



Menos es más en materia cautelar

Jorge A. Rojas

SUMARIO: I. Introducción.— II. La doctrina de la Corte nacional.— III. ¿Avance o retroceso procesal?— IV. A modo de conclusiones preliminares.

➔ Cuando se alude en el título de este trabajo a que “menos es más en materia cautelar” se alude a la inconveniencia de perder de vista el rumbo que ha seguido el país desde el advenimiento de la democracia, y en especial en el derecho procesal, en donde al decir de Morello, las cautelares se convirtieron en las *vedettes*, desde luego por el rol principal que les cabe en la atención de situaciones urgentes, para brindar una tutela efectiva.

I. Introducción

El advenimiento de la democracia fue gestando en el país un notable cambio de rumbo, a fin de insertar a la República Argentina en el concierto de las naciones, con el desarrollo de sus instituciones apuntando a romper paulatinamente —en el ámbito del derecho— con las estructuras decimonónicas que impregnaron —e impregnan aún— no sólo a las instituciones, sino fundamentalmente a los operadores jurídicos.

Para ello, no se pueden desconocer hechos y acontecimientos de trascendencia, que fueron jalonando esos cambios, que llegaron a la Argentina con el correr de la segunda mitad del siglo pasado.

Así, es posible advertir un avance notorio desde el punto de vista institucional, a través del letargo en el que cayó el viejo Estado liberal, para dejar de lado el Estado de derecho legal, apoyado en un fuerte iuspositivismo, y pasar a un Estado de derecho constitucional, dentro del cual la Argentina comenzó a ubicarse ya desde mucho antes de la Constitución de 1994, que de algún modo recoge esa impronta, para cristalizarla en su letra y adoptar esos nuevos derechos que nacen al amparo de los tratados internacionales de derechos humanos.

Esto que fue positivizado en la letra de la Constitución Nacional de 1994, también tuvo su desenvolvimiento con el avance que desde el punto de vista jurisprudencial se fue gestando en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde mucho antes de la nueva Constitución (1).

Hoy —sin dudas— el Código Civil y Comercial de la Nación ha seguido la misma línea generando un nuevo paradigma, a partir del cual, al dejarse de lado el viejo iuspositivismo, se persigue transitar el camino de la razón crítica o de la principio-logía, que algunos autores han denominado como neopositivismo, otros neoconstitucionalismo, pero que en definitiva persigue acceder al Estado constitucional de derecho; de ahí la llamada constitucionalización del derecho privado.

Lo que se pretende evitar es la confusión entre el derecho y la ley, ya que en el estado actual de la evolución jurídico-filosófica esto resultaría inadmisibles, aspecto que permite profundizar la distancia con el modelo legalista imperante al tiempo de la sanción de los viejos Códigos del siglo XIX (2).

En esa línea se puede advertir que los tiempos de cambio que se imponen en la órbita del proceso civil no son sólo producto del nuevo Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.), sino además del claro agotamiento del sistema de justicia actual, con motivo de los cambios que se han gestado desde el mundo político.

Una reforma implica una innovación, que desde luego propende a una mejora. Carecería de todo sentido reformar un determinado instituto sin mejorarlo o, lo que es más grave aún, empeorarlo.

Esto lleva a una premisa —si miramos esa faceta legislativa— que consiste en no poder pensar en reforma alguna que desatienda la letra de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad para propender a una tutela efectiva, y más aún a la doctri-

na que emana de la propia Corte Suprema, como garantía de la vigencia de los derechos fundamentales.

Para ello, uno de los principales problemas que debemos superar tiene que ver con nuestras pautas culturales, a partir de las cuales hemos hecho natural aquello que no puede ser tal, precisamente partiendo de la premisa de que el derecho es un claro producto cultural.

Por un lado, la Corte Suprema ha simplificado —con fundamento esencial en el principio *pro persona*— los sistemas cautelares, que nos llevan a señalar, a partir del minimalismo, que “menos es más en materia cautelar”.

Sin embargo, parece advertirse por el producto que está surgiendo en algunas legislaciones provinciales que aún no existe registro de esta realidad, razón por la cual analizaremos algunas de estas circunstancias, cayendo nuevamente en un lugar común como es el análisis de la letra de la ley para concentrar en ella algo que ya la excede.

Esto es así pues si bien su aplicación entraña delimitar el supuesto de hecho para subsumirlo en la norma, a partir de lo cual se presumiría una actividad deductiva, lo que parece asumir una posición claramente legalista, de inmediato se puede advertir, del que fue denominado “diálogo de fuentes” por la doctrina que consagran los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com., que ese razonamiento se torna inoperante precisamente porque va en desmedro de la propia jurisdicción al restringirle su operatividad.

Esos preceptos describen, junto con el art. 3º del Cód. Civ. y Com., la función jurisdiccional, para concluir en una decisión razonable. Se incluye el análisis de la ley a la luz de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales, cuyas disposiciones asumen la estructura normativa de los principios; de ahí que la tarea de resolver los casos del Código Civil y Comercial asume una dimensión ponderativa o valorativa, por completo extraña a la metodología deductiva tradicional (3).

II. La doctrina de la Corte nacional

Esa labor ponderativa que, conforme fuera expuesto, la Corte Suprema viene desarrollando desde antes de la sanción de la Constitución Nacional de 1994 requiere la interpretación de la ley en correlación con los principios que emergen de la Ley Fundamental y de los tratados internacionales de derechos humanos.

Desde luego que esta tarea la restringiremos exclusivamente al ámbito cautelar, por las lógicas razones de espacio que se imponen, aunque es posible su traspolación a los diferentes subsistemas que integran el proceso judicial.

Para ello, en orden a lo expuesto, conviene tener presente en primer término que la Corte Suprema ha sostenido que “los derechos y garantías contemplados en la primera parte de la Constitución Nacional no constituyen la regulación exclusiva del sistema de derechos fundamentales vigentes en la República. Su regulación se integra además, con los principios y disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por la ley 23.054, tiene el carácter de ley suprema de la Nación de acuerdo con lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional” (4).

Como se puede advertir de ese precedente, que es anterior a la Constitución de 1994, la Corte Suprema alude a la importancia de la observancia de los principios que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos como el Pacto de San José al que refiere.

Esa línea la mantuvo en pronunciamientos posteriores, al sostener: “el solo irrespeto de los derechos humanos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirían violaciones directas de los mismos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos establecido por el art. 1.1 del Tratado” (5).

En sentido similar se expidió en una acción colectiva al disponer el rechazo de un recur-

DOCTRINA. Menos es más en materia cautelar

Jorge A. Rojas 1

BIBLIOGRAFÍA. Aspectos procesales del Código Civil y Comercial de la Nación

Directores: Roberto O. Berizzone y Leandro J. Giannini. Comentario: José María Salgado..... 4

NOTA A FALLO. Inmunidades y prerrogativas de funcionarios públicos. La Corte Suprema ratificó su jurisprudencia

Pablo L. Manili..... 5

JURISPRUDENCIA

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS. Parlamentarios del Mercosur. Funcionarios públicos

argentinos imputados por la presunta comisión de delitos. Validez de la detención. Alcance de la inmunidad de arresto (CS) 5

TRANSPORTE DE PERSONAS. Fallecimiento de pasajero. Responsabilidad. Consecuencias mediatas. Relación de causalidad adecuada. Indemnización por el daño moral. Procedencia. Predisposiciones de la víctima (CNCiv.)..... 7

JURISPRUDENCIA AGRUPADA

Responsabilidad de los concesionarios de autopistas

Jorge A. Diegues 11

so extraordinario que había admitido una acción de amparo: “cuando se trata de amparar los derechos fundamentales a la vida y la salud, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora, tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso —del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—” (6).

Y para despejar dudas sobre su apertura a la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos, destacó que “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos” (7).

Esta doctrina de la Corte Suprema resulta suficientemente clara como para interpretar el rumbo que ha seguido el más Alto Tribunal, y que continúa profundizando en la apertura aludida.

A su vez, en materia cautelar la Corte Suprema ha mantenido la misma apertura, para recepcionar a través de la operatividad de los arts. 230 y 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCyCN) lo que la doctrina ha denominado “tutela anticipada”, vía por la cual se permite la tutela efectiva y en forma inmediata de los derechos que estuvieran involucrados en un conflicto.

Para lo cual ha sostenido puntualmente dicho tribunal: “...la Alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones —como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa— existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el *sub lite* en razón de que el recurrente pretendía reparar —mediante esa vía— un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el art. 5º, inc. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Que ello resulta así pues es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones —en tanto dure el litigio— sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolu-

ción que concilie —según el grado de verosimilitud— los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado”.

Los sumarios transcriptos fueron extracitados textualmente del caso “Camacho Acosta” (8), *leading case* que algunos consideran como la carta de ciudadanía de la tutela anticipada en el seno del más Alto Tribunal, sin advertir la venerable antigüedad de la medida innovativa, como enseñaba el maestro Palacio (9).

Desde luego, que esto no sea advertido no quiere decir ni que no exista, ni que sea desinterpretado. Lo que resulta de toda evidencia es que la Corte Suprema, cuando la jurisdicción se enfrenta a una petición cautelar que se superpone en todo o en parte con la pretensión sustancial, sólo requiere, además de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, presupuestos sustanciales de toda medida cautelar, una *mayor prudencia* de la jurisdicción para advertir la reunión de esos extremos, en atención a la proyección que tiene la decisión sobre el mérito.

Con lo cual, no es que exista un instituto diverso al cautelar, sino que existe una proyección de ese instituto cautelar, que, como bien señala la Corte, carecería de virtualidad si se presumiera que la jurisdicción incurre en prejuzgamiento, al resolver una petición cautelar que se superpone en todo o en parte con la pretensión sustancial, por la simple y sencilla razón de que se trata de una decisión provisional, que se puede identificar como el avance de un instituto hacia un ámbito excepcional por atípico.

No por eso se desvirtúa el instituto cautelar, porque pierda el carácter instrumental que rigurosamente se le atribuye, pues sigue poseyendo el sentido provisional que la hace operativa dentro de un proceso, y permite advertir que si existe una cautela, existe provisionalidad en la decisión que la instituye, lo que resulta diametralmente opuesto a que exista una condena, porque allí existiría una decisión de mérito de carácter definitivo.

Esta doctrina elaborada por la Corte Suprema, la mantuvo a través del tiempo haciendo más notorios los extremos que requiere para la viabilidad una cautela de esta índole, ya que en ningún caso cambió sus presupuestos para generar un límite a su utilización.

Por el contrario, sólo con la reunión de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, y la prudencia que le exige a la jurisdicción para su concesión, es suficiente para hacer operativa la medida que está ínsita dentro de los pliegues de la prohibición de innovar que contempla el art. 230 del CPCyCN, que contempla dos facetas: la innovativa y la de no innovar.

Ello pues bien señala la Corte que el agravio de que una sentencia se transforme en ineficaz porque resultara inútil su ejecución puede provenir tanto del mantenimiento como de la alteración de una determinada situación de hecho o de derecho, esto es, puede provenir de una acción positiva o de una conducta omisiva, y frente a ello la jurisdicción no puede asumir un rol pasivo, en tanto se

trate del resguardo de derechos fundamentales.

Y ello no surge más que de la verosimilitud del derecho que se invoque, que es un presupuesto esencial de toda cautelar, y que sólo requiere en su aplicación una mayor prudencia de la jurisdicción al advertir los efectos que provocará el dictado de la medida sobre el mérito.

Lo mismo sucede con el otro recaudo que alude al peligro en la demora, que no importa la necesidad de que exista un agravio que siempre resulte irreparable, pues se trata de una categoría totalmente diversa o, si se quiere, una situación extrema, restrictiva del amplio margen de maniobrabilidad que brinda a la jurisdicción el estándar del “peligro en la demora”.

Y ese aspecto también ha sido interpretado por la Corte Suprema en ese sentido, habiéndose resuelto: “resultan suficientemente acreditados los presupuestos previstos en los incs. 1º y 2º del art. 230 del CPCyCN para acceder a la medida cautelar innovativa pedida por dos sociedades comerciales en el marco de la acción declarativa tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 4459 de la provincia de Misiones —en cuanto afectaría el comercio interprovincial de la yerba mate que realizan— y ordenar la suspensión de los efectos de los arts. 4º, 5º y 6º, a los fines de que el Estado local se abstenga de prohibir, restringir, limitar o afectar el libre tránsito y egreso de yerba mate en cualquier estado de elaboración de su territorio” (10).

Con lo cual, como se puede advertir, tratándose de una acción declarativa promovida por dos sociedades comerciales, no estaba en juego ni la vida ni la salud de una persona, y menos aún existía un peligro de daño irreparable, pues se veían involucradas en el conflicto dos empresas que litigaban contra un Estado provincial.

Obsérvese que la doctrina de la Corte Suprema no sólo se afirma, sino que se mantiene en línea con el desarrollo que desde siempre ha hecho, para conceder una medida que tuviera carácter anticipatorio a aquello que debía ser materia de la decisión de mérito.

Para ello el Alto Tribunal mantiene como doctrina que “la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la *verosimilitud del derecho invocado* y el *peligro en la demora* y, dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una *mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión* —del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—” (11).

III. ¿Avance o retroceso procesal?

Conforme a lo expuesto hasta aquí, se puede advertir el progresivo desarrollo que ha tenido en materia cautelar nuestro país, que viene desplegándose desde la década de los ochenta, con fallos señeros que habilitaban la —hoy llamada— tutela anticipada a través de la medida innovativa.

Eso sucedió a partir del desfase provocado por los ajustes de los mutuos hipotecarios por la aplicación de las tristemente famosas circulares 1050, 687 y otras del Banco Central, en virtud de las cuales las cuotas de esos préstamos se ajustaban por los índices de inflación más intereses, provocando un enorme daño a aquellas personas que se habían embarcado en la compra de su única vivienda con destino familiar.

Ello fue remediado merced a la labor de la jurisdicción, que frenó la aplicación de esos mutuos en los cuales el deudor cuanto más pagaba más debía —como lo identificó con absoluta claridad por entonces la justicia— aplicando una medida innovativa, que se adaptaba —en algunos casos— a través de una medida cautelar genérica, que suspendía la aplicación de la mecánica de liquidación de las cuotas de esos mutuos, de modo tal de permitir que los deudores no cayeran en mora, y así se pudiera revisar la legitimidad de esas hipotecas, que en todos los casos fueron declaradas nulas por abusivas.

Lo cierto es que eso no era otra cosa más que una medida que —como en el caso “Camacho Acosta”— proyectó sus efectos sobre la decisión de mérito provocando un anticipo de jurisdicción, para lo cual los jueces de grado inferior sólo requerían verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

Con lo cual el fenómeno no es nuevo en la República Argentina, más allá de que el debate sobre esta especie de “figura”, que no es más que el efecto que provoca el dictado de una cautelar sobre el mérito, la doctrina lo instaló en el país a partir de un fenómeno similar que se dio en Brasil en la década de los noventa.

Debido a ello, una línea de la doctrina creyó ver en la tutela anticipada un nuevo instituto y propuso una regulación similar a la que le dieron los brasileiros al viejo art. 273 de su Código Procesal, sin advertir que por esa vía se generaban más requisitos que los que se habían requerido en nuestro país en los casos antes señalados.

Así fue como varias provincias regularon la llamada tutela anticipada con once o doce requisitos para su viabilidad, en contra de los dos recaudos que reclama la Corte Suprema para su concesión (12).

Por esa razón, cuando se alude en el título de este trabajo a que “menos es más en materia cautelar” se alude a la inconveniencia de perder de vista el rumbo que ha seguido el país desde el advenimiento de la democracia, y en especial en el derecho procesal, en donde, al decir de Morello, las cautelares se convirtieron en las *vedettes* (13), desde luego por el rol principal que les cabe en la atención de situaciones urgentes, para brindar una tutela efectiva.

En la actualidad, se ha sancionado en la provincia del Chaco un nuevo Código Procesal Civil y Comercial, que si bien mantiene la misma estructura del Código nacional, lamentablemente entre los “nuevos institutos” que contiene, en la materia aquí abordada, se regula en los arts. 251 y 252 la llamada “tutela anticipada”, incurriéndose en la misma inconveniencia en la que se incurrió en otras provincias.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Sirva como ejemplo el caso “Sejean” resuelto en 1986 (Fallos 308:2268), que luego fue acompañado desde el punto de vista legislativo con la sanción de la ley 23.515 del año 1987, aunque legislativamente también se avanzó en la protección de los convivientes, porque la ley 23.570 también de ese año otorgaba el derecho a pensión de aquellas personas que estaban conviviendo en aparente matrimonio. No obstante, la jurisdicción resolvió en 1992 el caso “Ekmekdjian c. Sofovich” (Fallos 315:1492),

en 1993 el caso “Fibraca” (Fallos 316:1669), entre otros casos insignes, en donde se privilegió la letra de los tratados internacionales de derechos humanos por sobre la legislación local, existiera o no, en resguardo de la responsabilidad que internacionalmente podía involucrar a la Argentina por la inobservancia de un tratado internacional a la luz de las previsiones del art. 27 de la Convención de Viena.

(2) RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, en RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.), “Código Civil y

Comercial de la Nación comentado”, Ed. Thomson Reuters — La Ley, t. I, ps. 55 y ss.

(3) RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, en “Código Civil...”, cit. p. 10.

(4) Fallos 315:1943.

(5) Fallos 317:247.

(6) Fallos 331:563.

(7) Fallos 328:2056.

(8) Fallos 320:1633.

(9) PALACIO, Lino E., “La venerable antigüedad de la

medida innovativa”, RDP, nro. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 105.

(10) Fallos 331:2919.

(11) Fallos 326:3729.

(12) Ejemplo de ello son los Códigos Procesales de San Luis, San Juan, La Pampa, entre otros.

(13) Es una expresión que utiliza Morello siguiendo a Marcel Storme, señalando que están destinadas más que a hacer justicia, a darle tiempo a la justicia para cumplir su obra, haciendo justicia (MORELLO, Augus-

Para ello se le pretende dar un tratamiento diverso a lo que constituye una medida cautelar, para caer finalmente en el desarrollo de la minuciosa normativa procedimentalista, que finalmente no es otra cosa más que una decisión de índole cautelar.

Se desprenden de aquellos artículos los requisitos que se deben observar para que sean anticipados total o parcialmente “los efectos de la tutela pretendida en la demanda o en la reconvención”, desde luego con “carácter excepcional” y a través de un requerimiento fundado de parte; son los siguientes:

1. Convicción suficiente sobre la probabilidad cierta del derecho que la sustenta.

2. Urgencia de la medida en tal grado que, de no ser adoptada de inmediato, cause al peticionante la frustración del derecho o un daño irreparable equivalente.

3. Falta de efectos irreversibles de la anticipación sobre la sentencia definitiva.

4. Otorgamiento de contracautela suficiente, salvo en los casos en que el peticionante se encontrare legalmente exento de darla.

5. Solicitada la tutela anticipada, el juez designará una audiencia con carácter urgente.

6. A la audiencia se citará a las partes interesadas, notificándoselas personalmente o por cédula.

7. Sin perjuicio de ello, la audiencia se celebrará con quienes comparezcan.

8. Concluida la audiencia, el juez resolverá sin otra sustanciación.

9. La resolución se notificará a las partes no comparecientes por alguna de las formas previstas en ese Código.

10. Si el afectado hubiese consentido la medida, ésta se tornará definitiva y hará cosa juzgada.

11. Si el solicitante no compareciere a la audiencia, la tutela será rechazada y el solicitante no podrá volver a solicitarla con igual carácter en lo sucesivo.

12. La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada al tiempo de la sentencia o durante la secuela del proceso si cambiaren las condiciones tenidas en cuenta para disponerla.

13. El régimen de cumplimiento y de recursos será el establecido para las medidas cautelares.

14. Concedida o no la tutela y salvo en lo que hubiese sido consentido en la audiencia, el proceso proseguirá hasta su finalización.

Como se puede advertir, el Código Procesal Civil y Comercial del Chaco, que entró en vigencia en el mes de agosto de 2017, dispuso todos esos recaudos que se deben observar para el dictado de una tutela anticipada.

La situación generada por el legislador chaqueño es delicada, pues se puede advertir —de su minuciosa rigidez— que está de espaldas a la realidad y a la operatividad del sistema de justicia que se viene desenvolviendo de la forma en que fuera descripto al

comienzo, y fundamentalmente de espaldas a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues los precedentes citados eximen de mayores comentarios, todo lo cual raya en la inconstitucionalidad del sistema.

El aspecto más grave que se puede advertir es que este tipo de normativa, en lugar de mejorar y simplificar el proceso, parece haber sido generada en contra del justiciable, y está prevista más para denegar una tutela anticipada que para que sea concedida.

Sirva como ejemplo el requisito que se desprende del inc. 3º del art. 251 del Código chaqueño, que indica que la decisión que importe una tutela anticipada no tiene que tener efectos irreversibles sobre la sentencia definitiva, con lo cual la cuestión que surge de inmediato es que —para tomar un dato de la realidad— el caso “Camacho Acosta” o cualquiera de los otros precedentes de la Corte que antes se citaron no podrían haber acaecido en el Chaco según ese Código.

Esto es así porque si la irreversibilidad —a todo evento— se la pretende medir desde el punto de vista económico para retrotraer las cosas a su estado anterior, tratándose de un trabajador —como “Camacho Acosta”— tampoco hubiera sido posible conceder la tutela en cuestión.

Desde luego que se señala el aspecto más paradigmático de todos los que surgen de la pormenorizada normativa procedimental que se transcribió, pero toda ella puede ser objeto de análisis crítico no sólo a la luz de la doctrina sentada por la Corte Suprema, sino además a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos, exponiendo así a la Argentina a su incumplimiento de un modo que resulta claramente incomprensible.

El sistema que se creó no debería haber perdido de vista los principios fundantes de un ordenamiento —cualquiera que sea—, que no son otros que los que surgen de nuestra Ley Fundamental y de los tratados internacionales a ella asimilados, como lo informan los casos antes indicados; y si se trata de un ordenamiento procesal como el señalado, el sistema creado por el legislador debe reportar a esos principios, porque de lo contrario resultará claramente inconstitucional.

Por eso, es de destacar el activismo del más Alto Tribunal en esa línea, que deja de lado ese criterio estereotipado impregnado de un fuerte iuspositivismo, para pasar a una nueva postura que propende a una especie de principiología, como la ha denominado la doctrina, permitiendo así una mayor razonabilidad en la interpretación de la ley, a la luz de los compromisos que ha asumido internacionalmente nuestro país, para no desprendernos de los avances que generan nuevos derechos, y de esa forma estar a la vanguardia desde el punto de vista jurídico de lo que debe constituir una tutela efectiva e inmediata.

Ha sido esa posición en la que se ha embarcado nuestro país, sobre todo con mayor énfasis desde el advenimiento de la democracia, la que lleva a mostrar la necesidad de simplificar, y para ello la pauta que ha utilizado el Código Civil y Comercial, es que esa simplificación —en la materia cautelar que aquí importa destacar— esté concebida con la finalidad de propender a una tutela efectiva

e inmediata, sin desconocer los avances del más Alto Tribunal a la luz del respeto de los principios *pro persona*, de progresividad y de no regresividad, que tienen una importancia preponderante en esta materia para evitar complejizar un ámbito que debe contar con la sencillez y la fluidez que el nuevo ordenamiento privado propone.

Para ello, como se advierte, la gran mayoría de las normas de índole cautelar que contempla el nuevo ordenamiento unificado quedan en manos de un juez que debe ser verdaderamente activo y no quedar atado a la letra de la ley exclusivamente, porque —como se señalará— el derecho es mucho más que la ley, a partir de una pauta fundamental que no es otra más que la razonabilidad, para hacer actuar a la jurisdicción en un rol esencialmente tuitivo, por protector o por facilitador del acceso a la jurisdicción (14).

Aquellas regulaciones como las señaladas a modo de ejemplo (Chaco, San Luis, San Juan, La Pampa, etc.), además de pasar por alto la doctrina que ha sentado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta materia y exponer al país a la violación de los tratados internacionales de derechos humanos, en los que se apoyó precisamente la Corte Suprema en sus decisiones, en lugar de brindar un respaldo o una mayor garantía al justiciable, a los fines de propender a la eficacia de una futura sentencia, contrarestando el tiempo que naturalmente consume el proceso, lo envuelven en una maraña de recaudos, que atentan contra un derecho fundamental como es el derecho a la jurisdicción, entendido en sentido lato, que involucra el acceso a la justicia y el desarrollo del debido proceso legal, lo que importa el buen resguardo del derecho de defensa de todo justiciable.

El desafío consistiría en advertir que el rol que se le ha dado a la jurisdicción con el nuevo Código es lo suficientemente amplio como para contemplar distinto tipo de medidas, que se van a ir adaptando a cada realidad en concreto, para lo cual se permite su actuación conforme a la realidad que deba atender.

De modo que parecería que debiera construirse un sistema con la plasticidad suficiente para permitirle responder a la variabilidad de los conflictos, sin necesidad de una minuciosa regulación procedimental, que justamente provoca el efecto contrario de la labor jurisdiccional.

Hasta ahora la Corte Suprema ha utilizado el sistema que contempla el art. 230 del CPCyCN, complementándolo en los casos que así lo requiere con el previsto en el art. 232 de ese ordenamiento.

La sencillez del sistema nos releva de todo comentario, pues sólo se debe acreditar la existencia de los presupuestos que hacen a la viabilidad de toda cautela, esto es, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, y el trámite *inaudita pars* que contempla el art. 198 da cuenta de la simpleza de la petición cautelar y de la facilidad de la jurisdicción para brindar una respuesta inmediata sin ningún otro aditamento procedimental que enturbie ese trámite.

Por esa razón, la pregunta que cabe formularse aquí es si el sistema que posee el Código Procesal nacional ha sido superado por cualquiera de las regulaciones que he-

mos referido, y es de toda evidencia que la respuesta negativa debe caer de madura, porque en todos los casos los recaudos que se deben observar para que el juez otorgue una tutela anticipada son mayores, en desmedro precisamente de aquellos a quienes se debe resguardar o proteger.

IV. A modo de conclusiones preliminares

El tema que se plantea se puede considerar abierto desde dos puntos de vista. Uno de ellos resultaría la regulación en sí misma de un nuevo instituto, que desde luego no compartimos porque no supera la sencillez o simplicidad del que tenemos.

Pero desde otro punto de vista no podemos pasar por alto la amplitud con la que legisla el Código Civil y Comercial aquellas facultades que otorga a la jurisdicción, a partir de la abundancia de normas de índole procesal que lo integran, y todas ellas siempre tienden a evitar su encorsetamiento, esto es, a no caer en el viejo iuspositivismo legalista que pretende agotar todo en la letra de la ley, para tener un basamento mucho más sólido en los principios que emergen de las estructuras fundamentales en las que se debe asentar todo ordenamiento.

La situación de nuestro país en estos tiempos es delicada, no ya por una posible inestabilidad económica, sino porque la perforación que han sufrido las instituciones, y regulaciones como las mencionadas, apuntan más a su debilitamiento que a su consolidación, por lo cual la vía que se propone en esas legislaciones provinciales profundizará esta situación, toda vez que obtura el funcionamiento de la jurisdicción en lugar de facilitarlo.

En este sentido, enseña Chase que la forma escogida por cada sociedad para el manejo de los conflictos es el resultado de una serie de elecciones que son conscientes e involuntarias y que han sido realizadas desde sus condiciones de conocimientos, creencias y estructura social (15).

Así, nos muestra que hoy en el mundo existen diversas formas de hacer justicia; por ejemplo, hay lugares en el mundo que optan por el juicio por jurados, hay otros en donde se sigue una línea más tradicional en donde el proceso sigue siendo totalmente escrito, por oposición a otros en donde hay un fuerte predominio de la oralidad, con poderes suficientes al juez para implementar lo que se conoce como *case management*.

Pero esos sistemas conviven en la actualidad, debido al multiculturalismo, con otros sistemas en donde se respetan las pautas de justicia de pueblos originarios, o se mantienen influencias de la divinidad como forma de hacer justicia (16).

En nuestro país no podemos pretender una reforma que importe una innovación si ello no trae aparejada una mejora, la que no se advierte en los sistemas mencionados a partir precisamente de la doctrina que se viene perfilando desde el más Alto Tribunal del país, que reconoce expresamente que cuando alude a los contenidos elementales de la garantía constitucional de defensa en juicio, en cuanto desde 1853 asegura a todo habitante de la Nación el derecho de acceder al Poder Judicial, se trata de una garantía profundizada en cuanto a la tutela judicial efectiva con la reforma constitucional de 1994 (Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 8.1 y 25) (17).

(16) Sirva como ejemplo la tribu Azande del centro de África, a cuyo respecto Chase refiere que utilizan el oráculo *benge* para hacer justicia inoculándole una dosis mínima de veneno a un pollito para ver las consecuencias que genera y eso marca la “suerte” del imputado por un determinado hecho para decidir su culpabilidad o inocencia.

(17) Fallos 326:4745.

{ NOTAS }

to M., “El proceso civil moderno”, Ed. Librería Editorial Platense, p. 303).

(14) Pueden señalarse, a modo de ejemplificar lo expuesto, las previsiones de los arts. 34 o 52 del Cód. Civ. y Com., de los cuales se desprende que el juez puede ordenar las medidas necesarias en un caso para garantizar los derechos personales o patrimoniales de una persona que sufra

alguna restricción a su capacidad; o en su caso aquellas que resguarden preventivamente la honra, dignidad, reputación, imagen, etc., de una persona, con lo cual la inespecificidad de las medidas se advierte porque si bien están especialmente previstas para un ámbito determinado, no se las puede individualizar; de ahí que resulten innominadas y brinden la posibilidad a la jurisdicción de su adaptación

a cada caso en concreto. Esa línea que sigue el Cód. Civ. y Com. tiene que ver con la mayor adaptabilidad de las medidas a las circunstancias que sea necesario abordar y resguardar, contrariamente a lo que se ha señalado con relación a la rigurosidad que trasunta el Código chaqueño.

(15) CHASE, Oscar J., “Derecho, cultura y ritual”, Ed. Marcial Pons, 2011, p. 19.

Y además cuando alude al proceso, y la Corte Suprema tiene en miras los términos del art. 75, inc. 22, de la CN, ha sostenido que conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, corresponde extremar los recaudos para cumplir con todos los actos procesales a efectos de prevenir consecuencias que implicarían dilaciones y afectarían el derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) **(18)**.

Sostuvo la Corte ya en precedentes anteriores a la Constitución de 1994 que “cuando el país ratifica un tratado internacional, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que los tratados contemplen. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar respon-

sabilidad internacional del Estado argentino, y la mera posibilidad de que esta atribución de responsabilidad internacional argentina se vea comprometida por la interpretación y aplicación de un tratado con una potencia extranjera configura, de por sí, cuestión federal suficiente” **(19)**.

Es útil tener en cuenta para ello no pasar por alto cuál es la realidad en la cual se halla inmerso nuestro país, pues por un lado es importantísima la apertura que se ha generado a partir de la incorporación del bloque de constitucionalidad, pero más aún por la labor desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya desde mucho tiempo antes de la sanción de la Constitución de 1994.

Sirvan como ejemplos —además del citado anteriormente— casos paradigmáticos como “Ekmekdjian c. Sofovich” **(20)**, o “Fi-

braca” **(21)**, o “Cafés La Virginia” **(22)**, o “Giroldi” **(23)**, entre otros tantos que han colocado a la Argentina a la vanguardia dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Enseñaba Morello: “no se trata de establecer en el tablero de lo procesal, categorías, clasificaciones o comportamientos herméticos y excluyentes, sino de imaginar estructuras y adecuaciones maleables, de adecuada textura y razonable conexión, que enriquezcan sus respectivos contenidos en un juego de sumatoria, aunque sin ultrapasar los límites superiores de la garantía fundamental del proceso justo”; esto es todo lo contrario a lo que venimos señalando en los sistemas mencionados, en donde se ata la jurisdicción a la letra rigurosa de la ley **(24)**.

La opción que ejercimos como país al asumir el régimen representativo, republica-

no y federal a través del cual —entre otras cosas— perseguimos afianzar la justicia, consolidar la paz interior, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, nuestra posteridad y todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino, conviene detenerse y tenerla en cuenta, para no perder de vista esos objetivos, que es evidente que no se lograrán por sistemas como los señalados. ●

Cita on line: AR/DOC/3223/2017

!

MÁS INFORMACIÓN

Peyrano, Jorge W., “La justicia temprana”, LA LEY, 2017-C, 1027.

Arce, Federico M., “Regulación autónoma de la tutela anticipada”, LLC 2016 (marzo), 117.

{ NOTAS }

(18) Fallos 326:4797.
(19) Fallos 314:1324.

(20) Fallos 315:1492.
(21) Fallos 316:1669.

(22) Fallos 317:1282.
(23) Fallos 318:514.

(24) MORELLO, Augusto M., “Avances procesales”, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 349.

↓

BIBLIOGRAFÍA

Título: Aspectos procesales del Código Civil y Comercial de la Nación
Directores: Roberto O. Berizonce y Leandro J. Giannini
Editorial: Librería Editora Platense, La Plata
Año: 2017

“El Código Civil y Comercial de la Nación constituye la reforma procesal más relevante que se ha llevado a cabo en la Argentina en los últimos 40 años”. La aseveración no me pertenece. El querido Maestro Roberto Berizonce, mientras disfrutábamos de la tranquilidad de una agradable tarde santiagueña en el marco del XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, lo sostuvo, casi como al pasar, para resumir la impronta y relevancia que el ordenamiento sustancial vigente desde agosto de 2015 tuvo, y tiene, en el ámbito del derecho procesal. Tomé la frase, sin pedir permiso, como tantas otras veces he hecho con las enseñanzas de Roberto y, suscribiéndola en un todo, la utilizo como síntesis de los tiempos actuales y como crítica hacia la enorme deuda que existe en relación con el *aggiornamento* de los sistemas procesales.

La obra que me toca examinar, comentar y presentar a los lectores se hace cargo de esta realidad y sirve de ayuda para preguntarnos y para comprender cuál es la fisonomía de los procesos luego del impacto de la nueva normativa que, al estar contenida en un Código que se ocupa de los derechos sustanciales, ha desfragmentado y atomizado —aún más— las leyes procesales. Hoy el proceso está en reconstrucción, sea para adecuarlo interpretativamente al Código Civil y Comercial, sea para concretar una reforma necesaria que se amolde a la realidad. La obra, que emprende esta ardua tarea, viene garantizada en su seriedad y profundidad, ya que fue realizada en el marco de una investigación llevada adelante por el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, que reunió a docentes e investigadores de las cátedras de Derecho Procesal II y a alumnos y docentes de la Maestría de Derecho Procesal, de esa alta casa de estudios.

La obra está dividida en tres capítulos, que abordan el análisis con distintas miradas. El primero se refiere al análisis constitucional, la interpretación y los principios procesales. Allí uno de los directores de la obra, Roberto

Berizonce, explora “La constitucionalidad de las normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación”, que termina validando mediante un nuevo argumento que la justifica, como es la necesidad de garantizar un estándar de igualdad ante la ley, que pivota en los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional en 1994 y receptados en el Código Civil y Comercial en su complejo sistema de fuentes.

Eduardo Oteiza y Matías Sucunza trazan una guía de claves para la interpretación del nuevo ordenamiento en el marco de constitucionalización del derecho privado, su contenido, su sistema de fuentes, sus propósitos y la redefinición de conceptos que no pueden ser leídos con los ojos de los viejos operadores, sino bajo reglas y principios que sólo pueden ser pensados, aplicados e interpretados cambiando las viejas prácticas culturales que resultan opuestas a las líneas estructurales del Código Civil y Comercial. María Carlota Ucní, seguidamente, se ocupa de analizar el mandato que el legislador les impone a los jueces de emitir decisiones razonablemente fundadas y, a partir de la interpretación sistemática del art. 3º del Cód. Civ. y Com., las sitúa dentro del esquema argumentativo del principio de proporcionalidad, resultante de un plexo repleto de normas ideadas bajo las estructuras de principios, con supuestos de aplicación abiertos, que reclaman que los jueces acudan a la ponderación para poder proporcionar la regla aplicable al caso particular.

El segundo capítulo ha sido dedicado al análisis de instituciones generales del proceso alcanzadas por el Código Civil y Comercial. Leandro Safi abre el juego con un profundo análisis de los principios preventivo y protectorio que, explica, el Código Civil y Comercial provee como innovaciones a partir de una regulación sistemática de institutos que el antiguo ordenamiento proveía en forma dispersa. El estudio no se limita a la exégesis de las normas, sino que acude a los antecedentes históricos y las bases morales, axiológicas y humanistas que las justifican, para luego trazar sus perfiles sustanciales y procesales. Guillermo M. Aban Burgos perfila el nuevo rol del juez de acuerdo a los novedosos institutos contenidos en el Código Civil y Comercial. Señala que, a partir de su función creativa en el otorgamiento de soluciones a cada caso concreto a partir de la confluencia de las distintas fuentes de las que abreva el ordenamiento, nos encontramos ante la era

de los jueces, dada su principal función, que impregna de jerarquía a su actividad, en la vida de las personas.

Leandro J. Giannini, el otro director de la obra, revisa el concepto de “carga dinámica de la prueba” y lo contrapone con el “principio de colaboración”, a efectos de marcar la consistencia en la aplicación concreta de ambos. Una mirada muy lúcida de la cuestión que hace un tiempo ya había despertado el interés de la doctrina y a través de la cual, ahora, lee la nueva normativa que la contiene enunciada en su articulado, poniendo claridad sobre sus reales alcances. Mariano S. Fernández se ocupa de la regulación casuística que se ha dado a las providencias cautelares en diferentes temáticas y las analiza bajo los lineamientos de los sistemas cautelares, con la finalidad de determinar su encuadre e indagar sobre su incidencia en los ordenamientos procesales locales. Así atraviesa la especie en los procesos de restricción de la capacidad, de separación de bienes, en el arbitraje, en la prescripción adquisitiva y en el juicio sucesorio. Luego estudia la tutela anticipada en el proceso de alimentos, en el divorcio y en la nulidad matrimonial. En el campo de la tutela inhibitoria y de la acción preventiva, hace una distinción elemental, aunque muchas veces soslayada, olvidada y mancillada: se trata de pretensiones urgentes y principales que no resultan accesorias de un proceso principal, aunque compartan la función preventiva con las cautelares.

Juan M. Hitters estudia los institutos de la caducidad y la prescripción según en el Código Civil y Comercial. Se detiene en la potestad del Congreso Nacional de regularlos, en sus diferencias, sus fuentes normativas, el cómputo de los distintos plazos y sus aplicaciones prácticas; en los actos interruptivos y suspensivos, en la aplicación del derecho transitorio, su ejercicio como defensa o excepción —y su difícil correlato con los ordenamientos procesales locales—, proponiendo útiles interrogantes, que seguramente se les presentarán a los operadores diariamente, y ensayando sus posibles respuestas. Ornella C. Piccinelli cierra el capítulo con un profundo análisis sobre la vinculación entre la acción penal y la civil derivadas de un mismo hecho, que el nuevo ordenamiento, aun manteniendo la preeminencia de la represiva sobre la reparatoria, ha modificado receptando la orientación jurisprudencial que buscaba una respuesta más pronta en sede civil, profundizando —en consecuencia— la independencia

funcional de ambas. Para ello se remonta a las discusiones históricas en torno a la cuestión, analizando incluso la posibilidad de efectuar el reclamo de la pretensión resarcitoria en sede penal. Recorre las distintas etapas y variantes en su aplicación concreta, hasta llegar a la actual. Destaca especialmente la autora la novedad en torno a la posibilidad de revisar la cosa juzgada civil, a instancia de la parte interesada, en los casos específicamente previstos, en que la sentencia penal recayera con posterioridad y que su contenido modificase sustancialmente los hechos considerados por el juez civil. Esta posibilidad ciertamente me remite, en forma más acotada, y esto va por cuenta propia y no de la autora, a la revisión prevista en el art. 241 de la ley 50, que se extravió en las sucesivas reformas procesales y que, a la luz de la posteridad circulante, debería ser reconsiderada como mecanismo de impugnación.

El tercer capítulo se centró en la incidencia del Código Civil y Comercial en los procesos especiales. Patricia Bermejo explora la situación del proceso de familia en la provincia de Buenos Aires frente a la nueva normativa y la necesidad de reformular su ordenamiento procesal en aquellas cuestiones que no se encuentren en sintonía con las novedades. Así avanza analizando las cuestiones de competencia, las estructuras procesales, la prueba y los recursos en lo que se refiere a esta clase de procesos que se ocupan de muy delicados conflictos. Los procesos de determinación de la capacidad de las personas son analizados con singular profundidad por Ornella Piccinelli —nuevamente— y Francisco Verbic, quienes sitúan la cuestión a la luz de los estándares internacionales de los derechos humanos que el Código Civil y Comercial ha fijado en el tema y su impacto en la legislación procesal destinada a tal fin. Recorren los distintos modelos de legislación histórica elaborados para abordar la cuestión, del biologicista al social de la discapacidad, tendiente a ajustar el ejercicio de la capacidad, su acompañamiento o restricción, a la medida de la necesidad de cada persona. Ponen el acento en la accesibilidad de la persona, su participación en el proceso y su derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuados a su situación. Una suerte, más allá de los calificativos, de humanización del proceso de determinación de la capacidad. Concluyen la presentación con una interesante propuesta normativa para ajustar las normas procesales a los postulados materiales y, de tal forma, hacerlos efectivos.

Los títulos ejecutivos no han quedado fuera de la reforma del ordenamiento sustancial y de ellos se ocupa Juan A. Silva, analizando las nuevas reglas fijadas y la alteración de las existentes para los títulos valores, la locación, la ejecución de alquileres, la extensión a las obligaciones asumidas por el fiador, el *leasing*, los certificados de participación y títulos de deuda, el crédito por expensas comunes, los gastos de los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido y el saldo deudor de cuenta

corriente. Un trabajo exhaustivo, que inquiere en las cuestiones que serán objeto de debate y discusión en torno a la silueta de las figuras referidas, partiendo de su regulación en el Código Civil y Comercial y vinculándolo con las distintas posibilidades que podría generar su reclamo ejecutivo. Cierra la obra Toribio E. Sosa, analizando algunos aspectos jurídicos de la subasta judicial a la luz del Código Civil y Comercial. Así plantea distintos supuestos que, frente al panorama definido por la anti-

gua jurisprudencia, deberán ser repensados bajo la interpretación de las nuevas reglas. El autor nos conduce en un sendero de sucesivas preguntas sobre las que, una y otra vez, ensaya respuestas muy razonadas y consistentes.

Una obra indispensable para comprender las normas procesales del Código Civil y Comercial. Un libro para pensar a partir del cuestionamiento. Dudas metódicas, no erráticas, que atraviesan de distinta forma el Código Civil y Comer-

cial y la normativa procesal en las que, en mi criterio, está el gran mérito del libro: formular las preguntas correctas. Y ésa es, seguramente, la cuestión más difícil de todo trabajo: elegir los aspectos que merecen ser investigados. He aprendido leyendo el libro, por eso lo recomiendo, aunque no he descubierto nada nuevo, ya que la Escuela Platense de Derecho Procesal me ha acostumbrado a esta clase de logros. ●

José María Salgado

NOTA A FALLO

Inmunidades parlamentarias

Parlamentarios del Mercosur. Funcionarios públicos argentinos imputados por la presunta comisión de delitos. Validez de la detención. Alcance de la inmunidad de arresto.

Hechos: *A raíz de la imputación de una parlamentaria electa del Mercosur por los delitos de asociación ilícita, fraude a la Administración Pública argentina y extorsión, se ordenó su detención preventiva, declarando la inconstitucionalidad del art. 16 de la ley 27.120. Impugnada la decisión, la sentencia fue confirmada por el Superior Tribunal de Jujuy. Interpuesto recurso extraordinario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó lo resuelto.*

1.- El art. 16 de la ley 27.120 en tanto confiere a los parlamentarios del Parlasur las inmunidades que la Constitución Nacional le otor-

ga a los diputados nacionales, es inconstitucional, en tanto el legislador no estaba constitucionalmente habilitado para otorgar estas prerrogativas.

2.- La detención en la República Argentina de una parlamentaria electa del Mercosur, respecto de delitos cometidos como funcionaria pública en ese país, es válida, pues la “inmunidad de arresto” regulada en el Protocolo Constitutivo es exclusivamente respecto de los legisladores comunitarios en su relación con el Estado sede del Parlamento, es decir, en el territorio de la República Oriental del Uruguay.

4.- El alcance de esa inmunidad de los parlamentarios del Mercosur, en pie de igualdad y frente a la jurisdicción de todos los Estados partes, fue delineado con el límite de que da cuenta el art. 12.2 de su Protocolo Constitutivo *ratione causae* (por las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones), *ratione materiae* (juzgamiento civil o penal) y *ratione temporis* (en todo momento,

como así también durante y después de su mandato).

120.678 — CS, 05/12/2017. - Sala, Milagro A. Á. y otros s/ p.s.a. asociación ilícita, fraude a la Administración Pública y extorsión.

[Cita on line: AR/JUR/86155/2017]

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la inconstitucionalidad del art. 16 de la ley 27.120.

Buenos Aires, diciembre 05 de 2017.

Considerando: 1°) Que la sala II Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa técnica de Milagro A. Á. Sala contra la sentencia del Tribunal de Casación Penal que había denegado la impugnación planteada contra la decisión de la Cá-

mara de Apelaciones y Control de esa provincia que, al desestimar la apelación deducida contra el rechazo de un planteo de nulidad, confirmó la orden de detención dictada el 26/01/2016. En el mismo pronunciamiento, el Superior Tribunal provincial declaró la inconstitucionalidad del art. 16 de la ley 27.120.

2°) Que, para así decidir, en primer término rechazó el exceso ritual alegado por la defensa respecto del pronunciamiento del tribunal casatorio, en la medida en que había decidido tanto la inadmisibilidad como la extemporaneidad e improcedencia del recurso de casación planteado. En tal sentido el *a quo* consideró que, en virtud de la claridad de las normas locales, resultaba incuestionable lo resuelto por aquel tribunal.

No obstante lo expuesto, y desde otra perspectiva, consideró que, habida cuenta de la jurisprudencia de esta Corte en la materia, en las causas de naturaleza penal debe prevalecer la preocupación por brindar al defendido todas las oportunidades para un adecuado resguardo de la garantía de defensa en juicio, y que es de equi-

Inmunidades y prerrogativas de funcionarios públicos

LA CORTE SUPREMA RATIFICÓ SU JURISPRUDENCIA

Pablo L. Manili

SUMARIO: I. Introducción.— II. Marco normativo.— III. Análisis.— IV. A modo de conclusión.

I. Introducción

En el fallo que comentamos, la Corte Suprema declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad del art. 16 de la ley 27.120, en cuanto extiende a los parlamentarios del Mercosur las inmunidades que la Constitución Nacional (CN) asigna a los miembros del Congreso de la Nación. Reivindicó y ratificó así una antigua y arraigada jurisprudencia según la cual los privilegios e inmunidades de los funcionarios públicos se deben interpretar restrictivamente. No obstante, como se verá, no fue necesaria una interpretación restrictiva para llegar a la conclusión de que la norma invocada por la persona sometida a proceso era inconstitucional.

En nuestro artículo “La elección de parlamentarios del Mercosur y sus inmunidades” (1), nos habíamos ocupado de este mismo tema, en momentos en que la persona aquí arrestada estaba libre y nada hacía prever ni

que fuera candidata al Parlasur, ni que luego fuera detenida. El reciente fallo del Máximo Tribunal nos obliga a reiterar algunos de los conceptos vertidos en ese trabajo.

II. Marco normativo

La Sra. Milagro Sala invocó el art. 16 de la ley 27.120, que establece que los representantes que Argentina envíe al Parlasur “serán asimilados en el derecho interno a los diputados nacionales. Serán aplicables a su respecto, siempre que no hubiese disposición específica, las disposiciones que regulan la condición de aquéllos en cuanto a inmunidades parlamentarias, regímenes remuneratorios, laborales, previsionales, y protocolares”. Ello así porque había resultado electa para ese cargo en las elecciones de fines de 2015.

La validez de esa norma legal debe ser analizada a la luz de las inmunidades y prerroga-

tivas que la Constitución Nacional establece taxativamente para los congresistas y las que los tratados constitutivos del Mercosur reconocen a los parlamentarios de ese sistema, que son las siguientes:

a) El art. 68, CN, establece: “Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”. Esta norma establece una inmunidad *in officio*, es decir, solamente los ampara por actos cumplidos en ejercicio del mandato. Es lo que Bidart Campos denomina “inmunidad de expresión o de opinión” (2), que sólo lo ampara por sus opiniones y su accionar durante el ejercicio del cargo, ni antes ni después de ello. Está claro que esa norma no se aplica al caso, porque a la recurrente se le imputan crímenes comunes y porque aún no asumió su mandato.

b) El art. 69, CN, a su vez, crea otra inmunidad totalmente distinta, llamada “inmunidad de arresto” (3), disponiendo: “Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido *in fraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra afflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho”. Esta inmunidad no impide que el funcionario sea sometido a proceso penal (imputado, indagado, procesado, etc.), en tanto las medidas que en él se adopten no impliquen una privación de la libertad (v.gr., la prisión preventiva). Es evidente que lo que se persigue es que el accionar de la justicia no

pueda estorbar o impedir el trabajo del Congreso, ni el ejercicio del mandato para el cual el funcionario fue electo. Es por ese motivo que, para poder ejecutar una orden de detención o prisión, será la Cámara a la que pertenece el legislador (o el vicepresidente de la Nación, ya que, en tanto presidente del Senado, también le son aplicables estas normas) la que debe desafarlo. Así lo sostuvieron desde antiguo la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de la Corte Suprema, y así lo establece la ley 25.320 de Fueros, en su art. 1º.

c) A su vez, el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur (vulgarmente llamado “Parlasur”, como lo denominaremos en adelante) de fecha 09/12/2005, aprobado por ley argentina 26.146 y ratificado por el Poder Ejecutivo (en adelante “el Protocolo”), en su art. 12, referido a los parlamentarios del Mercosur, establece: “1. El régimen de prerrogativas e inmunidades se regirá por lo que se establezca en el Acuerdo Sede... 2. Los parlamentarios no podrán ser juzgados, civil o penalmente, en el territorio de los Estados partes del Mercosur, en ningún momento, ni durante ni después de su mandato, *por las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones...*” (la bastardilla es nuestra).

d) Por su parte, el Acuerdo de Sede fue celebrado en Asunción el 28/06/2007, entre la República Oriental del Uruguay y el Mercosur, para el funcionamiento del Parlasur (en adelante, “el Acuerdo de Sede”); en su art. 9º reza: “1. Los parlamentarios no podrán ser juzgados civil o penalmente en el territorio de la República, en ningún momento, ni durante, ni después de su mandato *por las*

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) MANILI, Pablo L., “La elección de parlamentarios del mercosur y sus inmunidades”, LA LEY, 1995-C, 787.

(2) BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003, t. II-A, p. 545.

(3) MONTES DE OCA, Manuel A., “Lecciones de

derecho constitucional”, Ed. Tip. y Enc. La Buenos Aires, Buenos Aires, 1903, t. II, p. 171; BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, t. II, p. 140; SAGÜÉS, Néstor P., “Elementos de derecho constitucional”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 376.

dad y aun de justicia apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte del acusado o del descuido de su defensor. Por tales razones, considerando además la tutela inmediata que exige el derecho invocado, en tanto la nulidad pretendida se alegó respecto de una medida de coerción que restringe la libertad personal de la imputada con anterioridad al dictado de la resolución final de la causa, y “sin perjuicio de lo inadmisibile y extemporáneo del recurso planteado en la anterior instancia”, se abocó a examinar la legitimidad de la orden de detención y de las resoluciones que la confirman.

En tal contexto, respecto del fondo de la materia discutida, desestimó el argumento de la defensa que cuestionaba la legalidad de la detención con fundamento en que Milagro Sala contaba con inmunidad de arresto en razón de haber sido electa parlamentaria del Mercosur. Respecto de este punto, consideró que la inmunidad prevista por la normativa del Mercosur se encuentra “claramente delimitada” y “circunscripta siempre a la de opinión en ejercicio de sus funciones” y, por otro lado, resolvió, en la medida en que la inmunidad invocada se fundó en el art. 16 de la ley 27.120, declarar la inconstitucionalidad de dicha norma en tanto había extendido indebidamente las inmunidades reconocidas por la Constitución Nacional para los miembros del Congreso de la Nación a un supuesto no previsto en ella, cual es el de los legisladores comunitarios.

Por todas las razones expuestas, como se anticipó y en cuanto aquí interesa, el Superior Tribunal de Justicia declaró la inconstitucionalidad del art. 16 de la ley 27.120 y rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Milagro Sala contra la sentencia que desestimó la nulidad de la orden de detención librada en contra de la imputada (fs. 92/100 del incidente del recurso extraordinario. En adelante, todas las referencias corresponden a la foliatura de este legajo).

3°) Que, contra esta decisión, la defensa técnica de Milagro Sala interpuso recurso extraordinario (fs. 107/127 vta.). Una vez sustanciado, y

contestado por los representantes de las partes querellantes (la Fiscalía Anticorrupción de la Provincia de Jujuy a fs. 152/163, y su fiscal de Estado a fs. 167/181) y por el Sr. Fiscal general del Ministerio Público de la Acusación (fs. 194/201), fue concedido por el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy por entender que en autos se configura una cuestión federal suficiente, en razón de los fundamentos allí sustentados (fs. 203/207).

4°) Que en su recurso extraordinario federal la defensa de la imputada se agravia de que se haya desconocido que el art. 16 de la ley 27.120 tiene carácter “complementario” de la Constitución Nacional y los tratados internacionales establecidos en el ámbito del Mercosur. En tal sentido sostiene que no puede inferirse una violación a las normas que forman ese bloque de constitucionalidad por el hecho de “asimilar a los parlamentarios del Mercosur a los diputados nacionales”, ya que los primeros “no sólo integran un órgano con jurisdicción supranacional [...] sino que también legitiman sus bancas a través de la elección popular” (fs. 116 vta./117).

En relación con lo afirmado, argumenta que la aludida “complementariedad” tiene su fuente en los mandatos del órgano legislativo establecidos en el art. 75, CN, en particular en sus incs. 24 y 32; y señala que la solución legal en cuestión “no constituye un método novedoso de regulación de las inmunidades de los parlamentarios regionales, sino que la asimilación de éstos a los legisladores nacionales en cuanto a ‘privilegios’ es moneda corriente en los distintos sistemas comunitarios y de integración”, en sustento de lo cual invocó las normas que regulan el punto en el Parlamento Andino y en el Parlamento de la Unión Europea.

Agrega, además, que el art. 16 de la ley 27.120 refuerza también lo previsto en el art. 37, CN, al mantener vigente el principio de soberanía popular, otorgándoles derechos políticos a los individuos que componen los órganos encargados de representar los mandatos de la sociedad, y que es en tal contexto donde las inmunidades que se discuten adquieren su “sentido pleno como ‘tutelas de funcionamiento’”.

nacionales, extiende esa inmunidad a todas las causas (salvo que sea detenido *in fraganti* y por delito grave). En otras palabras, transforma la inmunidad de expresión y de opinión (similar a la del art. 68, CN) en una inmunidad de arresto (similar a la del art. 69, CN), que no sólo los protege por sus opiniones y votos, sino también por delitos cometidos fuera de su función de parlamentario del Mercosur.

Es decir que la norma legal invocada por la procesada crea una inmunidad que no estaba dada por la norma constitucional, ni por el derecho internacional. Por tal motivo nos habíamos expedido, a principios de 2015, por su inconstitucionalidad, con base en estos fundamentos:

— La Constitución Nacional sólo crea inmunidades para los legisladores: una de expresión (art. 68) y otra de arresto (art. 69).

— Toda norma constitucional que crea una excepción o privilegio es de interpretación restrictiva; por lo tanto, las inmunidades de los funcionarios públicos también lo son.

— Las inmunidades de los legisladores no se dan en beneficio de la persona, sino al solo efecto de garantizar el ejercicio de su mandato y el funcionamiento de la Cámara que

Desde otra perspectiva, le endilga al Superior Tribunal de provincia no haber tenido en cuenta la incorporación del inc. 24 del art. 75, CN, que tuvo “el claro objetivo, de fomentar la suscripción de tratados de integración regional” y constituye la “puesta en marcha de mandatos constitucionales, relativ[o]s al necesario fomento de los espacios regionales de integración y a la definición de reglas y condiciones de funcionamiento de esos espacios para la delegación de competencias en organismos supranacionales”. Deriva de ello que el *a quo* relega “a un segundo plano la importancia de los órganos de gobierno del Mercosur y de los sistemas de integración en general”, pese a que es “la representación en espacios de deliberación de la soberanía popular”, mediante el voto directo de la población, la que da lugar a las “inmunidades funcionales”, tal como aquellas reflejadas en los arts. 68 y 69 de la Constitución para los legisladores nacionales.

Cuestiona, también, los métodos de interpretación y ponderación constitucional utilizados en la sentencia apelada y, en tal sentido, considera que si se interpretara que las inmunidades en general se encuentran previstas en los instrumentos internacionales, “la norma emitida por el legislador sería totalmente superflua e irracional”, ya que no tendría ningún sentido que éste, conociendo ese dato, dictara una norma alusiva a su equiparación para el “caso de que no hubier[a] disposiciones específicas”.

Sostiene que la sentencia es arbitraria por contener una “incorrecta, antojadiza e indirecta utilización de precedentes de la Corte Suprema para la interpretación del derecho federal”, en tanto se habría basado en fallos de este tribunal referidos a “inmunidad de proceso” y no a supuestos de “inmunidad de arresto”; y, de otra parte, critica la remisión, como herramienta de validación de la decisión, a lo resuelto *obiter dictum* por la Cámara Nacional Electoral en el caso “Milman”.

A modo de epílogo, sustenta que la sentencia agravia a su defendida por cuanto la priva del ejercicio de sus derechos políticos, en su calidad de parlamentaria del Mercosur; afecta el debido proceso legal, en tanto legitima su detención

a pesar de la inmunidad de arresto que posee; y coarta el derecho a la libertad personal que le asiste.

5°) Que en el caso de autos existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria toda vez que se controvierte la interpretación de normas y principios constitucionales y de disposiciones de carácter federal, así como también la validez de una ley de esa naturaleza, y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a la constitucionalidad de la ley y adversa al derecho que la apelante funda en aquéllos (art. 14, incs. 1° y 3°, de la ley 48). Cabe recordar que, por discutirse el contenido y alcance de normas de derecho federal, el tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos 319:2886; 320:1602; 323:1406, 1460 y 1656, entre muchos otros).

A ello corresponde agregar que, si bien el rechazo de un planteo de nulidad no reviste en principio el carácter de sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48, cabe equipararlo a un pronunciamiento definitivo en atención a encontrarse en juego la “inmunidad de arresto” que la imputada invoca, en razón de su condición de parlamentaria electa del Mercosur, con sustento en una norma federal y en tratados internacionales, ya que su tutela no podría hacerse efectiva en una oportunidad procesal posterior (arg. de Fallos 319:585 y 3026; 327:1572 y 328:1893, entre otros).

6°) Que habida cuenta de los agravios de la recurrente —relatados *ut supra*—, dirigidos a obtener la declaración de invalidez de la orden de detención librada en su contra, la cuestión a examinar por esta Corte se circunscribe a decidir si Milagro Sala, en su condición de parlamentaria electa del Mercosur, goza de inmunidad de arresto en virtud de los instrumentos internacionales de ese ámbito comunitario y del art. 69, CN, en función de lo previsto en la ley 27.120.

7°) Que, en tal contexto, y en primer lugar, corresponde señalar que, como sostuvo el *a quo*, de la interpretación literal de las normas comu-

opiniones y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones...” (la bastardilla es nuestra).

III. Análisis

De la sola lectura de las normas constitucionales e internacionales (ambas con jerarquía supralegal por mandato de los arts. 31 y 75, inc. 22, CN), resulta evidente que la norma legal invocada por la recurrente contiene una notoria ampliación de las inmunidades que surgen de las normas constitucionales y de las internacionales, a saber:

i) En cuanto a las normas *constitucionales*, la ley realiza una ampliación *cuantitativa*, por cuanto extiende la lista de sujetos alcanzados por el privilegio que crean las normas constitucionales (arts. 68 y 69), que se refieren solamente a senadores y diputados de la Nación, extendiendo esas inmunidades a los representantes ante el Parlasur; y

ii) En relación con las normas *internacionales*, la ley realiza una ampliación *cualitativa*, que altera la sustancia de la inmunidad concedida por esas normas a los miembros del Parlasur, dado que éstas sólo se refieren a que no pueden ser juzgados “por las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones”, mientras que la norma legal, al asimilarlos a legisladores

integran (según jurisprudencia de la CS y doctrina).

— Es inconstitucional que una ley cree inmunidades que no están en la Constitución.

— Las normas del Mercosur sólo confieren inmunidad de opinión pero no de arresto.

— El art. 16 de la ley 27.120 asimila a los parlamentarios del Mercosur con los diputados nacionales. Ello implica: ampliar la lista de sujetos beneficiados con el privilegio del art. 69, CN, y ampliar la inmunidad de expresión que establecen las normas internacionales, dándoles también inmunidad de arresto por cualquier delito. Ello contradice todos los principios enunciados.

El mismo principio recién enunciado fue aplicado por la Corte Suprema en todos los casos relativos a inmunidades de los funcionarios públicos a lo largo de su historia (4). De esa jurisprudencia se desprende el principio según el cual las inmunidades y los privilegios que se conceden a ciertos funcionarios tienen en la mira proteger al legislador al solo efecto de que pueda cumplir adecuadamente el mandato para el que fue electo. Son de interpretación restrictiva y no se conceden a la persona, sino al funcionario privilegiado con ellos. Por ello, no pueden ser ampliados por ley.

La doctrina es conteste con esa jurisprudencia: Bidart Campos, refiriéndose al art. 68, CN, sostiene que “A efectos de atenuar la extensión y magnitud del privilegio, creemos útil, mientras la norma permanezca vigente, interpretarla restrictivamente (como que es un principio de buena hermenéutica interpretar todo privilegio en forma estricta)” (5). Con más razón entonces debe interpretarse restrictivamente la inmunidad del art. 69, que es más amplia que la del 68. Y con mayor énfasis aún se debe descartar su aplicación cuando se trata de juzgar crímenes comunes cuya presunta comisión es anterior a la elección de esa persona como parlamentario.

IV. A modo de conclusión

El fallo bajo estudio contiene una ratificación de los criterios que tradicionalmente sostuvieron la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema. La norma invocada contraviene claramente los principios constitucionales en la materia y no fue necesaria ninguna interpretación alambicada para declarar su inconstitucionalidad. ●

Cita on line: AR/DOC/3212/2017

{ NOTAS }

(4) Sólo a modo de ejemplo: Fallos 135:250; voto en disidencia del Dr. Carlos S. Fayt en “Chiara Díaz”, Fallos 329:385; dictamen de la Procuración General, al que remitió el voto del Dr. Antonio Boggiano en causa “Cava-

llo, Domingo F.”, 19/10/2004, Fallos 327:4376; voto del Dr. Enrique S. Petracchi en causa “Duhalde, Mario A.”, 31/08/1999, Fallos 322:1905; causa “Varela Cid”, Fallos 315:1470; causa “Rivas, Jorge s/ calumnias”, 07/06/2005,

Fallos 328:1893; voto en disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Guillermo A. F. López en “Cavallo, Domingo F. s/ recurso de casación”, 29/09/1998, Fallos 321:261; Fallos 320:1227 (1997); “Molinas, Ricardo c. PEN”, 24/09/1991,

Fallos 314:1091; “Solá, Roberto y otros c. Estado Nacional”, 25/11/1997, Fallos 320:2509; entre muchos otros.

(5) BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado elemental...”, cit., t. II-A, p. 549.

nitarias surge que, en el ámbito del Mercosur y respecto de la relación de todos y cada uno de los Estados miembros con todos y cada uno de los parlamentarios, no se previó la inmunidad de arresto en los términos pretendidos.

En efecto, del texto mismo de dichas normas supranacionales surge que, en el marco de la relación descripta y sin distinción alguna, los parlamentarios del Parlasur “no podrán ser juzgados, civil o penalmente, en el territorio de los Estados partes del Mercosur, en ningún momento, ni durante ni después de su mandato, por las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones” (art. 12.2 del Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur —en adelante, PCPM—, aprobado por ley 26.146, y art. 16 del Reglamento Interno del Parlamento del Mercosur —en adelante, RIPM—).

Es decir que el alcance de esa inmunidad de los parlamentarios, en pie de igualdad y frente a la jurisdicción de todos los Estados partes, fue delineado con el límite de que da cuenta el art. 12.2 de su Protocolo Constitutivo *ratione causae* (por las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones), *ratione materiae* (juzgamiento civil o penal) y *ratione temporis* (en todo momento, como así también durante y después de su mandato).

8°) Que, por su parte, las “prerrogativas e inmunidades” de todos y cada uno de los parlamentarios comunitarios en su relación con el Estado sede, donde se desarrollaría la actividad parlamentaria, fueron objeto de distinta regulación en las normas comunitarias, dotándolas en este caso de mayor alcance.

Efectivamente, el propio Protocolo previó que en el Acuerdo de Sede, que el Mercosur firmaría con la República Oriental del Uruguay, se definirían “las normas relativas a los privilegios, las inmunidades y las exenciones del Parlamento, de los parlamentarios y demás funcionarios, de acuerdo a las normas del derecho internacional vigentes” (PCPM, arts. 12.1 y 21, y RIPM, art. 14).

Precisamente, de las normas comunitarias aplicables a este supuesto surge que cuando el Mercosur quiso asignarle “inmunidad de arresto” a sus legisladores así lo hizo, bajo la categoría de “prerrogativas” y como variante de “inviolabilidad personal”, al dotarlos de ella en el ámbito natural donde sesionarían, esto es, la República Oriental del Uruguay (Acuerdo de Sede entre la República Oriental del Uruguay y el Mercado Común del Sur —Mercosur— para el Funcionamiento del Parlamento del Mercosur, aprobado por Decisión CMC 34/07, art. 10.1, y art. 11.a], por remisión del art. 10.3).

Todo lo hasta aquí expuesto permite sostener que la “inmunidad de arresto” fue regulada, en los instrumentos internacionales que diseñaron el Parlamento del Mercosur, exclusivamente respecto de los legisladores comunitarios en su relación con el Estado sede del Parlamento, es decir, en el territorio de la República Oriental del Uruguay.

9°) Que, finalmente, las normas comunitarias prevén también que los desplazamientos de los miembros del Parlamento, para comparecer a su local de reunión y de allí regresar, a efectos del ejercicio de sus funciones, no pueden ser limitados “por restricciones legales ni administrativas” (PCPM, art. 12.3, y RIPM, art. 15).

En relación con esta prerrogativa, conocida como de “libertad de circulación” o “libertad de desplazamiento” de los parlamentarios de organismos regionales, que recogen el Protocolo Constitutivo y el Reglamento Interno, cabe concluir que tampoco se advierte que se haya visto afectada en el *sub lite*.

En efecto, se trata en el presente caso de la detención que fuera ordenada con fecha 26/01/2016, de una parlamentaria electa —en los comicios del 25/10/2015—, que fue convocada el 15/02/2016 para la sesión del 14 de marzo del mismo año, por el presidente *pro tempore* del cuerpo regional. Es decir, que el Parlamento del Mercosur citó a sesiones a una parlamentaria electa que ya se encontraba previamente detenida —en el marco de un proceso penal cuyo objeto resulta por completo ajeno a la labor parlamentaria— y cuyas credenciales aún no habían sido ratificadas.

Una interpretación que razonablemente se deriva de los instrumentos convencionales en su conjunto para valorar la situación así planteada, considerando además el necesario criterio de hermenéutica restrictivo de las inmunidades, permite sostener que la referencia a juzgamiento civil o penal en el territorio de los Estados partes del Mercosur, a que alude el art. 12 en su apart. 2 del Protocolo Constitutivo, hace que los procedimientos en los que tiene lugar el “juzgamiento penal” no queden comprendidos dentro de las “restricciones legales” de que da cuenta el mismo artículo en su apart. 3.

De lo contrario, por vía de ese párr. 3 se ampliaría el alcance de la inmunidad fijada en el párr. 2 ya que, desde un punto de vista material, quedarían alcanzadas por la inmunidad situaciones pasibles de “juzgamiento penal o civil” aun cuando fueran ajenas a “las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones”, privando de contenido y efecto a la restricción que surge de la propia letra de ese art. 12.2.

En tales condiciones, las “restricciones legales o administrativas” previstas en el párr. 3 —y sus análogos en los otros instrumentos comunitarios (arts. 9.2 del Acuerdo de Sede y 15 del Reglamento Interno)— han de referirse a restricciones ajenas a las derivadas de procedimientos judiciales civiles o penales no alcanzados materialmente por el párr. 2 —y sus análogos en los otros instrumentos (art. 9.1 del Acuerdo de Sede y art. 16 del Reglamento Interno)—.

De igual modo, al ser el “arresto” una medida de cautela personal dirigida a salvaguardar la buena marcha del “juzgamiento penal”, en tanto y en cuanto, al momento de tener lugar, no afecte ninguna “inmunidad, prerrogativa o exención” —supuesto que no se verifica en el presente caso— tampoco podría quedar alcan-

zada por las “restricciones legales” a las que alude la garantía de “libertad de circulación” o “libertad de desplazamiento”. Ello es así porque, de lo contrario, por vía del párr. 3 se estaría también ampliando el alcance de la “inmunidad” contemplada en el párr. 2, esta vez introduciendo una “inmunidad de arresto” no prevista que podría frustrar la eficacia de un “procedimiento penal” no alcanzado por inmunidad.

La conclusión alcanzada, a partir del examen sistemático de las normas comunitarias efectuado, coincide además con lo decidido por la Corte de Justicia de la Comunidad Europea en el caso T—345/05 “Ashley Neil Mote”, de fecha 15/10/2008. Si bien en ese caso no se debatía la relación entre “inmunidad de arresto” y “libertad de circulación o desplazamiento” como en autos sino entre “inmunidad de jurisdicción” y esta última, lo cierto es que la argumentación es enteramente aplicable, ya que conduce a rechazar que, por vía de una “prerrogativa”, se amplíe ilegítimamente el alcance de una “inmunidad”.

10) Que más allá de la controversia que pudiera suscitar la procedencia de las inmunidades en el caso de los parlamentarios electos que no asumieron el cargo, ello atendiendo al tenor literal de lo previsto en el art. 10 del Protocolo Constitutivo y del art. 12 del Reglamento Interno, lo cierto es que resulta innecesaria la dilucidación de este punto en atención a que, en los términos de lo desarrollado en los considerandos precedentes a partir del contenido expreso de los instrumentos comunitarios citados, corresponde descartar que la Sra. Milagro Sala goce de la “inmunidad de arresto” pretendida, o que haya habido una afectación a su “libertad de circulación” o “libertad de desplazamiento” en los términos examinados.

11) Que la recurrente no rebate que las normas comunitarias no le confieren expresamente la “inmunidad de arresto” perseguida en el *sub lite*. Precisamente, en su argumentación, parte de esta premisa para invocar el art. 16 de la ley 27.120, al que considera “complementario” de la Constitución Nacional y los tratados internacionales establecidos en el ámbito del Mercosur, y del que sí surgiría, según su tesis, dicha inmunidad.

En tal sentido, cabe recordar que la norma en cuestión, en cuanto aquí interesa, dispone que “[e]n todo lo que no estuviese previsto por el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur o no se regulara específicamente por los organismos competentes, los parlamentarios del Mercosur en representación de la ciudadanía argentina, serán asimilados en el derecho interno a los diputados nacionales. Serán aplicables a su respecto, siempre que no hubiere disposición específica, las disposiciones que regulan la condición de aquéllos en cuanto a inmunidades parlamentarias (...).”.

Corresponde entonces examinar los alcances de la norma transcripta, cuya declaración de inconstitucionalidad constituye materia de agravio.

12) Que, a este respecto, debe partirse de la premisa de que, acorde con nuestro diseño constitucional, las inmunidades de proceso y de arresto son excepcionales y no pueden extenderse a supuestos que no fueron previstos en la Constitución Nacional.

En efecto, desde el conocido precedente “Alem” (Fallos 54:432), este tribunal ha explicitado los propósitos que explican la razón por la cual se estableció la inmunidad de arresto: “La Constitución no ha buscado garantizar á los miembros del Congreso con una inmunidad que tenga objetos personales, ni por razones del individuo mismo á quién hace immune. Son altos fines políticos los que se ha propuesto, y si ha considerado esencial esa inmunidad, es precisamente para asegurar no sólo la independencia de los poderes públicos entre sí, sino la existencia misma de las autoridades creadas por la Constitución”.

En atención a que la inmunidad de arresto se erige en una clara excepción al principio republicano según el cual todos los ciudadanos son iguales ante la ley (art. 16, CN), esta excepción es admisible únicamente en razón de la necesidad de garantizar el funcionamiento de los poderes del Estado que emanan de la segunda parte de la Ley Fundamental. Por ello, debe descartarse que el legislador pueda conferirles inmunidad de arresto a autoridades distintas a las establecidas en la Constitución Nacional y con relación a otras facultades y deberes que no sean las que ésta expresamente les confiere.

Lo expuesto precedentemente no afecta, claro está, la facultad del Poder Legislativo de reglamentar aquellos supuestos de inmunidades que surgen de la Constitución, siempre que lo haga en la medida de sus competencias (art. 75, inc. 32, CN) y dentro de los límites señalados por la Ley Suprema (art. 28, CN). Tampoco afecta, en modo alguno, la existencia de otras inmunidades cuyos fundamentos residen en normas de derecho internacional (arts. 27, 75, incs. 22 y 24, 99, inc. 11, CN; Fallos 317:1880; 322:1905; entre otros) o en las autonomías provinciales reconocidas por la Constitución Nacional (arts. 5°, 121, 122, CN; Fallos 139:64; 169:76; 336:954, entre otros).

13) Que, por todo lo precedentemente desarrollado, se concluye que el legislador no estaba constitucionalmente habilitado para otorgarle a los parlamentarios del Parlasur las inmunidades que la Constitución Nacional le confiere a los diputados nacionales. Como consecuencia de ello, resulta inoficioso pronunciarse respecto de los restantes agravios expresados por la recurrente.

Por ello, y oída la Sra. procuradora general de la Nación, se declara admisible el recurso extraordinario y, por los fundamentos expuestos, se confirma la sentencia apelada en cuanto declaró, con el alcance señalado, la inconstitucionalidad del art. 16 de la ley 27.120. Con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Notifíquese y devuélvase. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Horacio D. Rosatti*.



JURISPRUDENCIA

Transporte de personas

Fallecimiento de pasajero. Responsabilidad. Consecuencias mediatas. Relación de causalidad adecuada. Indemnización por el daño moral. Procedencia. Predisposiciones de la víctima.

Hechos: La esposa y el hijo de una persona fallecida iniciaron una demanda contra una empresa de transporte de pasajeros alegando que aquel había fallecido luego de ser

intervenido quirúrgicamente a raíz de una lesión producida en un accidente en un colectivo. El juez rechazó la pretensión. Disconformes, apelaron la sentencia. La Cámara la revocó y fijó a su favor una indemnización por el valor vida y el daño moral.

1.- La empresa de transportes es responsable extracontractualmente por el fallecimiento de un pasajero que falleció luego de ser intervenido quirúrgicamente de una fractura de cadera producida en un accidente en un colectivo, dado que, si bien en la teoría médica es aceptable que la muerte haya tenido como antece-

dente la complicada situación de salud del anciano, la cual operó como un campo propicio para la infección fatal, desde el plano de la justicia esa simple causalidad material no es admisible, sino que es dable apreciar que, de no haberse producido la fractura de cadera y no haberse requerido el sometimiento a una cirugía, dichos factores condicionantes no le hubiesen provocado la muerte en esa oportunidad.

2.- El daño moral padecido por la mujer e hijo de una persona fallecida a raíz de una caída en un colectivo debe repararse, dado

que el sufrimiento por la inesperada pérdida de un esposo y padre, es algo incommensurable, más aún si se ponderan las circunstancias que, en el particular caso, determinaron dicho desenlace, debiendo sin duda provocar una innegable lesión a sus afecciones legítimas, que, en razón de su magnitud, justifican plenamente la admisibilidad hasta el límite cuantitativo expresado libremente por los demandantes en su libelo de inicio, puesto que nadie mejor que ellos para justipreciar el daño moral que padecieron, en atención a la naturaleza subjetiva y personal de este perjuicio.

3.- La regularidad de la relación causal se encuentra suficientemente acreditada, dado que el dictamen pericial realizado en la causa penal permite colegir que una lesión como la generada en autos —fractura de cadera lateral izquierda— suele desembocar en el resultado en cuestión —muerte— en una persona de las características del fallecido; máxime cuando las predisposiciones que presentaba la víctima fatal son previsibles en una persona de su edad, razón por la cual corresponde aplicar la regla general según la cual el estado patológico, o la condición especial del damnificado, no deben ser tenidos en cuenta a efectos de tener por interrumpida o desplazada la cadena causal (del voto del Dr. Picasso).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:
Caída en un colectivo. Intervención quirúrgica por la lesión. Fallecimiento por una infección.

Referencias de la víctima:
Sexo: Masculino.
Edad: 82 años
Estado civil: Casado
Actividad: Jubilado
Observaciones: Los reclamantes son: 1- Esposa de la víctima 2- Hijo de la víctima

Componentes del daño:

Daño moral genérico:	\$ 170.000
Daño patrimonial	
Daños varios:	
Valor vida:	\$ 60.000

120.679 — CNCiv., sala A, 31/10/2017. - T., T. c. A. S.A.T.A.C.I s/ Daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/80624/2017]

COSTAS

Se imponen al vencido.

INTERESES

Se aplica la tasa del 8 % desde el fallecimiento y hasta este pronunciamiento, corresponde y hasta el dictado de esta sentencia se calcule la tasa del 8 % y, desde entonces y hasta el efectivo pago, la tasa activa carterá general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 31 días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala “A” de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: “T., T. c/ A. S.A.T.A.C.I s/ Daños y perjuicios”, respecto de la sentencia de fs. 473/478 el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: *Hugo Molteni*.— *Sebastián Picasso*. — *Ricardo Li Rosi*.

A la cuestión propuesta el Dr. *Hugo Molteni* dijo:

1°.- La sentencia de fs. 473/478 rechazó la demanda por daños y perjuicios entablada por T. T. y C. R. G. contra A. S.A.T.A.C.I y su aseguradora “Protección Mutua de Seguros del Transporte Público de Pasajeros”, a raíz del fallecimiento que sufriera el Sr. A. G. el día 27 de julio de 2011.

A fs. 566/584 obran las quejas efectuadas por el apoderado del actor. Estos agravios

fueron contestados por la apoderada de la demandada a fs. 586/587 y por la apoderada de la aseguradora a fs. 588/589.

2°.- Previo a todo aclaro que, al cumplir los agravios del demandante con la crítica concreta y razonada que prescribe el art. 265 del CPCCN, en aras de la amplitud del derecho constitucional de defensa en juicio, y conforme al criterio restrictivo que rige en esta materia (Gozaíni, Osvaldo A., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado”, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 101/102; Kielmanovich, Jorge L., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado”, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 426), no propiciaré la sanción de deserción que postulan los emplazados.

Asimismo, tal como puntualiza el Sr. Juez de grado, si bien a partir del 1º de agosto de 2015 ha entrado en vigor el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los hechos ventilados en el *sub lite* (y, por ende, la constitución de la obligación de reparar), han acaecido durante la vigencia del anterior Código Civil. Por consiguiente, la cuestión debe juzgarse a la luz de la legislación derogada, que mantiene ultractividad en este supuesto (art. 7º, Código Civil y Comercial de la Nación; voto del Dr. Picasso *in re* “Trillo, Leonel c. Vila, Silvia Liliana y otros s/ daños y perjuicios” del 11/08/2015, con cita de Roubier, Paul, “Le droit transitoire. Conflit des lois dans le temps”, Dalloz, Paris, 2008, ps. 188/190; Kermelmaier de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158).

3°.- En autos no se encuentra discutido que el día 4 de julio de 2011, el Sr. G. sufrió un accidente en el colectivo n° 55, cuando estaba terminando de sacar el boleto y acomodarse en un asiento. Los demandantes refieren que el conductor del colectivo emprendió la marcha y frenó bruscamente, lo que le provocó que cayera al suelo y sufriera una fractura lateral de cadera. En un primer momento lo trasladaron al Hospital General de Agudos Dr. Carlos Durand y de ahí lo derivaron por su obra social a la Clínica San Camilo, donde permaneció internado hasta su deceso. Al respecto, señalan que el día 11 de julio de 2011 fue intervenido quirúrgicamente con buena evolución, pero que el día 22 de julio de 2011 tuvo complicaciones infectológicas que le provocaron el fallecimiento el día 27 de julio de 2011, a raíz de un paro cardiorrespiratorio no traumático.

En su sentencia, el Sr. Juez de grado consideró —en base a lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia—, que no existía una relación de causalidad adecuada entre el accidente sufrido y el fallecimiento del Sr. G. Por consiguiente, rechazó la demanda e impuso las costas del proceso a los perdidosos.

4°.- En sus quejas, el apoderado de la parte actora sostiene que la sentencia de grado incurrió en error al aplicar el artículo 184 del Código de Comercio y los artículos 901 y 904 del Código Civil. Al respecto, señala que la normativa invocada establece que en caso de lesiones o muerte al viajero, el transportista debe un pleno resarcimiento, respondiendo no sólo por los hechos directos e inmediatamente productores del daño (art. 520 Código derogado) sino también por aquellos en que el daño sea una consecuencia mediata previsible (arts. 901 y 904 CC). La demanda le imputa el resultado de la muerte al transportista como consecuencia mediata, esto es, el incumplimiento contractual guarda conexión con la infección de la herida quirúrgica que resultó necesaria para tratar la lesión (fractura de cadera). A partir de ello, solicita que se condene a la demandada a responder civilmente por el deceso del Sr. G. como consecuencia mediata previsible de las lesiones que sufrió mientras era transportado, en vio-

lación de la obligación de seguridad prevista en el art. 184 del Código de Comercio.

En primer lugar, cabe destacar que el principio “*iura novit curia*” que consagra el artículo 163 del Código Procesal, está referido a la potestad del Juez de establecer las normas jurídicas aplicables a la situación de hecho con prescindencia del mencionado por las partes, sin modificar la *causa pretendi*. La circunstancia de que los actores no hubieran reclamado de manera clara la responsabilidad extracontractual, no obsta a su aplicación, toda vez que el principio mencionado permite encuadrar correctamente la cuestión y la circunstancia de que su decisión se base en razones de derecho que no fueron invocadas, representa el ejercicio de una atribución propia del magistrado a cargo de la causa (conf. CSN, Fallos 247:380) que, más que una prerrogativa, importa un deber a su cargo (conf. voto del Dr. Calatayud en causa 55.454 del 18/10/89, con cita de Fassi y Yáñez, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado”, 3a. ed., t. 1 p. 795 n° 37).

En la especie, si bien los actores fundan su reclamo en el derecho del consumo y en la aplicación del art. 184 del Código de Comercio, lo cierto es que la esposa y el hijo de la víctima (Sr. G.) reclamaron “*iure proprio*” los daños derivados de su muerte, en virtud de lo establecido por los artículos 901 y 904 del Código Civil, lo cual impide analizar el presente desde aquella óptica. Sin embargo, el referido principio permite encuadrar el caso -sin modificar la *causa petendi*- en los principios jurídicos del art. 1113, segundo párrafo del Código Civil, en tanto regula los supuestos de daños causados por el riesgo de la cosa, aplicable a los accidentes en que, tal como ocurre en autos y que consagra la inversión de la carga de la prueba, que obligaba al conductor a arrimar las que desvirtúen la presunción legal en su contra.

Así, al tratarse de un daño ocasionado por el riesgo, a los damnificados indirectos, no contratantes del transporte, le bastaba con probar el daño sufrido y la adecuada relación de causalidad entre ambos. Con la reunión de dichos extremos, se presume la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa riesgosa, quien, para eximirse o disminuir tal atribución, debe acreditar la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no deba responder, mediante la demostración cabal de los hechos que alegue con tal finalidad (conf. art. 1113, 2º párrafo “in fine” del Código Civil.; Llambías, J. J. “Obligaciones”, t. IV-A, p. 598, n° 2626, “Estudio de la reforma del Código Civil”, p. 265 y “Código Civil Anotado”, t. II-B, p. 462; Borda, G. A. “Obligaciones”, t. II, p. 254, n° 1342; Trigo Represas en Cazeaux y Trigo Represas “Derecho de las Obligaciones”, t. III, p. 443; Orgaz, A., “La Culpa”, p. 176 y “El daño con y por las cosas”, en La Ley 135-1995; Kermelmaier de Carlucci en Belluscio-Zannoni, “Código Civil comentado, anotado y concordado”, t. 5, p. 461, n° 15; Bustamante Alsina, J. “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, p. 265, n° 860).

Desde esta perspectiva, al encontrarse acreditado y reconocido el hecho, sin que se encuentre acreditada la culpa del tercero invocada al contestar la demanda, resulta necesario determinar si el fallecimiento del Sr. G. guardó adecuado nexo de causalidad con la lesión derivada del accidente de marras.

5°.- Al respecto, cabe recordar que el art. 901 del Código Civil derogado establecía que las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman “consecuencias inmediatas”, en tanto que aquellas que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse, según esa misma norma, se llaman consecuencias casuales.

Tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como en el extracontractual, son imputables las consecuencias inmediatas al autor del daño (arts. 520 y 903 del Código Civil) y también son atribuibles al responsable aquiliano y al incumplidor doloso del campo contractual, las consecuencias mediatas, siempre que las “hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de las cosas, haya podido preverlas” (art. 904 del Cód. cit.).

A fin de evaluar si ha sido correctamente ponderado el nexo causal, habré de referirme al dictamen médico recabado en sede penal.

De la causa punitiva que corre por cuerda surge el informe realizado por el Cuerpo Médico Forense, donde consta que el día del hecho (7/11/2011), el Sr. G. ingresó al Hospital Durand con fractura lateral de cadera, siendo derivado por su Obra Social a la Clínica San Camilo. Allí luego de ser evaluado por traumatología y solicitarle los estudios para cirugía, le informaron que se hallaba hemodinámicamente compensando en el contexto de un paciente de alto riesgo. La intervención quirúrgica fue realizada de manera exitosa el día 11/07/2011. Sin embargo, estando en condiciones de recibir el alta traumatológica, se suspendió la externación por una infección (ver. fs. 164).

“22/7/2011 *Globo vesical. Ecografía y colocación de sonda vesical. Urocultivo. Se pide Rx de cadera y es evaluado por Urología*”

“25/07/11 *Secreción hematópurulenta por herida quirúrgica. Se planea toilette quirúrgica. Se mencionan cultivos negativos*”.

“26/07/11 *evaluación por Infectología: post cirugía de toillettes inicia antibióticos de amplio espectro. Pasa a Terapia con diagnóstico de revisión de cadera izquierda y se mencionan antecedentes médicos ya conocidos del paciente. Evolucionó en mal estado general. Reevaluado por Infectología se adecuan antibióticos*”.

“27/7/11 *evoluciona con insuficiencia ventilatoria progresiva. Hipotenso, amerita asistencia respiratoria mecánica. Padece paro cardiorrespiratorio no traumático*” (ver. fs. 165).

Luego, el Juez de Instrucción (Dr. Facundo Cubas) solicitó al galeno del Cuerpo Médico Forense que determine si la lesión padecida por la víctima a bordo del colectivo (fractura de cadera lateral izquierda) fue o no causa determinante de su posterior fallecimiento (ver. fs. 161 de la causa punitiva).

Al contestar en sus conclusiones, el Dr. Raúl Antonio Zoccoli aseveró que “*La lesión inicial (fractura lateral de cadera izquierda) no tuvo idoneidad suficiente para ser causa de muerte*”.

“*Se trató de un paciente geronte, con antecedentes de diabetes insulinodependiente, insuficiencia renal, dislipémico, gotoso, con bypass cardíaco, angiopatía, aneurisma de arteria femoral izquierda, todas patologías preexistentes que condicionaban un estado regular de salud general*”.

Las causales de óbito según Historia Clínica fueron de tipo infectológicas habituales para este tipo de pacientes por su edad y antecedentes médicos, por lo que se infiere que la lesión inicial (fractura) no fue causa determinante de su posterior fallecimiento” (ver. fs. 164/165 de la causa punitiva).

Este informe pericial no ha sido objeto de impugnación.

A partir del análisis integral del dictamen, entiendo que —contrariamente a lo concluido en la instancia de grado—, la vulnerabilidad que generó la operación para reparar la fractura de cadera en una persona de 82 años de edad como lo era el Sr. G., es justamente la

causa mediata a la infección que finalmente sobrevino a dicha artroplastia de cadera izquierda, a la cual debió someterse como consecuencia del accidente y que en definitiva desencadenó en su muerte.

Sólo frente un análisis superficial de la contestación del especialista del Cuerpo Médico Forense, ante la precisa consulta realizada por el Juez de Instrucción, es posible concluir que no existió relación de causalidad entre los daños provocados por el accidente y la muerte subsiguiente.

El hecho de que existan concausas (antecedentes de diabetes insulino dependiente, displipemia, gota, bypass cardíaco, angioplastia, aneurisma de arteria femoral izquierda) no significa que sirvan para liberar de las consecuencias mediatas dañosas a los responsables del ilícito, pues dichos factores actuaron como condiciones que no intervinieron en la producción del accidente, sino en el curso causal del daño.

El razonamiento contrario es inaceptable, pues en dicha inteligencia habría que concluir que los enfermos o los ancianos podrían ser atropellados, sin que existiera responsabilidad civil extracontractual por las consecuencias mediatas de los daños producidos en el accidente, lo que es contrario a lo que disponen los arts. 901, 904 y cc. del Código Civil (conf. Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza en “L. M. C. y otros. c/ P. P. P. s/ d. y p. del 03/02/2014 publicado AR/JUR/208/2014).

Por todo ello estimo que queda claro, luego de la apreciación de la prueba producida bajo las reglas de la sana crítica, que, el fallecimiento del Sr. G. se debió a una conjunción de causas, entre la que se encuentra la fractura de cadera derivada de la caída en el colectivo, la que actuó asociándose a sus patologías de base, contribuyendo ésta con el desenlace final.

Que el especialista forense haya establecido que la lesión inicial (fractura) no tuvo la idoneidad suficiente para ser causa de muerte y que las patologías preexistentes condicionaban su salud, no significa que se haya roto el nexo causal provocado por el hecho dañoso, sino que meramente se ponderó cual fue el factor más próximo que desencadenó la muerte.

Desde el punto de vista jurídico fue abandonada hace mucho tiempo la tesis de la causa próxima, que reposaba en la creencia de que el factor que provoca directamente un daño, lleva en sí toda la virtualidad nociva suficiente, lo que permite prescindir de otras averiguaciones. Ello aparece desmentido con frecuencia en los supuestos en que la carga de nocividad efectiva no está en el último factor actuante, sino en otro que le precede (conf. Orgaz, A. “El daño resarcible” n° 17, pág. 69; Llambías, J. J., op. cit., t. 1 n° 286, p. 370).

La causa de un resultado dañoso se identifica con la condición que rompe el equilibrio entre los factores favorables y adversos para la producción del daño. Es ciertamente una condición “sine qua non”, pero no cualquiera, sino entre todas las que concurren, la que ha influido decisivamente en la dirección del resultado operado (conf. Binding y Oertmann citados por Spota en su artículo de JA, 1942-II, p. 979, nota 29).

Por ello, si bien en la teoría médica es aceptable que la muerte haya tenido como antecedente la complicada situación de salud del anciano, la cual operó como un campo propicio para la infección fatal, desde el plano de la justicia esa simple causalidad material no es admisible, sino que es dable apreciar que, de no haberse producido la fractura de cadera y no haberse requerido el

sometimiento a una cirugía, dichos factores condicionantes no le hubiesen provocado la muerte en esa oportunidad. De ahí que las lesiones inferidas fueron el primer eslabón causal relevante del óbito.

En efecto, para lograr apreciar la existencia de un vínculo causal, es necesario realizar un juicio de probabilidad en abstracto del resultado acaecido, mediante un pronóstico objetivo. El juzgador debe estudiar si el daño causado era previsible según el curso natural y ordinario de los acontecimientos de conformidad con los hechos acaecidos, para ello debe utilizar la nota científica del pronóstico objetivo o prognosis póstuma. También tomará en consideración las reglas de su propia experiencia de acuerdo a la regularidad de los eventos, a lo que adicionará, si ello fuera necesario, algunos datos científicos indubitados (Compagnucci De Caso, Rubén H., “Antijuridicidad y relación causal”, RDD, Año 2003 / N° 2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, / pág. 21).

Es que, cuando se produce un daño es corriente que se brinden una serie de hechos y condiciones que lleven a ese resultado. En un análisis en concreto, ninguna de las condiciones puede ser sacada de la cadena, pues extraída una, el resultado no ocurre. Para establecer la imputación en el carácter de autor al presunto responsable, es necesario previamente fijar cuál de las condiciones asume el carácter de “causa adecuada” o idónea para producir la consecuencia.

A partir de todo ello, entiendo que las patologías preexistentes de la víctima fueron condiciones, pero no la causa adecuada del resultado dañoso, que se relaciona directamente con el accidente sufrido, pues tal como adelantara, es lógico pensar que, si el mismo no hubiera ocurrido, aun siendo de avanzada edad y padeciendo esos antecedentes, el Sr. G. no hubiera fallecido en dicha circunstancia.

Es por ello que, en la especie, resulta factible concluir que existe relación causal entre el daño sufrido por la víctima con motivo del evento y su posterior deceso. Y si bien es dable calificar como mediato a ese nexo causal, el mismo es abarcable para la extensión del resarcimiento que corresponde al demandado como responsable extracontractual (art. 904 citado), por lo que propongo revocar la sentencia de grado, haciendo lugar a la demanda y condenando a la empresa de transporte al pago de los daños que se admitan.

6°.- A continuación habré de evaluar la partida de valor vida peticionada por quien fuera la esposa del fallecido.

La reclamante (T. T.) en su libelo de inicio solicitó la pérdida de chance, estimable en un 30 % de los retroactivos que le hubiesen correspondido al Sr. G. desde julio de 2011 y por la sobrevida que le hubiese podido asignar (ver. fs. 203).

Conforme el criterio sostenido por esta Sala en numerosos precedentes, la vida humana no posee un valor económico susceptible de apreciación, por lo que su pérdida debe resarcirse en la medida que exista un efectivo detrimento patrimonial que perjudique al damnificado a raíz de la falta de aporte material que le produce la desaparición de quien razonablemente debía prodigarle tales beneficios (conf. Libres n° 65.620 del 07/06/90, n° 59.437 del 12/06/91, n° 109.017 del 13/08/92, n° 140.142 del 28/04/94, n° 328.687 del 14/11/01, entre otros). De ahí que esta posición que se adecua a los conceptos fundamentales acerca del daño resarcible, lleva a concluir que su pérdida no puede ser indemnizada sino cuándo y en la medida que represente un detrimento de esa clase para quien reclama la reparación, tanto que configure un daño

actual o futuro, en la medida que significa la pérdida de una “chance” que brinde la posibilidad cierta de la posterior concreción de dicho perjuicio (conf. Salas, “Determinación del daño causado a la persona por el hecho ilícito”, Rev. Colegio de Abogados, La Plata, 1961, vol. IV, p. 308, núm. 7; Orgaz, “El daño resarcible”, pág. 108, n° 26, “La vida humana como valor económico”, ED, t. 56, pág. 849 y ss; Llambías, J. J., “Personas damnificadas por homicidio”, ED t. 51, pág. 890 y ss, citados en el voto de la Dra. Ana María Luaces en Libre n° 202.743 del 04/02/97, entre otros).

Para poder efectuar una valoración del detrimento patrimonial que le ha ocasionado a la beneficiaria la muerte de su marido, debe apreciarse, con suma prudencia, a cuanto hubiera ascendido la razonable posibilidad de ayuda material que éste podría haberle prodigado, lo cual inequívocamente configura un daño futuro, o sea, la valoración de una “chance”, cuya definición exige de desconocidas variables, que no hacen atinado un cálculo matemático exacto.

Asimismo, debe adoptarse un criterio que en cada caso pondere sus específicas circunstancias, especialmente la edad de la fallecida, su preparación intelectual o capacitación para el trabajo, y el nivel socio-económico en el que se desenvolvía. Ahora bien, no puedo dejar de tener presente lo que la víctima hubiera consumido en su propio beneficio. Pero además, deben especialmente ponderarse las condiciones personales de los propios beneficiarios del resarcimiento, que igualmente constituyen variables futuras que inciden delimitando la definitiva cuantificación del resarcimiento.

En la especie, el causante contaba a la fecha de su muerte con 82 años de edad, era jubilado y al momento del accidente percibía un haber jubilatorio de \$ 1918 (ver. fs. 562 vta.).

Por ello, teniendo en cuenta la pensión del 70 % de la jubilación que recibía su esposa a partir del deceso del marido, el acotado lapso de sobrevida que tuvo la Sra. T. (cinco años después del accidente) y ponderando lo que la propia víctima hubiera consumido en su propio beneficio, propondré a mis colegas conceder una partida en concepto de valor vida de \$ 60.000.

7°.- En su libelo de inicio, los accionantes reclamaron en concepto de daño moral, la suma de \$ 100.000 para la Sra. T. y \$ 70.000 para su hijo C. R. G., sumas que fueran ratificadas al expresar agravios (ver. fs. 566vta/567).

El “daño moral” se configura por todo sufrimiento o dolor que se padece, independientemente de cualquier reparación de orden patrimonial. Es el menoscabo en los sentimientos, consistente en los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser consecuencia del hecho perjudicial (conf. Llambías, J. J., “Tratado de Derecho Civil - Obligaciones”, t. I, ps. 297/298, n° 243).

Para la determinación del monto indemnizatorio no se requiere prueba de su entidad, pues se lo tiene por acreditado con la sola comisión del acto antijurídico, vale decir, que se trata de una prueba “*in re ipsa*”, que surge de los hechos mismos (conf. esta Sala, votos del Dr. Jorge Escuti Pizarro en causas n° 191.386 del 22/05/96 y n° 207.360 del 16/12/96; mis votos en libres n° 165.704 del 22/05/95 y n° 214.108 del 16/05/97, entre muchos otros).

Debe señalarse que el sufrimiento por la inesperada pérdida de un esposo y padre, es algo incommensurable, más aún si se ponderan las circunstancias que, en el particular caso, determinaron dicho desenlace. Sin duda, no puedo dejar de tener presente que esta situación debe haberles

generado una afección espiritual de relevantes sufrimientos morales. Todo ello debió sin duda provocar una innegable lesión a sus afecciones legítimas, que, en razón de su magnitud, justifican plenamente la admisibilidad hasta el límite cuantitativo expresado libremente por los demandantes en su libelo de inicio, sumas que fueron ratificadas en su expresión de agravios (ver. 566/567), puesto que nadie mejor que ellos para justipreciar el daño moral que padecieron, en atención a la naturaleza subjetiva y personal de este perjuicio. Conforme lo prescripto por el mencionado principio de congruencia (arts. 34, inc. 4° y 163, inc. 6° del Código Procesal), los jueces no pueden otorgar algo más de lo pedido (*ultra petita*), puesto que la limitación, además, reviste en nuestro ordenamiento jurídico jerarquía constitucional, habiendo declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia que afectan las garantías constitucionales reconocidas por los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, los pronunciamientos judiciales que acuerdan derechos que exceden el límite cuantitativo fijado en la demanda (Palacio, “Derecho Procesal Civil”, t. I, p. 259 y su cita).

Bajo estas directivas, debería concederse una partida de \$ 100.000 a favor de su esposa (T. T.) y una partida de \$ 70.000 para el coactor (C. R. G.).

8°.- A continuación, habré de evaluar el planteo que efectúa la parte actora en su expresión de agravios respecto a los intereses. Allí solicita la aplicación de una tasa de interés en un 8 % desde el fallecimiento y hasta este pronunciamiento, y desde allí y hasta su efectivo pago según la tasa activa (ver. punto 4.5 de fs. 483 vta./484).

El criterio mayoritario adoptado por esta Sala sobre estos casos establece que la condena lleve intereses desde que se produjo el perjuicio, en este caso el fallecimiento (CN. Civil en pleno, la ley t 93, p. 667) a la tasa del 8 % anual, hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, según lo contempla el art. 768, para los supuestos como en el de autos —donde no existe convención ni leyes especiales (incisos a) y b)—, el cual obliga a liquidar intereses moratorios de acuerdo a la reglamentación del Banco Central, como bien puede serlo la tasa activa prevista en la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos: “Samudio de Martínez, Ladislao c. Transporte Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios” del 11/11/08).

Empero, al existir únicamente recurso del actor, donde solicita la aplicación de la tasa del 8 % desde el fallecimiento y hasta este pronunciamiento, corresponde —a fin de no quebrantar el mencionado principio de congruencia, cuya vigencia consagran los arts. 34, inc. 4° y 163, inc. 3° del Código Procesal— que desde el día del deceso (27/07/2011) y hasta el dictado de esta sentencia se calcule la tasa del 8 % y, desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa carter general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

9°.- Finalmente, ante la invocación de la existencia de franquicia de \$ 40.000 por parte de la citada en garantía, el apoderado de los actores contestó “*nada observo a la limitación pactada entre las partes en cumplimiento de normas imperativas de la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) y pido la eventual condena sea extendida a Protección Mutua en la medida del seguro acordado con su cliente*” (ver. punto 1 de fs. 294).

En consecuencia, corresponde que la condena de autos respecto de la aseguradora, sea soportada en la medida del seguro.

10.- De tal suerte, si mi opinión fuese compartida, correspondería revocar la sentencia

de grado, haciendo lugar a la demanda entablada por T. T. y C. R. G. En consecuencia, debería condenarse a A. S.A.T.A.C.I al pago de las sumas a favor de T. T. —hoy a sus herederos- de Sesenta Mil Pesos (\$ 60.000) en concepto de valor vida y Cien Mil Pesos (\$ 100.000) en concepto de daño moral, y Setenta Mil Pesos (\$ 70.000) a favor de C. R. G. en concepto de daño moral, sumas que deberán ser abonada dentro de los 10 días de notificada la presente, con más sus intereses que se liquidaran de acuerdo a lo establecido en el apartado 8°.

La condena sólo puede ser ejecutada contra la citada en garantía “Protección Mutua de Seguros del Transporte Público de Pasajeros”, en la medida del seguro.

Las costas de ambas instancias deberían imponerse a los demandados (art. 68 del Código Procesal).

El Dr. *Sebastián Picasso* dijo:

I. Coincido con el Dr. Molteni en tanto considera que en el caso hay relación causal adecuada entre el accidente de transporte y el deceso de la víctima directa. Sin embargo estimo necesario realizar algunas consideraciones adicionales sobre este tema.

El hecho de que el accidente haya sido un antecedente causal del resultado muerte, en el sentido de que si el primero no se hubiese producido tampoco habría tenido lugar el segundo, sólo satisface el postulado de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero no es suficiente para concluir que esa relación de causalidad que queda así establecida es “adecuada”, en los términos de los arts. 901 y ss del Código Civil (y ahora de los arts. 1726 y 1727 del Código Civil y Comercial). La causalidad adecuada requiere regularidad, frecuencia estadística; únicamente un hecho que normalmente suele causar determinado resultado —y que por ese mismo permite preverlo- puede reputarse causa adecuada de él (Goldenberg, Isidoro H., “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 32; Acciarri, Hugo, “La relación de causalidad y las funciones del Derecho de Daños”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 107).

En el caso juzgo que esa regularidad se encuentra suficientemente acreditada, dado que el dictamen pericial realizado en la causa penal permite colegir que una lesión como la generada en autos (fractura de cadera lateral izquierda) suele desembocar en el resultado en cuestión (muerte) en una persona de las características del Sr. G. No otra cosa resulta de los dichos del perito en el sentido de que la infección que sufrió el occiso es “habitual” para este tipo de pacientes. En otras palabras, en un paciente de las condiciones del Sr. G. la infección que dio lugar a su fallecimiento es previsible, con lo cual también lo es el resultado muerte que deriva de la conexión entre el hecho original (accidente) y aquel otro (infección), por lo que en definitiva los daños sufridos por los demandantes constituyen una consecuencia mediata, como bien lo señala el Dr. Molteni.

Estimo que el problema que se plantea en el caso pasa por la pertinencia o no de relevar la situación de la víctima directa en el momento del hecho, dado que únicamente si en la descripción de la secuencia causal se incluyen sus características personales (anciano), y en particular sus patologías preexistentes (diabético, insulín dependiente, con insuficiencia renal, dislipémico, gotoso, con *bypass* cardíaco, angioplastia y aneurisma de la arteria femoral izquierda), resulta posible asegurar —como lo hizo el perito— que la infección y la muerte son consecuencias habituales “para este tipo de pacientes”. La pregunta es, entonces, si esas predisposiciones de la víctima deben ser consideradas una suerte de “hecho del damnificado” que interrumpe

la cadena causal o si, por el contrario, ellas carecen de relevancia a esos efectos.

Soy de la opinión de que el hecho de la víctima no puede ser equiparado a otros casos en los cuales no existe una conducta del damnificado que sea la causa o concausa del daño, aunque sí una situación anormal o patológica de aquel que contribuye a la producción del perjuicio (en este sentido vid. Prevot, Juan M., “Obligaciones *in solidum* vs. concurrencia causal: a propósito de la influencia de las predisposiciones de la víctima sobre la pretensión resarcitoria”, DJ, 2005-3, 833). Al fundar este criterio en el fallo de esta sala *in re* “R., F. E. c. Bayer S. A. y otros s/ Daños y Perjuicios”, Libre n° 584.026, del 22/08/2012, coincidí con Flour, Aubert y Savaux en que, salvo en los casos en los que el dañado ha cometido una culpa que está en el origen de su predisposición patológica, o ha adoptado imprudentemente un comportamiento peligroso teniendo en cuenta su estado, la cuestión de la influencia causal de las predisposiciones de la víctima no debería plantearse. Bien dicen los autores citados que en estos casos el único problema verdadero estriba en saber si el hecho del autor del daño ha causado efectivamente la muerte o incapacidad de la víctima, y si la respuesta es afirmativa poco importa que la eficacia dañosa de esa causa haya sido ampliada por un estado preexistente del damnificado. Pretender lo contrario importaría desconocer el derecho de la víctima a su integridad física (Flour, Jacques – Aubert, Jean L. – Savaux, Éric, *Les obligations*, Armand Colin, París, 2002, t. 2, p. 179).

De hecho, la solución adoptada por la Corte de Casación francesa consiste en predicar en estos casos la responsabilidad integral del autor del accidente: “*El derecho de la víctima a obtener la indemnización de su perjuicio corporal no podría ser reducido en razón de una predisposición patológica cuando la afección que resulta de ella ha sido provocada o revelada por el hecho dañoso*” (Corte de Casación, Segunda Sala Civil, 10/06/1999, *Bulletin Civil* II, n.° 116; la traducción es mía). Se trata, por lo demás, de una solución ampliamente extendida en el derecho comparado (Quézel-Ambrunaz, Christophe, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, París, 2010, p. 329; van Dam, Ceas, *European tort law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, ps. 344/345).

Es que el derecho de daños no tutela únicamente a las personas sanas o carentes de toda afección previa, y por otra parte, a partir de un juicio de causalidad adecuada es previsible que la víctima de cualquier hecho dañoso pueda sufrir alguna enfermedad o tener ciertas características (contextura física, sexo, edad, etc.) que según las circunstancias puedan incidir agravando o incluso determinando la producción de cierto perjuicio. Se trata en estos casos de circunstancias distintas del hecho originario pero igualmente previsible, que dan lugar a una consecuencia mediata (ergo, reparable) en los términos de los arts. 904 del Código Civil y 1727 del Código Civil y Comercial.

Por eso, si la predisposición de la víctima (ya se trate de un estado del sujeto o de una enfermedad preexistente) no se traducía, con anterioridad al hecho ilícito, en un grado de incapacidad concreto, corresponde —en principio— reparar la totalidad del daño que aquélla experimenta.

Sin embargo, también pienso que esta regla general debe ser matizada mediante tres precisiones.

En primer lugar, una solución distinta se impone si la predisposición importaba para el dañado una incapacidad ya adquirida con anterioridad al hecho, pues en ese supuesto el responsable únicamente debe cargar con la porción del daño suplementaria que efecti-

vamente causó el hecho ilícito (Flour-Aubert-Savaux, op. y loc. cit). Esta regla admite a su vez una excepción, constituida por aquellos casos en los cuales el hecho dañoso cambia radicalmente la naturaleza de la incapacidad, como en el caso del tuerto que pierde el único ojo sano, o el manco a quien le es amputada la mano restante (vid. Zavala De González, Matilde, “Situación anormal de la víctima como causa o concausa del daño”, RCyS, agosto de 2011, p. 9).

En segundo término, es preciso excluir del principio general a las situaciones en las cuales la predisposición de la víctima es de una rareza o una gravedad inusitadas (y por ende, imprevisibles), y por eso determina la producción del daño en conjunción con un hecho que, en condiciones normales, no habría resultado nocivo o habría producido perjuicios mínimos. Así sucede con el caso de un enfermo cardíaco de tal gravedad que muere a causa de un leve susto, o de quien por sufrir de una osteoporosis extrema experimenta gravísimos daños frente a un hecho que en una persona sana únicamente habría provocado moretones (ambos ejemplos son proporcionados por Zavala De González, “Situación anormal (...)”, cit., p. 5); y también cuando la víctima tiene un carácter especialmente neurótico o manifiesta sensibilidades extremas que determinan la producción de una incapacidad psíquica frente a la más mínima molestia. Para estos casos excepcionales de resultados altamente desproporcionados —y únicamente para ellos— coincido con Zavala de González (op. y loc. cit.) en que corresponde asignar a la predisposición de la víctima la totalidad de la eficacia causal en la producción del daño.

Por último, es claro que la indemnización puede ser reducida por la influencia del hecho de la víctima si ésta no tomó medidas razonables para protegerse contra su particular vulnerabilidad, como sucedería si quien tiene huesos extremadamente frágiles no emplea un casco para realizar ciertas actividades que implican riesgos —como andar en bicicleta o cabalgar—, incluso si no hay obligación legal de hacerlo (van Dam, *European tort law*, cit., p. 344).

Juzgo que en el *sub lite* no se presenta ninguna de las situaciones excepcionales que acabo de enumerar. Por el contrario, las predisposiciones que presentaba la víctima fatal son previsible en una persona de su edad, razón por la cual corresponde aplicar la regla general según la cual el estado patológico, o la condición especial del damnificado, no deben ser tenidos en cuenta a efectos de tener por interrumpida o desplazada la cadena causal.

Por estos fundamentos adhiero a la solución que propone dar a esta cuestión el Dr. Molteni.

II. Debe recordarse que los arts. 1084 y 1085 del Código Civil no asignan un valor intrínseco a la vida humana sino un valor presunto para otros, y éste no es el valor de la vida sino los valores que con su vida y en el curso de su despliegue pudo haber aportado el fallecido a la subsistencia de sus familiares (Zavala De González, Matilde, “Resarcimiento de daños”, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, t. 2b, p. 27). Asimismo se ha expresado que cuando se indemnizan las pérdidas que los damnificados indirectos —legitimados ampliamente a través del art. 1079 del Código Civil— sufren por muerte se resarcen perjuicios económicos, mientras que otras consideraciones acerca del valor afectivo, moral o extrapatrimonial de la pérdida de la vida humana quedan reservadas a la estimación dineraria del daño moral, básicamente apreciado desde el punto de vista de la víctima (esta cámara, Sala L, 24/09/2008, “Palucci, María c. Rueda, Enrique Carlos y otro”, LL Online).

Si bien resulta arduo establecer un método de cálculo exacto en estos casos es posible arribar a un resultado aproximado —en los términos del art. 165 del Código Procesal— calculando, por un lado, qué porción de los ingresos mensuales presuntos de la víctima fatal podía ser destinada eventualmente al sostén de los damnificados —a lo que debe adicionarse la valuación de las actividades no remuneradas, pero mensurables económicamente, que la occisa realizaba a favor de estos últimos—, y durante cuántos años. Finalmente habría que establecer el valor actual de la renta constante no perpetua así estimada (esta sala, 10/05/2012, “B., Ramona c. E., Carlos Fernando y otros s/ daños y perjuicios”).

Esta conclusión se funda ahora en la aplicación analógica a los casos de muerte del criterio que el art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación adopta para calcular la incapacidad sobreviviente.

Dispone el artículo recién mencionado: “*Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño, aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado*”.

No cabe ninguna duda de que esa redacción conduce necesariamente al empleo de fórmulas matemáticas para evaluar la cuantía del resarcimiento por incapacidad (y, por analogía, también por muerte), pues únicamente por medio de ese instrumento puede mensurarse el capital al que alude la norma (en esa línea interpretativa vid. López Herrera, Edgardo, comentario al art. 1746 en Rivera, Julio C. (dir.) – Medina, Graciela (dir.) - Esper, Mariano (coord.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, ps. 1088/1089).

Al respecto se ha señalado: “*Frente a la claridad de la directiva* (del art. 1746 recién citado), *parecería exótico –al menos– sostener que se cumplen las exigencias constitucionales de fundamentación de las sentencias sin exponer, en una fórmula estándar, las bases cuantitativas (valores de las variables previstas por la norma) y las relaciones que se tuvieron en cuenta para arribar al resultado que se determine. La cuestión no merece mayor esfuerzo, ni desarrollo*” (Acciarri, Hugo A., “Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código”, LL, 15/7/2015, p. 1).

El hecho de que el criterio legal consiste ahora en la aplicación de fórmulas matemáticas es reconocido incluso por autores que en un primer momento habían sostenido que no era forzoso recurrir a esa clase de cálculos. Tal es el caso de Galdós, quien —en lo que constituye una rectificación del criterio que expuso al comentar el art. 1746 en Lorenzetti, Ricardo L., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, ps. 527/528, citado por mis colegas— afirma actualmente: “*el art. 1746 Código Civil y Comercial ha traído una innovación sustancial pues prescribe que corresponde aplicar fórmulas matemáticas tendientes a calcular el valor presente de una renta futura no perpetua. A fines de cuantificar el daño patrimonial por incapacidad psicofísica (lo que también es aplicable al daño por muerte del art 1745 CCCN) las referidas fórmulas se erigen como un*

parámetro orientativo que no puede ser omitido por la judicatura a la hora de cuantificar los daños personales por lesiones o incapacidad física o psíquica o por muerte (...) Por consiguiente, conforme lo prescribe el art. 1746 CCCN, resulta ineludible identificar la fórmula empleada y las variables consideradas para su aplicación, pues ello constituye el mecanismo que permite al justiciable y a las instancias judiciales superiores verificar la existencia de una decisión jurisdiccional sustancialmente válida en los términos de la exigencia consagrada en los arts. 3º y 1746, Código Civil y Comercial (arts. 1º, 2º, 3º, 7º y concs. Código Civil y Comercial)” (GALDÓS, Jorge M., su voto como juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, in re “Espil, María Inés y otro c. API-LAR S. A. y otro s/ Daños y perjuicios”, causa nº 2-60647-2015, de fecha 17/11/2016).

Emplearé entonces la siguiente fórmula:

C = $\frac{A \cdot (1 + i)^a - 1}{i \cdot (1 + i)^a}$

Donde “C” es el capital a determinar, “A” la ganancia afectada, para cada período, “i” la tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado, decimalizada (emplearé una tasa del 6 %), y “a” el número de períodos restantes hasta el límite de la expectativa de vida presunta de la víctima o de la edad máxima prevista por la ley para ser beneficiario de una prestación alimentaria por parte del occiso.

Sobre este piso de marcha corresponde precisar que, al momento de su fallecimiento, el Sr. G. tenía 82 años, era jubilado y —al momento del fatal episodio- percibía un haber jubilatorio de \$ 1918 (fs. 562 vta.).

Ahora bien, no se me escapa que la actora T. T., esposa de la víctima fatal, percibía una pensión correspondiente al 70 % del haber que habría correspondido a su marido. Así las cosas, estimo que no corresponde otorgar una suma adicional para resarcir la pérdida de eventuales sumas que podría haber reci-

bido de su marido si éste hubiese seguido con vida, dado que ellas se encuentran ya cubiertas por el monto de la pensión.

Sin perjuicio de ello, en la medida en que la muerte de la víctima directa privó a la Sra. G. de los cuidados materiales y la asistencia que —más allá de aquel aporte dinerario— podría haberle prodigado su marido durante algunos años —tareas éstas que son económicamente mensurables en los términos del art. 1746 del Código Civil y Comercial—, habré de coincidir con el Dr. Molteni en la suma que propone para resarcir este perjuicio.

En cuanto a la pérdida de chance por los retroactivos que habrían correspondido al Sr. G. desde julio de 2011, estimo que se trata de perjuicios meramente hipotéticos o conjeturales, razón por la cual no corresponde conceder suma alguna por esos conceptos.

III. Dispone el art. 1741 *in fine* del Código Civil y Comercial: “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”. Entonces, por mandato legal expreso el daño moral debe “medirse” en una suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (vid. mis votos como juez de esta sala, 02/08/2017, “M., Enrique Daniel c. D., José Luis y otro s/ Daños y perjuicios”, expte. n° 81.603/2010; *idem*, 19/05/2017, “T., Leandro Rubén y otro c. C., Luis Agustín y otro s/ Daños y perjuicios”, expte. n° 93.222/2013, entre muchos otros).

Ahora bien, aunque considero que el monto propuesto por mi colega para enjugar este rubro no puede proporcionar a los actores satisfacciones suficientemente compensatorias del desmedro extrapatrimonial que padecieron, juzgo también que es equitativamente proporcional a lo que en su momento los propios demandantes pidieron por este

concepto. Por ese motivo adheriré, a este respecto, a la propuesta del Dr. Molteni.

III. En lo que atañe a los intereses, y como lo he expuesto en el precedente de esta sala “Piñeiro, Gabriel Alberto c. Ausilli, José Luis y otros s/ Daños y Perjuicios”, del 10/11/2011 (libre n° 574.847), soy de la opinión de que, por aplicación de la doctrina sentada por esta cámara en el fallo plenario dictado en los autos “Samudio de Martínez, Ladislao c. Transportes Doscientos Setenta S. A. s/ Daños y perjuicios”, del 20/04/2009, debe fijarse la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde el momento en que se causó cada perjuicio, y estimo —por los argumentos que expuse en mi voto en la causa ya citada, a la que me remito— que la sola circunstancia de haberse fijado las partidas indemnizatorias a valores actuales no configura la excepción contemplada en el último párrafo de la parte dispositiva de la mentada sentencia plenaria.

También señalé en otros antecedentes de esta sala (09/05/2016, “M., Patricia Antonia c. J., Darío Sebastián y otros s/ Daños y perjuicios”, expte. n° 86.811/2012; *idem*, 10/05/2016, “F., Estela María c. La Primera de Grand Bourg S.A.T.C.I. Línea 315 y otro s/ Daños y perjuicios” y “D. S., María Rosa c. La Primera de Grand Bourg S.A.T.C.I. Línea 315 y otro s/ Daños y perjuicios”, exptes. n° 43.052/2010 y n° 88.762/2011) que la solución que propongo (es decir, la aplicación de la tasa activa establecida en la jurisprudencia plenaria) no se ve alterada por lo dispuesto actualmente por el art. 768, inc. “c”, del Código Civil y Comercial de la Nación, más allá de que el plenario recién citado se haya originado en la interpretación de una disposición legal hoy derogada (art. 622 del Código Civil).

Sin embargo, en atención a los términos en que fue planteado el agravio, habré de adherir también en este aspecto al voto del vocal preopinante.

IV. En síntesis, por las razones que dejo expresadas, y las demás expuestas por mi colega el Dr. Molteni, adhiero a su voto.

El Dr. Ricardo Li Rosi votó en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Dr. Hugo Molteni.

Con lo que terminó el acto.

Es copia fiel de su original que obra a fs. del Libro de Acuerdos de la Sala “A” de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Buenos Aires, octubre 31 de 2017.

Y Vistos:

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se revoca la sentencia de primera instancia, condenando a A. S.A.T.A.C.I a abonar a los herederos de T. T. las sumas de Pesos Sesenta Mil (\$ 60.000) en concepto de valor vida y Pesos Cien Mil (\$ 100.000) en concepto de daño moral, y para C. R. G. la suma de Pesos Setenta Mil (\$70.000) en concepto de daño moral, dentro de los 10 días de notificada la presente, con más sus intereses que se liquidarán en la forma indicada en el considerando 8° del primero voto.

La condena se hace extensiva a la citada en garantía “Protección Mutua de Seguros del Transporte Público de Pasajeros”, en la medida del seguro.

Costas de ambas instancias a cargo de lo emplazados.

Los honorarios serán regulados una vez fijados los de la instancia anterior.

Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica y devuélvase.— *Hugo Molteni.*— *Sebastián Picasso.*— *Ricardo Li Rosi.*



JURISPRUDENCIA AGRUPADA

CON LEGISLACIÓN Y DOCTRINA

Responsabilidad de los concesionarios de autopistas

I. Jurisprudencia

I.1. Principios generales

1. Las concesionarias viales tienen una responsabilidad objetiva por los siniestros ocurridos en las autopistas bajo su custodia en virtud de lo dispuesto por el art. 5º de la Ley de Defensa del Consumidor que establece el deber de seguridad a cargo de los proveedores y prestadores de servicio y el art. 40 que establece la responsabilidad objetiva para los daños provocados por productos o servicios prestados que fueren riesgosos o viciosos.

C5ªCiv. Com. Córdoba, “Oliva, María E. y Otros c. Camino de Las Sierras y Otros s/ ordinario — daños y perj. — accidentes de tránsito — recurso de apelación”, 14/10/2015, La Ley Online, AR/JUR/55482/2015.

2. El vínculo contractual y de consumo que se establece entre el concesionario vial y los

usuarios se extiende también a los pasajeros transportados en el automotor que circula por la autopista concesionada, pues ello surge de la aplicación del art. 42 de la CN y los arts. 1º, 5º y 40 de la ley 24.240.

CCiv. y Com. Mercedes, sala I, “Vallejos, Juan G. c. Arnedillo, Santiago s/ daños y perjuicios”, 01/08/2013, RCyS 2013-XI, 167, La Ley Online, AR/JUR/52391/2013.

3. Al resultar el peaje una típica relación de consumo, también la obligación de seguridad se halla incorporada a su contenido virtual, en tanto así lo establecen expresamente los arts. 42 de la CN y 5º de la ley 24.240, por lo que no es necesario recurrir a la normativa del art. 1198 del Cód. Civil para dar fundamento a su existencia en este tipo de contrato

CNCiv., sala M, “Rufrano, Francisco J. c. Vial 3 SA s/daños y perjuicios”, 11/11/2011, RCyS 2012-IV, 125, La Ley Online, AR/JUR/82122/2011.

I.2. Casuística

I.2.a. Animales sueltos

4. La concesionaria vial demandada es responsable por los daños sufridos por un automovilista al impactar con un caballo que cruzó la autopista, pues más allá de los distintos fundamentos en que se sostenga la atribución de responsabilidad, de acuerdo al principio de buena fe contemplado en el art. 1198 del Cód. Civil, aquélla asume una obligación de seguridad consistente en que el usuario pueda llegar sano y salvo al lugar del destino, el cual abarca la vigilancia permanente en rutas, el retiro inmediato de animales que las transiten, la detección de irregularidades y la subsanación de dificultades que se crean en el tránsito.

CNCiv., sala J, “Torres, Daniel E. c. Autopistas Urbanas S.A. y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/les. o muerte)”, 26/11/2015, RCyS 2016-V, 205, La Ley Online, AR/JUR/62840/2015.

5. La presencia de un animal suelto en una autopista no puede interpretarse como un hecho imprevisible que exima de responsabilidad a la concesionaria de la ruta, pues la experiencia diaria indica que ello está dentro de los límites de previsibilidad del tránsito, máxime si se podría haber evitado con el debido cumplimiento de las medidas de seguridad dispuestas en el reglamento de explotación.

CCivCom. Morón, sala 2ª, “Codecido, Héctor G. c. Autopista del Oeste SA y otro s/ daños y perjuicios”, 05/07/2012, RCyS 2012-X, 164, La ley Online, AR/JUR/40591/2012.

I.2.b. Cosas inertes en la calzada

6. La concesionaria vial demandada es responsable por los daños derivados del accidente protagonizado por un automóvil como consecuencia de la existencia de una cosa inerte ubicada sobre la carpeta asfáltica, pues aun cuando por hipótesis se desechara la obligación de seguridad inherente a la relación de consumo, la falla en el servicio brindado por la empresa al no mantener la vía concesionada expedita y en adecuadas condiciones de transitabilidad removiendo en tiempo prudencial eventuales obstáculos que puedan constituirse en un factor de riesgo a quienes por ella transitan, se constituyó en causa eficiente y desencadenante del infortunio protagonizado por el actor.

CNCiv., sala D, “Aranda, Francisco c. Autopistas del Sol S.A. s/ daños y perjuicios”, 08/05/2015, RCyS 2015-X, 91, La Ley Online, AR/JUR/20358/2015.

7. La empresa encargada de la reparación de una autopista debe responder por los daños que un tambor de señalización causó a un automovilista al impactar sobre su rodado, pues, al existir una deficiente protección en

la obra que realizaba, incumplió el deber de seguridad que tenía a su cargo, lo cual generó un riesgo que convirtió en peligrosa a esa cosa inerte y la constituyó en un impedimento insalvable para la víctima, siendo la causa del accidente.

CNCiv., sala B, “Y., E. c. Decavial S.A y Otros s/ daños y perjuicios”, 15/07/2014, La Ley Online, AR/JUR/42353/2014.

8. Es responsable la concesionaria vial ante el daño sufrido por un automovilista que impactó con una piedra situada en el camino, en tanto se acreditó la presencia del mencionado objeto, la pericia mecánica da cuenta también de la existencia de algún elemento contundente contra el que habría golpeado el vehículo y aquélla no descartó la posibilidad de su existencia, siendo que admitió o dejó ver que ello resultaba factible.

CNCiv., sala A, “Pérez, Luis Eduardo c. Coviare S.A. s/ daños y perjuicios”, 22/09/2011, La Ley Online, AR/JUR/60742/2011.

I.2.c. Daños causados por terceros

9. Una concesionaria vial debe responder por los daños sufridos por un usuario —en el caso, el acompañante del automóvil conducido por el codemandado— derivado de la proyección de una piedra que arrojó un tercero desde atrás del *guard-rail*, pues la relación de consumo que la vinculaba con la víctima le imponía protegerla de los riesgos que hubiesen podido afectar su salud, su integridad física y la seguridad en la circulación por esa ruta, ello por aplicación del art. 42 de la CN y del art. 5º de la ley 24.240.

CCiv. y Com. Mercedes, sala I, “Vallejos, Juan G. c. Arnedillo, Santiago s/ daños y perjuicios”, 01/08/2013, RCyS 2013-XI, 167, La Ley Online, AR/JUR/52391/2013.

I.2.d. Elementos resbaladizos

10. La concesionaria vial y el conductor de un vehículo resultan responsables en forma concurrente por la muerte de este último

en una autopista —en el caso, 70 % de responsabilidad para el conductor y 30 % para la concesionaria— al estar acreditada la presencia de un elemento resbaladizo en la carpeta asfáltica, lo que hizo que el rodado se desestabilizara y tumbara en la banquina, así como también la inexistencia del *guard rail* y, por otra parte, el camión conducido por la víctima carecía de la mayoría de las luces, tenía los frenos en mal estado y sin presión de bomba, su dirección presentaba un juego “fuera de los límites”, carecía de apoyas cabezas y cinturones de seguridad.

C5ª Civ. y Com. Córdoba, “Oliva, María Eva y Otros c. Camino de Las Sierras y Otros s/ ordinario — daños y perj. — accidentes de tránsito — recurso de apelación”, 14/10/2015, La Ley Online, AR/JUR/55482/2015.

11. Debe responsabilizarse al concesionario demandado por los daños sufridos por los actores cuando circulaban en la autopista e intentaron esquivar agua acumulada golpeando contra los *guard-rail*, pues incumplió la obligación de seguridad a su cargo ya que se encontraba obligado a adoptar medidas para que la calzada se encuentre en buenas condiciones a fin de lograr el normal tránsito por la autopista, o en su defecto advertir a los usuarios del peligro.

CNCiv., sala L, “Cesano, Eduardo D. c. Corredor Americano SA”, 08/05/2013, DJ 04/12/2013, 102, RCyS 2014-IV, 132, La Ley Online, AR/JUR/23302/2013.

12. El concesionario vial demandado es responsable por el acaecimiento del accidente que sufrió el automovilista accionante, pues se acreditó que perdió adherencia al pisar una mancha de combustible existente en el lugar que provocó su posterior choque contra las barreras de contención y no existen evidencias objetivas que demuestren que el emplazado hubiera implementado y hecho efectivas medidas de seguridad suficientes, ni probó que el hecho en cuestión ocurrió por exclusiva culpa del actor, por haber circulado a excesiva velocidad perdiendo el control del vehículo que conducía.

CNCiv., sala A, “Vaninetti, Alberto E. c. Autopistas del Sol S.A. s/daños y perjuicios”, 22/11/2011, La Ley Online, AR/JUR/81047/2011.

I.2.e. Exoneración de responsabilidad

13. La concesionaria vial de una autopista no debe responder por los daños sufridos por un motociclista que, luego de ser encerrado por un colectivo, ingresó a la banquina y colisionó con un rodado que estaba detenido por desperfectos técnicos, pues, por un lado, la detención de este último se encontraba justificada y, por otro, no surge que hubiera estado allí el tiempo necesario como para imponer su remoción por la demandada quien, además, no fue avisada de esa circunstancia.

CNCiv., sala H, “V., L. A. c. A., C. y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte)”, 21/08/2014, La Ley Online, AR/JUR/49768/2014.

14. La acción de daños iniciada contra la concesionaria de una autopista por los pasajeros de un vehículo que impactó contra un

guard-rail de cemento y una columna de iluminación colocada en el divisor de ambas manos debe rechazarse, pues se acreditó que fue la conducta del automovilista la que causó el hecho dañoso, en tanto se desplazaba a excesiva velocidad en un tramo peligroso, lo cual produjo que perdiera el control del rodado.

CNCiv., sala E, “M., F. J. y otro c. C., C. A. y otro s/ daños y perjuicios”, 26/11/2013, RCyS 2014-VII, 67, La Ley Online, AR/JUR/95349/2013.

15. La acción de daños promovida contra una concesionaria vial por quien invocó haber sido agredido por merodeadores luego de impactar su vehículo contra un adoquín que se hallaba en la cinta asfáltica debe rechazarse, pues la única prueba directa con la que contó para acreditar su versión de los acontecimientos es la declaración de un único testigo, cuya deposición sobre la forma en la que ocurrió el siniestro es inverosímil, y ni siquiera fue mencionado en el acta de denuncia labrada inmediatamente después de los hechos.

CNCiv., sala H, “Díaz, Luis Ángel c. Coviare S.A. s/ daños y perjuicios”, 23/10/2013, LA LEY, 2014-A, 141, La Ley Online, AR/JUR/71464/2013.

16. La concesionaria vial se encuentra eximida de responsabilidad por el fallecimiento de un peatón al ser embestido por un automotor, en tanto no se advierte incumplimiento alguno de su parte con las obligaciones de seguridad que tenía a su cargo ya que el día del accidente, por la índole extraordinaria del acontecimiento imposible de afrontar razonablemente por sí, actuó en conjunto con distintas fuerzas de seguridad, máxime si quedó acreditado el operativo montado y que el accidente se debió fundamentalmente al actuar imprudente y negligente de las partes.

CNCiv., sala J, “Cano, Juan de la Cruz y otro c. Fleiss, Rolando y otros s/ daños y perjuicios”, La Ley Online, AR/JUR/77266/2011.

II. Doctrina

1) CALVO COSTA, Carlos A., “Responsabilidad civil de los concesionarios viales ante una relación de consumo”, RCyS 2013-XII, 17, La Ley Online, AR/DOC/4277/2013.

2) NISNEVICH, Alejandro D., “Responsabilidad de las concesionarias viales. Aplicación del estatuto del consumidor a los titulares no registrales de automotores”, LLC 2013 (abril), 284, La Ley Online, AR/DOC/1000/2013.

3) PIROTA, Martín D., “La responsabilidad civil por accidentes de tránsito en autopistas y corredores viales: repaso y estado actual de la cuestión”, RCyS 2012-VI, 25, La Ley Online, AR/DOC/125/2012.

4) NAVAS, Sebastián, “¿Deben responder los concesionarios viales por los hechos delictivos cometidos por terceros?”, RCyS 2012-I, 15, La Ley Online, AR/DOC/6232/2011. ●

Jorge A. Diegues

Cita on line: AR/DOC/3027/2017

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 10, Secretaría Nº 19, sito en Libertad 731, 9º piso de esta Ciudad, informa que el/la Sr./a MIGUEL ÁNGEL FLORES PANIAGUA, de nacionalidad

boliviano, con D.N.I. Nº 94.698.394, ha iniciado los trámites tendientes a obtener la Ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a

dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días en LA LEY. Buenos Aires, 4 de abril de 2017 Roberto Muzio, sec. LA LEY: I. 18/12/17 V. 18/12/17

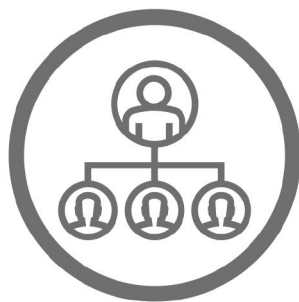
THOMSON REUTERS
LA LEY

LEGAL ONE

¿Cómo puedo aprovechar al máximo el talento y los recursos de mi estudio?

THOMSON REUTERS LEGAL ONE

le permite trabajar con otros miembros de su estudio jurídico a través de documentos compartidos para dinamizar y enriquecer el abordaje a distintos temas y tareas, fomentando el pensamiento y los puntos de vista múltiples.



Conozca más en legalone.com.ar o llámenos al **0810 222 5253**

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™
THOMSON REUTERS®