su amor por lo teórico cuando entiende necesario plantear y especificar un riguroso código de ética en el desempeño de la insigne función –nuevamente con Aristóteles y, siguiéndolo, Tomás de Aquino y la larga saga de autoridades que profesan el pensamiento de la razón práctica– por la cual “las partes acuden al juez” (*confugiunt ad iudicem*). Es el Vigo-codificador, cuyos frutos se concretan en su sociedad de origen (Presidente de la Comisión que redactó el Código de Ética Judicial para la provincia de Santa Fe y que entró en vigencia en julio de 2002) y, por extensión, en el país todo; y también el ámbito latinoamericano (Asesor experto en el proceso desarrollado en Paraguay desde 2004 hasta fines del 2005 en el que se redactó y sancionó el Código de Ética; así como asesor en el proceso de elaboración del “Código de Ética Judicial panameño”. Asimismo, fue designado experto por la Cumbre Judicial Iberoamericana en el año 2005 para redactar el Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica que fuera aprobado en la reunión de Presidentes de Cortes Supremas realizado en la República Dominicana, en junio de 2006).

Sin embargo, conviene hacer ver que ese “dar a cada uno lo suyo” no entraña un dar lo que se quiera sino, antes bien, lo que corresponde. De lo contrario, lejos de alcanzar la concordia y la justicia antes señalada, se habría atizado el desencuentro y la arbitrariedad. Se arriba al Vigo-pensador; al intelectual “consagrado” como lo precisa Seritillanges en su clásico opúsculo sobre “La vie intellectuelle”, que va desgarrando, con los años, un *corpus* de doctrina en la que el Derecho como saber práctico no se concibe sino como aquel que garantiza, en última instancia, la dignidad humana. Y para ello se recorre un camino de meticulosa reflexión. A modo meramente indicativo, Vigo explora en aguas que no hacen a su pensamiento de base pero que –ejemplo de todo investigador que asume esa significativa adjetivación– es preciso conocer (entre tantas obras, destaco: *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991) y *El neoconstitucionalismo iuspositivista crítico* de Luigi Ferrajoli (Marcial Pons, Madrid, 2019).

Asimismo, juzga imprescindible ampliar el horizonte de las fuentes del derecho tradicionalmente reconocidas por la Dogmática prevalente en los últimos siglos y, ciertamente, en los inicios de su producción científica (ya no ahora y, acaso, en ello tiene Vigo mucha responsabilidad). Y esta empresa la lleva a cabo en colaboración con otras autoridades que no necesariamente comparten sus puntos de vista –otra muestra de tolerancia académica, consustancial a esa característica

del intelectual que se ha asumido aquí—: véase, por caso, la obra, en conjunto con Josep Aguiló, *Fuentes del derecho. Dos visiones* (Astrea, Buenos Aires, 2018).

Dentro de tales fuentes, a juicio de Vigo, destacan por su perceptible contenido moral y validez universal los principios jurídicos que, si bien se miran, siguiendo en parte algunas de las intuiciones dworkinianas y alexyanas, no son sino los criterios o directrices de acción liminares de toda “coexistencia social”, para emplear una terminología cara a Sergio Cotta a partir de sus perceptibles influencias husserlianas y heideggerianas. El tema demandó diversas investigaciones, entre las que destaco *En torno a los principios jurídicos*, en coautoría con el Ex Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial de España, Javier Delgado Barrio, (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998) y *Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial* (Depalma, Buenos Aires, 2000).

Estos principios demandan de una constante interpretación en orden, para decirlo con Alexy, al logro de su mayor “optimización” fáctica y jurídica. Pero también son susceptibles de la inevitable interpretación las reglas, muy al pesar del positivismo clásico y, también, del fácil (bien que irresponsable) recurso a la “discrecionalidad” de los positivismos contemporáneos. Vigo dedica al respecto páginas de honda persuasión en numerosos estudios, como *Interpretación constitucional*, (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993), e *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)* (Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999). Y desarrolla todavía más el tema en el marco de una necesaria teoría de la argumentación jurídica que garantice, tanto como posible, la previsibilidad y seguridad jurídicas, nociones estas que adquieren en su obra una connotación largamente más sofisticada que en el antiguo planteamiento exegético o conceptualista. De este tramo investigativo destaco, con Manuel Atienza, *Argumentación constitucional. Teoría y práctica* (Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, n° 42, México, 2011) y, de su propia autoría, *Cómo argumentar jurídicamente* (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012).

Tales directrices, de suyo operativas, encuentran una radiografía precisa en los diseños constitucionales, lo que ha provocado, en tiempos recientes, un intenso flujo comunicativo entre la filosofía del derecho y el derecho constitucional y, en definitiva, una nueva reafirmación del contenido estructuralmente pragmático del Derecho. Los diversos ensayos “neoconstitucionalistas” que parten de esas premisas son escrupulosamente estudiados por el Prof. Vigo; señalando sus fortalezas y debilidades y brindando su propia perspectiva que, es claro, enlaza en la vigorosa “tradición central de Occidente” para emplear una expresión conocida —aunque tal vez no suficientemente abarcativa— de John Finnis, otro autor frecuentemente visitado por nuestro homenajeado. Entre esas contribuciones, destaco *Constitucionalización y judicialización del derecho* (Universidad Javeriana de Colombia, Bogotá, 2012) y el fundamental *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias* (EDUCA, Buenos Aires, 2015).

Todas estas fatigas conducen a la pregunta decisiva acerca del Derecho *Justo*, que, en definitiva, no es sino el resguardo

de la dignidad humana. Este planteo puede discernirse en Vigo desde variadas perspectivas. Aquí asumo dos: el vinculado con el comportamiento ético del decisor y el de la mirada del ciudadano comprometido con la justicia, a secas, la que se hace visible, por oposición, como observaba Gabriel Marcel, en las situaciones límite, allí donde reina la discriminación o la no visibilización del otro.

Lo primero, la ya advertida preocupación por el logro del buen juez, se observa en numerosas publicaciones, de entre las que distingo a *Ética y responsabilidad judicial* (Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007) y la obra en sociedad con el ministro en retiro mexicano Juan Díaz Romero y el ex juez del Tribunal Constitucional español Andrés Ollero Tassara, *Códigos de Ética judicial, derecho disciplinario y justificación de la ética del juez* (Serie Ética Judicial n° 19, año 2010, Suprema de la Corte Suprema de Justicia de México).

Lo segundo, el Vigo-ciudadano consustanciado con los problemas del aquí y ahora deja escuchar su palabra ante la “tragedia” del aborto al tratarse los diversos proyectos de ley sobre esa materia en nuestro país en fecha reciente. Y el Vigo-investigador (de nuevo, siempre, el “ida y vuelta” de la teoría a la práctica y de la práctica a la teoría) se enfrenta al desafío de las leyes injustas, del No Derecho; de la injusticia extrema. De esas fatigas nace *El iusnaturalismo actual* (de M. Villey a J. Finnis) (Fontamara, México, 2004); con muy atinadas precisiones acerca de la plausibilidad de un “alegato iusnaturalista” y, en el mismo año, *La injusticia extrema no es derecho* (De Radbruch a Alexy) (La Ley – UBA, Buenos Aires), un ya clásico compendio de trabajos del homenajeado; de Robert Alexy y de otros jóvenes docentes argentinos y españoles (otra muestra de que el oficio universitario supone diálogo y el constante desafío de escuchar y ser escuchado) sobre el tópico inaugurado por Radbruch a partir del análisis de las leyes dictadas durante la dictadura nazi pero que, para desgracia de la humanidad, halla numerosas prolongaciones posteriores, aquí y allá.

Cabría decir mucho más, pero si de prudencia se ha hablado, es prudente concluir aquí para escuchar al maestro cuya *autoritas* no es consecuencia de la *potestas*, como lo precisó mejor que nadie el citado Álvaro d’Ors sino, con Hans Georg Gadamer, “del aprendizaje de la modestia”; del conocimiento de aquellos que, como alentaba Umberto Eco, saben hablar “en voz baja”. El profesor Vigo reúne esas caracterizaciones y otras más. Basta con estas. Constituyen, ciertamente, una buena compañía. Felicitaciones maestro. Como reza el himno de la universidad medieval: “*Semper sit in flore*”.

Muchas gracias.

RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS⁽¹⁾

VOCES: DERECHO - FILOSOFÍA DEL DERECHO - DERECHO NATURAL - IGLESIA CATÓLICA - DERECHO CONSTITUCIONAL - ABOGADO - DERECHO POLÍTICO - UNIVERSIDADES - CULTURA - EDUCACIÓN

(1) Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Profesor Titular Regular de Teoría General y Filosofía del Derecho (UBA) y de Introducción al Derecho (Universidad Católica de Salta).