

JA

JURISPRUDENCIA ARGENTINA

DIRECTOR:
LUIS DANIEL CROVI

Bs. As., 08/12/2021

2021 - IV

fasc. 11

ISSN 2545-6261

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

ABELEDOPERROT

ISSN: 2545-6261

RNPI: 5074812

Todos los derechos reservados

© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción

Tucumán 1471 (C1050AAC)

laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas

CASA CENTRAL

Tucumán 1471 (C1050AAC)

Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA

Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)

Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444

Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.

Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de noviembre de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

DOCTRINA

¿Cuáles son los derechos de incidencia colectiva? <i>Pablo Luis Manili</i>	3
---	---

JURISPRUDENCIA

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Plazo razonable de duración del proceso penal. Cuestión de fondo. Facultades exclusivas del Poder Legislativo nacional	17
--	----

COBERTURA DE SALUD PARA NIÑOS CON DISCAPACIDAD

Tratamiento médico. Atrofia muscular. Medicamento excluido del PMO por resolución posterior a la sentencia de Cámara que ordenó la cobertura. Ejecución de la manda judicial. Obligaciones de las obras sociales	38
--	----

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA MUERTE DE UN ADOLESCENTE

Niño institucionalizado. Padecimiento psiquiátrico y de adicción. Influencia del sobreseimiento penal de los profesionales de la comunidad terapéutica donde se encontraba el joven. Actuación de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF).....	44
---	----

INCENDIO DE MERCADERÍA

Contrato de seguro. Prueba. Relación de causalidad. Introducción de elementos inflamables a la zona de trabajo. Responsabilidad concurrente	78
---	----

COACCIÓN

Atipicidad. Existencia de una conflictiva familiar. Sobreseimiento.....	91
---	----

DIVORCIO POR PRESENTACIÓN CONJUNTA

Patrocinio letrado compartido. Ausencia de hijos menores de edad. Autonomía de la voluntad.....	93
---	----

ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Vuelco de automóvil. Transporte benévolo. Seguro. Declinación de cobertura. Conducción de automóvil en estado de ebriedad. Requerimiento de documentación. Indemnización por fallecimiento de hijo. Valor vida. Daño moral	95
--	----

DOCTRINA

¿Cuáles son los derechos de incidencia colectiva?

Pablo Luis Manili (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Principales características de estos derechos.— III. Breve evolución histórica.— IV. Consumidores, indígenas y grupos vulnerables.— V. El derecho a la paz.— VI. El derecho a la autodeterminación de los pueblos.— VII. El derecho a la democracia.— VIII. El derecho al desarrollo.— IX. A modo de conclusión.

I. Introducción

Los derechos civiles y políticos son los más elementales y fueron consagrados en las primeras constituciones, a partir de 1789, porque respondían a las necesidades humanas posteriores a la caída de las monarquías absolutas. No es casual que ese mismo año se hayan sancionado la Declaración de Derechos de Hombre y del Ciudadano en Francia y el *Bill of Rights*, que agregó la lista de derechos a la constitución norteamericana (primeras diez enmiendas). Esos derechos fueron los primeros en ser protegidos porque se refieren a lo que el individuo “es”. Por esa circunstancia histórica se les denominó, con fines didácticos, derechos de primera generación.

En 1917 comenzaron a protegerse nuevas necesidades humanas, derivadas del conflicto entre el capital y el trabajo y comenzaron a consagrarse los derechos económicos, sociales y culturales en las constituciones, comenzando con las de México de 1917 y de Alemania de 1919. No es casual que ellas sean simultáneas con la instalación del comunismo en el hemisferio del Este: ambos fenómenos —el constitucionalismo social y la socialización de los medios de producción— fueron distintas respuestas (podríamos decir opuestas) al mismo problema. Los derechos económicos, sociales y culturales se dirigen a proteger lo que el individuo “hace” en el marco de la sociedad en la que habita. A estos se les denominó, también pedagógicamente, derechos de segunda generación

Pero ambos grupos de derechos, es decir los de primera y segunda generación, conceptúan al ser humano como persona individual. En cambio, los derechos que analizaremos en este trabajo, llamados de incidencia colectiva o de tercera generación, tienen en la mira a un conjunto de seres humanos y no al ser humano individualmente considerado. Es decir que se pasó de considerar al individuo aislado (primera generación), a observarlo en sociedad (segunda generación) y luego a proteger los derechos de los pueblos o comunidades que esos individuos constituyen, teniendo en cuenta a esa colectividad como sujeto protegido, aunque no como el único sujeto legitimado a accionar. El derecho va regulando nuevos hechos y nuevas necesidades sociales y así surgió esta tercera generación de derechos.

Existe consenso en doctrina de que está integrada por los siguientes derechos: a un medio ambiente sano, al patrimonio común de la humanidad (cultural, natural, arquitectónico), a la paz, al desarrollo, etc. Según algunos autores, ingresan también los derechos de consumidores y usuarios (1) y, por nuestra parte, nos proponemos

(1) LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo A. (compilador), "Protección Constitucional de los Consumidores y Usuarios", Buenos Aires, Estudio, 2000, p. 16 y JIMÉNEZ, Eduardo P., "Los Derechos Humanos de la Tercera Generación", Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 116. Por su parte, Germán J. Bidart Campos sin incluirlos directamente, se refiere al "parentesco" entre estos derechos y el derecho a un medio ambiente sano (Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, Ediar, 1995, Tomo VI, p. 308).

(*) Doctor y posdoctor en Derecho, profesor de derecho constitucional en grado y posgrado de la UBA.

mos demostrar en este trabajo que también deben incluirse en ella a los siguientes:

- Derechos de los pueblos indígenas y —de modo más amplio— el derecho al multiculturalismo.

- Derechos de los grupos vulnerables (mujeres, ancianos, niños y discapacitados).

- Derecho a la autodeterminación de los pueblos.

- Derecho a la democracia.

Una vez expuesto ese tema, dedicaremos unos párrafos a aquellos que, según entendemos, no han tenido un desarrollo doctrinario apreciable en la Argentina (a la paz, al desarrollo, a la autodeterminación y a la democracia)

II. Principales características de estos derechos

Los derechos de incidencia colectiva tienen algunas particularidades: se trata *de derechos que, además de pertenecer a cada individuo en particular, pertenecen, del mismo modo y con el mismo alcance, a los demás miembros de la sociedad donde ese individuo vive o del grupo humano que ese individuo integra por determinadas características comunes*. Esta característica los distingue de los derechos de primera y de segunda generación, que deben ser ejercidos por cada beneficiario en forma individual. En este caso, si bien los derechos tienen incidencia sobre toda la comunidad, pueden ser gozados por cada uno de los individuos que la componen, quienes también pueden accionar en su defensa; y el resultado favorable de esa acción promovida por uno solo beneficia a todo el resto; no es necesario por lo tanto que cada uno ejecute una acción, ya que las sentencias que los jueces dicten acogiendo estos derechos tienen un efecto expansivo a los demás miembros del grupo. Lo dicho revela que el aspecto procesal (es decir, la posibilidad de accionar en defensa de estos derechos por medio de una legitimación amplia y con un alcance colectivo), es un elemento inherente a la caracterización de estos derechos. Ello los distingue de los de primera y segunda generación, que pueden ser caracterizados y defini-

dos independientemente de las vías procesales que existan para defenderlos.

III. Breve evolución histórica

III.1. En el derecho internacional

Los derechos de incidencia colectiva han tenido sus primeras consagraciones normativas en el derecho internacional público (en adelante “DIP”), a partir de principios de la década de 1970, a través de una serie de resoluciones y declaraciones de organismos y conferencias internacionales (2) y de programas adoptados por los Estados, que fueron enunciando los pilares de esta corriente. Fueron esas declaraciones las que los introdujeron, más que los tratados o normas de derecho interno. A ellas se suman los tratados sobre no proliferación de armas y sobre desarme, que cimentaron las bases del derecho a la paz, aunque sin mencionarlo en sus textos como tal. Como ejemplo de esas declaraciones podemos citar:

- La Estrategia Internacional para el Desarrollo proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas para el decenio 1971-1980.

- El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) resultante de la Conferencia sobre el Medio Ambiente Humano celebrada en Estocolmo en 1972.

- El Consejo de Europa, en 1973, sancionó la Carta Europea de Protección a los Consumidores y un Programa Preliminar de Política de Información y Protección a Consumidores (consagra los derechos a la seguridad, protección de la salud, información, resarcimiento de daños, etc.).

- La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados [res. 3281 (XIX)].

- La Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, adoptada por la Asamblea General

(2) Las declaraciones internacionales tienen el carácter de soft law o derecho dúctil, es decir que no son obligatorias per se, pero sí suelen constituir el antecedente del nacimiento de una costumbre internacional, o de la celebración de un tratado, o de la adopción de normas internas.

de Naciones Unidas, res. 39/11 del 12 de noviembre de 1984.

- Las Directrices de Protección al Consumidor de la ONU de 1985, que contiene recomendaciones en la materia para los Estados miembros (controlar las prácticas abusivas de las empresas, adoptar normas de ética a productores de bienes y servicios, etc.).

- La Declaración sobre Desarme y Desarrollo, del Grupo de Personalidades Eminentes, convocado por las Naciones Unidas (Nueva York, 1986).

- La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986 (res. 41/128).

- La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992).

- La Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Viena, 1993).

- La Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo (Bridgetown, 1994).

- La Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres Naturales (Yokohama, 1994).

- La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994).

- El Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (El Cairo, 1995).

- La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 1995).

- La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Pekín, 1995).

- La Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos (Estambul, 1996).

- La Cumbre Mundial sobre la Alimentación (Roma, 1996).

- La Novena Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Midrand, 1996).

Ello demuestra que con los derechos de incidencia colectiva ocurrió a la inversa que, con los derechos de la primera y la segunda generación, ya que los que aquí nos ocupan tuvieron su origen en el DIP y no en las constituciones de los Estados, mientras que las dos primeras generaciones de derechos se originaron en el plano interno y luego pasaron al internacional. No obstante, ese proceso dista de ser satisfactorio, salvo en lo atinente al medio ambiente y a los consumidores-usuarios, respecto de los cuales encontramos numerosas constituciones que ya lo han consagrado, pero ello no ocurre con todos los derechos de esta categoría

III.2. En la Argentina

En nuestro país, fueron las constituciones provinciales las primeras en receptar en su texto algunos derechos de tercera generación, hasta que luego fueron incorporados a nivel federal en 1994. En efecto, en el ciclo de reformas constitucionales provinciales que se registró desde la recuperación de la democracia en 1983, varias de ellas consagraron distintos derechos de esta generación (principalmente el derecho a un ambiente sano).

Antes de la reforma de la Constitución nacional en 1994 se aludía a ellos genéricamente bajo el rótulo de "intereses difusos", lo cual revela la poca importancia que se les asignaba y la limitada legitimación procesal que se admitía para litigar en defensa de ellos. La incorporación de los arts. 41, 42, 43 segundo párrafo, 75 incisos 17 y 23 generó un cambio radical en esta materia y el rótulo cambió al de derechos de incidencia colectiva **(3)**.

En el fallo "Halabi" **(4)** de 2009 la Corte introdujo las acciones de clase en casos donde se ejercían "derechos de incidencia colectiva referidos

(3) ROSATTI, Horacio D., "Preservación del medio ambiente- desde el interés difuso hacia el derecho deber constitucional", en AA. VV., "La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la comisión de redacción", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994, p. 85.

(4) Fallos 332:111

a intereses individuales homogéneos” y afirmó que, por tratarse de esos derechos, el efecto de esa sentencia era *erga omnes*. Se trata de una categoría novedosa, en la cual la Corte separa los derechos individuales homogéneos que tienen contenido patrimonial de los que no lo tienen y no admite los procesos colectivos para los primeros [por ejemplo, en el caso “Colegio Público de Abogados” (5) de 2003]. El concepto que subyace es que, a criterio de la Corte, así como los procesos colectivos sirven para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, pueden servir también para la defensa de los derechos individuales homogéneos no patrimoniales (6). Es decir que se trata, a nuestro entender, de una asimilación más procesal que ontológica. Unos son de incidencia colectiva y los otros son individuales, pero como son un tipo de derechos individuales que resultan ser homogéneos con los derechos individuales de otros sujetos, la Corte admite que el molde de los procesos colectivos se aplique para ambos. Lamentablemente no los admite para acciones patrimoniales, lo cual en nuestra opinión le quita seriedad a la categoría creada, puesto que pareciera que la Corte la aplica cuando desea solucionar de una sola vez muchos reclamos, pero teme admitirla en temas patrimoniales. Sería muy útil aceptarla para defender, por ejemplo, los derechos de cientos de miles de jubilados y pensionados que deben litigar contra la ANSES en juicios independientes donde se discute lo mismo (o casi) y motiva una sobrecarga de trabajo inmensa para los jueces de todas las instancias.

El Código Civil y Comercial que entró en vigor en 2015 se refiere a los derechos de incidencia colectiva como un límite al ejercicio de los derechos individuales. Su art. 240 establece: “El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes... debe ser compatible con los derechos

(5) No incluido en la página oficial de la Corte, sentencia de fecha 7 de octubre de 2003, puede verse su texto y el comentario de JIMÉNEZ, Eduardo P., “¿Qué tan amplia es la legitimación para requerir tutela que confiere el art. 43 de la Constitución nacional?” en *La Ley*, ejemplar del 24 de abril de 2004.

(6) Puede verse RIVERA, Julio C. (h.), “La noción de derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores” en *JA*, 2008-II, ejemplar del 25 de junio de 2008.

de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

IV. Consumidores, indígenas y grupos vulnerables

De acuerdo con lo expresado más arriba, intentaremos demostrar en este título porqué entendemos que estos derechos deben ser considerados de incidencia colectiva

IV.1. Consumidores y usuarios

El derecho del consumo combina caracteres de derecho subjetivo, de derecho individual homogéneo y presenta también aspectos colectivos, que justifican que sea incluido dentro de los derechos de tercera generación. Con ese encuadre, puede ser objeto de acciones judiciales en las cuales se ejerzan derechos individuales que son similares al de muchos otros sujetos, incluso con contenido patrimonial. Ello, gracias a las nuevas concepciones sobre legitimación procesal o acceso a la justicia. Los usuarios de un servicio público, de una tarjeta de crédito o de telefonía celular gozan de un derecho que atraviesa las tres categorías: es individual porque cada uno tiene su relación contractual con la empresa prestadora; es homogéneo con el de otros porque si la empresa cobrara un cargo indebido, se podría solicitar judicialmente su devolución a todos los alcanzados por esa medida, y es de incidencia colectiva porque un aumento de tarifas ilegal o irrazonable también podría motivar una demanda colectiva

El constituyente de 1994 incorporó los derechos del consumidor en el art. 42, CN, en consonancia con la corriente que se venía dando en el constitucionalismo provincial y en el derecho extranjero. Ello ha producido un impacto profundo en el régimen contractual y extracontractual, modificando el ámbito del derecho privado, coexistiendo con él, pero con una naturaleza, ámbito de aplicación y alcances especiales, bifurcando las relaciones jurídicas en

aquellas que son de consumo (con un perfil propio y distintivo), y las que no lo son (7).

Todos ejercemos el rol de consumidores de bienes y servicios privados o de usuarios de servicios públicos. Es decir, no se trata de los derechos de un grupo humano en particular, sino de todos los habitantes del país en ocasión de ejercer esos roles, dado que no resulta posible que alguien no ejerza nunca el rol de consumidor o de usuario de algún bien o servicio privado o público (solo podría pensarse en el ejemplo de una persona en situación de calle y que vive de dádivas para encontrar a alguien que no sea consumidor).

IV.2. Pueblos indígenas y multiculturalidad

En primer lugar, aclaramos que preferimos la denominación derechos de los “pueblos originarios” a la de “indígenas”, no obstante, lo cual ambas han tenido aceptación en la doctrina y la jurisprudencia. Se trata de derechos que atañen no solo a ciertos individuos considerados aisladamente, sino a colectividades. Resulta claro que estos derechos comparten con los demás derechos de esa categoría dos de sus características principales:

i) son titularizados por toda una comunidad compuesta por un número indeterminado de individuos;

ii) según la jurisprudencia argentina, no es necesario que la comunidad indígena esté legalmente constituida, sino que se permite que algunos de sus miembros accionen en nombre del resto, en una especie de representación promiscua de un grupo, bastando con la invocación de ser un miembro de ese pueblo o comunidad;

iii) la Corte IDH en el año 2001 (8), sostuvo que los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente “solo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenecen” y en

(7) JUNYENT BAS, Francisco - DEL CERRO, Candalaria, "Aspectos procesales en La Ley de Defensa del Consumidor", en La Ley, ejemplar del 14/06/2010.

(8) Corte IDH, caso "Awatitpan vs. Nicaragua", sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, del 31 de agosto de 2001, párrafo 83, Serie C, número 79.

2008 (9) agregó que los derechos al debido proceso y a la tutela procesal de las comunidades y poblaciones indígenas, “son derechos individuales y colectivos al mismo tiempo”.

El derecho al reconocimiento de la multiculturalidad o multiculturalismo es un concepto más amplio que el de protección a los pueblos indígenas, porque apunta a toda cultura o grupo nacional o étnico o religioso que pueda existir en un país y tiende a abolir la hegemonía de una de esas culturas y grupos sobre el resto. Desde ese punto de vista, comparte con la protección de los pueblos originarios su carácter de derecho de tercera generación, dado que apunta tanto al individuo como al grupo o cultura que integra.

IV.3. Grupos vulnerables

El art. 75, inciso 23, CN incorporado en la reforma de 1994 se hizo eco de cantidad de instrumentos internacionales de derechos humanos y consagró el deber del Congreso de proveer una protección privilegiada a mujeres, niños, ancianos y discapacitados. A diferencia de la igualdad *formal* del constitucionalismo clásico y de la igualdad *social y laboral* del constitucionalismo social, esta norma procura igualar a los desiguales, porque la Constitución reformada pone en cabeza del Congreso la atribución, no solo de “respetar la igualdad”, que es una obligación pasiva, sino la de “igualar” a quienes tienen una determinada desventaja, que es una obligación activa del PL. Para ello es que se adoptan medidas de acción positiva, es decir, mecanismos, planes y normas que brinden a estos sujetos un plus de protección, para tratar de igualarlos con aquellos que no están en la situación de desventaja en que ellos se encuentran

Consideramos que estos derechos tienen un doble carácter porque: (i) son derechos individuales, ya que cualquier mujer, niño, anciano o discapacitado puede reclamar por derecho propio por una violación de su derecho a no ser discriminado; (ii) al mismo tiempo tienen una faceta colectiva debido a que son derechos que la CN reconoce a determinados grupos en

(9) Corte IDH, el caso "Tiu Tojin vs. Guatemala", sentencia de fondo, reparaciones y costas del 26 de noviembre de 2008 Serie C número 190.

su calidad de tales, por lo cual podrían ser reclamados colectivamente por un sujeto, o una ONG, o el Defensor del Pueblo, o el Ministerio Público, pero que también pueden ser ejercidos por cualquier miembro de ese grupo en representación promiscua del resto, que son las dos características centrales de los derechos de incidencia colectiva.

V. El derecho a la paz

Además de las normas internacionales mencionadas más arriba, varias constituciones lo han consagrado, especialmente las sancionadas pocos años después de la segunda guerra mundial. No obstante, la primera en hacerlo fue mucho anterior a ese conflicto, como surge de la siguiente evolución del derecho comparado:

- La Constitución francesa de 1791 en su Título VI disponía: "La nación francesa renuncia a emprender guerra alguna con finalidad de conquista y no empleará jamás sus fuerzas contra la libertad de ningún pueblo". Ello fue reiterado en el art. 119 de la Constitución de 1793 y en los preámbulos de las constituciones de 1848 y 1946. Esta última, en los párrafos 14 y 15 establecía: "14. La República Francesa, fiel a sus tradiciones, cumple con las normas del derecho público internacional. No hará ninguna guerra con fines de conquista y nunca empleará sus fuerzas contra la libertad de ningún pueblo. 15. A condición de que haya reciprocidad, Francia acepta las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y la defensa de la paz" (10). La Constitución vigente, de la V República, de 1958, se remite al preámbulo de la de 1946, por lo cual esa norma mantiene su vigencia (11).

- La Constitución italiana de 1947 establece en su art. 11: "Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos y como medio de solución de las

controversias internacionales; accede, en condiciones de igualdad con los demás Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones, y promueve y apoya a las organizaciones internacionales encaminadas a este fin".

- La Constitución alemana de 1949 lo consagra en su art. 1.2: "El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo". Y el art. 26 completa a esa norma bajo el título "Prohibición de una guerra de agresión" cuando dispone: "1. Los actos susceptibles de perturbar la convivencia pacífica de los pueblos y realizados con esta intención, especialmente la preparación de una guerra de agresión, son inconstitucionales. Serán reprimidos penalmente. 2. Sin autorización del Gobierno Federal no podrán ser fabricadas, transportadas ni comercializadas armas de guerra. La regulación se hará por una ley federal".

- La Constitución de Corea del Sur de 1980 dispone que ese país desea "el mantenimiento de la paz internacional y renuncia a toda guerra agresiva".

- La Constitución de Filipinas de 1987 también lo consagra en su art. II, Sección 2: "Filipinas renuncia a la guerra como instrumento de política nacional, adopta los principios generalmente aceptados del derecho internacional como parte de la ley de la tierra y se adhiere a la política de paz, igualdad, justicia, libertad, cooperación y amistad con todas las naciones". Lo mismo hacían las constituciones previas (de 1935 y 1946) (12).

- La Constitución de Colombia de 1991, en su art. 22 establece: "La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento".

- El preámbulo de la Constitución del Ecuador, de 2008 expresa: "Decidimos construir... Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana —sueño de Bolívar y Alfaro—, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra".

(10) Puede verse un análisis de esas normas en Muñoz Díaz, Patricio, "El derecho a la paz y el derecho constitucional", en Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XVII, n° 182, junio de 2001, p. 8. El autor también colaciona jurisprudencia de la Corte Suprema del Japón en la materia.

(11) Sobre la aplicación de ese preámbulo en Francia puede verse nuestro libro "El Bloque de Constitucionalidad", Buenos Aires, Astrea, 2019, 2ª edición, p. 363.

(12) MUÑOZ DÍAZ, P., "El derecho a la paz...", ob. cit.

- La Constitución de Bolivia de 2009 establece en el art. 10 que “es un Estado pacifista, que promueve la cultura de la paz y el derecho a la paz...”

- En nuestro país el tema no ha tenido mayor desarrollo. Solo podemos mencionar que la Argentina ratificó el Estatuto de Roma (13) que creó la Corte Penal Internacional, cuyo art. 5° incluye, dentro de su competencia, “a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) *El crimen de agresión*”. Haber ratificado un tratado que condena el crimen de agresión implica una clara adhesión a la paz internacional como principio (14), pero falta aún un desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario que permita referirse al derecho a la paz como derecho efectivo y justiciable. Puede servir de base para ello el contenido del art. 26.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante “DUDH”), con jerarquía constitucional en nuestro país: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”.

VI. El derecho a la autodeterminación de los pueblos

El principio de autodeterminación de los pueblos tuvo su nacimiento en el DIP, a través de la Carta de la ONU, que fue redactada por “Nosotros, los pueblos de las naciones unidas”, es decir que la organización se basa en la idea de que fue creada por personas, por colectivos humanos, y no por Estados. El art. 1° de la carta menciona dentro de sus propósitos: “2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la

paz universal”. Luego, la DUDH de 1948 comenzó a desarrollar algunos contenidos de la Carta, y en su preámbulo reza: “Considerando que los *pueblos* de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida... La Asamblea General proclama la presente Declaración... como ideal común por el que todos *los pueblos* y naciones deben esforzarse...” (énfasis agregados).

Más tarde, la res. 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU, adoptada en 1970 (15) desarrolló aún más varios principios básicos del DIP, entre los cuales está el que nos ocupa. En su preámbulo declara “... que la sujeción de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye uno de los mayores obstáculos al fomento de la paz y la seguridad internacionales”. El capítulo V está dedicado a este tema: “En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta, todos *los pueblos* tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta”. El destacado que agregamos muestra que el principio está declarado para beneficiar a los “pueblos” y para crear obligaciones en cabeza de los “Estados”. Es decir que el sujeto activo son los pueblos y el pasivo son los Estados.

Agrega que “[t]odo Estado tiene el deber de promover... la aplicación del principio... a fin de... b) poner fin rápidamente al colonialismo, teniendo debidamente en cuenta la voluntad libremente expresada de los pueblos a la subyugación de que se trate; y teniendo presente que el sometimiento de los pueblos a la subyu-

(13) Previa aprobación por el Congreso mediante ley 25.390 de 2000

(14) Puede verse GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D., “Elementos de Derecho Internacional Penal”, Buenos Aires, De los Cuatro Vientos, 2006, p. 165.

(15) Existen precedentes anteriores relacionados con la autodeterminación: la res. 1514 (XV) de 1960 sobre descolonización, de 14 de diciembre de 1960, que establece que “La sujeción de los pueblos a la subyugación, dominación o explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales contraria a la Carta de las Naciones Unidas...”. (A/RES/1514 (XV)).

gación, dominación y explotación extranjeras constituye una violación del principio, así como una denegación de los derechos humanos fundamentales, y es contraria a la Carta de las Naciones Unidas". Y justo a continuación de eso, expone: "El establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo".

Aun cuando este principio es oriundo del DIP, es evidente que no se dirige a los Estados, sino a los pueblos de esos Estados, lo cual amplía notoriamente su ámbito de aplicación. Si bien es preciso reconocer que fue incluido en esta declaración en el marco del proceso de descolonización iniciado en 1960 y que atañe principalmente a los pueblos sometidos a colonialismo, no se refiere solo a ellos, sino que es más amplio. Sin embargo, debemos aclarar que no es tan amplio como para sustentar que una minoría nacional que vive dentro de un Estado pueda esgrimirlo para provocar una secesión (16).

El principio de autodeterminación alude al derecho de los pueblos, es decir de la población de los distintos Estados, de decidir libremente (lo cual equivale a decir democráticamente) su estilo de vida, sin injerencias externas. Nótese que en forma totalmente separada de él existe el principio de no intervención en los asuntos internos o externos de los Estados, que tiene su propio régimen jurídico en DIP (17), distinto del aplicable al principio de autodeterminación de los pueblos. Ese principio de no intervención ampara solo a los Estados, pero el de autodeterminación se aplica a pueblos, o sea, a personas.

Entendemos, por lo tanto, que existe un derecho humano de incidencia colectiva a vivir en un pueblo, o sociedad, o comunidad (o como se le quiera denominar a la población de un país), que puede determinar por sí sola, sin injerencias

(16) BARBOZA, Julio, "Derecho Internacional Público", Buenos Aires, Zavalía, 2001, p. 291.

(17) Se ocupan de él el art. 2 inciso 7 de la carta, la res. 2131/XX de la Asamblea General de la ONU y un capítulo separado de la propia resolución 2625 que estamos analizando.

externas (ni de Estados, ni de organizaciones internacionales, ni de ningún otro sujeto) todas las políticas en materia institucional, económica, social, cultural, financiera y de cualquier índole. El interés superior del pueblo (parafraseando al "interés superior del niño" contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño) implica el derecho de vivir con abstracción de las pautas, indicaciones, reclamos, sugerencias o recetas que terceros sujetos formulen.

VII. El derecho a la democracia

Si bien desde los tiempos de Aristóteles se consideraba a la democracia como una forma de gobierno, es decir como un tema institucional y no vinculado con los derechos humanos fundamentales, ese concepto fue cambiando desde el nacimiento del derecho internacional de los derechos humanos. En la actualidad puede afirmarse que existe un derecho de incidencia colectiva a la democracia, según surge del siguiente análisis:

VII.1. El derecho a la democracia en las normas

El PSJCR contiene varias referencias a la "sociedad democrática" como el único marco dentro del cual pueden ejercerse los derechos humanos. Los artículos 15 (derecho de reunión), 16 (derecho de asociación), 22 (derechos de circulación) y 32 (límites a los derechos) admiten solamente aquellas restricciones a los derechos que sean necesarias o imprescindibles en una sociedad democrática (18). La democracia aparece así inescindiblemente vinculada a los derechos humanos, como pauta interpretativa de las limitaciones posibles a ellos. Esta idea luego evolucionaría hacia otra, que es la construcción doctrinaria (e incipientemente jurisprudencial) del derecho a la democracia; como analizaremos a continuación.

Recordemos también que el art. 36, CN, incorporado en la reforma de 1994 dispone: "Esta constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de

(18) NIETO NAVIA, Rafael, "El Estado Democrático en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos" en Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio, San José, 1998, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vol. I, p. 123 y ss.

fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático...”

La Carta Democrática Interamericana, adoptada por resolución de la Asamblea General de la OEA vino a confirmar el carácter de la democracia como derecho humano. Así lo consagran sus arts. 1° y 2°:

- “Los pueblos de América tienen *derecho a la democracia* y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”.

- “El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional”.

Se genera así una ecuación de tres términos: democracia, estado de derecho y derechos humanos: i) la democracia es la base del estado de derecho; ii) el estado de derecho es la base de los derechos humanos; iii) por lo tanto democracia y derechos humanos son inescindibles.

VII.2. *El derecho a la democracia en la doctrina*

Varios autores se han referido al derecho a la democracia. Aguiar (19), citando *El hombre y el Estado* de Maritain, señala que la democracia no es una forma vacía, sino una concepción específica de la vida social y política. Tampoco es una teoría o una filosofía, sino una suerte de credo civil y fe secular. La democracia no es neutra, exige convicción política y acuerdo de los espíritus, de manera que no se la debe considerar simplemente como un “marco”, una forma de gobierno a cargo de mayorías elegidas por el sufragio, sino también un derecho fundamental que surge de una consideración sustan-

(19) AGUIAR, Asdrúbal, "El Derecho a la Democracia", Colección Estudios Jurídicos N° 87, Editorial jurídica venezolana y Observatorio Iberoamericano de la Democracia, Caracas, 2008, p. 15 y ss.

cial del concepto. Sostiene Dalla Vía (20), en la misma línea, que en la actualidad se plantea la existencia de un derecho a la democracia, entonces, como derecho humano resultante de la “meta-constitucionalidad recíproca” que existe en el campo de la protección de los derechos fundamentales, de modo que el derecho a la democracia, como muchos nuevos derechos es un concepto en evolución (*in fieri*). Cita como ejemplo lo expresado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva N.º 8, en el sentido de que existe una “tríada” integrada por los siguientes conceptos: estado de derecho; democracia y derechos humanos. Y concluye el autor que “la democracia no es solamente un prerequisite de los derechos humanos, sino también un derecho humano en sí mismo”.

VII.3. *El derecho a la democracia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Desde sus primeras opiniones consultivas (1981) y fallos en casos contenciosos (1988) la Corte IDH ha hecho cantidad de referencias a la democracia como marco indispensable de respeto a los derechos humanos o como pauta interpretativa de ellos o de las limitaciones que los puedan afectar. Ello lo fue expresando al tratar los derechos de asociación, de reunión, los derechos políticos, el derecho de acceso a la información, etc. Pero, sumado a ello, poco a poco se va abriendo también una brecha hacia el reconocimiento de un derecho a la democracia:

- En la Opinión Consultiva 6 de 1986 la Corte IDH ha sostenido que, de los derechos de participación democrática resultan *obligaciones positivas* para el Estado, tendientes a que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos respetando el principio de igualdad y no discriminación (21).

(20) DALLA VÍA, Alberto R., "El 'derecho a la democracia' y la Carta Democrática Interamericana", en VANOS-SI, Jorge R. y DALLA VÍA, Alberto R., "Instituciones de Derecho Político y Constitucional. Tratados internacionales, integración y derechos humanos. Régimen constitucional de los tratados", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, p. 375.

(21) OC 6/1986 "La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6 y caso "Yatama Vs. Nicaragua" de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

- En la Opinión Consultiva 8/87 sostuvo que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del “ejercicio efectivo de la democracia representativa” al que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA, máxime cuando el Preámbulo del PSJCR reafirma el propósito de “consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.

- El juez García Sayán, en su voto concurrente en el caso “Yatama” (22) de 2005, sostuvo: (i) que, desde los inicios de la OEA, la democracia y el respeto a los derechos esenciales del hombre fueron concebidos de manera interdependiente (en el Preámbulo de la Carta, en la DADDH y en el PSJCR); (ii) que garantizar el ejercicio de los derechos políticos en la afirmación de la democracia es uno de los deberes esenciales de los Estados parte del sistema interamericano; (iii) que “el catálogo de los derechos humanos nunca ha sido estático... Ello explica que actualmente asistamos al desarrollo y profundización de los derechos políticos identificándose, incluso, lo que algunos han denominado el ‘derecho humano a la democracia’”.

- En el caso “Castañeda Gutman” (23) de 2008 la Corte IDH expresó que la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”. Sostuvo que la relación entre derechos humanos, democracia representativa y derechos políticos quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana de 2001.

- En “Apitz Barbera y otros vs. Venezuela” (24), del mismo año, el representante de la víctima

(22) Sentencia de 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

(23) Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184).

(24) Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

había sostenido que la Carta Democrática Interamericana “no es una simple declaración política, desprovista de valor jurídico, sino que es el reflejo del Derecho preexistente”, que en ella “los Estados han asumido obligaciones internacionales que no pueden ser irrelevantes para el ejercicio de los derechos humanos”, y que de esa Carta se deduce un “derecho a la democracia” que en este caso se relaciona con “el ejercicio del poder de conformidad con el Estado de Derecho, la separación de poderes y la independencia del poder judicial”. Pero lamentablemente la Corte IDH aclaró que el derecho a la democracia no puede ser alegado ni en forma autónoma ni por aplicación del art. 29 del PSJCR, que, según aclaró, ha sido utilizado para fijar criterios de interpretación, pero no para incorporar nuevos derechos no contemplados en la Convención.

- En el caso “Cepeda Vargas vs. Colombia”, de 2010 el tribunal interamericano sostuvo que la Convención protege los elementos esenciales de la democracia, entre los que se encuentra “el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho”. Agregó que las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad, por lo cual “la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios” (25).

VII.4. El derecho a la democracia en las relaciones internacionales

Además de las soluciones internas que provee el derecho constitucional, también sería interesante que existiera ayuda externa para provocar el aislamiento de los gobiernos antidemocráticos, para lo cual, las constituciones deberían

(25) Corte IDH, caso “Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”, 26 de mayo de 2010, párrafo 173. En similar sentido: caso “Yatama vs. Nicaragua”, párrafo 201; OC 18/2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párrafo 89, y OC 17/2002 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño de 28 de agosto de 2002, párrafo 46.

contener una cláusula que establezca, como política de Estado, el deber de atenuar relaciones diplomáticas con gobiernos autoritarios o no democráticos. Vale la pena recordar, a tal efecto, que en el DIP existe una larga tradición de rai-gambre americana que apunta al no reconocimiento de gobiernos *de facto* (26).

- La doctrina Tovar, elaborada por ese político ecuatoriano en 1907, proponía el no reconocimiento de gobiernos surgidos de revoluciones hasta tanto contaran con el apoyo de sus pueblos.

- La doctrina Wilson, esbozada por el presidente norteamericano en 1913 sostiene que la cooperación entre países solo es posible entre gobiernos basados en la ley y que los gobiernos justos descansan en el consentimiento de los gobernados.

- La doctrina Estrada, elaborada en 1930 por el ministro mexicano, sostiene que corresponde a los demás Estados mantener o retirar, cuando lo crea procedente, sus agentes diplomáticos lo cual equivale a un desconocimiento tácito.

- Finalmente, la doctrina Rodríguez Larreta, elaborada por el canciller uruguayo en 1944, va un paso más allá del resto, ya que establece que el principio de no intervención en los asuntos internos de los estados "no ampara ilimitadamente la notoria y reiterada violación, por alguna república de los derechos elementales del hombre y del ciudadano y el incumplimiento de los compromisos libremente contraídos acerca de los deberes internos y externos del Estado".

Con base en esas doctrinas entendemos que los gobiernos de los países democráticos no deberían mantener o, al menos, deberían atenuar las relaciones diplomáticas con gobiernos antidemocráticos o que no respetan los derechos humanos. No nos estamos refiriendo a romper relaciones consulares, que son necesarias para la defensa de los intereses de los nacionales residentes en el Estado en cuestión. Recuérdese que los sistemas de integración regional siempre contemplan a la democracia y a los derechos

humanos como prerequisites para su funcionamiento.

VIII. El derecho al desarrollo

En el derecho internacional de los derechos humanos se ha gestado un concepto a través del cual se busca lograr la efectividad práctica del principio de indivisibilidad de los derechos, y a la vez superar las críticas que generaba la doctrina de las tres generaciones de derechos que expusimos al comienzo de este trabajo (27). Aludimos al surgimiento, en las últimas décadas, de un nuevo derecho que acude en auxilio de este principio: el derecho al desarrollo (28), que además de integrar los llamados derechos de la tercera generación, se lo ha formulado "como derecho universal e inalienable y como parte integrante de los derechos humanos fundamentales" (29). Es decir que el derecho al desarrollo, como parte integrante de los demás derechos, es un reaseguro del reconocimiento conjunto de los derechos civiles y políticos con los económicos sociales y culturales (30), puesto que no podrá haber "desarrollo" en el sentido cabal del término si se desconoce alguno de ellos. Desde este punto de vista, el derecho al desarrollo actúa como un "puente" entre las tres generaciones de derechos, a la vez que como un "cerrojo" que impide su fraccionamiento.

Se trata de un concepto abarcador que incluye, a nuestro criterio, el derecho de acceso al agua potable y a servicios públicos adecuados, a la alimentación, a la salud pública de calidad, etc. Incluso hay autores que se refieren a la existencia de un derecho internacional del desarrollo al que caracterizan como una consecuencia

(27) Por ejemplo, PINTO, Mónica, "Temas de Derechos Humanos", Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 56.

(28) Puede verse DONNELLY, Jack "Human Rights, Democracy and Development", en *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, n° 3, agosto 1999, John Hopkins University Press, p. 608 y ss. esp. 622; GROS ESPIELL, Héctor, "The Right of Development as a Human Right", en *Texas International Law Journal*, Vol. 16 n° 1, Winter 1981, p. 189 y ss.

(29) Conf. art 10 de la "Declaración y Programa de Acción de Viena", adoptada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena a principios de 1993.

(30) Tal como lo establece el preámbulo del PIDESC, de 1966.

(26) DIEZ DE VELAZCO, Manuel, "Derecho Internacional Público", Madrid, Tecnos, 1963, p. 221 y ss.

necesaria de la evolución experimentada por el DIP en la segunda mitad del siglo XX y lo definen como “una nueva concepción del orden jurídico internacional contemporáneo que emana de la constatación de la desigualdad de desarrollo entre los Estados. Encuentra fundamento en la existencia de una *conscientia iuris* que gravita en favor del desarrollo de países subdesarrollados económica, social y políticamente” (31).

IX. A modo de conclusión

Hemos intentado demostrar en este artículo que, además de los derechos típicamente considerados de incidencia colectiva, se deben incluir en esa categoría los derechos de los pueblos indígenas, los de los grupos vulnerables y

los de consumidores y usuarios (aunque respecto de estos últimos no existían muchas dudas de su inclusión en este grupo de derechos).

Luego de ello hemos analizado brevemente ciertos derechos que carecen de adecuado desarrollo doctrinario y jurisprudencial en la Argentina: el derecho a la paz, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho a la democracia y el derecho al desarrollo. Puede advertirse que los cuatro guardan una íntima relación, dado que no puede haber paz sin democracia, no puede haber autodeterminación sin decisiones democráticamente aceptadas por el pueblo y no puede haber desarrollo si no hay paz. No obstante, resta aún mucho camino por recorrer, dado que se trata de derechos de muy difícil ejecutoriedad o ejecutabilidad (*enforcement*) ante los tribunales y ese problema demandará un ejercicio activo de la judicatura en el futuro.

(31) PINTO, Mónica, "Derecho Internacional del Desarrollo. Una aproximación doctrinaria", en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1986, II-III, p. 153.

JURISPRUDENCIA

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Plazo razonable de duración del proceso penal. Cuestión de fondo. Facultades exclusivas del Poder Legislativo nacional.

1. — Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 282, Cód. Proc. Penal de la provincia del Chubut, toda vez que invade atribuciones exclusivas de la Nación ejercidas en los arts. 59, 62 y 67 del Cód. Penal.
2. — Dado que el remedio para la violación del derecho al plazo razonable de duración del proceso es la extinción de la acción penal (la que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, debe declararse a través de la prescripción), ello no puede seguirse de una norma provincial (del voto del Dr. Rosenkrantz).
3. — El legislador provincial, al establecer el art. 282 del Cód. Proc. Penal del Chubut, cuya validez se cuestiona, persiguió reglamentar el derecho constitucional a ser juzgado en un plazo razonable, pero las legislaturas locales no pueden, bajo el pretexto de hacer efectiva una garantía constitucional, eludir la distribución de competencias fijada en la propia Constitución Nacional (del voto del Dr. Rosenkrantz).
4. — Legislar sobre las causales de extinción de la acción penal es parte del derecho de fondo, materia que corresponde al Congreso de la Nación con carácter exclusivo, en razón de lo dispuesto por el art. 75, inc. 12, CN (del voto del Dr. Rosenkrantz).
5. — El art. 282, Cód. Proc. Penal del Chubut ha consagrado una solución normativa que apareja una drástica reducción de la vigencia temporal de la acción penal regulada en el Código de fondo, que ha tornado palmariamente inoperantes las disposiciones sustantivas allí contenidas y ha alterado, inválidamente, la armonía con que el legislador nacional combinó el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito y el del individuo sometido al proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro. Por consiguiente, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma en razón de su disconformidad con las normas de carácter nacional y de fondo establecidas en los arts. 59, 62 y 67 del Cód. Penal (del voto de la Dra. Highton de Nolasco).
6. — La sentencia que sobreseyó a los imputados por haber excedido en la investigación preparatoria el plazo máximo autorizado por el art. 282, Cód. Proc. Penal del Chubut, escapa a los estándares, en cuanto sostiene que se puede reconocer simultáneamente la potestad exclusiva de la Nación para regular sobre los modos de extinción de la acción penal (arts. 59, 62 y 67) y la de una atribución local que, más allá de los fines que la guíen, crea un supuesto alternativo de extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo (del voto del Dr. Maqueda).
7. — La lectura que se haga de las atribuciones de la provincia del Chubut para regular sobre la celeridad de los procesos judiciales y la de los arts. 59, 62 y 67 del Cód. Penal de la Nación deberán ceñirse a una interpretación respetuosa del federalismo. Ello no permite tergiversar las pautas constitucionales reconociendo la atribución exclusiva ejercida por el Congreso de la Nación en el Código Penal al determinar bajo qué supuestos se extingue una acción penal por el transcurso del tiempo y simultáneamente afirmar que ello puede convivir con un modo alternativo de extinción de la acción penal vinculado a esa causa emanado de una legislatura provincial (del voto del Dr. Maqueda).
8. — El art. 282 del Cód. Proc. Penal del Chubut dispone un plazo “fatal” de solo seis meses —contados desde la realización de la audiencia de apertura de la investigación— para que el Fiscal presente la acusación que, en caso de ser superado, impone el sobreseimiento de los imputados. La fijación de un plazo de “caducidad” tan breve es irrazonable, porque sus consecuencias llevarán a la impunidad, contraria a los principios y valores de la Constitución Nacional y tratados internacionales. Este plazo restringe excesivamente la pretensión punitiva del Estado en orden a la persecu-

ción de los delitos de acción pública (del voto del Dr. Lorenzetti).

9. — De la circunstancia de que el art. 282 del Cód. Proc. Penal del Chubut cuestionado solo determine sobre la aplicación de la ley de fondo en el ámbito de la Provincia, sin extenderse a casos de competencia federal (que se rigen por el Cód. Proc. Penal de la Nación, ley 23.984 y, progresivamente, por el Cód. Proc. Penal Federal sancionado mediante la ley 27.063), no puede derivarse sin más que ello no redunde en una afectación de los intereses de la Nación producto de la irrazonable restricción en la aplicación de la ley penal sustantiva (del voto del Dr. Lorenzetti).
10. — Desde que, en el ordenamiento nacional, los tribunales locales son competentes para entender en materias en las que la Nación ha asumido, como signataria de diversos instrumentos multilaterales, compromisos cuyo incumplimiento —a raíz de una eventual extinción de la facultad del acusador público de impulsar la acción penal en virtud de lo dispuesto en el art. 282 del Cód. Proc. Penal del Chubut— bien puede acarrear la responsabilidad internacional al Estado Argentino (del voto del Dr. Lorenzetti).
11. — La imposibilidad de avanzar hacia el juzgamiento y eventual sanción de hechos de corrupción o de violencia contra la mujer como resultado de la “caducidad” de la facultad de acusar del fiscal, a consecuencia de lo establecido en el art. 282 del Cód. Proc. Penal de la provincia del Chubut, derivaría en el incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en relación con dichas materias (del voto del Dr. Lorenzetti).

CS, 12/08/2021. - Price, Brian Alan y otros s/ homicidio simple.

[Citaonline: [TRLALEYAR/JUR/121685/2021](https://www.tribunales.gov.ar/veredictos/veredicto/121685/2021)]

① COSTAS

Por su orden.

① CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la inconstitucionalidad del art. 282, Cód. Proc. Penal de la provincia del Chubut.

CSJ 2646/20 15/CS 1

Dictamen del Procurador Fiscal

- I -

Contra la decisión del Superior Tribunal de Justicia de Chubut que declaró inadmisibles la impugnación deducida contra la sentencia de la cámara penal que sobreseyó a los imputados por haber excedido la investigación preparatoria el plazo máximo autorizado por el artículo 282 del Código de Procedimientos local, la querrela interpuso recurso extraordinario (fs. 1632/1641), concedido a fojas 1660.

- II -

La apelación federal tacha de arbitrario el pronunciamiento impugnado por haberse fundado en una norma manifiestamente inaplicable al caso. En tal sentido, afirma que el *a quo* desestimó formalmente el reclamo según lo previsto en el artículo 387 del Código Procesal local; sin embargo, esa norma establece que en el supuesto en que se celebra un nuevo juicio por haber sido invalidado el primero, no procede impugnación alguna si recae una segunda absolución, y tal supuesto no se presentaría en el *sub lite*, pues si bien tuvo lugar un primer juicio que se declaró nulo, no hubo una segunda absolución, dado que esta implica un nuevo juicio con todas sus etapas y finalizado con un veredicto de inocencia, mientras que aquí el segundo proceso finalizó con un sobreseimiento fundado en una norma que contempla, por lo contrario, una forma anticipada de clausura sin pronunciamiento de fondo. Para la querrela, la aplicación extensiva que realizó el *a quo* del artículo 387 se aparta del texto claro de la norma y desconoce las importantes diferencias que existen entre esas distintas maneras de poner fin al proceso, entre las cuales cita, a modo de ejemplo, la manera en que condicionan el posterior ejercicio de la acción reparatoria, según las respectivas reglas de prejudicialidad del Cód. Civil. Por otra parte, el recurrente señala que, si el tribunal declaró inadmisibles la impugnación en

virtud del artículo 387, volvió contra sus propios actos al tratar y rechazar el agravio de fondo sobre la validez constitucional del artículo 282 del Código Procesal local que obliga al tribunal a dictar el sobreseimiento cuando la acusación no se formaliza dentro del plazo previsto para la investigación preparatoria.

Sin perjuicio de esa contradicción, el reclamante califica de incompleta a la respuesta que el tribunal dio al planteo de inconstitucionalidad, pues se basó en la afirmación de la competencia de la legislatura local para fijar el término de duración máxima de los procedimientos y la consecuencia de su inobservancia, pero no atendió al argumento sobre la irrazonabilidad de la solución concreta que estableció el legislador provincial. A este respecto, la querrela considera que tanto el plazo de tres años para la totalidad del proceso (sin considerar recursos extraordinarios), como el de la investigación preparatoria, fijado en seis meses, prorrogable en determinados casos hasta cuatro meses más, simplemente ignora la realidad pues, a su criterio, esos lapsos están muy por debajo del término medio de duración de un proceso real; por consiguiente, afirma el apelante, solo en “raras excepciones” una investigación de seis meses no será incompleta.

Además, considera que esa regulación inflexible se aparta de las pautas vigentes en la jurisprudencia interna e internacional, en cuanto traduce el “plazo razonable” en un plazo prudencial, fijado en función de las circunstancias particulares de cada caso, como su complejidad, el comportamiento de las partes y la diligencia observada por las autoridades.

Con independencia del anterior argumento, la querrela sostiene que la norma es también inconstitucional porque legisla sobre un tema delegado al gobierno federal, ya que obliga a dictar el sobreseimiento si cada etapa del proceso no es cumplida en los plazos previstos. De tal manera, el legislador provincial ha consagrado, en la práctica, una nueva causa de extinción de la acción penal, invadiendo una materia que integra el derecho común de fondo que dicta el Congreso de la Nación.

Por último, el recurso se agravia de la imposición de la mitad de las costas del proceso a la parte querellante, pues considera arbitraria esa

distribución al haber existido razón plausible para litigar y porque la causa se cerró por la morosidad de las autoridades judiciales, sin que su parte haya tenido la posibilidad de demostrar el fundamento de su pretensión.

- III -

Si bien el reclamo se dirige contra una decisión que, desde el punto de vista formal, declaró la inadmisibilidad de un recurso local —la cual, por regla general no sería revisable por esta vía (Fallos: 324:2554; 326:454 7; 329:5448)— lo cierto es que, como señala con acierto el recurrente, más allá de los términos utilizados por el a qua, la sentencia trató y dio una respuesta de fondo a la cuestión constitucional planteada por el apelante. Esta señalada falta de coherencia en el trámite permitió remediar, por así decirlo, la incorrecta aplicación del límite formal previsto en el artículo 387 del Código Procesal local, pues ese proceder hubiera contravenido el criterio establecido por la Corte en Fallos: 311:2478, según el cual cuando se plantea una cuestión federal, la intervención del superior tribunal de provincia es necesaria en virtud de la regulación que el legislador nacional hizo del artículo 31 de la Constitución Nacional, de modo que la legislatura local y la jurisprudencia de sus tribunales no pueden vedar el acceso a aquel órgano.

Aclarada esta particularidad, estimo que el recurso extraordinario cumple con los requisitos de admisibilidad, ya que se dirige contra la sentencia definitiva dictada por el superior tribunal de la causa, se cuestiona una norma provincial bajo la pretensión de ser contraria a la Constitución Nacional y la decisión del a qua fue en favor de su validez.

- IV -

El artículo 282 del Código Procesal Penal de Chubut, según el texto que los tribunales de la causa consideraron aplicable al caso, establecía que la etapa preparatoria tendría una duración de seis meses y que, transcurrido ese plazo, o las eventuales prórrogas que la ley autoriza, se debía dictar el sobreseimiento del imputado. El a qua defendió la validez constitucional de la norma al considerar que la legislatura provincial poseía competencia para regular cuestiones de derecho procesal, y en este caso había sido

ejercida para reglamentar el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable. La circunstancia de que el Código Procesal de Chubut haya adoptado, según la propia consideración del a qua, “un régimen riguroso en la materia” o “la legislación adjetiva con mayor inflexibilidad de la federación argentina” (conf. fs. 1611 vta.) y que ello se traduzca “en un plazo que conduce a la extinción de la acción penal, ya sin fundamento en la regla respectiva del Código Penal (artículo 59)” no altera la noción de que las provincias, al legislar sobre el plazo de duración del proceso, “no hacen sino aplicar criterios o estándares constitucionales a sus propios códigos procesales, en uso de sus competencias reservadas” (conf. fs. 1614).

En la medida en que el recurso pretende controvertir las anteriores afirmaciones del a qua con base en una interpretación distinta del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, en cuanto establece la competencia del Congreso de la Nación para legislar sobre el derecho común, entiendo que en la tarea de establecer la inteligencia de la norma federal, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 324:920; 326:1198; 328:1883; 330:2981).

En antiguos precedentes sobre cuestiones similares a la aquí planteada, la Corte sostuvo que, cualquiera sea el propósito de su legislación, las provincias no pueden alterar en forma alguna la ley de fondo; por consiguiente, carecen de facultades para establecer una causa de extinción de la acción penal que no está prevista en el Código Penal (Fallos: 178:31). En el mismo sentido, ha dicho V. E. que “la facultad de las provincias de legislar sobre procedimientos judiciales lo es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que sancione el Congreso Nacional cuando considere el caso de prescribir formalidades especiales para el régimen de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que a él incumbe dictar. Se circunscribe así la facultad de las provincias en materia procesal a lo que positivamente debe comprenderse en ella, vale decir que, si pueden señalar las reglas de acuerdo con las cuales los procesos vinculados con aquellos códigos han de sustanciarse

y terminarse, tal atribución no autoriza a destruir ni anular los preceptos de aquellas leyes fundamentales que al Congreso corresponde sancionar”; por ello “las leyes procesales cuando emplazan o conminan para la realización de cierto acto dentro de determinado tiempo, solo pueden sancionar el incumplimiento o la omisión por la vía de la caducidad del derecho a cuyo ejercicio se insta, pero no decidir la pérdida de acciones propias de una materia distinta de la que conforma la sustanciación solemne y prolija de los juicios” (Fallos: 219:400). En ese precedente, V. E. afirmó expresamente que solo el Congreso de la Nación se halla autorizado a establecer las causas de extinción de la acción penal y, por lo tanto, declaró inconstitucional una norma local que decidía que la inactividad de las partes durante cierto lapso conducía al sobreseimiento. El mismo criterio fue reiterado en el precedente publicado en Fallos: 308:2140.

La última reforma y ampliación del régimen de extinción de la acción penal que llevó a cabo el Congreso Nacional a través de la reciente sanción de la ley 27.147 (BO del 18 de junio de 2015) conduce a pensar que no hay motivos que justifiquen abandonar la tesitura expuesta en el párrafo anterior. En efecto, el nuevo artículo 59 del CP contempla, además de las anteriores causas de extinción de la acción por muerte del imputado, amnistía, prescripción y renuncia del agraviado en los delitos de acción privada, tres nuevas basadas en institutos del derecho procesal más avanzado: la extinción por aplicación de un criterio de oportunidad, por conciliación o reparación integral del perjuicio y por el cumplimiento de las condiciones de la suspensión del juicio a prueba. De este modo, ha quedado reafirmado en la práctica del Congreso que el régimen de la extinción de la acción penal está incluido en el derecho común de fondo que a él le incumbe dictar, inclusive en supuestos basados en la aplicación de reglas procesales que hoy se encuentran previstas en la mayoría de los códigos de procedimiento provinciales, como lo demuestra claramente el nuevo texto del artículo 59 del CP.

Si dicha norma consagró como supuestos de extinción de la acción la aplicación de criterios de oportunidad, la conciliación o reparación integral del perjuicio y el cumplimiento de las condiciones impuestas en la probation, pero no lo

hizo con respecto a las menos novedosas reglas procesales que fijan determinado plazo para el cumplimiento de un acto o etapa del proceso como lo es, para referirse a este caso particular, el plazo para formular la acusación durante la investigación preparatoria, cabe concluir que la norma local cuya validez se cuestiona efectivamente ha ingresado en una materia vedada a la legislatura provincial al establecer que debe dictarse el sobreseimiento ante el transcurso de cierto plazo y bajo determinadas condiciones, en contra de lo establecido por los artículos 31, 75, inciso 12, y 126 de la Constitución Nacional. No obstante, aun a riesgo de formular una consideración trivial, corresponde aclarar, en primer lugar, que el régimen de duración de los procesos sancionado por la Provincia del Chubut constituye, en todos sus restantes aspectos, un ejercicio inobjetable de sus poderes reservados y que las apreciaciones aquí efectuadas no deben entenderse en un sentido que debilite o comprometa la plena operatividad del derecho constitucional a ser juzgado en un plazo razonable.

- V -

En virtud de lo expuesto, considero que V. E. debe declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, abril 19 de 2016. — *Eduardo E. Casal*.

Buenos Aires, agosto 12 de 2021.

Considerando:

1º) Que en lo relativo a los antecedentes de la causa, como así también a la admisibilidad del recurso interpuesto, corresponde remitir a los acápites I, II, III y IV, primer y segundo párrafo, del dictamen de la Procuración General de la Nación a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

2º) Que, como correctamente se señala en el referido dictamen, el Tribunal ha sostenido que, cualquiera sea el propósito de su legislación, las provincias no pueden alterar en forma alguna la ley de fondo y que, por consiguiente, carecen de facultades para establecer una causa de extinción de la acción penal que no está prevista en el Código Penal (Fallos: 178:31).

En el mismo sentido, esta Corte ha afirmado que “la facultad de las provincias de legislar sobre procedimientos judiciales lo es, sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que sancione el Congreso [Nacional] cuando considere el caso de prescribir formalidades especiales para el régimen de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que a él (...) incumbe dictar. Se circunscribe así la facultad de las provincias en materia procesal a lo que positivamente debe comprenderse en ella, vale decir que, si pueden señalar las reglas de acuerdo con las cuales los procesos vinculados con aquellos códigos han de sustanciarse y terminarse, tal atribución no autoriza a destruir ni anular los preceptos de aquellas leyes fundamentales que al Congreso corresponde sancionar”. Por esta razón, se ha resuelto que “las leyes procesales cuando emplazan o conminan para la realización de cierto acto dentro de determinado tiempo, solo pueden sancionar el incumplimiento o la omisión por la vía de la caducidad del derecho a cuyo ejercicio se insta..., pero no decidir la pérdida de acciones propias de una materia distinta de la que conforma la sustanciación solemne y proliza de los juicios” (Fallos: 219:400). En este último precedente, el Tribunal afirmó expresamente que solo el Congreso de la Nación se halla autorizado a establecer las causas de extinción de la acción penal y, por lo tanto, declaró inconstitucional una norma local que decidía que la inactividad de las partes durante cierto lapso conducía al sobreseimiento. Este criterio fue reiterado, en épocas más recientes, en el precedente publicado en Fallos: 308:2140.

En suma, a la luz de esta consolidada línea de precedentes, legislar sobre las causales de extinción de la acción penal es parte del derecho de fondo, materia que corresponde al Congreso de la Nación con carácter exclusivo, en razón de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

3º) Que a ello cabe agregar que es incorrecta la postura sostenida en la sentencia apelada según la cual toda vez que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y la prescripción de la acción penal resultan institutos conceptualmente distintos, ello debería llevar a concluir que es solamente el instituto de la prescripción el que integra el derecho de fondo, mientras que el plazo razonable es materia regulable por los ordenamientos procesales locales.

En efecto, si bien los institutos analizados no son idénticos, ellos se encuentran estrechamente vinculados. En ese sentido, el Tribunal ha dicho que “la prescripción de la acción penal tiene una estrecha vinculación con el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal, y que esto obedece además al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial que es el respeto debido a la dignidad del hombre, el cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona de liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito” (Fallos: 342:2344 y sus citas). En virtud de su estrecha vinculación, la prescripción ha sido el mecanismo a través del cual esta Corte ha hecho efectiva la garantía del plazo razonable (Fallos: 300:1102; 312:2075; 323:982; 333:1987, entre otros), incluso si de acuerdo con los términos de la legislación ordinaria la prescripción no se hubiera producido (Fallos: 338:1538, entre otros).

En definitiva, dado que el remedio para la violación del derecho en cuestión es la extinción de la acción penal (la que, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corte, debe declararse a través de la prescripción), ello no puede seguirse de una norma provincial.

4°) Que las conclusiones anteriores no se ven modificadas por el hecho de que el legislador provincial, al establecer la norma cuya validez se cuestiona, haya perseguido reglamentar el derecho constitucional a ser juzgado en un plazo razonable, puesto que las legislaturas locales no pueden, bajo el pretexto de hacer efectiva una garantía constitucional, eludir la distribución de competencias fijada en la propia Constitución Nacional. Como se señaló con claridad en el ya citado precedente de Fallos: 178:31, las provincias “no pueden alterar o modificar en forma alguna la ley de fondo, cualquiera sea el propósito de su legislación: en el caso en examen, evitar que se prolonguen los juicios penales” (considerando 4°). Esto no significa, por cierto, que ellas carezcan de potestades para legislar acerca de los procedimientos ante sus tribunales con el propósito de que tiendan a hacer efectiva la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, sino simplemente que no están fa-

cultadas para hacerlo a través del mecanismo específico elegido por el poder legislativo provincial en este caso, que supone la extinción de la acción penal a través de un modo no previsto por el derecho de fondo.

5°) Que las consideraciones anteriores tornan innecesario el tratamiento de los agravios de la apelante vinculados con la falta de razonabilidad del plazo concretamente fijado en la normativa provincial.

Por ello, y de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar al recurso extraordinario, se declara la inconstitucionalidad del artículo 282 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut en su aplicación al caso y se revoca la sentencia apelada. Costas por su orden, en ambas instancias, en atención a las particularidades del caso (artículo 68, segundo párrafo, y arg. artículo 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y cúmplase. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Ricardo L. Lorenzetti* (por su voto). — *Elena I. Highton de Nolasco* (por su voto). — *Juan C. Maqueda* (por su voto).

Voto de la doctora *Highton de Nolasco*

Considerando:

1°) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut declaró inadmisibile la impugnación extraordinaria deducida por el querellante contra la sentencia que sobreseyó a los imputados por haberse excedido el plazo previsto, para la duración de la investigación penal preparatoria, en el artículo 282 del Código de Procedimiento Penal local, cuya constitucionalidad expresamente sostuvo.

2°) Que, contra dicha decisión, la parte querellante interpuso un recurso extraordinario federal formulando los siguientes agravios: a) la inconstitucionalidad de la mencionada norma, por cuanto el legislador local reguló en materia de extinción de la acción penal que resulta competencia del Congreso de la Nación; b) la irrazonabilidad del plazo previsto en la citada

normativa; c) la arbitrariedad en la imposición a su respecto de la mitad de las costas.

Este remedio fue concedido conforme el auto obrante a fs. 1660.

3°) Que el recurso extraordinario interpuesto resulta formalmente admisible, ya que la sentencia impugnada reviste el carácter de definitiva en tanto pone fin al pleito. Además, proviene del tribunal superior de la causa y suscita cuestión federal suficiente, toda vez que en el caso se ha puesto en cuestión la validez de la norma provincial referida por contradecir la legislación nacional, en inobservancia de lo previsto en los artículos 31 y 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, y se denuncia la violación a la garantía de defensa en juicio protegida en el artículo 18 de la Constitución Nacional por mediar arbitrariedad en lo resuelto. Finalmente, existe relación directa e inmediata entre los agravios constitucionales incoados y el pronunciamiento impugnado, y la decisión es contraria al derecho federal invocado por el recurrente.

Cabe recordar, a este respecto, que cuando se encuentra en debate el alcance de una norma de derecho federal, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones del *a quo* ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 308:647 y 339:609, entre otros).

4°) Que el artículo 282 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut, conforme la redacción aplicable al caso —de sustancial similitud a la vigente— cuya constitucionalidad cuestionó la impugnante, establecía que la etapa preparatoria tendría una duración máxima de seis meses contados desde la realización de la audiencia de apertura de la investigación, y preveía que debía dictarse el sobreseimiento del imputado en el caso de que hubiera transcurrido el plazo previsto —o el de sus eventuales prórrogas— sin que el Fiscal presentara la acusación.

5°) Que el *a quo* sostuvo la constitucionalidad de dicha norma procesal, que fue aplicada en el caso para sobreseer a los tres imputados de la comisión de un hecho de homicidio, por entender que fue dictada en ejercicio de las facultades

que la Constitución Nacional otorga a las provincias de dictar sus ordenamientos procesales. Asimismo, el superior tribunal local sostuvo que la Provincia del Chubut con esta previsión —así como con otras que establecen la duración total del proceso— reglamentó el derecho de los imputados a ser juzgados en un plazo razonable, brindando un resguardo más protector de esta garantía que el establecido por el legislador nacional al regular el régimen de la acción penal.

6°) Que esta Corte ha establecido que es facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional la de organizar su administración de justicia y, por ello, la tramitación de los juicios es de su incumbencia exclusiva. Empero, se ha sostenido que el ejercicio de esta facultad es “desde todo punto de vista, inconstitucional si impide a los magistrados locales (...) aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, las leyes que en su consecuencia se dictan por el Congreso (...) a las que las autoridades de cada estado están obligadas a conformarse, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan sus constituciones o leyes” (Fallos: 311:2478).

Con similar criterio, ha afirmado también que “el diseño del sistema federal en la Constitución Nacional reconoce la preexistencia de las provincias y la reserva de todos los poderes que estas no hubiesen expresamente delegado en el gobierno central, a la vez que exige aplicar estrictamente la preeminencia de los poderes federales en las áreas en que la Ley Fundamental así lo estableció” (Fallos: 324:3048; 333:2367).

Si bien es cierto que todo aquello que involucre el peligro de limitar las autonomías provinciales ha de instrumentarse con suma prudencia para evitar el cercenamiento de los poderes no delegados de las provincias; también lo es que, el ejercicio de las facultades delegadas que la Constitución Nacional asigna a la Nación, no puede ser enervado por aquellas, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan todas las provincias (conf. Fallos: 332:66 y sus citas; 333:2367).

7°) Que, de este modo, resulta indiscutible que las provincias se encuentran facultadas para dictar los códigos de procedimiento con los que hacen aplicación de las leyes de fondo en sus respectivas jurisdicciones y que el criterio, oportunidad y acierto con que las ejercen son irrevisables, salvo el que corresponda efectuar en el marco del control de constitucionalidad destinado a resguardar la supremacía de la Constitución Nacional y de las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso.

8°) Que, por tal motivo, le corresponde a esta Corte determinar si la norma procesal, cuya constitucionalidad ha sido puesta en cuestión, implica la estipulación de reglas relativas al ejercicio de la acción penal que resultan de competencia exclusiva del legislador nacional, conforme lo prevé el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

9°) Que resulta ineludible comenzar este examen partiendo de la premisa de que, en función de la atribución que la Constitución Nacional le otorga al legislador nacional para regular en materia penal, ya desde 1928 esta Corte ha remarcado que “en los casos de discordancia del Código Penal con una ley procesal, el predominio de la ley de fondo no implica que se han invadido las facultades reservadas por las Provincias para dictar sus leyes de procedimientos, sino que estas se han apartado de los preceptos de la ley substantiva dictada por el Congreso en ejercicio de facultades propias, y a las que las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales” (Fallos: 152:62).

10) Que, en forma consistente con ello, esta Corte ha sostenido que “la aplicación de la ley penal —cuyo dictado con carácter uniforme para toda la Nación el art. 75, inc. 12, de la Constitución atribuye al Congreso—” determina que “entre las facultades reservadas a las legislaturas provinciales no está la atribución de establecer soluciones diferentes según el lugar del país donde los hechos supuestamente ilícitos hayan sido cometidos” (Fallos: 319:2925).

11) Que este Tribunal ha señalado que el instituto de la prescripción en materia penal encuentra fundamento en el hecho social según el

cual el transcurso del tiempo conlleva el “olvido y el desinterés del castigo” (Fallos: 292:103), y que compete al legislador nacional determinar el régimen de la prescripción extintiva de las acciones represivas atendiendo a “consideraciones relacionadas con la seguridad jurídica, (...) la economía procesal (...) y el interés general” (Fallos: 307:1466).

12) Que ya con relación al artículo 67 del CP, única norma que regula los supuestos procesales que determinan la extinción de la acción penal por prescripción, es decir, por el transcurso del plazo que resulte aplicable según lo previsto en el artículo 62 del mismo cuerpo legal, el Tribunal ha dicho que “la reciente ley 25.990, modificatoria del artículo 67 del CP, párrafos 4 y 5 (...) sin eliminar la idea de la existencia de actos interruptores de la acción penal (...) consagra una enumeración taxativa de cuáles son los que asumen tal naturaleza”, y destacó que “la nueva legislación no abandona el esfuerzo en mantener el equilibrio entre Nación y provincias —desde un Código que debe regir en toda la República— toda vez que además de realizar una enumeración de los actos con naturaleza interruptora de la prescripción, permite su asimilación a los institutos similares previstos en las normas locales” (Fallos: 337:354).

13) Que, en función de todo lo dicho precedentemente, resulta enteramente aplicable al sub examine la doctrina de Fallos: 178:31, precedente en el que esta Corte afirmó “que el Código Penal establece (...) las causas de extinción de las acciones (...). Y al fijar la prescripción de la acción penal, en su art. 62, determina el tiempo en la cual esta (...) opera, que debe ser igual en todo el territorio de la Nación, atento el carácter nacional del Código Penal” y que, por tal motivo, la “jurisdicción de las provincias hállase limitada a la aplicación de los códigos comunes, cuando las cosas o las personas caen bajo sus respectivas jurisdicciones. (...) no pueden alterar o modificar en forma alguna la ley de fondo, cualquiera sea el propósito de su legislación”, por lo que se declaró la inconstitucionalidad de la norma procesal local al concluirse que en tanto “la Provincia de Entre Ríos ha establecido un término menor que el fijado en el art. 62 del CP para la extinción de la acción (...) ha violado (...) el art. 31 de la Constitución Nacional que establece la supremacía de la ley nacional”.

Ello así resulta por cuanto, al haberse atribuido a la Nación la facultad de dictar el Código Penal (artículo 126 de la Constitución Nacional), los estados locales han admitido la prevalencia de las leyes del Congreso Nacional respecto de las materias incluidas en dicho cuerpo —entre las que se encuentran aquellas relativas a la extinción de la acción penal— y, paralelamente, la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan, sin que ello importe desconocer que las provincias conservan todo el poder no delegado en la Constitución al gobierno federal (Fallos: 326:3899, entre muchos otros), sino determinar el alcance de aquel que sí lo fuera.

14) Que, en consecuencia, debe colegirse que la norma procesal local, tachada de inconstitucional, ha consagrado una solución normativa que apareja una drástica reducción de la vigencia temporal de la acción penal regulada en el Código de fondo. De este modo, ha tornado palmariamente inoperantes las disposiciones sustantivas allí contenidas y ha alterado, inválidamente, la armonía con que el legislador nacional combinó el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito y el del individuo sometido al proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro (cf. *mutatis mutandis*, Fallos: 320:1717).

Por consiguiente, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 282 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut en razón de su disconformidad con las normas de carácter nacional y de fondo establecidas en los artículos 59, 62 y 67 del CP.

15) Que, por último, en razón de lo aquí resuelto, deviene inoficioso que esta Corte se pronuncie respecto de los demás agravios incoados por la parte recurrente.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar al recurso extraordinario, se declara la inconstitucionalidad del artículo 282 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut en su aplicación al caso y se revoca la sentencia apelada. Costas por su orden, en ambas instancias, en atención a las particularidades del caso (artículo 68, segundo párrafo, y arg. artículo 279, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte un

nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y cúmplase. — *Elena I. Highton de Nolasco*.

Voto del doctor *Maqueda*

Considerando:

1°) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut declaró inadmisibles la impugnación extraordinaria deducida por el querellante contra la sentencia que sobreseyó a los imputados por haberse excedido el plazo previsto, para la duración de la investigación penal preparatoria, en el artículo 282 del Código de Procedimiento Penal local, cuya constitucionalidad expresamente sostuvo.

2°) Que, contra dicha decisión, la parte querellante interpuso un recurso extraordinario federal formulando los siguientes agravios: a) la inconstitucionalidad de la mencionada norma, por cuanto el legislador local reguló en materia de extinción de la acción penal que resulta competencia del Congreso de la Nación; b) la irrazonabilidad del plazo previsto en la citada normativa; c) la arbitrariedad en la imposición a su respecto de la mitad de las costas.

Este remedio fue concedido conforme el auto obrante a fs. 1660.

3°) Que el recurso extraordinario interpuesto resulta formalmente admisible, ya que la sentencia impugnada reviste el carácter de definitiva en tanto pone fin al pleito. Además, proviene del tribunal superior de la causa y suscita cuestión federal suficiente, toda vez que en el caso, por una parte y respecto del primer agravio, se ha puesto en cuestión la validez de la norma provincial referida por contradecir la legislación nacional, en inobservancia de lo previsto en los artículos 31 y 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, y la decisión ha sido en favor de la validez de la ley local. Por otra parte, y respecto de los restantes agravios, se denuncia la violación a la garantía de defensa en juicio protegida en el artículo 18 de la Constitución Nacional por mediar arbitrariedad en lo resuelto. Finalmente, existe relación directa e inmediata entre los agravios constitucionales incoados y el pronunciamiento impugnado, y la decisión es contraria al derecho federal invocado por el recurrente.

Cabe recordar, a este respecto, que cuando se encuentra en debate el alcance de una norma de derecho federal, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones del *a quo* ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 308:647 y 339:609, entre otros).

4°) Que el artículo 282 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut, conforme la redacción aplicable al caso —de sustancial similitud a la vigente— cuya constitucionalidad cuestionó la impugnante, establecía que la etapa preparatoria tendría una duración máxima de seis meses contados desde la realización de la audiencia de apertura de la investigación, y preveía que debía dictarse el sobreseimiento del imputado en el caso de que hubiera transcurrido el plazo previsto —o el de sus eventuales prórrogas— sin que el Fiscal presentara la acusación.

5°) Que el *a quo* sostuvo la constitucionalidad de dicha norma procesal, que fue aplicada en el caso para sobreseer a los tres imputados de la comisión de un hecho de homicidio, por entender que fue dictada en ejercicio de las facultades que la Constitución Nacional otorga a las provincias para dictar sus ordenamientos procesales.

De esa manera, y para desestimar el planteo de la querrela vinculado a que el citado artículo 282 del Código Procesal Penal local excedía las atribuciones de la provincia al superponerse con el régimen del Código Penal de la Nación para la extinción de las acciones (artículo 59), el *a quo* afirmó que la regulación provincial impugnada “implica la estipulación de normas de caducidad del ejercicio de la acción penal durante el desarrollo” de los procesos como uno de los mecanismos posibles para garantizar su “definición rápida” e implementar el derecho constitucional a ser juzgado en un plazo razonable. En un mismo razonamiento, los diferentes votos del tribunal sostuvieron que si bien la extinción de la acción penal por prescripción regulada en los artículos 59, 62 y 67 del CP “atacan la pretensión punitiva del Estado” y la norma procesal de Chubut “también ataca lo mismo”, consideraron que esta última pretende implementar la garantía del debido proceso y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Asimismo, el superior tribunal local sostuvo que la Provincia del Chubut con esta previsión —así como con otras que establecen la duración total del proceso— reglamentó el derecho de los imputados a ser juzgados en un plazo razonable, brindando un resguardo más protector de esta garantía que el establecido por el legislador nacional al regular el régimen de la acción penal. En este sentido, los distintos votos coincidieron en entender que “la regulación de la acción penal en la ley de fondo constituye el piso mínimo” pero que de ninguna manera configura un “tope” que “obtura el establecimiento de mejores garantías”. A partir de la premisa de que la Provincia del Chubut hizo uso de su competencia reservada para regular sobre el plazo razonable, el tribunal consideró que la norma impugnada en realidad no colisionaba con la atribución federal del artículo 75, inciso 12, sino que ambas “se legitiman en la misma instancia constitucional”.

6°) Que a la luz de estos antecedentes, la cuestión fundamental que debe decidir esta Corte consiste en determinar si el artículo 282 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia del Chubut aplicable al caso al prever un supuesto de extinción de la acción penal —por caducidad según lo interpretado por el propio *a quo*— se mantiene dentro de las atribuciones reservadas por la provincia o invade la materia propia del Código Penal delegado exclusivamente al Congreso de la Nación en los artículos 75, inciso 12, y 126 de la Constitución Nacional.

7°) Que para resolver este tipo de cuestiones vinculadas a la distribución de competencias legislativas este Tribunal fijó ciertas pautas de interpretación que velan por el federalismo que ordena nuestra Constitución Nacional.

En tal sentido, esta Corte ha establecido que es facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional la de organizar su administración de justicia y, por ello, la tramitación de los juicios es de su incumbencia exclusiva. Empero, ha sostenido que el ejercicio de esta facultad es “desde todo punto de vista, inconstitucional si impide a los magistrados locales (...) aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, las leyes que en su consecuencia se dicten por el Congreso (...) a las que las autoridades de cada estado están obligadas a

conformarse, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan sus constituciones o leyes” (“Di Mascio”, Fallos: 311:2478).

Con similar criterio, ha afirmado que “el diseño del sistema federal en la Constitución Nacional reconoce la preexistencia de las provincias y la reserva de todos los poderes que estas no hubiesen expresamente delegado en el gobierno central, a la vez que exige aplicar estrictamente la preeminencia de los poderes federales en las áreas en que la Ley Fundamental así lo estableció” (“Transporte Interprovincial Rosarina SA”, Fallos: 324:3048).

En esa distribución de competencias, todo análisis de las atribuciones federales invocadas debe partir del canónico principio de interpretación según el cual la determinación de qué poderes las provincias han conferido a la Nación y, sobre todo, del carácter en que lo han sido, debe siempre ceñirse a la lectura más estricta.

Tal mandato interpretativo emana de la premisa según la cual los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, en tanto que los correspondientes a la Nación son delegados y definidos (artículos 121 y 75 de la Constitución Nacional, causa “Blanco”, Fallos: 1:170, entre muchas otras hasta la más reciente “Cablevisión SA c. Municipalidad de Pilar”, Fallos: 329:976). En palabras de Juan Bautista Alberdi “el poder reservado al gobierno local es más extenso que el nacional porque es indefinido y comprende todo lo que abraza la soberanía del pueblo, mientras que el poder general es limitado y se compone en cierto modo de excepciones” (Juan B. Alberdi, Derecho Público Provincial Argentino, Buenos Aires, editorial Ciudad Argentina, 1998, p. 146).

Pero además la interpretación estricta con que deben analizarse las potestades que se pusieron en cabeza de la Nación surge también de la preocupación porque tales postulados básicos del federalismo no pierdan realidad. La interpretación estricta aparece, de esa manera, como crucial para prevenir aquel riesgo que denunciaba Clodomiro Zavalía en 1929 de “deformar en el hecho” el federalismo de la Constitución (Prólogo de Clodomiro Zavalía a los Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina de Domingo F. Sarmiento, 1929, Rosso, Buenos Aires, ps. 17 y 19).

Ahora bien, si es cierto que todo aquello que involucre el peligro de limitar las autonomías provinciales ha de instrumentarse con suma prudencia para evitar el cercenamiento de los poderes no delegados de las provincias, también lo es que, el ejercicio de las facultades delegadas que la Constitución Nacional asigna a la Nación, no puede ser enervado por aquellas, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan todas las provincias (“Molinos”, Fallos: 332:66 y sus citas).

8°) Que, de este modo a la luz de todo lo dicho anteriormente, resulta indiscutible que las provincias se encuentran facultadas para dictar los códigos de procedimiento con los que hacen aplicación de las leyes de fondo en sus respectivas jurisdicciones, y que el criterio, oportunidad y acierto con que ejercen tales facultades son irrevisables excepto en cuanto al examen que corresponda efectuar en el marco del control de constitucionalidad destinado a resguardar la supremacía de la Constitución Nacional.

9°) Que en consecuencia esa es la cuestión que debe examinar la Corte en esta oportunidad pues la recurrente plantea que el artículo 282 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut aplicable al caso viola la distribución de competencias de los artículos 75, inciso 12, y 126 de nuestra Constitución Nacional.

En efecto, entre aquellas potestades que la Constitución confiere a la Nación se encuentran precisamente las del artículo 75, inciso 12, que imponen al Congreso federal “dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales”. A su vez, la Carta Fundamental en su artículo 126 les prohíbe a las provincias dictar el Código Penal. En la confluencia de estas dos normas surge la clara atribución exclusiva del Poder Legislativo Nacional y así lo ha sostenido esta Corte históricamente (“Otero”, Fallos: 57:337; “SA Cayetano Piccione”, Fallos: 252:26; “Las Mañanitas”, Fallos: 332:1704; “Beaudean”, Fallos: 335:6).

10) Que esa uniformidad de los llamados códigos de fondo irrumpe en la Constitución Nacional como una continuidad consciente de una tradición previa a la revolución y reputada como un instrumento fundamental para lograr la construcción de la Nación.

En el proyecto constitucional de Alberdi —presentado como el delicado equilibrio entre las aspiraciones sobre en qué convertir la Nación y el modo de ser actual de la “vida normal y real de la República Argentina”— la legislación de fondo común aparece como uno de los antecedentes que merecían ser recogidos para converger en su modelo mixto que sintetizaba y abrazaba el “localismo con la nación” (Juan Bautista Alberdi, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República”, Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017, ps. 119 y 114/120).

Pero, además, la legislación de fondo común debía prevalecer no solo por ser una tradición en sí misma sino porque sería el medio por excelencia para mancomunar a la Nación por venir. Alberdi entendía que la legislación uniforme en distintos ramos era un instrumento para la construcción del país pues permitiría “estimular la población y el desarrollo” (Juan B. Alberdi, cit., ps. 86, 150 y 110). Y en su Derecho Público Provincial más directamente explicitó “el país que tuviese tantos códigos civiles, comerciales y penales como provincias, no sería un Estado, ni federal ni unitario. Sería un caos” (Juan B. Alberdi, Derecho Público Provincial Argentino, editorial Ciudad Argentina, 1998, p. 17).

Justo José de Urquiza también convencido de la necesidad de una comunidad legislativa en estas materias para lograr realizar el proyecto de una Nación, en su carácter de director provisorio de la Confederación Argentina, el 24 de agosto de 1852 creó una comisión a la que le encomendaba la codificación del derecho penal entre otras materias. En esa oportunidad, afirmaba que la paz que por fin respiraba la confederación poco iba a durar si no consolidaban sus leyes e instituciones y explicaba que poco sentido tendría garantizar en la Constitución los derechos de la persona con arreglo a las leyes, si al recurrir a estas mismas leyes “solo encontrase caos” (cf. transcripción de la carta de Urquiza del 24 de agosto de 1852 en Cabral Texo, Jorge,

“Historia del Cód. Civil Argentino”, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1920, p. 20).

A su vez, la delegación de tales poderes de codificación a la federación no pasó desapercibida en el seno del Congreso Constituyente de 1853. Ante las objeciones de Zavalía sobre la merma “a la soberanía provincial” que supondría encomendar los códigos de fondo a la Confederación, Gorostiaga explicó que si se dejaba a cada provincia esta facultad, “la legislación del país sería un inmenso laberinto de donde resultarían males incalculables” y que, por otra parte, “si en los Estados Unidos había códigos diferentes, era porque los americanos del Norte descendientes de los ingleses, habían formado como estos un cuerpo de legislación de leyes sueltas” (Congreso General Constituyente, 46° sesión, 28 de abril de 1853, Santa Fe, ps. 175-76, y luego sesión 48°, 30 de abril de ese mismo año, Santa Fe, p. 186).

La idea de que ese fuera un “derecho común” a las provincias se mantuvo incluso luego de la reforma de 1860 en la que, después del fundacional pacto del 11 de noviembre de 1859 de San José de Flores, y a partir de las reformas propuestas por la Provincia de Buenos Aires, la Convención Constituyente ad hoc modificó esa cláusula únicamente para preservar la jurisdicción de los tribunales provinciales en la materia. Así, en el informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal —luego aprobado— se reconoció el buen espíritu de la facultad del Congreso Nacional de dictar los códigos de fondo “por cuanto ella tiende a la uniformidad de la legislación” (Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal, “Reforma Constitucional de 1860. Textos y documentos fundamentales”, Universidad Nacional de La Plata, 1961, apartado IV, p. 128).

A partir de estos antecedentes, esa particular unidad legislativa aparece como instrumental a la mancomunidad política.

Como ya ha dicho esta Corte, ese mandato constitucional se dirige directamente a engrosar “los fuertes lazos de unidad que resultan necesarios para que exista una misma identidad” (“Las Mañanitas”, Fallos: 332:1704) y demostró ser “uno de los instrumentos que más poderosamente han contribuido a la consolidación de la unión nacional” salvaguardando al mismo

tiempo la diversidad de jurisdicciones que corresponde al propio Estado federal (“Ramos”, Fallos: 278:62).

11) Que, así enmarcado el sentido de la codificación uniforme en nuestra Constitución Nacional, corresponde señalar en lo que atañe a este caso concreto que este Tribunal ya tiene dicho que es únicamente al Congreso de la Nación a quien le incumbe legislar sobre la extinción de las acciones en razón de la delegación de los artículos 75, inciso 12, y 126 para dictar el Código Penal (“Miranda”, Fallos: 219:400).

En efecto, jurisprudencia histórica de este Tribunal afirma que le corresponde al Congreso de la Nación regular puntualmente sobre la prescripción en tanto constituye uno de los modos de extinción de las acciones (cf. Fallos: 193:231; 219:400; 226:727, entre muchos otros).

En línea con los referidos fines que inspiraron la uniformidad de la legislación, este Tribunal ha señalado que el instituto de la prescripción en materia penal encuentra fundamento en el hecho social según el cual el transcurso del tiempo conlleva el “olvido y el desinterés del castigo” (“Ponti”, Fallos: 292:103) y que las normas legislativas que lo regulan se fundan en “consideraciones relacionadas con la seguridad jurídica y la economía procesal” (“Guardia”, Fallos: 307:1466).

12) Que, así definido el alcance de la atribución exclusiva del Congreso de la Nación para dictar el Código Penal y legislar en lo relativo a la extinción de la acción penal, queda sellado el estándar de análisis de validez aplicable a la norma provincial aquí impugnada.

Es que cuando la materia regulada por la provincia se monta sobre aquellas facultades delegadas exclusivamente a la Nación, la consecuencia es directamente fulminante para la normativa local, pues allí la convivencia competencial se convierte en sí misma en insostenible. Distinto es el estándar de análisis de validez aplicable cuando, a diferencia del presente caso, el aspecto regulado por la provincia corresponde al ejercicio de sus facultades propias al que concurre una regulación del Congreso federal, en cuyo caso el estándar de análisis exige adentrarse en la constatación de si media entre ambas normas una in-

compatibilidad intolerable, toda vez que allí la mera cohabitación de normas emanadas de diferentes autoridades no resulta fatal.

Recientemente, la Corte aplicó estos estándares para resolver conflictos entre normas emanadas de diferentes autoridades a la luz de las citadas pautas de interpretación respetuosas del federalismo.

Por una parte, ante planteos que alegaban una invasión de normas locales en atribuciones legislativas exclusivas de la Nación, este Tribunal evaluó estrictamente si esas regulaciones provinciales efectivamente abordaban tópicos que les eran vedados.

Así, en “Telefónica Móviles Argentina c. Municipalidad de General Güemes” (Fallos: 342:1061, disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti) se determinó que en ese caso no se había acreditado que la ordenanza municipal que, invocando atribuciones propias en materia ambiental, de planeamiento territorial y de salud pública, reglamentaba el emplazamiento, instalación y habilitación de antenas de telecomunicaciones, constituyera un obstáculo real y efectivo que interfiriera con la materia legislativa propia del Estado Nacional en virtud, entre otras, de la cláusula del comercio y la de fijación de los correos generales (artículo 75, incisos 13 y 14, de la Constitución Nacional).

También, ante la alegada invasión de normas locales en supuestos ámbitos exclusivos de la Nación, esta Corte determinó que la regulación del juicio por jurados no se encuentra vedada a las provincias pues no se encuentra entre las enumeradas en el artículo 126 de la Constitución Nacional, por lo que se remarcó que otra lectura “aparejaría una por demás sustancial restricción de las facultades provinciales de darse sus propias instituciones y de disponer su sistema de administración de justicia” (“Canales”, Fallos: 342:697, voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

Finalmente, también aplicando las mismas pautas de interpretación federal, en el caso “Shi, Jinchui c. Municipalidad de la Ciudad de Arroyito” (Fallos: 344:1151), se determinó que no se comprobaba la denunciada invasión de atribuciones locales en ámbitos exclusivos de la Nación pues la ordenanza en cuestión, al imponer

el descanso dominical, regula días y horarios de apertura y cierre de los comercios sin que ello suponga “en modo alguno una regulación del contrato de trabajo, materia que le compete a la legislación nacional” (“Shi, Jinchui c. Municipalidad de la Ciudad de Arroyito”, Fallos: 344:1151, voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

Por otra parte, ante un supuesto de facultades concurrentes en el caso “Nobleza Piccardo” (Fallos: 338:1110, voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco), este Tribunal validó una ley provincial que establecía restricciones a la publicidad del tabaco sin perjuicio de sus diferencias con la regulación nacional, toda vez que la convivencia entre ambas normas no resultaba repugnante.

Sin embargo, y a diferencia de lo que se verificaba en los supuestos examinados en aquellos precedentes, una vez que se entiende, como en el presente caso, que la norma provincial efectivamente regula un instituto —como la extinción de la acción penal— que corresponde al ámbito legislativo exclusivo de la Nación —en los artículos 59, 62 y 67 del CP—, no puede tolerarse la convivencia entre ambas regulaciones.

En este sentido, la sentencia recurrida escapa a los estándares reseñados en cuanto sostiene que se puede reconocer simultáneamente la potestad exclusiva de la Nación para regular sobre los modos de extinción de la acción penal (artículos 59, 62 y 67) y la de una atribución local que, más allá de los fines que la guíen, crea un supuesto alternativo de extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo, tal como fue definido por el propio tribunal de la causa.

Como se ha dicho antes, la lectura que se haga de las atribuciones de la Provincia del Chubut para regular sobre la celeridad de los procesos judiciales y la de los artículos 59, 62 y 67 del Cód. Penal de la Nación deberán ceñirse a una interpretación respetuosa del federalismo. Sin embargo, ello no permite tergiversar las pautas constitucionales reconociendo la atribución exclusiva ejercida por el Congreso de la Nación en el Código Penal al determinar bajo qué supuestos se extingue una acción penal por el transcurso del tiempo y simultáneamente afirmar que ello puede convivir con un modo alternativo

de extinción de la acción penal vinculado a esa causa emanado de una legislatura provincial.

13) Que esta solución se encuentra en consonancia con la tradicional jurisprudencia de esta Corte que desde 1928 entendió que, en función de la atribución que la Constitución Nacional otorga al legislador nacional para regular en materia penal, “en los casos de discordancia del Código Penal con una ley procesal, el predominio de la ley de fondo no implica que se han invadido las facultades reservadas por las Provincias para dictar sus leyes de procedimientos, sino que estas se han apartado de los preceptos de la ley substantiva dictada por el Congreso en ejercicio de facultades propias, y a las que las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales” (“Criminal c. González”, Fallos: 152:62).

14) Que, en forma consistente con ello, esta Corte ha sostenido que “la aplicación de la ley penal —cuyo dictado con carácter uniforme para toda la Nación el art. 75, inc. 12, de la Constitución atribuye al Congreso—” determina que “entre las facultades reservadas a las legislaturas provinciales no está la atribución de establecer soluciones diferentes según el lugar del país donde los hechos supuestamente ilícitos hayan sido cometidos” (“Dahlgren”, Fallos: 319:2925).

15) Que con relación al artículo 67 del CP, única norma que regula los supuestos procesales que determinan la extinción de la acción penal por prescripción, es decir, por el transcurso del plazo que resulte aplicable según lo previsto en el artículo 62 del mismo cuerpo legal, el Tribunal ha dicho que “la reciente ley 25.990, modificatoria del artículo 67 del CP, párrafos 4 y 5 (...) sin eliminar la idea de la existencia de actos interruptores de la acción penal (...) consagra una enumeración taxativa de cuáles son los que asumen tal naturaleza”, y destacó que “la nueva legislación no abandona el esfuerzo en mantener el equilibrio entre Nación y provincias —desde un Código que debe regir en toda la República— toda vez que además de realizar una enumeración de los actos (con naturaleza interruptora de la prescripción, permite su asimilación a los institutos similares previstos en las normas locales” (“Demaría”, Fallos: 337:354, énfasis agregado).

16) Que, por todo lo dicho, resulta enteramente aplicable al sub examine la doctrina del precedente “Mustazzi” en el que esta Corte afirmó “que el Código Penal establece (...) las causas de extinción de las acciones (...). Y al fijar la prescripción de la acción penal, en su art. 62, determina el tiempo en la cual esta (...) opera, que debe ser igual en todo el territorio de la Nación, atento el carácter nacional del Código Penal” y que, por tal motivo, la “jurisdicción de las provincias [se halla] limitada a la aplicación de los códigos comunes, cuando las cosas o las personas caen bajo sus respectivas jurisdicciones. (...) no pueden alterar o modificar en forma alguna la ley de fondo, cualquiera sea el propósito de su legislación”, por lo que se declaró la inconstitucionalidad de la norma procesal local al concluirse que en tanto “la Provincia de Entre Ríos ha establecido un término menor que el fijado en el art. 62 del CP para la extinción de la acción (...) ha violado (...) el art. 31 de la Constitución Nacional que establece la supremacía de la ley nacional” (“Mustazzi”, Fallos: 178:31).

También resulta conducente recordar que en el precedente “Miranda” (Fallos: 219:400) la Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma del Código de Procedimiento de la Provincia de Córdoba que conducía a declarar extinguida la acción penal cuando no se instaba el procedimiento durante el plazo de un mes. Puntualmente señaló que “las leyes procesales cuando emplazan o conminan para la realización de cierto acto dentro de determinado tiempo, solo pueden sancionar el incumplimiento o la omisión por vía de la caducidad del derecho a cuyo ejercicio se insta (...) pero no decidir la pérdida de acciones propias de una materia distinta a la que conforma la sustanciación solemne y prolija de los juicios”. La Corte entendió que en ese caso la Provincia de Córdoba había excedido “los límites máximos del proceso en sí” al decidir que la inactividad de las partes conducía al “sobreseimiento por ‘extinción de la acción’ penal”.

Ello así por cuanto, al haberse atribuido a la Nación la facultad de dictar el Código Penal (artículos 75, inciso 12, y 126 de la Constitución Nacional), los estados locales han admitido la prevalencia de las leyes del Congreso Nacional respecto de las materias válidamente incluidas en dicho cuerpo —entre las que se encuentran aquellas relativas a la extinción de la acción pen-

nal— y, paralelamente, la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan.

17) Que, en consecuencia, debe colegirse que la norma procesal local, tachada de inconstitucional, ha consagrado una solución normativa que apareja una drástica reducción de la vigencia temporal de la acción penal regulada en el Código de fondo. De este modo, ha tornado palmariamente inoperantes las disposiciones sustantivas allí contenidas y ha alterado, inválidamente, la armonía con que el legislador nacional combinó el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito y el del individuo sometido al proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro (cf. “Demaría” ya citado y su cita de Fallos: 320:1717).

Por consiguiente, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 282 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut toda vez que invade atribuciones exclusivas de la Nación ejercidas en los artículos 59, 62 y 67 del CP.

18) Que, por último, y en razón del modo en que aquí se resuelve, deviene inoficioso que esta Corte se pronuncie respecto de los demás agravios incoados por la parte recurrente.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar al recurso extraordinario, se declara la inconstitucionalidad del artículo 282 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut en su aplicación al caso y se revoca la sentencia apelada. Costas por su orden, en ambas instancias, en atención a las particularidades del caso (artículo 68, segundo párrafo, y arg. del artículo 279, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y cúmplase.— *Juan C. Maqueda*.

Voto del doctor *Lorenzetti*

Considerando:

1°) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut declaró inadmisibles la impugnación extraordinaria deducida por el querrelante contra la sentencia que sobreseyó a los imputados por haberse excedido el plazo previsto para la duración de la investigación penal

preparatoria en el artículo 282 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia del Chubut, cuya constitucionalidad expresamente sostuvo.

2°) Que, contra dicha decisión, la parte que-rellante interpuso recurso extraordinario federal, el cual fue concedido por el tribunal *a quo*. En dicho recurso, el impugnante se agravió por considerar vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (con cita de los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) al declarar inadmisibles el recurso de esa parte contra el sobreseimiento de los imputados en virtud de una errónea aplicación del artículo 387 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut.

Asimismo, planteó la inconstitucionalidad de los artículos 146, 147, 148, 282 y 283 del referido Código, por considerar que los plazos allí fijados son irrazonables y que su fijación por parte del legislador provincial configuró un indebido avance sobre facultades reservadas al legislador nacional, en cuanto constituye una modificación de las disposiciones sobre la vigencia de la ley penal establecidas en el artículo 59 del CP. Finalmente, consideró arbitraria la imposición a su respecto de la mitad de las costas.

3°) Que, en su dictamen, el señor Procurador Fiscal entendió que la sentencia apelada debe ser revocada. En sustento de su postura, invocó los precedentes de esta Corte en Fallos: 178:31; 219:400 y 308:2140, en los cuales, según su opinión, se habrían examinado normas análogas, y se habría reafirmado el principio por el cual las provincias no pueden alterar en forma alguna la ley de fondo. Consiguientemente, afirma que ellas “...carecen de facultades para establecer una causa de extinción de la acción penal”. En esa dirección, destacó que si bien en su actual redacción (conforme ley 27.147), el artículo 59 del CP incluyó nuevas causales de extinción de la acción penal conforme los nuevos institutos procesales que ya estaban siendo aplicados en varias provincias, el legislador dejó intencionalmente de lado la incorporación de las normas relacionadas con la extinción de la acción penal por violación del plazo razonable previstas en los códigos procesales provinciales.

4°) Que el recurso extraordinario interpuesto resulta formalmente admisible, ya que la sentencia impugnada reviste el carácter de definitiva en tanto pone fin al pleito. Además, proviene del tribunal superior de la causa y suscita cuestión federal suficiente solo en cuanto atañe a la controversia en torno a la validez de la norma provincial referida por contradecir la legislación nacional, en inobservancia de lo previsto en los artículos 31 y 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, y se denuncia la violación a la garantía de defensa en juicio protegida en el artículo 18 de la Constitución Nacional por mediar arbitrariedad en lo resuelto. Finalmente, existe relación directa e inmediata entre los agravios constitucionales incoados y el pronunciamiento impugnado, y la decisión es contraria al derecho federal invocado por el recurrente.

5°) Que el artículo 282 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut, que fue aplicado en el caso para sobreseer a los tres imputados de la comisión de un hecho de homicidio y cuya constitucionalidad cuestionó la impugnante, establecía que la etapa preparatoria tendría una duración máxima de seis meses contados desde la realización de la audiencia de apertura de la investigación, y preveía que debía dictarse el sobreseimiento del imputado en el caso de que hubiera transcurrido el plazo previsto —o el de sus eventuales prórrogas— sin que el Fiscal presentara la acusación.

6°) Que el *a quo* sostuvo la constitucionalidad de dicha norma procesal, por entender que fue dictada en ejercicio de las facultades que la Constitución Nacional otorga a las provincias de dictar sus ordenamientos procesales. Al respecto, destacó que las normas que estipulan un tiempo para la duración del proceso penal en un todo o en su faz preparatoria, abastecen la garantía del debido proceso legal en su aspecto temporal, que involucra el derecho a una definición rápida de los procesos penales e implica la estipulación de normas de caducidad en el ejercicio de la acción penal durante el desarrollo de aquellos. En ese marco, el superior tribunal local sostuvo que la Provincia del Chubut reglamentó, mediante las disposiciones en estudio, el derecho de los imputados a ser juzgados en un plazo razonable, brindando un resguardo más protector de esta garantía que el establecido por el legislador nacional al regular el régimen de la

acción penal. Y añadió que, de ese modo, el legislador provincial no hizo sino aplicar los criterios o estándares constitucionales a sus propios códigos procesales, en uso de sus competencias reservadas, incluyendo entre ellas a las delegadas, pero no ejercidas por el legislador nacional, conforme lo establecido en los artículos 121 y 126 de la Constitución Nacional.

7°) Que en primer lugar, es preciso tener presente la inveterada doctrina de esta Corte Suprema que establece que la declaración judicial de inconstitucionalidad del texto de una disposición legal —o de su aplicación concreta a un caso— es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe efectuarla sino cuando la repugnancia del precepto con la cláusula constitucional invocada sea manifiesta, requiriendo de manera inexcusable un sólido desarrollo argumental y la demostración de un agravio determinado y específico (Fallos: 249:51; 299:291; 335:2333; 338:1444, 1504; 339:323, 1277; 340:669).

8°) Que sentado ello, e ingresando ya en el análisis de las cuestiones objeto de controversia en el sub examine, cabe tener presente que esta Corte Suprema ha establecido también que “...el diseño del sistema federal en la Constitución Nacional reconoce la preexistencia de las provincias y la reserva de todos los poderes que estas no hubiesen expresamente delegado en el gobierno central, a la vez que exige aplicar estrictamente la preeminencia de los poderes federales en las áreas en que la Ley Fundamental así lo estableció” (Fallos: 324:3048 “Transporte Interprovincial Rosarina SA”, considerando 2°).

En tal contexto, la invocación de facultades federales debe analizarse tomando como parámetro interpretativo que la determinación de los poderes delegados por las provincias a la Nación y el carácter de dicha delegación debe efectuarse siempre a partir de la lectura más estricta posible del texto legal. Ello, como derivación de la premisa según la cual los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, mientras que los correspondientes a la Nación son delegados y expresos, consagrada en los artículos 121 y 75 de la Constitución Nacional y reconocida en el precedente de Fallos: 1:170, entre muchos otros.

En esa dirección, esta Corte Suprema afirmó que las provincias “...conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación (Fallos: 329:5814 y sus citas, entre otros)”. En consecuencia, los actos de las legislaturas provinciales no pueden, en principio, ser invalidados, salvo en aquellos casos en los que “...la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos expresos, un poder exclusivo, o en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas” (Fallos: 331:1412 y sus citas; 341:1148 y, más recientemente, en Fallos: 342:697, “Canales, Mariano E.”, voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda, considerando 11).

9°) Que en el escenario descripto, se encuentra fuera de discusión la inteligencia constitucional que tradicionalmente se ha reconocido a las provincias para la organización de su propia administración de justicia y sus regímenes procesales (ver lo expresado en el voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda en Fallos: 342:697, citado supra, en especial considerandos 7°, 9° y 16°); como así también que la facultad de regular sobre el derecho sustantivo se encuentra entre las potestades que la Constitución le confiere a la Nación conforme lo establecido en el artículo 75, inciso 12, que le atribuye a esta última el deber de dictar “...los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales”, a la vez que les prohíbe a las provincias dictar el Código Penal (artículo 126, Constitución Nacional). Así lo ha reconocido esta Corte Suprema en los precedentes de Fallos: 57:337 “Otero”; 252:26 “SA Cayetano Piccione”; 332:1704 “Las Mañanitas” y 335:6 “Beaudean”.

10) Que, en ese escenario, cabe destacar que el primer paso para adoptar una decisión consiste en delimitar el conflicto de normas y, posteriormente, ponderar los principios constitucionales en juego.

Esta ponderación de principios debe efectuarse examinando la pluralidad de fuentes de derecho, toda vez que debe interpretarse la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia del Chubut, el Código Penal de la Na-

ción y el Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut.

11) Que, cuando se plantea un caso de conflicto de normas constitucionales y de pluralidad de fuentes, debe aplicarse la regla de la interpretación coherente y armónica (Fallos: 186:170; 296:432 y 342:1061, voto del juez Lorenzetti).

La determinación del referido estándar exige: a) delimitar con precisión el conflicto de normas y fuentes a fin de reducirlo al mínimo posible, para buscar una coherencia que el intérprete debe presumir en el ordenamiento normativo; b) proceder a una armonización ponderando los principios jurídicos aplicables; c) considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos (Fallos: 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni).

12) Que, como quedó expuesto, la resolución de la controversia sometida a estudio del Tribunal impone discernir el límite en el ejercicio de las competencias exclusivas delegadas expresamente a la Nación (para regular en orden al derecho penal sustantivo) y las reservadas para sí por las provincias (para legislar en la materia de derecho procesal penal). Ello así, desde que aun cuando la diferenciación entre los ámbitos de actuación reservados a una u otras pueda parecer evidente, no cabe excluir la posibilidad de que el ejercicio de las facultades delegadas a la Nación para el dictado de los códigos de fondo "...alteren las jurisdicciones locales..." (artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional) o que exista una "absoluta y directa incompatibilidad" entre el ejercicio de las facultades no delegadas por las provincias y las normas de fondo (Fallos: 331:1412 y sus citas; 341:1148).

De conformidad con lo expresado en el considerando anterior, la interpretación de ambas competencias debe ser armónica y que es necesario determinar qué criterios deben ser definitorios de los límites de cada una de ellas.

Cabe recordar que, según jurisprudencia del Tribunal, el correcto ejercicio de las competencias de las distintas jurisdicciones debe basarse en la coordinación, con un fin de ayuda y no de destrucción y que, ante la alegación de un conflicto entre ellas, deberá evaluarse si se enervan mutuamente o si interfieren de forma tal que se obstaculicen.

13) Que, en ese marco, cabe descartar, en primer término, que la regulación de la garantía del plazo razonable mediante el dictado de normas como la aquí cuestionada importe, en sí misma, una intromisión directa de la Provincia del Chubut en las facultades delegadas a la Nación, toda vez que el sustrato de las referidas normas es indudablemente procesal, no sustantivo. Además, no existe una norma nacional que reglamente los plazos a partir de los cuales puede entenderse que el proceso deja de ser razonable, que pueda entrar en conflicto con la normativa provincial objeto de análisis en el *sub examine*.

En efecto, no es posible asimilar —como pretende el recurrente— al instituto de la prescripción con la regulación de la garantía del plazo razonable mediante la cláusula de caducidad de la facultad del Ministerio Público Fiscal de impulsar la acción penal establecida en las normas provinciales cuestionadas. Y ello, sin perjuicio de lo expresado por esta Corte Suprema en diversas oportunidades, en punto a que la prescripción de la acción penal constituye el instrumento jurídico adecuado para salvaguardar el derecho del imputado a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas (Fallos: 323:982 y 333:1987, entre muchos otros).

La circunstancia de que exista una estrecha relación entre la garantía del plazo razonable y el instituto de la prescripción no autoriza a derivar de ella la conclusión de que los tiempos previstos para la prescripción puedan ser utilizados sin más como baremo para determinar la "duración razonable del proceso penal". Ello así, por cuanto la citada garantía puede infringirse aun cuando el delito puntual que se investiga no se encuentre prescripto (cfr. Fallos: 323:982 "Amadeo de Roth", y "Espíndola, Juan G.", Fallos: 342:584, entre otros); mientras que, a la inversa, la prescripción puede operar en el marco de un proceso llevado adelante con una celeridad notable. Es preciso concluir, entonces, que se trata de supuestos diferentes, puesto que en un caso lo que está en juego es el tiempo que tiene el titular de la acción para comenzar a ejercer la persecución penal y en el otro, la diligencia con la que se lleva adelante una persecución ya iniciada.

Una diferencia adicional entre ambos institutos reside en que la duración razonable de los procedimientos, en principio, no tiene relación

directa con la gravedad de los delitos que constituyen el objeto del proceso, vínculo que sí es un elemento central de la prescripción. Así, por ejemplo, cualquier homicidio agravado de los previstos en el artículo 80 del CP, que es de los delitos más graves posibles, contempla un plazo de prescripción de quince años incluso si es de acreditación sencilla; mientras que, a la vez, un caso de lesiones culposas puede demandar una prueba extremadamente compleja, aunque el hecho investigado en sí sea muy leve. Aquí sí la prescripción juega un papel decisivo, al poner un tope a la duración del proceso, pasado el cual sería irrazonable continuar con la persecución.

Por consiguiente, no resulta posible considerar que la “caducidad” a la que hace alusión el tribunal *a quo* (como consecuencia de la inactividad de los encargados de impulsar la acción penal) y la “prescripción” sean términos equivalentes, para concluir que al legislador provincial le está vedado fijar cualquier plazo perentorio como presupuesto procesal para la validez de los actos.

En esa dirección, vale tener presente que, para poder determinar cuándo resulta efectivamente vulnerada la referida garantía, esta Corte Suprema ha identificado —de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— ciertos criterios con que debe ser apreciada la duración del proceso, entre los que se encuentran la complejidad del caso, la conducta del imputado y la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales (sentencias en el caso “König” del 28 de junio de 1978 y del caso “Neumeister” del 27 de junio de 1968, publicadas en “Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Jurisprudencia 1959-1983”, B. J. C., Madrid, ps. 450/466, párrafo 99, y 68/87, párrafo 20, respectivamente; en el mismo sentido, más recientemente “Calleja c. Malta”, del 7 de abril de 2005, párrafo 123) (conforme dictamen del señor Procurador Fiscal a cuyos fundamentos remitió esta Corte Suprema en Fallos: 330:3640).

Siendo que, conforme los precedentes citados, “...la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales” constituye una de las pautas a tener en cuenta para determinar la posible afectación de la garantía del plazo razonable, nada obsta en principio a que, como se viene señalando, el le-

gislador provincial establezca, en el marco del ejercicio del principio de oportunidad expresamente incorporado como causal de extinción de la acción penal en el artículo 59, inciso 5°, del CP, una cláusula procesal dirigida a resguardar la mencionada garantía mediante la incorporación de un plazo cierto y perentorio para que el acusador público impulse la acción penal, bajo sanción de caducidad.

Ello, en línea con el artículo 168 de la Constitución de la Provincia del Chubut, que consagra como “...obligación de todos los magistrados y funcionarios judiciales sustanciar y fallar los juicios dentro de los términos legales y conforme a derecho”, añadiendo que una vez “[v]encidos los plazos a que se refiere el párrafo precedente, previa petición, pierden la aptitud jurisdiccional en el caso”. Tanto más cuando la referida disposición constitucional en su párrafo 2° y el artículo 147 del Código Procesal provincial prevén la responsabilidad de los funcionarios responsables de la “morosidad judicial” que haya determinado la caducidad de la acción penal, calificándola como “...falta grave a los fines de la destitución” (artículo 168, *in fine*, de la Constitución de la Provincia del Chubut).

14) Que, como consecuencia de lo dicho, resulta decisiva para la resolución de la controversia planteada en el *sub lite* la determinación de si el modo en que el legislador provincial ha reglamentado la garantía de plazo razonable en el artículo 282 del Código Procesal Penal de Chubut supone, o no, una interferencia relevante, que provoque una distorsión en la aplicación del derecho de fondo. Esto es: de la materia cuya regulación ha sido expresamente delegada a la Nación.

15) Que la decisión judicial exige, como primer paso lógico, la delimitación de los hechos (elemento fáctico), la identificación de la norma aplicable (elemento normativo) para elaborar el juicio de subsunción (elemento deductivo).

Que el segundo paso consiste en comprobar que la solución deductiva sea coherente con los precedentes judiciales en los que se establecieron reglas jurídicas para casos con circunstancias fácticas similares (elemento de consistencia), a fin de garantizar que la ley se aplique en forma igualitaria y previsible.

Que el tercer paso requiere asegurar que la solución también sea coherente con el resto del sistema jurídico, cuyas reglas es preciso armonizar (elemento de coherencia).

Que un cuarto paso lógico debe enfocarse en las posibles repercusiones futuras de la solución (elemento consecuencialista). En este sentido, esta Corte Suprema ha señalado reiteradamente que la interpretación no puede prescindir de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad (Fallos: 302:1284; 303:917; 310:464; 311:1925; 312:156; 320:1962; 323:1406, 3412, 3619; 324:68, 1481, 2107 y 326:2095, entre muchos otros).

16) Que, en este caso, la caducidad ha sido regulada dentro de la competencia reconocida a la provincia, pero de un modo irrazonable, produciendo consecuencias que constituyen una interferencia relevante respecto de la ley nacional.

El artículo 282 del Código Procesal Penal de Chubut dispone un plazo “fatal” de solo seis meses —contados desde la realización de la audiencia de apertura de la investigación— para que el Fiscal presente la acusación, que en caso de ser superado impone el sobreseimiento de los imputados.

La fijación de un plazo de “caducidad” tan breve es irrazonable porque sus consecuencias llevarán a la impunidad, contraria a los principios y valores de la Constitución Nacional y tratados internacionales.

Este plazo restringe excesivamente la pretensión punitiva del Estado en orden a la persecución de los delitos de acción pública.

En este orden de ideas, vale señalar que de la circunstancia de que la norma cuestionada solo determine sobre la aplicación de la ley de fondo en el ámbito de la Provincia del Chubut, sin extenderse a casos de competencia federal (que se rigen por el Código Procesal Penal de la Nación ley 23.984 y, progresivamente, por el Código Procesal Penal Federal sancionado mediante la ley 27.063), no puede derivarse sin más que ello no redunde en una afectación de los intereses de la Nación producto de la irrazonable restricción en la aplicación de la ley penal sus-

tantiva. Ello así, desde que, en el ordenamiento nacional, los tribunales locales son competentes para entender en materias en las que la Nación ha asumido, como signataria de diversos instrumentos multilaterales, compromisos cuyo incumplimiento —a raíz de una eventual extinción de la facultad del acusador público de impulsar la acción penal en virtud de lo dispuesto en el artículo 282 del Código Procesal Penal de Chubut— bien puede acarrear la responsabilidad internacional al Estado Argentino.

En ese sentido, cabe recordar, por ejemplo, que en materia de corrupción, la Argentina ha suscripto diversos tratados internacionales, entre los que cabe destacar a la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la ley 24.759, el 4 de diciembre de 1996 y promulgada el 13 de enero de 1997; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por ley 26.097 del 10 de mayo de 2006 y promulgada de hecho el día 6 de junio de 2006; la Convención contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, suscripta en París, en el año 1997, aprobada por ley 25.319; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por ley 25.632. En ese marco, el Estado Argentino asumió, entre otros, un compromiso internacional como estado miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en el que se obligó “...a hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”. A partir de ello, resulta indudable que existe una obligación en cabeza del Estado Argentino cuanto a la persecución y adecuada sanción de la corrupción. Sin embargo, conforme la propia jurisprudencia de esta Corte Suprema, la competencia federal en relación con hechos de corrupción está condicionada a la existencia de maniobras que puedan perjudicar directa y efectivamente a la Nación (Fallos: 300:1252; 302:1209; 305:190; 308:1993; 310:1389; 311:2530, entre otros), por lo que —en sentido opuesto— le corresponde entender a la justicia local en aquellos supuestos en los que la presunta afectación o uso indebido de los fondos solo perjudica las rentas provinciales (Fallos: 303:665; 310:2235; 312:1205; 320:677 y 322:203).

De igual manera, a partir de la suscripción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”), el Estado Nacional se comprometió ante la comunidad internacional a prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer. En ese escenario, esta Corte Suprema ha señalado que de la obligación puntual de sancionar aquellos ilícitos que revelen la existencia de violencia especialmente dirigida contra la mujer en razón de su condición, asumida por el Estado Argentino conforme lo dispuesto en el artículo 7, inciso primero de la “Convención de Belém do Pará” se deriva la necesidad de establecer un “procedimiento legal justo eficaz para la mujer”, que incluya “un juicio oportuno” (cfr. el inciso f, del artículo citado). Ello, a su vez, impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional —tal el caso de nuestro país— resulta improcedente la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral, toda vez que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el “acceso efectivo” al proceso (cfr. también el inciso f del artículo de la convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. Se concluyó en base a ello que prescindir de la sustanciación del debate implicaría contrariar las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la “Convención de Belém do Pará” (cfr. *mutatis mutandis*, Fallos: 336:392 “Góngora”).

En este escenario, la imposibilidad de avanzar hacia el juzgamiento y eventual sanción de hechos de corrupción o de violencia contra la mujer como resultado de la “caducidad” de la facultad de acusar del Fiscal como consecuencia de lo establecido en el artículo 282 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut derivaría en el incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino en relación con dichas materias.

17) Que lo afirmado en el considerando anterior no es un análisis sobre la conveniencia de la norma ni establece un criterio de igualdad en las legislaciones locales.

En el primer aspecto, vale recordar, en tal sentido, la inveterada doctrina del Tribunal en punto a que, si bien el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes sí son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallos: 310:2845; 311:394; 312:435, entre otros).

En el segundo aspecto, esta Corte ha señalado que la existencia de “...distintas regulaciones procesales dentro de las respectivas jurisdicciones de la Nación y las provincias son consecuencia directa del sistema federal adoptado por la Constitución Nacional” (Fallos: 342:697 “Canales”, voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda, considerando 18) y rechazado, en consecuencia, planteos de las partes cuestionando —por ejemplo— que en los juicios por jurados existan jurisdicciones en las que sea posible condenar por mayoría de votos, mientras que otras requieren unanimidad, aplicando *mutatis mutandis* las consideraciones formuladas en el precedente “Balado López, Haroldo c. Provincia de Buenos Aires” (Fallos: 205:60), en cuanto a que el ejercicio de las facultades y la obligación de administrar justicia que les incumben a las provincias no importa en sí mismo agravio alguno al derecho de defensa ni al principio de la igualdad (cfr. precedente “Canales”, cit., voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda, considerando 18).

En tal contexto, cabe concluir que invalidar una norma provincial con base en la desigualdad entre esa regulación y la que se encuentra vigente en otras provincias sobre la misma cuestión “...determinaría la anulación del federalismo que permite a las provincias darse sus propias instituciones y regular lo atinente a su composición y funcionamiento (artículos 122 y 123)” (cfr. precedente “Canales”, cit., voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda, considerando 18).

Siendo así, no se advierte, a priori, un obstáculo para que el legislador provincial reglamente una garantía —en este caso, la consagrada en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— planteada en similares términos —esto es, sin prever plazos específicos— mediante el establecimiento de un

plazo cierto al cabo del cual se considera infringido el derecho del imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas, y una consecuencia legal que es la caducidad de la facultad del acusador público para impulsar la acción penal. En especial, dado que de ese modo es posible tomar en consideración las particularidades que tiene cada provincia (por ejemplo, en cuanto a carga de casos a tratar o cantidad de instancias recursivas), lo cual resulta imposible cuando la referida garantía es reglamentada por el legislador nacional.

18) Que, por tales motivos, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 282 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar al recurso extraordinario, se declara la inconstitucionalidad del artículo 282 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut en su aplicación al caso y se revoca la sentencia apelada. Costas por su orden, en ambas instancias, en atención a las particularidades del caso (artículo 68, segundo párrafo, y arg. artículo 279, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y cúmplase. — *Ricardo L. Lorenzetti*.

COBERTURA DE SALUD PARA NIÑOS CON DISCAPACIDAD

Tratamiento médico. Atrofia muscular. Medicamento excluido del PMO por resolución posterior a la sentencia de Cámara que ordenó la cobertura. Ejecución de la manda judicial. Obligaciones de las obras sociales.

Si bien se excluyó del PMO el medicamento nusinersen para la atrofia muscular espinal que se solicita, se indicó también que los agentes del seguro de salud deben garantizar la continuidad de la cobertura de los tratamientos que hubieran iniciado; por lo tanto, dada la modificación del cuadro normativo atinente a la autorización y responsabilidad de las entidades que conforman el sistema de salud en la cobertura de la prestación una medicación indica-

da para la atrofia muscular (resolución 1115/2020 del Ministerio de Salud de la Nación), el hecho de que la manda contenida en el fallo apelado, esto es: la cobertura del medicamento, ya ha sido satisfecha y en tanto la demandada tiene derecho a obtener determinado reembolso por las erogaciones efectuadas, corresponde disponer la confirmación de la sentencia con arreglo a las actuales circunstancias fácticas y jurídicas del caso.

CS, 11/11/2021. - C., M. L. y B., H. M. en nombre de su hija menor, V. A. B. c. Obra Social de Conductores Camioneros y Personal del Transporte Automotor de Cargas s/ amparo ley 16.986.

[Cita online: [TRLALEYAR/JUR/179761/2021](https://www.argentina.gob.ar/tribunales/cst/11/11/2021-C.-M.L.yB.-H.M.en-nombre-de-su-hija-menor-V.A.B.c.Obra-Social-de-Conductores-Camioneros-y-Personal-del-Transporte-Automotor-de-Cargas-s-amparo-ley-16.986)]

COSTAS

Por su orden en atención a la índole de las cuestiones debatidas.

FPA 6633/2018/CA1-CS1

Suprema Corte:

- I -

La Cámara Federal de Apelaciones de Paraná confirmó, por mayoría, la sentencia de grado que había hecho lugar a la acción de amparo iniciada por M. L. C. y H. M. B. en representación de su hija menor de edad V. A. B. contra la Obra Social de Conductores Camioneros y Personal del Transporte Automotor de Cargas a fin de obtener la cobertura integral del tratamiento consistente en dosis de ataque con Nusinersen (Spinraza) 12 mg/5 ml por cuatro viales, a realizarse por punción lumbar y por el tiempo que el médico tratante lo requiera, en virtud de la atrofia muscular espinal tipo 2 que padece la niña (fs. 27/39, 94/96 y 115/120).

En primer lugar, el tribunal se expidió respecto de la admisibilidad de la vía elegida. Al respecto, señaló que una demanda de conocimiento pleno no se condecía con la premura y urgencia que requiere el caso, toda vez que se halla en juego el derecho a la salud y a la vida de

un menor de edad. Por esa razón, entendió que el amparo era la vía adecuada para encausar la acción.

En segundo lugar, en relación al agravio planteado por la demandada sobre la omisión del juez de grado de tratar el pedido de citación del Estado Nacional, explicó, por un lado, que la intervención de terceros en el amparo posee carácter restrictivo y, por otro lado, que el planteo era extemporáneo, ya que debió realizarlo antes de consentir la resolución del *a quo* que puso los autos a despacho para dictar sentencia.

En tercer lugar, se expidió sobre el fondo del asunto. Relató que en autos se hallaba acreditado que V. A. B. posee certificado nacional de discapacidad, que padece de atrofia muscular espinal tipo 2 (AME2) y que para tratar esa patología el médico tratante, luego de merituar la situación particular de su paciente, había indicado la prestación requerida por la amparista en autos.

Consideró que V. A. B. se hallaba amparada por las disposiciones de las leyes 22.431 —que establece el Sistema de Protección Integral de los Discapacitados— y 24.901 —que regula el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad—. Aclaró que la cobertura de las prestaciones integrales que esta última norma estipula queda a cargo de las obras sociales comprendidas en el artículo 1 de la ley 23.660 respecto de sus afiliados (art. 2, ley 24.901), y a cargo del Estado cuando las personas con discapacidad carezcan de obra social (art. 3 y 4, ley 24.901). Además citó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, el artículo 72, inciso 22, de la CN y tratados internacionales en la materia, así como también jurisprudencia de la Corte Suprema en apoyo del derecho a la vida y a la salud de la niña.

En ese contexto, concluyó que la conducta adoptada por la demandada lesionaba el derecho a la salud de V. A. B., pues dilataba el tratamiento con la droga indicada por el especialista pertinente para la afección que padece, constituyendo un obstáculo para la efectiva tutela de los derechos involucrados.

- II -

Contra ese pronunciamiento, la obra social interpuso recurso extraordinario, que contestado, fue concedido solo por la cuestión federal (fs. 123/136, 138/145 y 147/148), sin que medie queja por la arbitrariedad denegada.

Se agravia por cuanto, a su juicio, el tribunal se apartó de la normativa aplicable, es decir de las disposiciones de la ley 23.660 y 23.661, del decreto 908/2016 y de la resolución del Ministerio de Salud 623/2018.

Considera que la sentencia, al denegar por extemporánea la solicitud de citación del Estado Nacional como tercero, incurrió en un exceso ritual manifiesto incompatible con el debido proceso y el adecuado servicio de justicia, que viola los derechos y garantías consagrados en los artículos 14 bis, 16, 17, 18, 28 y 33 de la CN.

Aduce que el único organismo que puede hacer frente a la costosa medicación que se reclama en autos, es la Superintendencia de Servicios de Salud mediante el Fondo Solidario de Redistribución regulado en el artículo 6 del decreto 908/2016, por lo que debió citarse como tercero en la presente causa. Alega que el Estado Nacional es el responsable primario de garantizar el derecho a la salud. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema en apoyo de su postura, en especial el precedente “Campodónico de Beviacqua” (Fallos: 323:3223).

Añade que en el caso corresponde cumplir con lo dispuesto en la resolución 623/2018 del Ministerio de Salud, que creó la Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías de la Salud, autoridad que, a su modo de ver, debe intervenir con carácter previo a la inclusión de cualquier tecnología, práctica procedimiento o cobertura en general dentro del conjunto de prestaciones obligatorias. Manifiesta que, si bien esa norma es reciente, no puede dejar de aplicarse al caso.

Respecto de la medicación en debate, alega que la obra social no posee los medios económicos para afrontarla, y que el tratamiento propuesto es meramente experimental y de alto riesgo para la vida de la niña V. A. B. Manifiesta que si cumplierse con la manda judicial se pon-

dría en riesgo la cobertura de los demás afiliados de la obra social.

- III -

Ante todo, cabe destacar que, a fojas 193, la Defensoría General de la Nación informó como hecho nuevo que la Secretaría de Gobierno de Salud del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, mediante la resolución 1452/2019 (BO 12/08/2019), incorporó como ítem 7.3 al Plan Médico Obligatorio, la cobertura del principio Nusinersen, y otorgó el 100% de cobertura a los beneficiarios a cargo del agente del seguro de salud y entidades de medicina prepaga, para el tratamiento de la atrofia muscular espinal tipo I, II y III (art. 1).

En ese estado, la obra social demandada manifestó que nunca había desconocido el derecho de la parte actora, ni se había rehusado a cumplir con el tratamiento solicitado (fs. 214/215). Afirmó que solo pretende la citación del Estado Nacional para que responda en el marco de los decretos 908/2016 y 251/2019, otorgando ayuda financiera con los fondos destinados específicamente para este tipo de situaciones.

Al respecto, agregó copia de la denuncia penal efectuada el 6 de septiembre de 2019, en contra de funcionarios de la Superintendencia de Seguros de Salud de la Nación por abandono de persona (fs. 209/2013), y aclaró que, del acuerdo suscripto entre esa Superintendencia con el laboratorio Biogen —única sociedad que cuenta con el registro aprobado de Nusinersen (Spinraza)—, surge la obligación del Estado de garantizar el acceso al medicamento (fs. 195/208, en especial cláusula Tercera).

Por otro lado, es menester agregar que si bien la parte actora solicitó la ejecución de la sentencia (fs. 151, 152, 153 Y 155) Y la Defensoría General de la Nación requirió, como medida cautelar innovativa, la entrega inmediata de la medicación (fs. 161/172 y 178/180), ello aún no ha ocurrido al día de hoy, no obstante la gravedad del caso.

- IV -

Sentado lo anterior, corresponde señalar que el tribunal concedió el recurso exclusivamente

en cuanto se halla en tela de juicio la interpretación y aplicación de normas de carácter federal, sin que la interesada haya deducido recurso de queja con respecto a los fundamentos fácticos y procesales de la sentencia, por lo que la jurisdicción de la Corte Suprema queda limitada a la materia federal debatida (fs. 1471148, Fallos: 315:1687; 329:5377, “Federación Médica de Entre Ríos”).

Advierto entonces que no subsiste agravio federal suficiente, en tanto la demandada reconoce el derecho de la amparista al tratamiento solicitado, que además en la actualidad fue formalmente aprobado e integra el Plan Médico Obligatorio. Su planteo se limita a cuestionar, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, la decisión de la cámara de denegar por extemporánea la citación del Estado Nacional. Pero este asunto, que configura el núcleo de la apelación, no puede ser abordado en esta instancia ante la omisión de interponer un recurso directo (Fallos: 330:2434, “Rei”; 330:5082, “Guerrieri”; y dictamen de esta Procuración General del 3 de septiembre de 2009, en autos FRO 10441/2014/CS1-CA2, “Serrasio, Diego A. c. Mutual Federada 25 de junio s/ amparo contra actos de particulares”).

Por lo demás, más allá de las alegaciones efectuadas en orden a la responsabilidad concurrente del Estado Nacional, la obra social no rebate ni cuestiona su propia obligación legal de prestar la cobertura solicitada (fs. 214/215).

En igual medida, la recurrente tampoco indica de manera precisa ni ha demostrado el perjuicio concreto que la decisión impugnada podría causarle, en tanto apela a afirmaciones dogmáticas sobre el impacto económico de cubrir el tratamiento en cuestión, sin brindar información alguna sobre las consecuencias que ello tendría en su estructura financiera, su equilibrio presupuestario o bien en la atención particular de otros afiliados (dictamen de esta Procuración General del 17 de abril de 2018, en autos FRO 5624/2016/CS1, “R., P. E. c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo ley 16.986”).

- V -

Por las razones expuestas, opino que el recurso extraordinario resulta inadmisibile. Buenos Aires, 23 de septiembre de 2019. — *Víctor Abramovich*.

FPA 6633/2018/CA1-CS1

Buenos Aires, noviembre 11 de 2021.

Considerando:

1°) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, por mayoría, confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior mediante el cual se había hecho lugar a la acción de amparo iniciada por los padres de una niña menor de edad contra la Obra Social de Conductores Camioneros y Personal del Transporte Automotor de Cargas de la Provincia de Entre Ríos para que se le provea la cobertura total del tratamiento con el medicamento nusinersen —consistente en cuatro viales de 12 mg/5ml cada una— indicado para la pequeña con motivo de la enfermedad que padece (atrofia muscular espinal tipo II).

2°) Que, para así decidir, el tribunal a quo inició su argumentación afirmando que el amparo resultaba la vía adecuada para la discusión del caso, en tanto correspondía que fuera resuelto con premura, dado que se encontraban en juego los derechos a la vida y a la salud de una niña con discapacidad.

A continuación, señaló que se hallaba comprobado que la hija de los actores poseía certificado nacional de discapacidad y padecía atrofia muscular espinal tipo II, así como que para tratar esa enfermedad su médico había indicado la medicación cuya cobertura se solicita. En relación con ello, sostuvo que la niña se encontraba amparada por las leyes 22.431 y 24.901 —la que pone a cargo de las obras sociales comprendidas en el art. 1° de la ley 23.660 la cobertura de las prestaciones que requieran sus afiliados con discapacidad— así como por un conjunto de instrumentos internacionales. Asimismo, destacó —con cita de precedentes de esta Corte— el rol prioritario que cumplen las obras sociales como agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud al preservar una parte sustancial de sus recursos económicos para ser destinados a garantizar a sus beneficiarios la prestación de servicios de atención de la salud; a la par que ponderó el criterio amplio seguido por el Tribunal para garantizar el derecho a la salud integral.

Por otra parte, sostuvo que la medicación específica cuya cobertura se peticionaba había sido prescripta para la niña por el especialista pertinente para la afección que padecía con el objeto de mejorar su calidad de vida. En ese contexto, consideró que la conducta adoptada por la obra social resultaba lesiva del derecho a la salud de la menor al dilatar el tratamiento que requería imperiosamente, pues era deber de la demandada evaluar el caso personal de la niña, en lugar de adoptar una conducta que aparecía como obstáculo para la efectiva tutela de los derechos involucrados.

3°) Que en su recurso extraordinario —que fue parcialmente concedido, sin que se interpusiera la correspondiente queja por el aspecto denegado relativo a la causal de arbitrariedad— el representante de la demandada expresa que el medicamento nusinersen tiene carácter experimental, en tanto no está aprobado por ANMAT; que resulta un medicamento de alto riesgo para la vida de la niña; así como que no se ha dado la debida intervención a la Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud, dependiente del Ministerio de Salud de la Nación, encargada de actuar con carácter previo a la inclusión de cualquier tecnología dentro del conjunto de prestaciones obligatorias, conforme lo dispuesto en la resolución 623/2018 del citado ministerio.

Además, asevera que la obra social no puede afrontar por sí sola la cobertura total del medicamento que se le solicita en función de lo normado en la ley 24.901. Explica que el elevado costo del nusinersen implicará la quiebra de la entidad, así como la desatención de sus restantes afiliados. Sostiene que, de conformidad con lo dispuesto en las leyes 23.660 y 23.661 —sobre las que se estructura el Sistema Nacional del Seguro de Salud— y con lo establecido en el decreto 908/2016, la erogación que la compra del medicamento supone debería ser cubierta por la Superintendencia de Servicios de Salud mediante el Fondo Solidario de Redistribución; máxime cuando el Estado Nacional es el garante último del derecho a la salud de sus habitantes.

4°) Que el recurso extraordinario es admisible en los términos en los que ha sido promovido, en la medida en que se ha cuestionado el alcance de normas federales que tutelan el derecho a la salud de las personas con disca-

pacidad sobre las que se apoya el fallo (22.431, 24.901), así como de aquellas sobre las que se estructura el Sistema Nacional del Seguro de Salud (23.660, 23.661) y la decisión adoptada es contraria a la pretensión que la recurrente funda en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48). En este plano, el Tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes ni por las posiciones del tribunal a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto debatido, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 308:647; 320:1602; 323:1656; 339:609 y 342:697).

5°) Que es pertinente señalar que, según conocida jurisprudencia del Tribunal, sus sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del remedio federal y, si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuren circunstancias de las que no es posible prescindir (Fallos: 306:1160; 312:555; 325:28; 331:2628; 335:905; 339:349; 341:124 y 342:1747).

6°) Que en ese razonamiento, corresponde señalar que hallándose la causa a estudio del Tribunal, la Defensoría General de la Nación informó que el 12 de agosto de 2019, la Secretaría de Gobierno de Salud del Ministerio de Salud y Desarrollo Social había dictado la resolución 1452/2019 mediante la cual fue incorporado el principio nusinersen al Programa Médico Obligatorio con cobertura del 100% a cargo del agente del seguro de salud para el tratamiento de la atrofia muscular espinal en sus tipos I, II y III.a.

Corrido el traslado pertinente de la mencionada norma, que resultaba puntualmente aplicable al *sub lite*, la demandada manifestó que no desconocía el derecho de la peticionaria a recibir el tratamiento con el medicamento requerido. No obstante, insistió en su agravio atinente a que el tribunal a quo, al decidir como lo hizo, había interpretado erróneamente las normas sobre las que se estructura el Sistema Nacional del Seguro de Salud, en tanto —de conformidad con lo reglado por los decretos 908/2016 y 251/2019— el Estado Nacional debía otorgarle

ayuda financiera para brindar la cobertura que se le solicitaba mediante los fondos específicamente destinados a situaciones como la que se presentaba en el caso.

7°) Que, con posterioridad, el 23 de junio de 2020, mediante la disposición 4529/2020 de la ANMAT, se reinscribió el certificado de inscripción en el Registro de Especialidades Medicinales correspondiente al medicamento en cuestión, con vigencia hasta el 1° de marzo de 2021, manteniendo la categoría de registro “bajo condiciones especiales”, únicamente para el tratamiento de la atrofia muscular espinal en sus tipos I y II.

Por otro lado, el 26 de junio de 2020, el Ministerio de Salud de la Nación dictó la resolución 1115/2020 mediante la cual derogó la resolución 1452/2019 de la Secretaría de Gobierno de Salud antes mencionada. Como consecuencia de ese acto, la droga nusinersen para la atrofia muscular espinal no integra en la actualidad el conjunto de principios incorporados al Plan Médico Obligatorio (art. 1°). No obstante, dicha cartera ministerial estableció que los agentes del seguro de salud deben garantizar la continuidad de la cobertura de los tratamientos de pacientes con atrofia muscular espinal, en los tipos I, II y III.A, que se hubieran iniciado durante la vigencia de la citada resolución 1452/2019 de la Secretaría de Gobierno de Salud.

Asimismo, el 27 de junio de 2020, mediante la resolución 597/2020 de la Superintendencia de Servicios de Salud, el referido medicamento fue inserto en el Sistema de Tutelaje de Tecnologías Sanitarias Emergentes, a través del cual se autoriza a los agentes del seguro de salud a solicitar el reintegro de las erogaciones que hubieran efectuado para su compra. En esta última norma se incluye la posibilidad del reintegro de las prestaciones que hubieran sido ya brindadas por los agentes del seguro de salud en los treinta y seis meses anteriores a su entrada en vigencia, por un monto de hasta \$3.500.000 por vial/dosis.

A su turno, la Secretaría de Comercio Interior, en la órbita del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación, a través de su resolución 202/2020, del 30 de junio de 2020, estableció para el nusinersen un precio máximo de venta

de USD 27.000 por vial/dosis, convertido a pesos al tipo de cambio vendedor del Banco de la Nación Argentina del día anterior a la fecha de pago, el que resulta aplicable en todo el país, para las compras que fueran efectuadas tanto por el Estado Nacional como por los agentes del seguro de salud.

8°) Que se ordenó dar traslado a las partes del informe elaborado por el Ministerio de Salud de la Nación, en el que se detallan las nuevas disposiciones referidas, así como del realizado por la Academia Nacional de Medicina —los que fueron solicitados por el Tribunal como medida para mejor proveer— cuyas contestaciones obran en el expediente (escritos incorporados de manera electrónica el 20, 21 y 24 de agosto de 2020).

Cabe indicar que, al contestar dicho traslado, los actores manifestaron que habían iniciado el proceso de ejecución de la sentencia apelada ante el juzgado correspondiente y que, como consecuencia de ello, su hija había recibido las cuatro dosis de carga con nusinersen peticionadas en este caso —los días 21 de febrero, 6 y 20 de marzo y 17 de abril de 2020— sin presentar efectos adversos (escrito incorporado a la causa electrónicamente el 24 de agosto de 2020).

9°) Que tras la reseña de los antecedentes de la causa, así como de las normas en vigencia atinentes a la autorización, a la cobertura y al costo del medicamento que se solicita, cabe poner de relieve que no se halla debatido en el sub lite que la niña es afiliada a la obra social demandada y padece atrofia muscular espinal tipo II, así como tampoco que el médico especialista que la atiende le ha indicado el tratamiento con nusinersen, consistente en una fase de carga con cuatro dosis/ viales de 12 mg./5 ml cada una.

La cuestión controvertida consiste, entonces, en determinar si, con los alcances definidos actualmente por las disposiciones señaladas, la obra social demandada debe, o no, brindar a la hija de los actores la cobertura de la prestación que se le requiere.

10) Que, con tal comprensión, cabe señalar que en virtud de las nuevas normas reseñadas —que resultan plenamente aplicables al caso y

cuya constitucionalidad no ha sido objetada por las partes— si bien se excluyó del PMO el principio nusinersen para la atrofia muscular espinal que se solicita, se indicó también que los agentes del seguro de salud deben garantizar la continuidad de la cobertura de los tratamientos que hubieran iniciado para determinados pacientes (resolución 1115/2020 del Ministerio de Salud de la Nación); a la par que se estableció un sistema estatal, a través del que se autoriza al agente del seguro de salud que hubiera brindado dicha prestación a petitioner un reintegro de hasta \$3.500.000 por las compras del medicamento efectuadas dentro de los 36 meses anteriores a su entrada en vigencia (resolución 597/2020 de la Superintendencia de Servicios de Salud).

En función de ello, es particularmente relevante para decidir esta cuestión que, como surge de las constancias agregadas a la causa, como producto de la ejecución de la sentencia apelada, la obra social demandada ha proporcionado a la hija de los actores el medicamento requerido durante la vigencia de la resolución 1452/2019 de la Secretaría de Gobierno de Salud, hoy derogada, que ponía aquel a su exclusivo cargo.

11) Que en razón de todo lo expuesto, dada la modificación del cuadro normativo atinente a la autorización y responsabilidad de las entidades que conforman el sistema de salud en la cobertura de la prestación reclamada en el sub lite, el hecho de que la manda contenida en el fallo apelado ya ha sido satisfecha y en tanto la demandada tiene derecho a obtener determinado reembolso por las erogaciones efectuadas, corresponde disponer la confirmación de la sentencia apelada con arreglo a las actuales circunstancias fácticas y jurídicas del caso.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada con el alcance indicado en los considerandos precedentes. Costas por su orden en atención a la índole de las cuestiones debatidas (art. 68 in fine del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Horacio D. Rosatti*. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Juan C. Maqueda*. — *Ricardo L. Lorenzetti*.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA MUERTE DE UN ADOLESCENTE

Niño institucionalizado. Padecimiento psiquiátrico y de adicción. Influencia del sobreseimiento penal de los profesionales de la comunidad terapéutica donde se encontraba el joven. Actuación de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF).

1. — El alojamiento en un instituto que no era el adecuado para el cuidado y tratamiento de cuadros como el padecido por un adolescente que se habría suicidado en su habitación, y en donde hay pruebas del ingreso de sustancias prohibidas, revela una clara falta de servicio por apartarse de la conducta debida en el caso.
2. — Aun asumiendo que el fallecimiento del adolescente resultó de su propio accionar (ello, para ser coherente con los resultados infructuosos del proceso penal donde no se descartó el suicidio), no es válido soslayar el contexto en que el deceso ocurrió: esto es, con aquel alojado en instalaciones de una comunidad terapéutica dependiente del Estado, institución que debía brindarle atención especializada para su cuadro y protegerlo del modo en que lo ordena el bloque de normatividad aplicable a sujetos de preferente protección. El menor representaba un riesgo para sí, con lo que los profesionales intervinientes debían atenderlo en consecuencia y arbitrar los medios para neutralizar o hacer desaparecer dicho riesgo.
3. — La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) es responsable por la muerte de un adolescente por las notables deficiencias en la omisión de arbitrar el alojamiento en un centro adecuado, y la desatención del menor que condujo a su muerte. Esto patentiza de modo más que suficiente la negligencia administrativa por “falta de servicio”. No exculpa a la institución demandada el recurso de direccionar el reproche contra el tribunal actuante, el que razonablemente ordenó el alojamiento del menor en un

ámbito en el cual se diera tratamiento a su problemática.

4. — La absolución en la causa penal de la que fueron parte las funcionarias intervinientes en la guarda de un adolescente que se habría suicidado no resulta exculpatorio de la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos y omisiones en que incurrió la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF), como repartición que opera bajo la órbita del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. La ausencia de condena penal carece de incidencia para obstar a que sea conductante y quede configurada la responsabilidad patrimonial basada en una falta de servicio, en tanto esta no requiere delito del orden criminal, bastando a tal efecto la constatación de una anormalidad sobre el servicio regularmente concebido o una irregularidad por apartamiento de estándares razonables del despliegue de la función administrativa de que se trate.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Muerte del hijo.

Referencias de la víctima:

Observaciones: El adolescente fue abusado y no pudo determinarse si realmente se había suicidado.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$1.000.000

Daño psíquico: \$200.000

Daño patrimonial

Valor vida: \$140.000

Daños varios: Tratamiento psicológico: \$81.000

CNFed. Contencioso administrativo, sala II, 24/09/2021. - M., J. H. y otros c. EN - Ministerio de Desarrollo Social - -SENNAF s/ daños y perjuicios.

[Cita online: [TRLALEYAR/JUR/146782/2021](https://www.trialejar.gov.ar/jur/146782/2021/)]

① COSTAS

A la vencida.

Expte. n° CAF 023202/2009/CA001

2ª Instancia.- Buenos Aires, 24 de septiembre de 2021.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

La doctora *Caputi* dijo:

I.-) Que, el Sr. J. H. M. y la Sra. A. F. M. (cuyos demás datos filiatorios y de identidad han sido precisados y obran en las constancias de autos) promovieron demanda contra el ESTADO NACIONAL - MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL- SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA (de ahora en más: SENNAF) y quien resultase civilmente responsable por la violación y muerte de su hijo menor de edad GHM, ocurrida el 11 de enero de 2007, en el INSTITUTO MANUEL ROCCA - de ahora en más: "IMR"-, institución dependiente de la SENNAF (ver escrito de inicio y su ampliación incorporados al sistema de gestión judicial Lex100 con fecha 22/7/2020).

En escueta síntesis, solicitaron percibir una suma dineraria en concepto de indemnización de daños y perjuicios, por los rubros de valor vida, daño moral, daño y tratamiento psicológico.

Respecto de las vicisitudes que dieron origen al caso y sus antecedentes, manifestaron que, tal como quedó acreditado en la causa penal y en el Incidente Tutelar, tramitado por ante el juzgado federal de Morón (el cual había tenido inicio el 22 de agosto de 2005), su hijo menor de edad -quien contaba con 16 años a esa fecha-, presentaba múltiples trastornos psicológicos y psiquiátricos, además de una patología adictiva, situación que requería de específico y cuidadoso tratamiento.

Sobre el contexto de la situación, refirieron que las condiciones de indigencia del grupo familiar, descriptas desde el primer informe socio ambiental (suscripto por la Sra. Licenciada María E. MARTINENA DE BARCELÓ, prosecretaria administrativa del juzgado interviniente),

exigían de los organismos oficiales una intervención imprescindible para asistir al joven. Según reseñaron, del informe indicado surgía, por ejemplo, que los aquí coactores tenían ocho hijos, el mayor de 20 años y la menor de solo 3 años de edad, y que vivían en una casilla sin baño ni comodidades, dependiendo para su sustento de la asistencia social estatal.

Asimismo señalaron que, desde esa preliminar entrevista, la licenciada actuante había señalado que GHM parecía "presentar ciertos desajustes psicológicos", con "pensamientos inusitados y extraños", toda vez que temía mirar la gente a los ojos porque creía que así le robarían "los pensamientos y la voluntad", y presentaba signos de sentirse poco querido e insatisfecho. Es por ello que, la profesional indicó la concurrencia del menor al HOSPITAL DE HURLINGHAM, y al CENTRO PREVENTIVO ASISTENCIAL en adicciones, a los efectos de iniciar los correspondientes tratamientos.

En el mismo sentido, destacaron que la Sra. Licenciada MARTINENA DE BARCELÓ había evaluado, mensualmente, al menor, y las respectivas sesiones dieron cuenta de cómo, pese a las señaladas dificultades materiales derivadas de una situación de pobreza estructural, se había cumplido el tratamiento pautado y el niño había logrado retomar la escuela, cursando 8º y 9º año de la EGB; sin embargo, indicaron que en el informe fechado el 29 de marzo de 2006, la Sra. Psicóloga había señalado que GHM era un joven muy limitado, y presentaba "un Yo débilmente estructurado, con poca tolerancia a la frustración, atención lábil, ideación y juicio disminuidos".

Sin perjuicio de ello, expresaron que, con fecha 8 de mayo del 2006, la madre y el padre se habían presentado ante la licenciada sin el menor, para poder conversar respecto de la necesidad de internarlo en una comunidad terapéutica, debido al incremento del consumo de sustancias estupefacientes, circunstancia que se había agregado a la problemática preexistente. Ello así, refirieron que, con fecha 20 de octubre de 2006, la co-actora había concurrido en los estrados judiciales de Morón, con la referida licenciada, a fin de informarle que el menor había sido detenido en la vía pública aspirando las emanaciones de un pegamento,

y que también consumía “paco”, circunstancias que lo habían llevado a tener conductas autoleivas, por lo que temían que su hijo se suicidara.

Frente a la circunstancia planteada, indicaron que la respuesta institucional había consistido en “alojar preventivamente al menor en el IMR, a fin de evaluarlo y derivarlo a un lugar adecuado a su problemática”. Ahora bien, en cuanto a las vicisitudes posteriores, descubrieron que, una vez efectuada dicha internación, con fecha el 23 de octubre del 2006, la mencionada Sra. Licenciada MARTINENA DE BARCELÓ había encontrado al menor en el Instituto señalado, sucio y con la misma ropa con que había sido detenido –según se refirió– tres días antes. Asimismo, sostuvieron que, en la referida fecha, el Sr. DEFENSOR PÚBLICO ad hoc, Dr. Juan Manuel NICOLOSI LÓPEZ, había dictaminado que la internación en el INR “...solo podía ser autorizada con carácter provisional y por un período no mayor de 72 horas, al solo efecto de su evaluación”.

En virtud de esta situación, la parte actora relató que el Sr. DEFENSOR PÚBLICO había solicitado con carácter urgente la realización de la evaluación psicológica y psiquiátrica, y la consiguiente derivación del menor al CONSEJO NACIONAL DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA (de ahora en más: CONNAF), en un plazo no mayor de 24 hs., a fin de evaluar su traslado a una Comunidad que, a juicio de los médicos, debía ser bajo un “Régimen Cerrado”.

Como consecuencia de la evaluación de los profesionales, los accionantes refirieron que, unos tres meses antes de la muerte de su hijo, dos funcionarios judiciales ya habían estimado que el menor era peligroso para sí y que, por ello, debía ser asistido con particular atención.

Sin perjuicio de ello, relataron también que el informe solicitado al CUERPO MÉDICO FORENSE había sido reemplazado por una constancia a mano casi ilegible, suscripta por el médico psiquiatra Anselmo Enrique BONAZZI, del IMR, quien en la misma fecha que los anteriores profesionales –23 de octubre de 2006–, había dictaminado en contradicción con todo lo observado hasta ese momento. En definitiva, alegan que, dicho cuerpo, había sostenido que “no se evidenciaban alteraciones del pen-

samiento ni síntomas psicóticos o depresivos” en GHM.

Luego de reseñar diferentes informes efectuados por distintos profesionales (incluido el CUERPO MÉDICO FORENSE), los actores indicaron que, recién con fecha 21 de noviembre del 2006, el CONNAF había otorgado una plaza para la internación de GHM en la COMUNIDAD TERAPÉUTICA SAN VICENTE (de ahora en más: COMUNIDAD TERAPÉUTICA SV), de esa localidad. Sin embargo, las perspectivas allí no fueron satisfactorias, por lo que el menor terminó escapando dos veces de la mencionada COMUNIDAD TERAPÉUTICA SV, con el fin de regresar a su hogar. Sobre el punto, resaltaron que, en razón de la segunda oportunidad de escape, el co-actor (padre del joven) había concurrido al Juzgado interviniente con el fin de informar que el menor se encontraba con ellos. Fue así como en dicha instancia, se solicitó al tribunal interviniente que permitiera que el adolescente pudiera pasar las fiestas de Navidad y Año Nuevo en el hogar familiar, hasta tanto se le otorgara una plaza en un establecimiento de “Régimen Cerrado”.

Ahora bien, contrariamente a su pedido, refirieron que el Sr. Juez a cargo del JUZGADO FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 1 DE MORÓN, había ordenado la nueva aprehensión, ejecutoriada mediante el allanamiento del domicilio de la familia, donde, sin resistencia alguna, el adolescente había sido aprehendido, con fecha 27 de diciembre de 2006, por la POLICÍA FEDERAL y reingresado al IMR. Con lo que quedó alojado en las instalaciones de dicho Instituto.

Posteriormente, expusieron que, con fecha 10 de enero de 2007, y frente a la petición del Sr. ASESOR DE MENORES de cesar la disposición del niño, el Sr. Juez subrogante durante la feria judicial, había resuelto rechazar dicha solicitud. Para dar fundamento a su tesis, el mencionado Magistrado destacó que, además del trastorno dual descrito por el CUERPO MÉDICO FORENSE, el cual según se indicó acarrearba “peligrosidad para sí”, el menor integraba un medio familiar que no podía brindarle la contención y los parámetros delimitadores que necesitaba.

Así las cosas, relataron que, al día siguiente de la decisión judicial, GHM fue hallado muerto, colgando del lado interno de la puerta de su celda.

Asimismo, y a fin de poner en perspectiva la significación del daño por cuya reparación reclaman, la actora agregó que, pocos meses después de lo ocurrido, los informes ampliatorios de la autopsia habían determinado el hallazgo de líquido seminal de uno o varios secretores en el conducto rectal del menor. Por lo que, entendieron que, antes de morir recluido en su celda, su hijo había sido violado por una o más personas.

Con posterioridad al fallecimiento del joven, los actores indicaron que se instruyó la respectiva causa penal, la cual había quedado radicada ante JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL N° 1, puesto que las imputadas eran funcionarias públicas, dependientes de la Secretaría del Menor (en concreto, la SENNAF, ex CONNAF, dependiente del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL DE LA NACIÓN).

Por otra parte, los accionantes se expidieron en torno de la responsabilidad, que estimaron le cabía al ESTADO NACIONAL –SENNAF EX CONNAF–, por la muerte de su hijo. Respecto de dicho tópico, destacaron que, al momento del fallecimiento de GHM, el menor se hallaba, por orden de un Juez, en un instituto de menores, y que, por lo tanto, su incolumidad y su integridad física se encontraban bajo la tutela de sus respectivas autoridades. En dicha tesitura, sostuvieron que, conforme había sido probado en la causa penal, su hijo había fallecido en el interior de una celda de aislamiento en el IMR, a pesar de la conminación judicial para que se resguardaran su integridad física y su vida.

Por otra parte, argumentaron que, a pesar de que no había sido determinado si la muerte fue causada por terceros, o si se trató de un suicidio, las circunstancias que rodearon el deceso agravaban la responsabilidad objetiva que cabría al ESTADO NACIONAL, en particular por el hecho de que el menor se encontrara en un lugar de la dependencia a la que solo el personal del instituto accedía, como así también la circunstancia de haber sido sometido sexualmente por una o varias personas.

Agregaron que, de acuerdo con las circunstancias del caso, tratándose de un menor de edad dispuesto tutelarmente, en urgente necesidad de tratamiento médico psiquiátrico, con claros signos y síntomas que evidenciaban la existencia de grave riesgo para sí, devenía evidente la responsabilidad de sus guardadores.

Destacaron que en lo que concernía a esta indudable responsabilidad del ESTADO NACIONAL, debía recordarse que el fin último del Estado, consiste en la protección del derecho; y cuando el Estado hace funcionar servicios públicos, monopolizándolos (como en el caso de los institutos de menores) era responsable por los daños que ocasiona su funcionamiento. Ello así, pues, según entendieron los actores, el fallecimiento de GHM, había acaecido dentro o en instalaciones del IMR, por lo que está sola circunstancia constituía fundamento para establecer la responsabilidad del ESTADO NACIONAL, del cual dependía dicha institución. En este sentido, destacaron que la obligación de seguridad de los niños alojados dentro de institutos es una obligación ex lege, la cual derivaba de la propia CONSTITUCIÓN NACIONAL y, en particular, de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Asimismo, estimaron que resultaba de importancia tener presentes las directivas contenidas en el DECRETO N° 416/2006, reglamentario de la LEY N° 26.061. Por ello, entendieron que la SENNAF (ex CONNAF), tenía a su cargo la seguridad y la protección de los menores dispuestos en los institutos que administraba, función que resultaba totalmente indelegable.

A modo de colofón, argumentaron que los funcionarios a cargo no habían cumplido con sus obligaciones y, en consecuencia, dicha falta de servicio había quedado patentizada con la violación y fallecimiento de su hijo. Asimismo, sostuvieron que, sin olvidar la posibilidad de la culpabilidad en la materia, no habría lugar a dudas que había existido negligencia, descuido, imprudencia, desidia y falta de precaución en el obrar.

Citaron doctrina y jurisprudencia que estimaron aplicable al caso y, finalmente, fundaron en derecho y ofrecieron prueba.

II.-) Que, mediante sentencia de fecha 8/10/2020, el Sr. Juez de grado hizo lugar a la demanda entablada por J. H. M. y A. F. M. contra el Estado Nacional – SENNAF. Como consecuencia de ello, condenó a la demandada a pagar a los actores, en concepto de indemnización por daños y perjuicios la suma total de \$1.421.000, de los cuales \$1.000.000 fueron reconocidos en concepto de daño moral (cfr. Considerando 12); y \$140.000, en concepto de daño material o valor vida (cfr. Considerando 13). Asimismo, le reconoció al Sr. J. H. M.; la suma de \$200.000 y \$81.000, en concepto de daño psíquico y tratamiento psicológico e interconsulta psiquiátrica, respectivamente (cfr. Considerandos 14 y 15 del fallo apelado).

Por lo demás, el Sr. Juez *a quo* dejó constancia de que en virtud del fallecimiento, ocurrido el 5/02/2010, de la co-actora (Sra. A. F. M.), una vez aprobada la liquidación pertinente, los montos de cada uno de los rubros deberían ser depositados en la cuenta del juicio sucesorio, en trámite por ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL N°10 de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los efectos del pertinente cobro, toda vez que los hijos de la causante se habían presentado en autos.

Por último, impuso las costas íntegramente a la parte demandada.

Para así decidir, luego de efectuar una descripción de los hechos que obran como antecedentes de la controversia y de ponderar las pruebas producidas en autos, repasó el marco normativo aplicable. En dicha misión, tuvo en cuenta lo dispuesto por la LEY N° 22.278 del RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD, invocada por la demandada y vigente a la época de los hechos, particularmente se refirió a los artículos: 1°, 3 y 3 bis. Asimismo, reseñó lo dispuesto por la LEY N° 26.061 de PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES (arts. 1, 2, 3, 5, 8, 9, 14, 32, 43 y 44).

A continuación, y luego de realizar la enumeración y repaso normativo descriptos, el Sr. Magistrado de grado señaló que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN había entendido que el derecho a la vida era el primer derecho de la persona humana, reconocido y

protegido por la LEY FUNDAMENTAL (Fallos: 310:112; 312:1953, entre otros) y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, era inviolable y constituía un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479; 324: 3569). En este mismo orden de ideas, resaltó que, tras la Reforma Constitucional del año 1994, se había puntualizado con especial énfasis, que la preservación de la salud integraba el derecho a la vida, por lo que existía una obligación imposterable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (conf. arts. 42 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y Fallos, 321:1684; 323:1339 y 3229; 331:2135 y 337:222, entre otros).

A mayor abundamiento, subrayó que la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, en su artículo 25, reconocía el derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesario”. Paralelamente, indicó que en los arts. 11 y 12 del PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES se encontraba plasmado “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia [...] a una mejora continua de las condiciones de existencia” asumiendo los Estados partes la obligación de tomar las medidas apropiadas para asegurar su efectividad, y el derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

En concordancia con lo así expuesto, refirió que en la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, los ESTADOS partes asumían el compromiso de asegurar que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan con las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

En síntesis, sostuvo que, de los mencionados tratados internacionales, que cuentan con jerarquía constitucional, se desprendería la existencia, tanto de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más

alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados partes, en orden a adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos.

Respecto del caso concreto, el sentenciante indicó que no se llegaba a comprender la lógica de la demandada, quien, por un lado, había expuesto que, dado que GHM representaba un riesgo para sí mismo, se había decidido alojarlo en una celda individual –sin objetos que significaran peligro– y, por otro lado, había manifestado la inexistencia de evidencias de ideas suicidas por parte del menor.

En virtud de dichas consideraciones, el señor Juez a quo entendió que se encontraba configurada la innegable responsabilidad del ESTADO NACIONAL dado que este “... debía resguardar al menor ante una situación de extrema vulnerabilidad, por cuanto había sido desprendido del seno familiar, y puesto a disposición del Juez tutelar, siendo alojado en el IMR, dependiente de la demandada –SENNAF– para, justamente, recibir la atención, la contención y el tratamiento adecuados”.

Asimismo, razonó que “la accionada debió extremar los recursos, en cuanto a la asistencia económica, profesional y de infraestructura, a efectos de satisfacer las necesidades del menor, para que pudiera recibir su tratamiento médico, y en un lugar adecuado, todo lo cual, en definitiva, se resume, sin más, a un trato digno y humanitario”.

A mayor abundamiento, añadió que, el solo hecho de que GHM hubiera sido encontrado ahorcado en su celda, dentro del IMR, a la espera de ser trasladado a otra entidad para seguir con el tratamiento, denotaba el descuido por parte de quienes debían velar por su integridad física y mental.

De conformidad con lo supra señalado, recordó que la idea objetiva de la falta de servicio encontraba fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del CÓDIGO CIVIL, aplicable al caso por hallarse vigente al tiempo que habían tenido lugar los acontecimientos, el cual establecía un régimen de responsabilidad objetiva por los hechos y las omisiones de

los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que le son impuestas.

Conforme a la norma reseñada, el judicante indicó que habiéndose configurado el ejercicio irregular de la función pública por la cual debía responder el ESTADO NACIONAL, no era necesario determinar o establecer quién o quiénes habían sido los causantes de tal situación, pues bastaba con la circunstancia acreditada de la muerte del menor en el IMR, mientras se hallaba bajo la custodia de las autoridades del establecimiento.

Finalmente, el sentenciante de grado añadió que las sumas que conformaban los montos indemnizatorios fijados devengarían intereses a partir del 11 de enero de 2007 –día en que GHM había sido hallado muerto en el IMR– y a la tasa pasiva promedio mensual publicada por el BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, hasta su efectivo pago. Ello así, a excepción de las sumas relativas al tratamiento terapéutico, las que se dispuso devengarían esos mismos intereses, desde la fecha del pronunciamiento de grado, y hasta el efectivo pago, pues se referían a erogaciones que todavía no se habían realizado.

III.-) Que, resuelta del modo descripto la controversia en la anterior instancia, los autos arriban a esta Sala con motivo del recurso articulado en autos.

En ese sentido, se observa que, disconforme con lo resuelto, la parte demandada interpuso recurso de apelación con fecha 15/10/2020 y expresó agravios con fecha 25/2/2021, los cuales fueron contestados por la contraria con fecha 27/02/2021 –*vide*, escritos incorporados al sistema de gestión judicial Lex100 con fecha 22/12/2020, 25/2/2021 y 1/3/2021 respectivamente–.

En primer lugar, el recurrente se agravia de lo resuelto por el Sr. Juez de grado en punto de la aplicación de lo dispuesto en el art. 1112 del CÓDIGO CIVIL, norma positiva que regía al momento en que los hechos que aquí se ventilan y que resulta aplicable a esta controversia.

En este sentido, la accionada expone que el mentado artículo 1112 de dicho CÓDIGO, preveía un supuesto de responsabilidad objetiva por falta u omisión en el deber de cuidado por parte del ESTADO NACIONAL mediante la labor de sus funcionarios. En virtud de ello, indica que dicha responsabilidad objetiva derivaba en la ausencia de factores de atribución subjetiva para endilgar responsabilidad a los funcionarios públicos por los daños ocasionados en la prestación defectuosa del deber de cuidado y seguridad.

Así las cosas, postula que, al tratarse el presente de un supuesto de responsabilidad objetiva, en el único caso en que el Estado como garante del deber de seguridad pudiera encontrar un eximente de responsabilidad, sería en circunstancias en las que se dieran los requisitos para determinar la existencia de “caso fortuito o fuerza mayor”, “culpa de un tercero” o “culpa de la víctima”.

Sentado ello, considera que el señor Juez a quo al momento de fallar ha dejado de lado, en forma que tilda de inexplicable, las siguientes circunstancias:

i) El joven GHM, se encontraba bajo la custodia o tutela del Sr. Juez a cargo del JUZGADO FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 1 de Morón, Prov. de Buenos Aires, ante quien se tramitaba el incidente Tutelar del Menor.

ii) Dicho funcionario era quien tenía a su cargo el cuidado del menor, y en consecuencia, había sido quien dispuso las medidas que consideró más adecuadas a tales fines, o en todo caso era el responsable de omitir las medidas correspondientes.

iii) La administración había obedecido las órdenes e instrucciones impuestas por el mencionado Magistrado, e inclusive se le había advertido al mismo que el IMR no era el sitio más adecuado para el joven.

iv) Lejos de pretender desentenderse de la atención de GHM, se habían dispuesto todas las medidas de tutela a su alcance, tal como surgía de la causa penal que el propio sentenciante *a quo* tuvo a la vista como prueba en estos autos.

v) De dicha causa penal surgía que las funcionarias públicas responsables del IMR (Simone y Lozano) actuaron con el celo y la diligencia debida en el cuidado del menor, lo que, según destaca, derivó en el sobreseimiento de aquellas, resolución que fue confirmada por la Alzada.

Conforme a las circunstancias enumeradas, arguye que no puede concluirse la existencia de responsabilidad extracontractual que se le endilga, dado que ello implicaría forzar la “lógica cadencia de los hechos”.

En función del contexto así suscitado, postula que el hecho de haber atentado el menor contra su propia vida, rompe el nexo causal, forzando de esta manera a un evidente supuesto de aplicación de la eximente de responsabilidad –por culpa de la víctima–, puesto que se pone toda la carga causal en la víctima, rompiendo de esta forma el nexo de causalidad adecuada, requisito insoslayable para poder predicar su responsabilidad.

En definitiva, ya sea por falta de imputabilidad (que es desplazada al poder judicial bonaerense) o de los presupuestos a los que debe supeditarse la responsabilidad extracontractual, postula que no media responsabilidad del Estado Nacional por lo actuado en el ámbito de la SENNAF.

IV.-) Que, sentado lo anterior, liminarmente, corresponde recordar que en cada caso que llega a un estrado judicial, el magistrado interviniente debe realizar una verdadera reconstrucción histórica con el objeto de determinar si los hechos propuestos por las partes son ciertos, o no. Para ello, ha de examinar detenidamente las postulaciones y argumentos de las partes, así como las pruebas rendidas, apreciarlas con criterio lógico jurídico y finalmente, asignarles su valor de acuerdo con las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, constituyendo tales circunstancias un límite especial a la fundamentación de sus argumentaciones (cfr. esta Sala, con otra integración, in re: “Gordillo, Jorge Horacio c/ E.N. - Min. de Trab. y Seg. Social s/ empleo público”, expte. N° 1.594/1991, sentencia del 8/06/1995 y, con una integración actual, in rebus: “Cervantes S.A. c/ E.N. - M° del Interior s/ daños y perjuicios”, expte. N° 41.031/2004, sent. del 22/03/2012; “Ingeniería Saiver S.R.L. c/ E.N. - EMGE -Plan Provi Agua- y otro s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 16/10/2014, en

especial, considerando VII, y sus citas; “Syphon S.A. c/ E.N. - M° Industria - SIC y PYMES - Resol. 54/05 -Exp. S01:73989/05- s/ proceso de conocimiento”, expte. N° 14.810/2011, sent. del 10/11/2016; y “C., F. R. c/ E.N. - M° Justicia - P.S.A.- Dto. 1088/03 y otro s/ persona militar y civil de las FFAA y de seg.”, expte. N° 23.232/2009, sent. del 20/04/2017, entre otras).

Asimismo, quienes tenemos la misión de impartir justicia no tenemos la obligación de seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que pongan a consideración del Tribunal, sino tan solo en aquellas que sean conducentes para decidir el caso, y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (cfr. C.S.J.N., Fallos, 258:308; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970, entre muchos otros).

V.-) Que, una vez sentado lo expuesto, conviene puntualizar que a fin de analizar el mérito de los agravios traídos a estos estrados y, en definitiva, la admisibilidad o improcedencia del reclamo indemnizatorio articulado en autos, resulta imprescindible referenciar las vicisitudes y antecedentes que enmarcan el contexto invocado por la parte actora, como así también la normativa acompañada, que, por lo demás, resulta de aplicación al presente caso.

Es así que pasarán a sintetizarse, esquemáticamente, las distintas circunstancias que resultarán útiles para arribar al recto tratamiento del recurso que abrió el conocimiento de esta ALZADA.

De esta manera, y como primera medida, debe advertirse que, con fecha 13/07/2010, el Sr. J. H. M. -co-actor-, denuncia el fallecimiento de la Sra. A. F. M. -co-actora y cónyuge del Sr. M.- la que había tenido lugar con fecha 15/02/2010, según el certificado de defunción glosado a fs. 70.

En dicha presentación, también, se manifestó que la sucesión de la causante había quedado radicada en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL N° 10, del DEPARTAMENTO JUDICIAL DE MORÓN. Asimismo, se puso en conocimiento que le sucedían sus hijos, a quienes, luego de acreditar el vínculo con la occisa, se los tuvo por presentados y por parte, puesto que todos ellos habían alcanzado la mayoría de edad (ver fs. 70/80).

Por lo demás, queda resaltar que con fecha 2/3/2021 quedó incorporado al Sistema de Gestión Judicial Lex100, la declaratoria de herederos y su rectificación.

Finalmente, a fs. 180 se abrió la causa a prueba por el término de cuarenta (40) días.

Cabe adelantar que las pruebas a describir seguidamente se dividen en dos grandes grupos: las de la parte actora, y las de la parte demandada. En el primer conjunto, se halla una transcripción normativa que incluye el texto de la Ley n° 26.061 y diversos reglamentos vinculados a la misma, tales como el PROTOCOLO DE PROCEDIMIENTO PARA DENUNCIAS DE MALOS TRATOS y EL PROTOCOLO DE PROCEDIMIENTO PARA INCIDENTES ENTRE JÓVENES alojados en centros de régimen cerrado, y el MARCO CONCEPTUAL DE LA DIRECCIÓN NACIONAL PARA INFRACTORES A LA LEY PENAL dependiente de LA SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. Si bien se trata de disposiciones que, al presumirse conocidas, y por el principio *iura curia novit*, no precisan ser probadas, se estima pertinente recordarlas para tener presente el marco normativo aplicable.

También se halla en ese primer grupo, el Legajo personal de GHM (n° 654.010), labrado desde el 22 de agosto del año 2005 hasta su muerte, el 11 de enero de 2007; las Actuaciones sumariales N° 719/2007; la causa penal iniciada como consecuencia del fallecimiento de GHM; y el Incidente Tutelar n° 6648, agregado a la causa penal n° FP 1302/2007 “De Simone, Claudia y otro s/ suicidio”. Seguidamente, en cuanto a la prueba de la demandada, se cuentan principalmente un informe presentado por la Perito Actuaría designada en autos, y un informe de la experta en Trabajo Social.

Efectuada esta breve presentación liminar, resta destacar, en cuanto aquí importa, que de los mencionados elementos se desprende, en detalle, lo siguiente:

Prueba de la actora:

(i) A fs. 213/223, obra glosado el oficio dirigido a la SENNAF, junto con su correspondiente respuesta por parte de dicho organismo, a fin

de que se remita copia fiel de la LEY N° 26.061 y de toda otra norma complementaria que regule la internación de menores de edad por razones tutelares, como así también, toda documentación que obre en su poder referida al menor, ello a partir de la solicitud de plaza para su internación.

En respuesta a dicho oficio el organismo acompañó las RESOLUCIONES NROS. 991/2009, 3892/2011 y 582/2015, todas ellas, complementarias de la LEY N° 26.061. En la misma presentación, también, acompañó el Legajo personal del menor GHM.

(a) Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescente n° 26.061:

- Objeto: "...tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces" (art. 1°).

- Aplicación Obligatoria: "[l]a Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles" (art. 3°).

- Interés superior: "[a] los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, inte-

gral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

a) Su condición de sujeto de derecho;

b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;

c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;

d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;

e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros" (art. 2°).

- Responsabilidad Gubernamental: "[l]os Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal. En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen. Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes. Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad

el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La prioridad absoluta implica:

1.- Protección y auxilio en cualquier circunstancia;

2.- Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas;

3.- Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas;

4.- Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice

5.- Preferencia de atención en los servicios esenciales.” (art. 5°).

- Derecho a la Vida: “[l]as niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida” (art. 8°).

- Derecho a la Dignidad y a la Integridad Personal: “[l]as niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral” (art. 9°).

- Derecho a la Salud: “[l]os Organismos del Estado deben garantizar: a) El acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad; b) Programas de asistencia integral, rehabilitación e integración; c) Programas de atención, orientación y asistencia dirigidos a su familia; d) Campañas permanentes de difusión y promoción de sus derechos dirigidas a la comunidad a través de los medios de comunicación social. Toda institución de salud deberá atender prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas. Las niñas, niños y

adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud” (art. 14°).

- Conformación: “[e]l Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional” (art. 32).

- Medidas de Protección de Derechos: “[s]on aquellas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias. La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente. La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización” (art. 33).

- Finalidad: “[l]as medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias” (art. 34).

- Secretaría Nacional: “[c]réase en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, organismo especializado en materia de derechos de infancia y adolescencia, la que funcionará con representación interministerial y de las organizaciones de la sociedad civil. La misma será presidida por un Secretario de Estado designado por el Poder Ejecutivo nacional” (art. 43).

(b) Resolución n° 991/2009:

Por medio de esta norma, fue aprobado un PROTOCOLO DE PROCEDIMIENTO PARA DENUNCIAS DE MALOS TRATOS y EL PROTOCOLO DE PROCEDIMIENTO PARA INCIDENTES ENTRE JÓVENES alojados en centros de régimen cerrado (art. 3).

En el considerando de dicho reglamento, se dispuso adecuar: “...los principios y obligaciones aplicables a las niñas, niños, y adolescentes; y a los adultos que interactúen con ellos, durante la permanencia en un centro de régimen cerrado, con lo preceptuado por la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la ley 23.849, la ley 26.061 de Protección integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), aprobadas la Asamblea General en su Resolución 45/112”.

En el anexo I, agregado a la resolución referida, se destacó que “[e]l centro deberá garantizar asistencia sanitaria integral, oportuna y gratuita. Dicha garantía incluye un ambiente adecuado para la permanencia provisoria en caso de enfermedad, siempre que no resulte conveniente disponer su traslado para un tratamiento más apropiado. Se asegurará la provisión de dietas alimentarias adecuadas y/o especiales para los casos que así lo requirieran” (ver art. 6°).

Asimismo, mediante el artículo 23, se dejó sentado que: “[l]os registros en las personas de

los jóvenes, en sus pertenencias y en las habitaciones que ocupen, así como la sustracción de elementos impropios, solo se realizarán, por orden expresa y fundada de la máxima autoridad a cargo del establecimiento, a los fines de preservar la seguridad, respetando la intimidad, dignidad y privacidad de los adolescentes. Dicha autoridad dejará constancia documentada de cada registro que se realice y de sus resultados”.

En el mismo sentido, el artículo 24, estableció que: “[l]as medidas de prevención utilizadas para evitar evasiones, así como las limitaciones y/o prohibiciones para el ingreso de sustancias y/o elementos considerados riesgosos para la salud y la integridad de los jóvenes y de los terceros, se adoptará evitando padecimientos innecesarios. La Dirección del establecimiento informará con claridad al personal, los jóvenes y sus familias el listado de elementos cuyo ingreso al centro se encuentre prohibido o limitado...”

(c) Resolución n° 3892/2011:

De los considerandos de la norma se desprende que: “la realidad nacional nos impone la tarea de impulsar un profundo proceso de transformación del régimen penal juvenil actual, avanzando en la consolidación de un sistema penal juvenil respetuoso de los Derechos Humanos, adecuándose a los estándares previstos en la Constitución Nacional y en la normativa internacional que rige en la materia”.

Asimismo, también se entendió que: “resulta una meta prioritaria avanzar en el camino de la especialización de las instituciones que intervienen con los adolescentes infractores y presuntos infractores de la ley penal”. Así, se agregó que: “avanzando en la citada orientación, fue creada en la órbita de la Secretaría Nacional de la Niñez Adolescencia y Familia de la Dirección Nacional para Adolescentes infracciones a la Ley Penal mediante Decreto n° 28 del 12 de diciembre de 2007”.

Como consecuencia de lo expuesto, se aprobó el MARCO CONCEPTUAL DE LA DIRECCIÓN NACIONAL PARA INFRACTORES A LA LEY PENAL dependiente de LA SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA (art. 1°), y se instruyó a la SEÑORA SECRETARIA NACIONAL DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA para que proceda a una reforma integral

de la normativa vigente en la DIRECCIÓN NACIONAL PARA ADOLESCENTES INFRACTORES A LA LEY PENAL (art. 2°).

Por lo demás, de la introducción que es parte integrante del MARCO CONCEPTUAL, supra mencionado, se destacó que: “[r]esulta necesario impulsar un profundo proceso de transformación del régimen penal juvenil actual, de modo de avanzar en la consolidación de un sistema respetuoso de los derechos humanos, que se adecue a los estándares previstos en la Constitución Nacional y en la normativa internacional que rigen en la materia”.

“La normativa vigente, Régimen Penal de la Minoridad (Ley 22.278) mantiene un fuerte sesgo tutelar, con características de protección” que hacen que en su estructura sean más importantes las condiciones personales y familiares del adolescente que el hecho delictivo que se le imputa. Es decir, se encuentra inspirada en el modelo anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño, propio del sistema tutelar clásico, en oposición con las actuales exigencias constitucionales”.

“El desafío que afronta la construcción de un sistema penal juvenil respetuoso de los derechos humanos en general y de los derechos de los adolescentes en particular, no se agota en una reforma normativa, sino que requiere herramientas institucionales y comunitarias que permitan consolidarlo y sostenerlo en las prácticas cotidianas”.

De la misma manera, la mentada norma traza una serie de pautas que son consideradas principios rectores de circuitos y dispositivos. Entre ellos, pueden destacarse los siguientes:

- Avanzar en la especialización: “[l]os dispositivos penales juveniles deben atender a la necesidad de armar un circuito que atienda a la necesidad de progresividad que debe tener la intervención penal con jóvenes. Esto implica la existencia de dispositivos que vayan de un monitoreo en territorio, pasando por instituciones residenciales de restricción y de libertad, hasta, finalmente, dispositivos de privación de libertad. Cada dispositivo y deberá formar parte de un circuito coherente, toda vez que deben ser partes de un mismo sistema, un menú de ofertas que atienda a las distintas situaciones “de los jóvenes, así

como a las diferentes penas o medidas adoptadas a nivel judicial. Siempre atendiendo a que la privación de libertad sea el último recurso, y que toda la intervención penal será breve”.

- El eje de la intervención: “[l]a primera tarea es evitar que la pena o medida, que regularmente restringe la libertad ambulatoria, vulnere otros derechos (educación, salud, trato digno, sus vínculos familiares, otros). En este sentido, la accesibilidad a derechos debe ser una labor prioritaria y constante de quienes tienen a su cargo la gestión de estos dispositivos”.

“En segundo lugar, además de garantizar los derechos básicos, deben implementarse acciones que permitan neutralizar o disminuir los efectos de socializadores que puede tener la permanencia de un adolescente en una institución cerrada durante un tiempo prolongado”.

- Dispositivos de acompañamiento y supervisión en territorio, alternativas a la medida de encierro: “[l]a privación de la libertad implica una severa afectación de derechos, siendo por lo tanto una medida excepcional. Por consiguiente, los programas alternativos constituyen una opción fundamental para reducir al máximo posible el uso de medidas de privación estricta de libertad en establecimientos cerrados por parte de los magistrados”.

“Por un lado, estos programas deben tener la capacidad de ‘competir’ con los dispositivos de encierro; pero por otro, deben evitar transformarse en mecanismos de control atenuado que, en vez de reducir la cantidad de adolescentes privados de libertad, amplíen el monitoreo a segmentos que tradicionalmente no tienen seguimiento por parte del sistema penal”.

“A este efecto, los dispositivos alternativos deben ser sustentables y eficaces”.

“Para ello se requiere efectuar tareas de supervisión y acompañamiento, es decir, controlar el devenir cotidiano de los adolescentes bajo programa”.

“En el marco de esas tareas de supervisión y monitoreo los dispositivos alternativos deben trabajar sobre aquellos aspectos que tornen vulnerable al adolescente frente al sistema penal

juvenil. Esta vulnerabilidad puede radicar tanto aspectos subjetivos como comunitarios, en inadecuadas estrategias de supervivencia u otros. En aquellos casos en que resulte pertinente, los programas alternativos deberán interactuar con el sistema de protección de derechos a fin de trabajar sobre los aspectos que producen vulnerabilidad social pero que no competen al sistema penal. La intervención diferenciada pero complementaria es la articulación técnica e institucionalmente deseable entre las labores de protección y restitución de derechos y aquellas relativas a la supervisión de medidas restrictivas de naturaleza penal o procesal”.

(d) Resolución n° 582/2015:

De los considerandos de la resolución se extrae que: “...resulta necesario continuar el proceso de adecuación de los establecimientos penales Juveniles destinados a adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores de la ley penal a los preceptuado en la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por Ley n° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y adolescentes, a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad, aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 (Reglas de Tokio), las directivas de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices Riad, aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113”.

Es por ello que, mediante el artículo 1°, se aprobó el RÉGIMEN DE DESCANSO PARA LOS CENTROS SOCIOEDUCATIVOS DE RÉGIMEN CERRADO. En virtud del cual se dispusieron una serie de medidas tendientes a asegurar el descanso de los jóvenes.

(e) Legajo personal de GHM n° 654.010:

En este acápite, se realizará una breve síntesis de las constancias pertinentes que obran glosadas en el Legajo Personal del menor GHM.

- PRIMER INGRESO: tuvo lugar con fecha 22/08/2005, por infracción a la Ley n° 23.737 (casusa n° 6648), la cual tramitó por ante el JUZGADO FEDERAL n° 1, SECRETARÍA N° 3, DEPARTAMENTO JUDICIAL DE MORÓN, y en dicho trámite fue acompañado por su progenitora (ver fs. 2).

- SEGUNDO INGRESO: se produjo casi dos meses más tarde, el 21/10/2006, también por infracción a la Ley n° 23.737, quedando a disposición del Sr. Juez mencionado en el punto anterior; se procedió a realizar una entrevista psiquiátrica, donde se concluyó que no presentaba síntomas psicóticos ni depresivos al momento de la evaluación. Con posterioridad, se sugirieron entrevistas individuales y familiares e interconsultas psiquiátricas, a fin de arribar al diagnóstico y derivación (cfr. fs. 8, 9 y 10).

El 6/11/2006, se presentó en el instituto el padre del menor, quien refirió que en la visita que le realizó el domingo anterior (5/11/2006) a su hijo, este presentaba signos de haber sufrido lesiones por parte de otros jóvenes alojados en la institución. En virtud de manifestado, se convocó al menor a la Dirección del IMR, donde este refirió haber sido golpeado por otro menor a quien no podía reconocer. Por lo expuesto, se iniciaron las actuaciones de rigor (*vide* fs. 11, 12 y 13).

El día 8/11/2006, se presentó en el instituto la Sra. LICENCIADA CRISTINA PISCIONE-RE DE ROSSI, de la Prosecretaría de Menores (CFASM), quien realizó un relevamiento de las condiciones de GHM (ver fs. 15, 16, 17, 18 y 19).

En ese mismo día, se remitió un nuevo informe psiquiátrico, donde hizo se contar que el joven no presentaba síntomas psicóticos ni depresivos, y se recibió copia del informe producido por el CUERPO MÉDICO FORENSE, realizado el día 23/10/2006, el cual informó que las condiciones de GHM no eran normales desde una perspectiva psicojurídica, por lo tanto se aconsejaba ingresarlo a una institución para pacientes duales, ya que se dictaminó que el hijo de los actores presentaba peligrosidad para sí y para terceros (cfr. fs. 20, 21, 22 y 23).

Con fecha 9/08/2006, el Sr. juez a cargo del incidente tutelar ordenó el traslado del menor a la sede del CUERPO MÉDICO FORENSE para un

nuevo examen, y se dispuso en dicha medida alojarlo individualmente en un pabellón en el que se contase con aberturas que permitieran tener luz natural y ventilación, además de proveerle una almohada para su cama (cfr. fs. 24 y 25).

Con fecha 10/11/2006, se remitió al juzgado interviniente el informe psicosocial, pieza en la cual se indicó que GHM debía recibir abordaje integral de acuerdo con su problemática, con un debido control psiquiátrico (fs. 26, 27, 28, 29 y 30).

El día 14/11/2006, se recibió una constancia firmada por el Sr. Secretario Tutelar, en la cual se dejó consignado que dado la problemática dual que registraba el menor, se debía decidir sobre el lugar de internación y proceder a efectivizar la misma por parte de la autoridad respectiva, esto es: la DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS Y PROGRAMAS PARA LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA (ver fs. 31).

Al día siguiente, el 15/11/2006, se recibió un oficio dirigido a la DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS Y PROGRAMAS, mediante el cual se solicitó que, en el término de 48 hs., se procediese a indicar la institución adecuada para la internación del menor, precisándose allí que este era un riesgo para sí y para terceros (cfr. fs.32).

Con fecha 21/11/2006, el PAIDA informó que no era posible implementar la entrevista de admisión, por lo tanto dispuso que se debía articular un ingreso directo a la COMUNIDAD TERAPÉUTICA SV; por lo que, con fecha 24/11/2006 se procedió al traslado de GHM (ver fs. 33 y 34).

- TERCER INGRESO: GHM reingresó al establecimiento con fecha 12/12/2006 y, dos días más tarde, el 14/11/2006, fue trasladado a la COMUNIDAD TERAPÉUTICA SV (cfr. fs. 35).

- CUARTO INGRESO: reingresó un mes y medio más tarde, con fecha 28/12/2006 por disposición del Juzgado Federal de Morón, en el marco de la causa n° 6648.

Con fecha 28/11/2006, se había dispuesto alojar al menor en la institución hasta tanto se le otorgase plaza en alguna de las INSTITUCIO-

NES CASA DEL SUR, donde, asimismo, se ordenó que se arbitren los medios necesarios para preservar la integridad física de GHM, como así también brindarle asistencia médica en una de sus piernas en la cual padecería una infección (ver fs. 36). Sin embargo, el día 10/01/2007, con posterioridad a ser evaluado por la licenciada del equipo técnico de la COMUNIDAD TERAPÉUTICA CASA DEL SUR, se informó que no se contaba con vacantes disponibles para su ingreso en dicho centro de atención. En este punto, se observa que el adolescente seguía alojado en el IMR.

Finalmente, con fecha 11 de enero del año 2007, a las 6:50 hs. de la mañana, encontraron al menor GHM sin vida en la celda de dicha institución, en la que estaba alojado.

(ii) A fs. 235/260, obra glosado el estudio pericial realizado al Sr. J. H. M., practicado por la PERITO PSICÓLOGA designada de oficio. En dicha pieza, la profesional ponderó y describió el impacto negativo que el hecho originante del litigio tuvo para el padre del fallecido (que lo incapacita en un 20%), y concluyó que: “[l]os sucesos que promueven las presentes actuaciones, han tenido para la subjetividad del Sr. [M.], la suficiente intensidad como para evidenciar un estado de perturbación emocional encuadrable en la figura de daño psíquico, esto es: “[p]uede hablarse de la existencia de daño psíquico en un determinado sujeto, cuando este presenta un deterioro, disfunción, disturbio, alteración, trastorno o desarrollo psicogenético o psicorgánico que, afectando las esferas afectivas y/o intelectual y/o volitiva, limita su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa (Dr. Mariano N. Castex, 2003)”.

“La característica esencial del trastorno distímico es un estado de ánimo crónicamente depresivo que está presente la mayor parte del día de la mayoría de los días durante al menos 2 años. Los sujetos con trastorno distímico describen su estado de ánimo como triste o desanimado”.

“En relación al Baremo utilizado y el porcentaje otorgado, se toma en cuenta el Baremo para “daño Neurológico y Psíquico de Castex, encuadrando la patología “2.6.9: Depresiones Neuróticas o Reactivas moderada (10-25 %) otorgándole 20% de incapacidad, de nexo causal directo”.

(iii) Actuaciones sumariales N° 719/2007:

A fs. 264, la SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA remitió las fotocopias certificadas de las actuaciones sumariales que tramitaron bajo el número 719/07, en virtud de las cuales se investigó el hecho ocurrido con GHM.

Dicho expediente, replica distintas constancias del Legajo Personal de GHM y de la causa penal labrada con motivo de su fallecimiento, iniciada para deslindar la responsabilidad de las funcionarias públicas a cargo del IMR (Sras. DE SIMONE Y LOZADA) por el mismo hecho. Por ello, en este acápite, no se hará referencia adicional a dichas actuaciones, puesto que fueron y serán descriptas a lo largo del presente considerando.

(iv) Causa penal iniciada como consecuencia del fallecimiento de GHM:

Con fecha 5/09/2019, se recepcionó, *ad effectum videndi*, la causa penal que había sido sustanciada a resultas del deceso del menor GHM, y respecto del hecho que dio origen al reclamo de autos y fue iniciada para conocer respecto del hecho, en concreto: causa CFP 1302/2007 “De Simone Claudia y otro s/ suicidio”, en trámite por ante el JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL N° 1, SECRETARÍA N° 2. La misma, consta de cuatro cuerpos y cuatro anexos. De dicho expediente puede extraerse la siguiente síntesis:

- A fs. 82, obra el examen efectuado por el LABORATORIO DE TOXICOLOGÍA Y QUÍMICA LEGAL DE LA MORGUE JUDICIAL perteneciente a GHM. En dicho estudio se indicó que el material remitido (sangre y humor vítreo) no contenían determinación de “alcohol etílico” ni de “alcohol metílico”.

- A fs. 84/89, luce agregado el informe de la AUTOPSIA N° 84/07, practicada por el Dr. Osvaldo CURCI, MÉDICO FORENSE, en la Morgue Judicial.

Respecto de las “consideraciones médico-legales”, el experto señaló que: “...se trata de un cadáver de un menor de una edad aparente entre 17 y 20 años, que fue hallado en su celda de in-

ternación colgado, en suspensión incompleta, con una tela tipo sábana alrededor del cuello y que fuera descolgado por un celador, rompiendo el nudo y quemándolo en una punta (versión policial). El cuerpo estaba desprovisto de ropa y fue depositado en decúbito dorsal en el piso, donde fue examinado y diagnosticada la muerte por un médico del SAME. Al examen externo autopsial, el cadáver presenta una data entre 12 y 18 hs. al momento de la autopsia. El cadáver no presente lesiones traumáticas externas de reciente data, ni tampoco las llamadas lesiones de lucha y o defensa en los 4 miembros. En el cuello hemos hallado un doble surco de compresión descripto y en el examen interno elementos compatibles con asfixia...”

En este sentido, el Médico Forense indicó que: “[...]a causa de la muerte ha sido la compresión extrínseca, mecánica del cuello, variedad ahorcadura, siendo el mecanismo de producción predominante en este caso, el vascular, el respiratorio, produciendo la asfixia o falta de oxígeno, y posterior muerte. El tipo o manera de la misma se considera que fue autoinferida por no presentar ningún tipo de elemento médico legales que avalen otra manera o tipos de la muerte...”

Por último, el Dr. CURCI sostuvo que la muerte del menor había sido “producida por asfixia por ahorcadura”. Por lo que solicitó diferentes exámenes adicionales, a fin de poder completar y concluir su informe.

- A fs. 215 y vta., obra el reporte pericial realizado por la DIVISIÓN LABORATORIO QUÍMICO. En ella, se determinó que “...en las muestras 1 a 4 peritadas no se comprobó la presencia de cianuro, venenos orgánicos fijos ni psicofármacos en dosis tales que hagan factible de intoxicación y/o muerte por ingestión de la misma...”

- A fs. 284, se encuentra agregado el Informe Histopatológico n° 073/07, efectuado por el Laboratorio de Histopatología Forense de la Morgue Judicial, mediante el cual se diagnosticó: “Hemorragia pulmonar. Enfisema”.

- A fs. 286/287, luce agregado el análisis perteneciente a GHM, efectuado por el Dr. Edgardo E. CASSET, Bioquímico, Prosecretario del Laboratorio de Análisis Clínicos, Biológicos y Bacterio-

lógicos del Poder Judicial de la Nación. De dicho examen, resulta que: “en el hisopado rectal efectuado se hallan elementos compatibles con los presentes en el líquido seminal y sustancias de grupo “H”, por lo que podría corresponder a uno o más individuos secretores de grupo cero, sin descartar a los no secretores...”

- A fs. 292/295, obra agregado el informe ampliatorio de la autopsia encomendada por el Sr. MÉDICO FORENSE interviniente Dr. CURCI.

Allí, en primer lugar, se dejó constancia que la prueba pericial tenía por objeto establecer la existencia de elementos o compuestos de interés toxicológico en el material de peritación extraído del cadáver de quien fuera en vida GHM (AUTOPSIA N° 084-07). A continuación, se indicó que se habían recibido de la Sala de abducciones de la MORGUE JUDICIAL, herméticamente cerrado y debidamente rotulado el siguiente material: - Frasco n° 1 rotulado: “Estómago y su contenido”; - Frasco n° 2 rotulado: “Trozos de distintas vísceras”; -Hisopado nasal; -”Cabello y Vello Pubiano”; y “Humor Vítreo”. Así las cosas, se llevó a cabo la investigación de venenos volátiles, venenos metálicos, venenos no metálicos comunes, venenos orgánicos fijos, los cuales arrojaron resultados negativos. Asimismo, ello fue realizado según la “Técnica según Fassi, A.M. Modificada”, y se concluyó que no se había detectado la existencia de elementos o compuestos de importancia toxicológica. Por otra parte, en el resultado de la “fracción alcalina” se expuso que “se ha registrado la presencia de cafeína y nicotina”.

Posteriormente, se indicó que efectuado hisopado nasal no se había registrado la presencia de cocaína. Sin embargo, y aunque la investigación en búsqueda de cocaína en cabello obtuvo resultado “negativo”, se detectó que, en el vello pubiano del occiso, el estudio había arrojado resultado “positivo” por tal compuesto.

En conclusión, el Sr. PERITO FORENSE, dictaminó que se había registrado la presencia de las siguientes sustancias: en vísceras, cafeína y nicotina (metabolito de la nicotina) en trazas no cuantificables (no tóxicas ni letales); y en vello pubiano: cocaína.

- A fs. 744/776 de la causa penal referida, obra glosada la sentencia dictada por la SALA I DE LA CÁMARA NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL, con fecha 7/08/2013, mediante la cual se confirmó la decisión adoptada por el JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL N° 1, por la cual se había dispuesto el sobreseimiento de Claudia DE SIMONE y de Liliana Isabel LOZANO, quienes, respectivamente, se desempeñaban, a la fecha del fallecimiento de GHM, como Directora y Jefa del Servicio Social del Centro de Admisión y Derivación del Consejo de Niñez, Adolescencia y Familia del IMR.

En dicho decisorio, la Alzada penal expresó que en las actuaciones se investigaba la responsabilidad penal de las autoridades del IMR, por la muerte de GHM, acaecida el 11/01/2007, dentro del citado establecimiento. Sobre los antecedentes del caso, se tuvo en cuenta que el menor se encontraba internado en el IMR, a disposición del titular del JUZGADO FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N°1 de MORÓN, PROVINCIA DE BUENOS AIRES, en el marco del Incidente Tutelar formado en la causa n° 6648, y en virtud de haber estado allí alojado, con fecha 11/01/07, fue hallado sin vida por un celador, dentro de la celda que ocupaba, luego de lo cual, la autopsia confirmaría que su muerte había sido auto-inferida, por asfixia, como consecuencia de la ahorcadura, todo lo cual se encontraba fuera de discusión.

La Alzada señaló, entonces, que la decisión desvinculante que había sido adoptada en primera instancia, resultaba ajustada a derecho, pues entendió que las pruebas colectadas habían despejado las dudas respecto del actuar de las funcionarias del IMR, en tanto que no se habían observado evidencias que demostraran la voluntad orientada a la concreción del resultado o al conocimiento efectivo de que pudiera producirse. Al mismo tiempo, los jueces indicaron que conforme la evidencia reunida había quedado claro que el menor había recibido el abordaje adecuado, atento su estado psíquico, en tanto que se había cumplido con la asistencia mínima, de una vez por semana, a todos los jóvenes allí alojados, quedando luego en manos del profesional si intensificaba tales las entrevistas. Y que no existía un procedimiento regla-

do, en cuanto al tiempo y la forma de tratar, sino que quedaba a criterio de los especialistas.

Complementariamente, los magistrados explicaron que el IMR no podía atender cuadros psiquiátricos, ya que no era adecuado para tratar una patología dual, y que por eso el alojamiento allí era provisorio, a la espera de la derivación a la "CASA DEL SUR", donde se haría el tratamiento apropiado, atento a que, en su último ingreso, el menor había sido registrado con un oficio judicial de derivación a aquella comunidad terapéutica. E interpretaron que el resguardo del menor era más para protegerlo de sí mismo, que de terceros, contando para ello con escasos recursos. A su vez, también resaltaron que, una vez valorado el espectro probatorio, podía afirmarse que las directoras del IMR habían procedido conforme las reglas establecidas y las posibilidades con las cuales disponían, por lo que correspondía confirmar el decisorio de sobreseimiento.

Ahora bien, sin perjuicio de estas consideraciones, obsérvese que el tribunal colegiado también efectuó un señalamiento, en punto a que la circunstancia de que las imputadas no hubieran hecho más que observar los parámetros establecidos para el caso, impulsaba a la reflexión, en el sentido de que no podía pasarse por alto la responsabilidad del Estado en el contexto de marginación por la cual atravesaba gran parte de la población, como consecuencia, entre otras cosas, del incumplimiento de sus obligaciones básicas y de su incapacidad como garante en diversas situaciones. Y que, dentro de ese marco, muchos padres de familia, que carecían de medios y de las condiciones necesarias para proteger a sus hijos, acudían por ayuda al Estado, cuando consideraban que corrían peligro ante esa marginación extrema.

(v) Incidente Tutelar n° 6648, agregado a la causa penal n° FP 1302/2007 "De Simone Claudia y otro s/ suicidio":

- Conforme surge de fs. 33 de dicho incidente, el Sr. DEFENSOR PÚBLICO AD HOC, asesor del menor GHM, realizó las siguientes observaciones: "...1. [e] suscripto entiende conveniente, solo con carácter provisional, y por un período de tiempo no mayor a 72 hs. mantener al menor internado en el Instituto "Manuel Roca", has-

ta tanto se realicen las evaluaciones e informes correspondientes; 2. [e]n igual sentido corresponde, atento a la patología manifestada por el menor en los distintos informes realizados por este Tribunal, solicitar a V.S. la realización con carácter urgente de una evaluación psiquiátrica y psicológica por el Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional; 3. [a]simismo, corresponde derivar al menor, en un plazo no mayor de 24 horas, al Consejo Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia, a los fines de que evalúe la conveniencia o no del traslado del menor a una Comunidad de Régimen cerrado, para un tratamiento de rehabilitación, en caso de estimarlo los galenos; 4. [p]or último solicito a V.S. se arbitren los medios conducentes para preservar la integridad física del menor, así como los riesgos para sí o para terceros, atento sus antecedentes suicidas y estados emocionales violentos..."

- Con fecha 23/10/2006, la Licenciada en Psicología Sra. María E. MARTINENA DE BARCELÓ, integrante del cuerpo de DDTT - CFSAM, elaboró un informe en relación a la entrevista mantenida con el menor GHM, quien provenía del IMR (cfr. fs. 31/vta.).

En dicha oportunidad la experta estimó necesario proveer al menor de un ámbito de alojamiento hasta que fuera evaluado y se determinara el lugar más adecuado para su tratamiento. Asimismo, indicó que era necesario esclarecer "...el diagnóstico preciso sobre la estructura de personalidad, saber si nos encontramos ante un neurótico o un psicótico, arrojará luz sobre los pasos a seguir. Se hace necesario entonces mantener al menor internado hasta que se concluyan la evaluación psicológica sobre el mismo y también para preservarlo de la posibilidad de autoagresión. El menor presenta una personalidad impulsiva e ideas de suicidio expresadas en forma reiterada a sus progenitores y actuadas en distintas ocasiones, 8 cortes, quemaduras, accidentes, etc."

Por lo expuesto, sugirió que el menor fuera evaluado psicológicamente por los profesionales del CUERPO MÉDICO FORENSE DE LA JUSTICIA NACIONAL y se procediera a la internación en el Instituto "Manuel Roca", institución donde también debería ser evaluado y asistido en orden a su problemática.

- Con fecha 23/10/2006, el señor Juez Federal, de Morón, ordenó librar oficio al CUERPO MÉDICO FORENSE DE LA JUSTICIA DE LA NACIÓN a fin de que se practicara respecto de GHM una evaluación, con miras a determinar si se trataba de un drogadependiente físico y/o psíquico y, en cuyo caso en qué grado, si resultaba ser principiante o experimentado, si necesitaba tratamiento de desintoxicación y rehabilitación y si resultaba peligroso para sí o para terceros. Asimismo, se solicitó practicar el examen mental previsto en el artículo 78 del CPPN y una amplia evaluación psiquiátrica y psicológica, tendiente a determinar una posible problemática de personalidad, todo ello con miras a sopesar cuál sería el mejor lugar para abordar la situación del joven.

- Con fecha 3/11/2006 la Sra. Licenciada MARTINENA DE BARCELÓ informó al señor Juez Federal interviniente que: "...en la fecha me comuniqué telefónicamente al Instituto Manuel roca a fin de interesarme por la evolución del menor [GHM]".

La mencionada experta, sostuvo en dicho informe que primeramente había conversado con la Sra. Licenciada DE SIMONE, quien refirió que el menor no mostraba problemas en la convivencia con el grupo de pares, y que no había observado actitudes agresivas. Por lo demás, agregó que posteriormente conversó con la Sra. Licenciada Jimena CAMPOS, psicóloga de la institución, quien refirió que: "...durante las entrevistas que mantuvo con el joven pudo observar que su discurso pierde la idea directriz, resultando confuso. Si bien en los tests gráficos no surgen elementos muy bizarro...". Sin perjuicio de ello solicitó una nueva evaluación psiquiátrica, pues tenía dudas respecto de la estructura de personalidad del causante (ver fs. 42).

- El 6/11/2006, la Sra. Licenciada en Trabajo Social María Eva MAGUIERE, elevó un informe al señor Juez interviniente, allí destacó: "...en oportunidad de haberse presentado el progenitor para manifestar que en ocasión de visitar al hijo en el día de ayer (domingo 5/11/06), en el Instituto "Manuel Roca" donde se halla alojado en periodo de evaluación, lo vio con el ojo hinchado y rastros de golpes. El señor [M.] manifestó que el hijo le comentó que había tenido

una pelea con otros chicos alojados en dicho establecimiento. Agregó que él se presentó en el transcurso de la mañana (06/11/06) en el establecimiento de minoridad, para solicitar una explicación a las autoridades de la institución. Posteriormente se presentó ante estos estrados. Sobre la base de sus dichos, firmante se comunicó telefónicamente con la Casa de Admisión Instituto "Manuel Roca" y se habló con la Sra. Licenciada Susana BATTAFARANO, coordinadora técnica del Equipo asistencial, quien refirió que están tomando las medidas pertinentes para esclarecer el hecho y que el menor tenga el resguardo integral" (ver fs. 43).

- Con fecha 8/11/2006, el CUERPO MÉDICO FORENSE informó al Juzgado interviniente respecto de las facultades mentales del joven GHM, en cumplimiento de lo requerido por el magistrado, con fecha 23/10/2006 (cfr. fs. 88, 89 y 90).

Allí, dicho Cuerpo Médico concluyó que: "[l]as facultades mentales [...] no son normales desde una perspectiva psicojurídica [...] no se observan signos de venopunturas actuales o pretéritas, ni signos de síndrome de abstinencia. Recibimos una Rinoscopia cuyo resultado es negativo. Recibimos un test "Rapid Drug Screen" obtenido de la orina del paciente cuyo resultado es positivo para THC [...] se observan signos clínicos y de laboratorio compatibles con consumo de sustancias psicoactivas, por lo cual se considera necesaria la aplicación de un tratamiento curativo (de rehabilitación) ambulatorio; [...] el paciente relata manifestaciones compatibles con psicosis, razón por la cual es conveniente que sea ingresado en una institución para pacientes "duales". En el momento actual presenta peligrosidad para sí...".

- Al día siguiente, es decir, el 9/11/2006, el Sr. Juez Federal ordenó librar oficio al CUERPO MÉDICO FORENSE a fin de que se informara, con carácter de urgente, sobre el estado de salud en general del menor y, específicamente, la causa, el grado, los mecanismos de producción y tratamientos a seguir de la lesión que padecería, ello puesto que, con fecha 6/11/2006, se había presentado el padre del menor y refirió que en la visita del día domingo (5/11/2006), había advertido que su hijo había sido agredido físicamente (cfr. fs. 57, 58 y 59).

Asimismo, ordenó librar oficio al IMR a fin de “...proceder al traslado, en el día de la fecha, a la sede del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional [...]. Una vez finalizado, deberá ser remitido a la dependencia a su cargo, en donde se lo deberá alojar individualmente en un pabellón en el que se cuente con aberturas que permitan tener luz natural y ventilación, además de proveerle una almohada para su cama...”

Prueba de la demandada:

- A fs. 299/310vta., obra glosado el informe presentado por la Sra. Perito Actuarial designada en autos, la Sra. Beatriz Laura SÁENZ, en el que se concluyó: “[t]eniendo en consideración la particular situación de [GHM] en cuanto a la condición de indigencia de su grupo familiar en lo económico y su dependencia de los planes sociales, los múltiples trastornos psicológicos y psiquiátricos, el consumo de sustancias estupefacientes, carencia de un tratamiento terapéutico adecuado, estudios limitados a 8° y 9° año del EGB sin haber concluido sus estudios secundarios, no desarrollando ninguna actividad laboral ni habiendo aprendido un oficio o profesión, el valor peticionado en la demanda de \$ 200.000 [...] en concepto de valor vida resulta excesivo con relación al que fuera calculado precedentemente y que asciende a \$ 137.095,05”

- A fs. 346, con fecha 23/11/2017, la parte demandada desiste de la prueba de informes oportunamente peticionada a LA COMUNIDAD TERAPÉUTICA SAN VICENTE y CASA SUR. Asimismo, con fecha 5/12/2017, desiste de la prueba de informes, requerida para que se acompañe el Legajo del menor GHM, toda vez que, según constaba de las constancias de la causa, el mismo se encontraba reservado en el juzgado bajo el n° 69.

- A fs. 375/389, obra glosado el informe de la experta en Trabajo Social, encomendado a fin de que, una vez evaluados los actores y su entorno socioeconómico, así como, también el entorno y características del occiso, efectuara una serie de determinaciones, a saber: “...determine lo siguiente: 1) Clase social o decil del occiso y de los actores. 2) Posibilidad de movilidad social de occiso conforme su clase social, nivel de educación, etc. 3) Nivel de productividad, ingresos posibles durante su etapa productiva. 4) ni-

vel de consumo en calidad y cantidad conforme su clase o estamento. 5) Determine estadísticamente o conforme parámetros objetivos, probabilidades del occiso conformar una familia, conforme su clase cantidad promedio de hijos. 6) Teniendo en cuenta lo anterior, determine nivel de consumo para su hipotético grupo familiar, y posibilidades de ayuda conforme sus potenciales, ingresos, tomando en cuenta consumo propio y consumo de su grupo familiar”.

Dicho reporte pericial arrojó las siguientes conclusiones: “[l]a suscripta durante el desarrollo de las intervenciones profesionales, percibe disposición al entrevistar [...], presentado una actitud colaboradora. Se infiere angustia por parte de ambos al hablar de la muerte [...]. Se percibe lo angustia ante la pérdida y cómo cada integrante de la familia nuclear a la que pertenecía [...], han desarrollado su duelo de diversas formas, ya sea conformando una familia con hijos o no, terminando sus estudios o no, viviendo en otros lugares o no, las variadas estrategias que han utilizado los diferentes familiares para adaptarse a la nueva situación, a la nueva vida sin un hijo, sin un hermano, frente a la pérdida de un joven de 17 años. A un sobrino de [...] le pusieron el mismo nombre en honor a su tío fallecido. Se infiere el desborde que ha sufrido el Sr. [J.], transitando momentos de depresión, de vivir en la calle, e intentando encontrar el rumbo de su vida, se infirió situación de vulnerabilidad, de fragilidad subjetiva, como pérdida de un hijo, de un hermano, desempleo, corte de una pierna, vivir en la calle, problemas de adicción”.

VI.-) Que, sentado lo expuesto, cabe adelantar que diversos motivos obstan a la procedencia de la apelación de la parte demandada.

Al respecto, en primer término, se advierte como primer valladar, la insuficiencia argumental del memorial bajo análisis, que lo deja al borde de la deserción.

En efecto, en cuanto a la verificación de las pautas normativas de orden adjetivo a las que debe supeditarse el memorial bajo examen, se impone tener presente lo dispuesto por el artículo 265 del CPCCN, el cual establece, en lo pertinente, que la expresión de agravios debe consistir en una crítica concreta, razonada y autosuficiente del pronunciamiento apelado. Por

cierto, dicha carga no se suple ni sustituye con construcciones que denoten una mera discrepancia con el criterio del juzgador, sino que implica el estudio de los razonamientos de aquel, demostrando las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las cuestiones resueltas (en igual sentido, C.S.J.N., Fallos: 315:689; 316:157; 322:2683; y esta Sala, *in re*: “Curcija S.A. c/ E.N. – ONCCA – Resol. n° 1.487/08 s/ proceso de conocimiento”, causa n° 22.848/2009, sentencia del 12/07/2018, entre muchos otros).

En este sentido, se ha dicho que la expresión de agravios es un acto de petición destinado específicamente a criticar la sentencia recurrida, con el fin de obtener su revocación o modificación parcial por el tribunal y su forma le impone claridad expositiva, para facilitar su estudio (conf. esta Sala, *in re*: “Fernández Cárdenas, María Inés c/ Tribunal Fiscal de la Nación s/ daños y perjuicios”, considerando X, sent. del 5/12/2013). Es que, como se ha reiterado, “criticar” es muy distinto a “disentir”. La crítica debe significar un ataque directo y pertinente a la fundamentación del pronunciamiento, tratando de demostrar los errores jurídicos y fácticos que este pudiere contener. En cambio, disentir es meramente exponer que no se está de acuerdo con la sentencia (conf., en igual sentido, Cámara Nac. Apels. en lo Civil, Sala “A”, sentencia del 16/12/2005, *in re*: “Z., M. R. c/ D.P., J.L. y otros”, publicado en La Ley del 1º/06/2006).

Así pues, trasladadas estas consideraciones al caso sub examine, se vislumbra que frente a lo decidido por el Sr. Magistrado de la anterior instancia, la parte demandada no logró demostrar, sobre la base de una crítica razonada y suficiente, que el sentenciante hubiera errado el razonamiento.

Máxime, cuando las reflexiones que expuso en su memorial, además de ser genéricas y abstractas, son sumamente escuetas, puesto que debe resaltarse que el memorial de agravios tiene una extensión de apenas tres carillas y diez párrafos.

Por lo demás, en definitiva, los dichos de la apelante giran en torno a la exclusión de responsabilidad bajo el entendimiento de que sería aplicable el supuesto exculpativo de la “culpa de la víctima”, y que la falta de servicio

habría sido endilgable al tribunal interviniente y no a la administración pública. Es decir que, al no hacerse cargo de los razonamientos y fundamentos del fallo apelado, resultan insuficientes para sustentar válidamente el recurso en orden a los aspectos específicamente controvertidos y resueltos en autos (cfr. C.S.J.N., *in re*: “Said, Salomón c/ P.J.N.”, sentencia del 30/09/2003, publicada en Fallos: 326:3715).

Ciertamente, la postura de la accionada, no puede tener favorable acogida, atento a que ni siquiera se hace cargo del fundamento central sobre el que hace pivot el pronunciamiento apelado, a efectos de resolverse como se hizo. A saber, la responsabilidad que le cupo al organismo demandado. Por ende, no debe soslayarse que, tal como ha quedado señalado *ut supra*, la expresión de agravios debe constituir una exposición jurídica que contenga el análisis serio, razonado y crítico de la resolución cuestionada y que sea idónea para demostrar la errónea aplicación del derecho o la inadecuada valoración de las pruebas producidas (conf. esta Sala en autos: “Musso, Carlos Alberto c/ E.N. – Mº Defensa s/ personal militar y civil de las FF.AA. y Seg.”, sentencia de fecha del 11/07/2013 y sus citas, entre otros), ya que el mero hecho de disentir con la interpretación dada por el Sr. Juez de grado, sin suministrar bases fácticas y conforme a derecho del distinto punto de vista, no resulta suficiente para sostener un recurso de apelación.

Esta es la situación que, precisamente, se produce en autos, dado que las alegaciones bajo examen lucen genéricas y dogmáticas, careciendo de explicación alguna que, de modo concreto, puntual y circunstanciado, revele las razones jurídicas que justificarían lo pretendido –que consiste, valga recordarlo, en el rechazo de la acción-. Y, aun cuando corresponda observar un criterio amplio para juzgar la suficiencia de una expresión de agravios (por cuanto tal temperamento es el que mejor se adecua a un riguroso respeto del derecho de defensa), ello no puede conducir al extremo que implique, en los hechos, derogar la norma que impone la carga específica concerniente a la suficiencia y aptitud de fundamentación que debe contener la expresión de agravios (art. 265 del CPCCN).

Bajo esta perspectiva, se advierte que la recurrente, al formular sus quejas contra el pro-

nunciamento de primera instancia, se limita a efectuar en forma subjetiva, un juicio de valor negativo sobre lo resuelto por el Sr. sentenciante a *quo*.

Es por ello que no puede tenerse por cumplida, con el memorial de fecha 15/10/2020, la carga de indicar las deficiencias o errores en que habría incurrido la sentencia, sobre las cuestiones sustanciales del proceso. Asimismo, cabe señalar que la mera discrepancia o disconformidad con la solución, vertidas en los referidos pasajes, no constituye una expresión de agravios que traduzca una crítica suficiente, o que autorice a conmovier lo resuelto.

Bajo una afín comprensión, cabe mencionar la doctrina de esta Sala, en autos: “Falk, Gerardo Francisco Julio c/ E.N. – M° Defensa – Armada s/ daños y perjuicios”, Expte. n° 15.291/05, sent. del 13/03/2012, ha interpretado que cuando en el recurso se vuelca un discurso subjetivo, terminan quedando incólumes argumentos decisivos en los que hace pie la sentencia apelada, lo que impide la revocación de la misma (cfr. C.S.J.N., Fallos, 333:1657 y 334:1703 “Alfacar S.A.”; asimismo, con otra formulación: Fallos, 328:645).

Dichas circunstancias, sumadas a los razonamientos y análisis vertidos a lo largo de los considerandos que siguen, trazan un primer valladar que, como se verá, impide alterar lo resuelto en el fallo que se apela.

VII.-) Que, sin perjuicio de las falencias indicadas, cabe señalar que, asumiendo una perspectiva benévola sobre los planteos del apelante que conduzca a analizar los planteos vertidos en la apelación, ello, como modo de maximizar el resguardo de la defensa en juicio de la demandada, se habrá de ingresar al análisis del recurso.

En dicho cometido, cabe precisar en la presente causa el pronunciamiento impugnado tuvo por verificada una anormalidad en la prestación regular del servicio, dada por una clara falla del mismo, en adecuado nexo causal con el resultado dañoso. Así las cosas, cabe adelantar que, a criterio de la suscripta, la solución así dispuesta se ajusta a derecho y, en particular, a las normas y jurisprudencia aplicables al caso.

En efecto: el Estado, por medio de sus agentes, debe desplegar una conducta, en función de deberes legales positivos y concretos, cuando se producen situaciones como la aquí analizada, y la insuficiencia o anormalidad del cumplimiento de las respectivas funciones, puede comprometer su responsabilidad patrimonial, cuando confluye con el daño y un nexo causal que conecte esa falta de servicio con el resultado dañoso.

Es así que, como primera medida, cabrá determinar, qué se entiende por “falta de servicio”, dado que la apelante, si bien con argumentaciones dogmáticas y de débil estructuración fáctico-jurídica, controvierte la respectiva subsunción efectuada en la sentencia de la anterior instancia.

Así, una primera aproximación aparece cuando en 1938, nuestro Máximo Tribunal, se pronunció en el célebre caso de Fallos, 182:5, “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/indemnización de daños y perjuicios”, oportunidad en la cual hizo referencia a que cuando el Estado contrae la obligación de prestar un servicio “...lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido” aquel. Valga destacar que, a renglón seguido, la Corte Suprema resolvió que si dichas “condiciones” no fueran las “adecuadas” para dicha finalidad, el Estado resultará “responsable” al pago de la correspondiente reparación por los perjuicios así ocasionados, a los cuales vinculó con el “incumplimiento” de los deberes estatales o la “irregular ejecución” de dicho servicio (*vide*, precedente “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/indemnización de daños y perjuicios”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 3/10/1938, publicada también en revista “La Ley”, 12-122, con nota de Alberto G. Spota, “La responsabilidad aquiliana de la Administración Pública”).

Sin mayor esfuerzo, se deduce de esta conceptualización que, a efectos de dilucidar si se configura una falta de servicio, primeramente es necesario esclarecer cuáles son las condiciones adecuadas bajo las cuales se cumple la función administrativa de que se trate, en lo que resultará dirimente determinar si en el caso hubo un apartamiento de los deberes propios de dicha

función. En otras palabras, se impone discernir si medió una irregularidad o incumplimiento de deberes, como apartamiento de la expectativa del deber ser trazada por las normas aplicables. En todo caso, también es relevante tener presente cuál es el fin que cumple la entidad estatal al desplegar la acción u omisión en cuyo contexto se produjo el daño, por estar en el núcleo conceptual bajo el cual nació la propia noción de “falta de servicio”.

Pues bien, en principio, siguiendo el razonamiento habitual, cabe tomar como punto de partida que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causaren su incumplimiento o su irregular ejecución (doctrina de los artículos 625 y 630 del Código Civil). Y si bien las relaciones entre el Estado y las personas se rigen por el derecho público, se aceptaba según el estado de cosas y el consenso jurídico y jurisprudencial vigente a la época que interesa (v.gr., años 2005 y 2006, hasta el deceso del joven M., en enero de 2007) que la regla enunciada, fundada en razones de justicia y de equidad, podía tener también su aplicación a este género de relaciones, máxime mientras no regía a dicha época una previsión legal específica que regulara el punto de modo diverso, o impidiera acudir a dichos artículos.

La noción –falta de servicio– está próxima a cumplir nueve décadas de evolución jurisprudencial y doctrinal, de modo que ha venido siendo aplicada en sucesivos casos, con los que se agregaron contornos conceptuales que sirven al efecto de esclarecer si se verifica este factor de atribución por obrar ilícito del Estado en cada caso que suscite la intervención jurisdiccional.

De esta forma, cabe partir de que la idea objetiva de la “falta de servicio”, encontró fundamento –en la época a la cual cabe juzgar los hechos motivantes de la controversia (como se recordó, hasta principios de enero de 2007)– en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del CÓDIGO CIVIL (norma positiva que regía al momento en que los hechos tuvieron lugar), el cual establecía un régimen de responsabilidad “por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones,

por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas”. Según la hermenéutica desarrollada por nuestro Máximo Tribunal a partir de los precedentes “Tomás Devoto” y “Ferrocarril Oeste c/Prov. de Buenos Aires”, ello ponía en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público. Así, en el precedente “Vadell c/Provincia de Buenos Aires”, se resolvió que la idea de la falta de servicio era “objetiva”, e integraba un “régimen de responsabilidad” del Estado por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el cumplimiento de dichas tareas (“obligaciones legales”, como se las describe en otro pasaje) fuera “irregular”, nociones que llegan hasta la actualidad y fueron posteriormente plasmadas en la LEY n° 26.944. Como fuese, para la Corte Suprema, al configurarse dicha irregularidad, y verificados los demás presupuestos (daño y relación causal), se ponía en juego lo que se definió como la “responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público” (véase, en este sentido, autos “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos, 306:2030, de 1984).

Complementariamente, debe recordarse que en los últimos tiempos, el quid de la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión, o por falta de servicio por no cumplirse debidamente los deberes de que se trate, hizo pivot sobre la consideración de cuán concreto resultaba el deber estatal, según el estándar que la Corte Suprema trazó, recapitulando fallos anteriores, en el caso “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y Perjuicios”, CSJN, Expte. M. 802.XXXV, sentencia del 6 de marzo de 2007, publ. en Fallos, 330:563, del año 2007.

En el razonamiento que la Corte Suprema desarrolló en el precedente “Mosca”, procede verificar cuatro elementos, dados por: la naturaleza de la actividad cumplida por el Estado, los medios razonables con que este cuenta para el cumplimiento del respectivo servicio o función, la existencia de concreción o determinación en la obligación preexistente al hecho dañoso, y la previsibilidad de lo que normalmente acontece en orden a lo esperable dado el desenvolvimiento del servicio. Como se aprecia, ello importa un

juicio sobre la prestación del servicio porque se trata de una responsabilidad objetiva.

Sobre estos factores, se ha de profundizar en los párrafos que siguen a continuación.

Así, en primer lugar, se interpretó que corresponde examinar la naturaleza de la actividad. Al respecto, se consideró relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien la Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas. Respecto del último supuesto se trazó el deber de distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse de un modo más lineal una falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. Fue así como se indagó sobre la situación verificada cuando cabe determinar la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados, la cual se indicó que debería ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar. Es decir, que dichas prevenciones no fueron predicadas para los supuestos en los que media incumplimiento a un deber determinado, concretizado suficientemente.

Según se adelantó, a modo de segundo elemento, el Máximo Tribunal estimó pertinente ponderar si se dispusieron los medios razonables para el cumplimiento del servicio, (interrogante que en aquel caso mereció una respuesta afirmativa, luego de repasar el despliegue policial efectuado).

Seguidamente, y como tercer elemento, se tuvo en cuenta si mediaba una obligación preexistente, vinculada con una relación entre el damnificado y el Estado, con lo que se concluyó que en el caso “Mosca”, no mediaba un supuesto de derecho subjetivo, sino un deber jurídico indeterminado para la generalidad de los ciudadanos. A partir de esta apreciación, se consideró que se estaba frente a un interés legítimo subjetivamente indiferenciado a la seguridad por cuyas supuestas deficiencias se reclamó, pero

carente de idoneidad para construir una negligencia personalizada en el accionante.

Finalmente, y en calidad de cuarto elemento, se aludió al estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece, para discernir si la Administración contaba con elementos para prevenir la producción del hecho dañoso. Al analizar dicha cuestión, se concluyó que la policía había actuado conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece, lo cual no generaba responsabilidad según el CÓDIGO CIVIL (arts. 901 a 906). En función de todo lo expuesto, se desestimó el reclamo indemnizatorio dirigido contra la administración bonaerense, si bien la acción prosperó respecto de otros co-demandados.

Traspolados estos factores al análisis del presente caso, puede razonablemente aseverarse, en referencia al primer factor, que las disposiciones aplicables son las resultantes del bloque de normatividad que emana de la CONSTITUCIÓN NACIONAL y la CONVENCION DE DERECHOS DEL NIÑO, junto con las leyes y reglamentaciones respectivas –en especial, la LEY N° 26.061 de PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES–, que han sido transcriptas y reseñadas supra, en el Considerando V.- del presente voto (véase, punto (i) de la Prueba de la Actora, si bien valga señalar que por tratarse de Derecho vigente, no requiere prueba pues se reputa conocido por todas las personas).

Por cierto, este marco normativo, no se limita a trazar objetivos fijados solo de un modo general e indeterminado, sino que contiene mandatos con suficiente determinación, que regulan de modo concreto y preciso lo referente al cuidado y protección a ser brindados en los planos normativo, institucional y de la realidad práctica con políticas públicas en pos de las infancias, máxime las que padecen vulnerabilidad y trastornos de salud como en el presente caso.

La concreción de los deberes se patentiza, además, porque el menor GHM no atravesaba una situación genérica y desconocida por el Estado. De hecho, su problemática había suscitado un proceso ante la justicia de menores, la cual había ordenado de modo puntual y concreto su institucionalización, en orden a atender las

severas necesidades de aquel. En otras palabras, el adolescente integraba un grupo muy determinado y concreto de personas que merecían atención particularizada y personalizada del Estado, de modo que no podría siquiera postularse vaguedad, indefinición ni duda alguna en punto al conocimiento efectivo y puntual por parte de las autoridades de que era preciso actuar en cumplimiento de políticas públicas preordenadas y precisas, para la atención de GHM.

En segundo lugar, sobre el empleo de medios suficientes, cabe descartar que los usados en la órbita de la demandada fueran razonablemente adecuados al fin de proteger y cuidar al menor. Más allá de que no parece un desafío de difícil cumplimiento la implementación de acciones que tiendan a dar una protección adecuada a niños con la problemática aquí verificada. Obviamente, se debe contar con personal especializado en atención de infantes y adolescentes, y profesionales de la salud en los campos específicos de las necesidades a satisfacer, junto con cierta infraestructura que, aun siendo sobria, resulte funcional, segura, limpia, especialmente acondicionada y adecuada para el fin señalado. No podría postularse una exigencia diversa, pues al estar en juego la vida e integridad psicofísica de sujetos merecedores de preferente protección en nuestro derecho, tanto en la dimensión constitucional cuanto convencional, la debida diligencia de las autoridades encargadas de cumplir dichos estándares aparece modulada en modo reforzado.

Corroborar esta comprensión el pronunciamiento que la Corte Suprema de Justicia de la Nación registra en Fallos, 333:2426 (causa P.918 XLIII RHE, autos “P. de P., E.P. y otro c/Gobierno de la Prov. de Córdoba”, fallado el 21/12/2010), cuyo texto completo obra en el siguiente hipervínculo: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=1262&cache=1632074540671>.

En dicho caso, el Tribunal Cimero dejó sin efecto una sentencia que no había considerado el contenido de los deberes de vigilancia de un menor que había fallecido por suicidio, mientras se hallaba institucionalizado en una entidad provincial, ello en orden a discernir el reclamo indemnizatorio formulado por los padres.

Pues bien, nada de lo referente a los deberes reseñados se ha cumplimentado en autos, de estar a las imágenes del centro de alojamiento donde permanecía y terminó falleciendo el adolescente, con indicadores de abuso sexual y rastros de sustancias prohibidas en su cuerpo (situación agravada, de cara a las patologías asociadas al consumo problemático de estupefacientes). A juicio de la suscripta, aquellas imágenes transmiten de modo palmario la falta de dignidad y aún de humanidad en el trato que fue dispensado a un menor a quien se debía atender, al punto que las instalaciones difícilmente hubieran merecido estar habilitadas para Personas No Humanas (animales). El contexto de funcionamiento del centro, y de la desatención que le dispensó a GHM la SENNAE, da cuenta de un proceder con visos de crueldad, sostenido a extramuros de la promesa que el marco constitucional y convencional profiere a cada niño, niña, o adolescente que habite la República Argentina, de que será protegido de modo especial por las autoridades, o de que se pondrá en real vigencia el “interés superior” de aquellos.

Sumado a lo cual, el alojamiento a sabiendas en una institución inadecuada para las concretas necesidades del menor trasunta una transgresión de las autoridades con responsabilidad de dirección, encargadas de determinar el alojamiento de los menores en un sitio pertinente.

Se estima que un parámetro concreto de estos deberes se explica en el parágrafo n° 78 de la OPINIÓN CONSULTIVA n° 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El texto de la misma puede ser consultado en el siguiente hipervínculo: [¿https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf?](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

En el citado pasaje, leemos:

“78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que estos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño”.

Esta conceptualización aparece volcada en el punto 6 de las conclusiones de la OPINIÓN CONSULTIVA n° 17/2002, en la que se expresa:

“6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas”.

Dicho ello, y como tercer tópico, cabe indagar, como se ha visto en el precedente “Mosca”, en la relación entre el Estado - Administración y quien ha sido damnificado, lo cual conduce en autos a dilucidar el vínculo jurídico suscitado entre el menor institucionalizado y la autoridad demandada (IMR, dependiente de la SENNAF). Al respecto, se observa que la relación entablada entre uno y otra no era genérica o indefinida, como lo sería la predicable para las Administraciones Públicas respecto de la generalidad de la población. Antes bien, dicho nexo incluso adquirió los ribetes propios de una vinculación especial, en cuyo contexto el menor estaba directa y concretamente bajo la guarda de la SENNAF, la cual gestionaba su estadía fuera del seno familiar -que tenía por miras, indubitablemente, el cuidado y tratamiento del menor y la superación de sus patologías-, con el registro consecuente del legajo e historia clínica, de donde surgía el motivo de su alojamiento, el tratamiento supuestamente administrado y el seguimiento de su evolución. De nuevo, es preciso advertir que los hechos del presente caso presentan una nota que abona el conocimiento puntual y concreto de la situación de significativa vulnerabilidad del menor, coherente con una concreta asunción de responsabilidad en la guarda y atención integral del mismo.

Por otra parte, y en lo referente a la nota de previsibilidad, cabe interpretar que todo el contexto del alojamiento en un instituto para menores con las vulnerabilidades y problemáticas del hijo de la parte actora, hacía pronosticable que estuviera en riesgo su vida; incluso así textualmente lo refirieron los informes de índole social y psicofísico que fueron realizados. Ello, al menos, si las autoridades responsables son versadas o experimentadas en el cuidado de menores, dado que se debería presumir el profesionalismo de aquellas, en atención al bien jurídico a tutelar.

Cabe descartar, entonces, que los sucesos por los que la parte actora reclama una reparación puedan ser subsumidos en alguna eventualidad ajena a las vicisitudes propias del contexto suscitado y al conocimiento que se supone mínimo para gestionarlo, sino todo lo contrario. A partir de lo cual, es razonable concluir que no medió por parte de la recurrente un grado de previsión acorde con los elevados bienes jurídicos en juego.

En suma, recapitulando este análisis, se corrobora que se hallan verificadas las exigencias jurisprudenciales recordadas, en orden a confirmar que medió en autos un supuesto de “falta de servicio”.

VIII.-) Que, adicionalmente a lo dicho, caben algunas consideraciones en torno del singular marco normativo aplicable, a fin de corroborar la existencia en cabeza de la demandada, de un deber determinado y concreto en orden a atender y tratar la situación del menor, hijo de los actores.

Así, no debe perderse de vista que en la presente causa se encuentran en juego derechos humanos fundamentales -derecho a la vida y a la niñez- que, por su importancia y trascendencia, ameritan que este Tribunal realice algunas consideraciones al respecto.

Aunque la recurrente no lo mencione ni pareciera tomarlo en cuenta, las cuestiones planteadas no son susceptibles de ser abordadas sin una consideración sobre el marco normativo aplicable, que incluya la necesaria perspectiva de derechos humanos y de infancias.

En ese sentido, cabe tener en cuenta la sanción de LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTE N° 26.061, mencionada en el Considerado V.-), punto (i), sub punto (a), que otorgó especial énfasis a la protección del “Derecho a la Vida”, (art. 8°); “Derecho a la Dignidad y a la Integridad Personal”, (art. 9°); y, “Derecho a la Salud” (art. 14°) de aquellos.

Por lo demás, dicha norma, también, determina que será de aplicación obligatoria la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, de rango constitucional en nuestro derecho, con

la incorporación a nuestra CARTA MAGNA del artículo 75, inciso 22 en la Reforma Constitucional de 1994.

En definitiva, dicha norma no hizo más que acentuar los principios rectores sentados por nuestro MÁXIMO TRIBUNAL en la materia, quien en numerosas ocasiones ha enfatizado que la vida es el primer derecho de la persona humana, reconocido y protegido por la Ley Fundamental y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (Fallos, 302:1284; 323:3229; 324:756; 3569, 3888; 325:292; 326:4931; 329:2552, 4918; 330:2304; 338:1110; 341:1511; 342:459 y 344:1291). Y que la preservación de la salud integraba el derecho a la vida, por lo que existía una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (Fallos: 341:1511; 342:459 y 344:1291).

Afín con lo dicho, y como otra firma de resguardar los derechos aquí en juego, la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO –ratificada por el ESTADO ARGENTINO mediante la sanción de la LEY N° 23.849–, impone a los Estados partes de ese tratado la obligación de reconocer a todos los niños y las niñas el derecho a beneficiarse de la seguridad social y de adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de ese derecho (cfr. artículo 26).

A lo que cabe agregar que, si se pudieran plasmar conceptualmente los deberes que tenía a cargo el Estado Argentino para atender a la situación del menor institucionalizado, se estima pertinente recordar el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en cuanto señala a lo largo de la citada Opinión Consultiva n° 17/2002.

En dicha O.C., el máximo organismo jurisdiccional interamericano expresó que “este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención” (de los Derechos

del Niño), resultando de esta manera una obligación insoslayable en el tratamiento de los casos donde se involucran los derechos de estos. Surge de dicho documento que los niños y las niñas merecen atención y cuidado especiales, lo que no implica desconocer su condición de sujetos de derechos, sino que los operadores jurídicos deberán actuar con especial diligencia a la hora de su atención, máxime si como sucede en el caso el Estado tenía conocimiento concreto y circunstanciado de las especiales necesidades del menor.

Es así como, el ESTADO NACIONAL, resulta ser el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños y de asegurar la continuidad de los tratamientos que necesitan, habida cuenta de la función rectora que le atribuye la legislación nacional en ese campo y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y los diferentes organismos que conforman el sistema sanitario en el país, en miras de lograr la plena realización del derecho a la salud.

Lo expuesto, resulta de insoslayable consideración cuando se ejerce la función jurisdiccional en orden a contribuir al goce efectivo de los derechos de los niños y sus familias, y queda robustecido con la ACORDADA N° 5/2009, de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, por la cual se incorporaron a nuestro derecho interno las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”. Dichas reglas, tuvieron como objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitieran a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial. Asimismo, se previó que los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarían a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares, es por ello que se priorizó las actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

En la línea exhibida, se agregó que “se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social” (cfr. quinto párrafo de las reglas supra mencionadas).

En definitiva, se ha visto que el caso amerita recordar bajo dicho prisma la ponderación de cómo han sido cumplidos –o no cumplidos– los deberes ínsitos a la guarda y custodia de un menor, destinatario de preferente protección. Al respecto, y como aproximación para el análisis, cabe observar que aun cuando ontológica y jurídicamente media una distancia superlativa entre la situación de un adulto y la de un menor, podría tomarse como parámetro de referencia la abundante jurisprudencia sobre personas privadas de la libertad por diversos motivos (v.gr., la instrucción de causas penales o la ejecución de una condena penal). Usualmente, la jurisprudencia ha reconocido que se ha incumplido el deber de guarda de la persona, cuando esta fallece o sufre daños psicofísicos encontrándose alojada en instalaciones de una institución, privada de la libertad por el motivo que fuese. Opera allí un vínculo de especial sujeción, donde las facultades de control de la autoridad administrativa deben garantizar el bienestar de la persona.

En definitiva, y aun asumiendo que el fallecimiento del menor resultó de su propio accionar (ello, para ser coherente con los resultados infructuosos del proceso penal respectivo), no es válido soslayar el contexto en que el deceso ocurrió: esto es, con aquel alojado en instalaciones del IMR, institución que debía brindarle atención especializada para su cuadro, y protegerlo del modo en que lo ordena el bloque de normatividad aplicable a sujetos de preferente protección. Valga reiterar que, conforme lo dictaminado por los expertos actuantes, el menor representaba un riesgo para sí, con lo que los profesionales intervinientes debían atenderlo en consecuencia y arbitrar los medios para neutralizar o hacer desaparecer dicho riesgo.

Aun cuando la experiencia pudiera indicar que, desde el punto de vista de los resultados, dichos cometidos pueden frustrarse, es claro

que el empleo de medios carentes de idoneidad para el fin señalado, que surgen del alojamiento en un instituto que no era el adecuado para el cuidado y tratamiento de cuadros como el padecido por GHM, y en donde hay pruebas del ingreso de sustancias prohibidas, revela una clara falta de servicio por apartarse de la conducta debida en el caso.

En todo caso, la brecha entre el “deber ser” normativo, y lo ocurrido fácticamente respecto de GHM se patentiza si se advierte que, además de ser menor, estaba alojado en forma indebida, ergo contraria a derecho. Pues se trataba de un sitio que no era el idóneo para el fin por el cual se había dispuesto la institucionalización, dada por el resguardo de la salud y su resocialización.

Esto demuestra la inhabilidad de la demandada para articular los recursos con los que contaba el sistema, con miras a lograr la recuperación del joven, o al menos su guarda bajo condiciones razonables y que no pusieran en riesgo su vida.

IX.-) Que, al relacionarse los deberes reseñados con la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial del Estado referente a la “falta de servicio”, queda reafirmado que el pronunciamiento apelado guarda correspondencia con las soluciones jurisprudenciales.

Como fuese, y con las salvedades antes apuntadas de trasladar a menores criterios jurisprudenciales aplicados a mayores de edad, valga recordar que durante las últimas dos décadas, la jurisprudencia federal ha desarrollado el estándar de la adecuada custodia, entendido como el conjunto de acciones que logra la seguridad de las personas privadas de la libertad, procurando que el régimen respectivo contribuya a preservar o aún mejorar las condiciones morales, educación y salud física y mental de aquellas. Dicha hermenéutica, aparece constante y sostenidamente en los siguientes precedentes de esta Sala: autos “Rodríguez, María Irene c/E.N. – M° Justicia Seguridad y DDHH – SPF s/ daños y perjuicios”, expte. n° 26.574/2004, sent. del 13/11/2014; “Ojeda Gómez, Francisca Delia c/E.N. – SPF – Unidad 2 s/daños y perjuicios”, expte. n° 31.567/2009, sent. del 02/05/2017; “Barrera, Rosa Ramona c/E.N. – M° Justicia – SPF s/ daños y perjuicios”, expte. n° 30.021/2014, sent.

del 12/11/2019; “Loto, Noemí A. y Otro c/E.N. – Mº J. y DDHH – SPF s/daños y perjuicios”, expte. nº 52.691/13, sent. del 13/11/2020 y sus citas.

A su vez, dicha doctrina se replica también en los casos de otras Salas de esta Cámara de Apelaciones, como lo revelan los casos de la Sala I, “Olender, Sofía c/EN - Ministerio de Justicia”, expte. 7693/91, sent. del 26/11/1998, en Revista La Ley, t. 1999-E, pág. 968; ídem Sala III, autos “Naveda, Jorge Adrián c/E.N. – Mº de Justicia s/daños y perjuicios”, expte. nº 20.688/97, sent. del 13/09/2004; “Hug, Mario Alberto y otro c/E.N. – SPF s/daños y perjuicios”, expte. nº 23.244/2007, sent. del 03/09/2019, y “Metskanyuk Mykha-ylo y Otro c/E.N. – Mº Justicia – SPF s/daños y perjuicios”, expte. nº 28.878/2013, sent. del 23/09/2020; ídem por la Sala IV, in re “Sandoval Maureira, Andrea E. c/E.N. – Mº de Seguridad – PFA s/daños y perj.”, expte. nº 47.417/10, sent. del 11/05/2017; ídem por la Sala V, en autos “Pérez Gorospe, Jair Caetano c/EN – Mº Justicia Seguridad y DDHH y otros s/daños y perjuicios”, expte. nº 25.947/2004, sent. del 20/03/2012; “Ramón Víctor Andrés c/EN - Mº de Justicia - Servicio Penitenciario s/Daños y Perjuicios, expte. nº 44900/1999, sent. del 04/06/2013; “Sosa, Nimia J. c/E.N. s/daños y perjuicios”, expte. nº 15.788/2001, sentencia del 28/11/2013 (dictada por disposición de la C.S.J.N., en razón del reenvío dispuesto el 04/06/2013 en dicha causa, identificada en la instancia extraordinaria como S.536 Tomo XLIV RHE); “Amirano, Pablo Martín y Otros c/ EN -PJN- SPF- PFA s/daños y perjuicios”, expte. nº 20028/2008, sent. del 05/12/2013; “Mierez, Aparicia y Otros c/E.N. -Mº Justicia – SPF s/daños y perjuicios”, expte. nº 27.709/2006, sent. del 12/11/2015; y “Gianino, Olga Zulema y otros c/EN – SPF y otros s/Daños y Perjuicios”, exp. Nº 21.619/05, del 02/03/2017.

En suma, se trata de aproximadamente una docena de fallos, sobre cuya solución el memorial de la demandada omite comentar o hacer señalamiento alguno.

En igual sentido, véase de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, autos “Quintana, Silvia N. y Otros c/Ministerio de Justicia – SPF s/daños y perjuicios”, expte. nº 2.221/1999, sent. del 11/08/2006 y sus citas. En dicho caso, en referencia a los deberes de la autoridad penitencia-

ria, la Sala mencionada interpretó que pesaba sobre esta un nivel de eficiencia, vinculado con la experiencia y el conocimiento técnico de los problemas que deben enfrentarse en dichos contextos. Por lo que, según se destacó, “consentir la impotencia” en la eficacia de la misión de dicha autoridad, importaría “admitir una degradación funcional de sus obligaciones primarias”, alternativa que consideró como de plano inaceptable, por importar una malversación de los valores que dan soporte a una sociedad justa (cfr. precedente “Quintana”, citado).

Es decir, que resulta útil extraer el criterio que hace foco en la necesaria experiencia y conocimiento técnico de las problemáticas propias y específicas de las personas institucionalizadas, el cual dará el quicio a la acción encaminada a afrontar tales desafíos.

Como fuese, también cabe poner de resalto que esta línea coherente de jurisprudencia refleja el criterio de nuestro Máximo Tribunal, desplegado a lo largo de una serie de fallos, a saber: “Badín, Rubén y otros c/Prov. de Buenos Aires”, Fallos, 318:2002 de 1995; “Vergnano de Rodríguez”, publ. en Fallos, 325:1277, de 2002; “Gothelf, Clara Marta c/Santa Fe, Prov. de s/daños y perjuicios” expte. G.178 tº XXXIV ORI., sent. del 10/04/2003; “Manzoni, Juan Carlos y López, Norma M. c/Gobierno de la Provincia de Jujuy”, expte. M.3084 tº XXXVIII, sent. del 23/12/2004 publicada en Fallos: 327:5857; autos: “P. de P., E.P. y Otro c/Gob. de la Prov. de Córdoba”, Fallos, 333:2426 de 2010; y autos “N.R.I. y otro c/Estado Nacional – Mº defensa s/daños y perjuicios”, Fallos, 334:1848 de 2011, entre otros.

Cabe tener en cuenta, además, que la jurisprudencia es conteste en presumir la negligencia del establecimiento cuando la problemática psiquiátrica del paciente revela como posible que este resulte un riesgo para sí, con lo que han procedido los reclamos resarcitorios subsiguientes a suicidios, véase, por todos, la solución de la Sala G de la Cám. Nac. Apelaciones en lo Civil, en autos “R., Z. T. y otros c/Centro Médico Neuropsiquiátrico S.A. y otros s/daños y perjuicios”, expte. nº 85.064/2000, fallado el 25/11/2010.

Por lo demás, la lógica jurisprudencial plasmada en estos precedentes, explica y da continuidad al sentido del decisorio de Fallos, 333:2426, ya recordado supra, en el cual el Máximo tribunal juzgó arbitrario rechazar una acción indemnizatoria sobre la base de soslayar los deberes a cargo de la administración en el tratamiento de menores alojados en instituciones.

Hasta aquí, el telón de fondo genérico del responder estatal en contextos de privación de la libertad de adultos.

Ahora bien, los estándares indicados asumen una modulación particular en función de la condición de menor vulnerable y con patologías psiquiátricas de GHM, que hace incorporar al examen del caso, las variantes respectivas, que especifiquen los ingredientes de interseccionalidad dados por la minoridad, discapacidad y vulnerabilidad de aquel.

Todo lo cual, conduce a rechazar por inadmisibles la pretensión de la apelante, de pretender negar la configuración de una falta de servicio, o de colocar en cabeza del propio afectado la acción dañina.

X.-) Que, más allá de la verificación de los presupuestos habilitantes de la responsabilidad endilgada, cabe una consideración complementaria sobre las causales de justificación o eximentes de dicha responsabilidad. Así, mientras los primeros abren la configuración de un deber de responder, las segundas lo excluyen, y merecen por ello particular ponderación, máxime cuando han suscitado un agravio expreso.

En efecto, dicha indagación viene habilitada por el planteamiento vertido en el memorial de agravios en torno de la ausencia de responsabilidad de la SENNAF, al aseverarse que medió “culpa de la víctima”.

Nótese, en primer lugar, que las consideraciones desarrolladas en los considerandos que anteceden derriban el planteo por medio del cual el demandado busca colocar en cabeza del propio menor GHM el desenlace fatal que traduce el daño por el cual se reclama en autos.

Por de pronto, atribuir “culpa” a un menor ideal, promedio o genérico, llevaría de por sí a complejas elucubraciones y podría desembocar en falacias, al colisionar con toda la construcción jurídica estructurada como modo de proteger a las personas menores de edad, que en el Derecho Argentino son niñas, niños y adolescentes, y merecen, al menos en el plano teórico, por lo visto y reseñado, un nivel especial de protección, jurídica, institucional y en orden a la implementación de políticas públicas que pongan en ejecución los derechos y garantías que les asisten, todo ello según el bloque de normatividad convencional, constitucional, legal y reglamentario ordenado a tal fin.

Tal agravio, ciertamente, en los hechos importaría desplazar al propio adolescente vulnerable y afectado por patologías psiquiátricas y psicológicas –abundantemente certificadas y verificadas–, la carga de velar por su propio bienestar, dejando a la autoridad administrativa como un espectador inerte y prescindente; alternativa hermenéutica que, en tanto luce eviscerada de juridicidad, carece de seriedad, por lo que no merecería mayores consideraciones.

En adición a ello, es pertinente tener presente, a modo de parámetro de referencia, la jurisprudencia referente a suicidio de pacientes adultos que se lesionan o quitan su vida, estando institucionalizados. En dichos casos, la jurisprudencia invariablemente interpreta que media incumplimiento al deber de guarda y vigilancia, comprometiendo ello la responsabilidad patrimonial. Recuérdese, en tal sentido, la sentencia de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en autos “B., J.A. y otro c/F. J. y otros s/daños y perjuicios”, expte. n° 56.341/03, dictada en diciembre de 2012, y sus abundantes citas. Se entendió allí que la atención de pacientes psiquiátricos impone una obligación de medios “reforzada” o “agravada”, (citándose a tal efecto trabajos doctrinarios de varios autores, entre ellos Alfredo Kraut, experto en la materia; con una afín comprensión se expidieron la Sala A de dicha Cámara de Apelaciones, en autos “M.T. c/ M.P. y otros s/daños y perjuicios s/ respons. prof. médicos y aux.”, expte. L. 557.876, en fecha 1°/12/2010, la Sala E en “V., I. y otro c/G.C.B.A. y otros s/daños y perjuicios”, expte. n° 401.483, sent. del 2/09/2004, la Sala H en “N. A. M. c/Instituto Almagro de Salud y otros

s/daños y perj.,” sent. del 17/07/2007, la Sala I en “L. de G., P. c/S., W. D. s/daños y perjuicios”, expte. n° L558402, sent. del 5/05/2011, y la Sala M, en “B., N.G. y otros c/ Omaja SA y otro s/daños y perjuicios”, expte. n° 129.235/96, sent. del 14/12/2007; véase, en igual sentido: Sala II de la Cámara Nac. de Apels. en lo Civil y Comercial Federal, en autos “C., G.A. c/Obra Social del SPF y otro s/daños y perj.,” causa n° 1236/2004, sent. del 29/10/2010, y sus citas en el Considerando XII, entre muchos otros).

Asumiendo, entonces, que esta es la solución imperante respecto de personas adultas, si se traslada el análisis a personas como GHM, que era adolescente y por ello menor de edad y con graves patologías tanto psiquiátricas como psicológicas, al multiplicar la interseccionalidad de ejes conceptuales, conduce a concluir que el razonamiento que lleva a reforzar la responsabilidad de quien tenía su guarda se ve aún más robustecido.

Pero, profundizando más allá, tal postulación de la demandada, además de deshumanizante, aparece patentemente contraria a las constancias del expediente; en todo caso, la reseña de los antecedentes del mismo da cuenta de abundantes pruebas sobre la vulnerabilidad en que se hallaba GHM, que vedan la atribución de culpa postulada. En efecto, solo por recordar algunas, surge de autos que, en noviembre de 2006, el juzgado interviniente recibió el informe psicosocial, pieza de la cual surgía que GHM debía recibir abordaje integral de acuerdo con su problemática, con un debido control psiquiátrico. Adviértase que esto ocurrió exactamente 62 días antes del fallecimiento del menor. En esto hubo coincidencia con las conclusiones a las que llegó el CUERPO MÉDICO FORENSE, en cuyo ámbito había sido evaluado el menor el día 23/10/2006 –esto es: exactamente 80 días antes de encontrárselo fallecido en la celda donde se lo alojaba, en instalaciones del IMR-. En dicho estudio, se informó que las condiciones de GHM no eran normales desde una perspectiva psicojurídica, de allí que el CMF recomendó su ingreso a una institución para pacientes duales, por entender que aquel presentaba peligrosidad para sí y para terceros.

Poco más de un mes más tarde, fue encontrado fallecido en su celda-habitación. Aunque re-

cién tiempo después, por las conclusiones del Perito Forense, en el informe inicial y ampliatorio de la autopsia, se determinó que había rastros de cocaína en el vello pubiano del occiso, y líquido seminal de uno o varios secretores en el conducto rectal de este, por lo que se concluyó que, previo a la muerte, había mediado violación por una o más personas. El cuadro así comprobado, que surge del respectivo informe, da cuenta sobradamente de la falta de servicio de la demandada, habida cuenta de que una sustancia de uso prohibido como la hallada en el cuerpo del joven, jamás debió haber estado en el ámbito cerrado y supuestamente controlado y vigilado del instituto IMR, el cual, más allá de carecer de servicios para personas con las necesidades de GHM, permitía situaciones al margen de la juridicidad, aún para adultos o mayores de edad.

Con lo que se deduce que la puesta a disposición de la SENNAF y la subsiguiente estadía en dependencias del IMR implicó una tefra dactílica que arrasó con la vida y la dignidad del menor GHM.

Así las cosas, la revisión global del caso, autoriza a concluir con sobrada persuasión que lo postulado por los accionantes, en cuanto a que su hijo GHM presentaba múltiples trastornos psicológicos y psiquiátricos que confluyeron con una patología adictiva, suscitándose un cuadro dual que requería de tratamiento específico, al haber riesgo para sí y para terceros que, frente a la vulnerabilidad y carencias de su familia, requerían abordaje especializado en un sitio adecuado a tal fin.

Frente a dicho cuadro, la autoridad judicial razonablemente dispuso la institucionalización del menor. Así las cosas, por mandato legal, la autoridad administrativa de aplicación que recibió la derivación, contaba con atribuciones y medios para el abordaje que requería un menor con las características y contexto de GHM, es el CONNAF y no el tribunal judicial, el cual solo estaba facultado a ordenar la institucionalización y a lo sumo supervisar y controlar la gestión consecuente. Adviértase que, de hecho, dicho Consejo era el que disponía la asignación de plazas en el sistema de protección a menores. Así, surge de autos que aquel había dispuesto otorgar una plaza para la internación de GHM

en la COMUNIDAD TERAPÉUTICA SAN VICENTE, de la cual el adolescente logró escapar en al menos dos ocasiones. Con lo que, finalmente, resultó siendo alojado en el IMR.

En todo caso, también surge de lo dictaminado por expertos que el IMR no contaba con medios para atender cuadros psiquiátricos, habida cuenta de que no era adecuado para tratar una patología dual, y que por eso el alojamiento allí era provisorio, a la espera de la derivación a la "CASA DEL SUR", donde se proyectaba llevar a cabo el tratamiento considerado como apropiado. Frente al cuadro descripto, la diligencia que debía aplicarse para el tratamiento y cuidado del menor debía modularse según las especiales y urgentes necesidades que este revelaba, pese a lo cual nada de ello fue respetado.

En suma, estas consideraciones y la prudente y completa revisión del contexto del caso, autorizan a descartar las invocaciones referentes a la culpa del menor, por lo que se hace forzoso desestimar este aspecto de los agravios.

XI.-) Que, por lo demás, en punto a lo manifestado respecto de la absolución en la causa penal de la que fueron parte las funcionarias intervinientes en la guarda del menor, debe observarse que dicho factor no resulta exculpatorio de la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos y omisiones en que incurrió la SENNAF, como repartición que opera bajo la órbita del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

Cabe destacar al respecto, que el concepto de "falta de servicio" traduce un amplio rango de situaciones, que incluyen irregularidades o negligencias de neto corte administrativo, de modo que no requiere la verificación de un delito de los codificados en la legislación penal. Valga poner de resalto, a tal efecto, que dicha noción no importa "...un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva", tal como bien se encargó de explicar nuestro Máximo Tribunal en el precedente "Mosca", de Fallos, 330:563, ya citado (en especial, el Considerando VI del mismo).

De allí que, frente a dicha diversidad de paradigmas, es criterio asentado en la jurisprudencia

que la absolución del procesado recaída en juicio criminal no hace, como principio, cosa juzgada en cuanto a la responsabilidad civil por el perjuicio derivado del mismo hecho, puesto que en aquel fuero la cuestión fue examinada a la luz de la tipicidad penal propia de la ley represiva, cfr. Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala 2, autos "Colado, Aurelio y otro c/Mrio. del Interior - Policía Federal Argentina s/daños y perjuicios", Causa n° 1.716/97, sent. del 2/12/2004, y sus citas.

En efecto, mientras en un ámbito se juzga la configuración de una conducta que pueda subsumirse en alguno de los tipos definidos legalmente, además de antijurídica y culpable, en el otro se pondera la existencia de anormalidades o apartamientos del normal desenvolvimiento de la función administrativa, en un amplio rango que exorbita el universo de los actos típicos.

De hecho, no hay discrepancias jurisprudenciales en cuanto a que la culpa extrapenal (v.gr., civil o la falta propia del responder estatal) es distinta en grado y naturaleza de la penal. Ante lo cual, el sobreseimiento definitivo recaído en la causa criminal solo descartaría la imputación de que el acusado procedió con culpa capaz de fundar su condenación penal, pero no excluye que llevada la cuestión a los estrados civiles pueda indagarse, merced a la diferencia ontológica apuntada, si ha mediado de su parte una falta que justifique la responsabilidad pecuniaria: cfr. C.S.J.N., Fallos, 315:1324, causa: "Soquet, Carlos Enrique c/Empresa Ferrocarriles Argentinos s/daños y perjuicios"; y, Fallos, 321:1776, causa "Gómez, Javier Horacio c/Quiroz, Alfredo y Estado Nacional (Policía Federal) s/ juicio de conocimiento"; también: Fallos, 325:1277, causa "Vergnano de Rodríguez, Susana B. c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios", y asimismo: 326:3096, causa "Viñales, Gabriel Eduardo y otros c/Merlos Sánchez, Héctor y otros", entre otros.

Traspolados estos conceptos al ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa a los efectos de discernir un reclamo indemnizatorio, se advierte que la ausencia de condena penal a las directoras de la institución en cuyas instalaciones falleció el menor, carece de incidencia para obstar a que sea conducente y quede configurada la responsabilidad patrimonial basa-

da en una falta de servicio, en tanto –como se adelantó– esta no requiere delito del orden criminal, bastando a tal efecto, la constatación de una anomalía sobre el servicio regularmente concebido, o una irregularidad por apartamiento de estándares razonables del despliegue de la función administrativa de que se trate.

Así las cosas, las notables deficiencias en la omisión de arbitrar el alojamiento en un centro adecuado, y la desatención del menor que condujo a su muerte, que ya fueran analizadas precedentemente, patentizan de modo más que suficiente la negligencia administrativa que traduce lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación define, desde hace casi 9 décadas, como “falta de servicio”.

Por consiguiente, esta línea argumental resulta insuficiente para revertir la solución discernida en el fallo apelado.

XII.-) Que, esclarecido lo anterior, y más allá de la falta de claridad en el planteo referente a la supuesta responsabilidad que le cupo al Sr. Juez a cargo del JUZGADO FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 1 de Morón, cabe adelantar que dicha manifestación deberá correr la suerte del resto de los planteos articulados por el apelante, cuya improcedencia ha sido exhaustivamente explicada a lo largo del presente voto.

Antes de proseguir, ha de volverse a señalar, desde lo discursivo, la deficiencia del agravio. En efecto, este pasaje del memorial se halla en un párrafo de 14 (catorce) renglones, carente de citas legales o invocaciones propiamente jurídicas. Allí se realizan afirmaciones en 4 (cuatro) acápites, en los que se postula acrítica y escuetamente, que el joven GHM “...se encontraba bajo la custodia o tutela del Señor Juez Castelli de Morón quien tenía a cargo el incidente Tutelar del Menor 2) dicho funcionario fue quien tenía a su cargo el cuidado del menor, y en consecuencia fue quien dispuso de las medidas que consideró más adecuadas a tales fines, o en todo caso fue quien omitió tomar las medidas correspondientes; 3) siguiendo el hilo argumentativo de lo antedicho, mi mandante obedeció las órdenes e instrucciones impuestas por el funcionario mencionado, e inclusive le advirtió al

mismo que el Instituto Rocca no era el sitio más adecuado para el joven ¿M.¿”.

Como se puede apreciar, media en dichas afirmaciones una mera sucesión de afirmaciones dogmáticas, que delinear ideas carentes de mayor sustento. Inclusive, a partir de allí, siguen tres breves párrafos que insumen una decena de renglones, y concluye el escrito respectivo. En ninguno de ellos se efectúa un análisis de las competencias de las que está investido el órgano jurisdiccional, frente a las que atañen a la Administración pública que, como autoridad de aplicación, y por mandato legal, gestiona las políticas referentes a rehabilitación, protección de personas menores de edad.

Bajo tales condiciones, se torna patente que, tal como ha sido entendido en el Considerando VI.-) del presente, para que un agravio tenga la fuerza necesaria para derribar lo dispuesto en la sentencia de grado debe consistir en una crítica concreta, razonada y autosuficiente del pronunciamiento apelado, que no se sustituye con una mera discrepancia con el criterio del juzgador (art. 265 del CPCCN).

De hecho, valga poner de resalto que el planteo distorsiona los términos en que ha sido trabada la litis, en tanto los actores no dirigieron reproche puntual a la actuación del tribunal, que estuvo adecuada y razonablemente sustentada en los informes de las y los expertos intervinientes, a lo cual cabe agregar que no se aprecian los reproches que, de modo vago e impreciso, esboza la apelante. En todo caso, es claro que la orden razonablemente impartida de buscar una solución institucional y especializada para el menor fue negligentemente ejecutada por la SENNAF, sobre el cual pesaba la responsabilidad de articular los recursos suficientes y adecuados para el tratamiento que necesitaba GHM.

Como fuese, según se ha indicado supra y surge de autos, la autoridad judicial, en tanto ordenó la institucionalización del menor, se fundó en indubitables informes médicos, e instruyó el caso dentro del margen autorizado por su competencia. En todo caso, la instrumentación y puesta en ejecución de lo ordenado judicialmente, que competía de modo exclusivo a la autoridad de aplicación en materia de infancias, resultó defectuosa desde la disposición de los

medios, hasta la gestión de la guarda en el sitio donde quedó alojado el menor y la falta de abordaje y tratamiento dispensados, los cuales resultaron inadecuados para alguien que padecía las condiciones que en el plano pericial se coincidió en constatar, y que fueran suficientemente reseñadas supra.

En suma, no exculpa a la institución demandada el recurso de direccionar el reproche contra el tribunal actuante, quien razonablemente ordenó el alojamiento del menor en un ámbito en el cual se diera tratamiento a su problemática.

Por lo demás, si lo que se procura transmitir es la convicción de que la responsabilidad extracontractual de la Administración era susceptible de ser enervada o desplazada por la confesión manifestada ante el Juzgado interviniente, en cuanto a la limitada capacidad de gestión de la SENNAF y de las instituciones que operan bajo su supervisión o contralor, o la falta de habilidad de esta para la articulación de los medios e implementación de políticas que tenía a su cargo, valga señalar que dicha posibilidad no podría tener andamio. En todo caso, quedará como la exteriorización por la que se admitieron las propias negligencias en saber y poder organizar una gestión que no sea abandonica, con la consecuente abdicación de la misión de cuidar de la infancia y juventud en riesgo y vulnerabilidad. Más allá de que ello importa una colisión con lo que surge del bloque de normatividad imperante, el cual ha sido profusamente recordado y transcrito, ningún efecto podría tener para exculpar a la recurrente. En suma, dicho bloque de normatividad, de base constitucional y convencional, resulta imperativo y de orden público, por lo que no es susceptible de ser abrogado por la sinicura administrativa, ni la inacción de la autoridad de aplicación.

En función de todo lo expuesto, lo planteado en este pasaje del memorial tampoco merece prosperar.

XIII.-) Que, en definitiva, recapitulando lo señalado y desarrollado hasta aquí, y tal como ha quedado determinado en virtud de lo expresado en los Considerandos VII.- a XII.- del presente decisorio, en el sub examine, medió una irregularidad o incumplimiento de debe-

res de autoridades administrativas, que determinaron la falta de servicio de la recurrente y comprometen la responsabilidad estatal que en autos se ventila.

Con lo que, en suma, se concluye que la apelación deviene improcedente y, por ello, cabe confirmar la sentencia recurrida; por lo que, de compartirse mi voto, así he de propiciar que se resuelva.

XIV.-) Que, en este punto del derrotero de razonamientos, se estima que procede efectuar un especial señalamiento.

En efecto, en forma adicional a lo hasta aquí desarrollado, cabe tener presente que la Sala IV de esta Cámara de Apelaciones, al pronunciarse en la causa "L., L. A. y otros c/ E.N. - PNA", el día 29 de marzo del año 2012, expresó en un elocuente *obiter dictum*, la necesidad de prevenir la ocurrencia de hechos luctuosos que surgen como resultado de la negligencia del obrar estatal. Dichas expresiones, vertidas en un litigio en el cual se reclamaba una indemnización por daños y perjuicios, en el presente caso deben ser recordadas y renovadas para la situación de la familia compuesta por el Sr. J. H. M. y quien fuera en vida la Sra. A. F. M., padre y madre, respectivamente, del menor GHM, y los hermanos de este.

En dicho pasaje del citado precedente "L., L. A.", la Sala IV por la pluma del Sr. Juez de Cámara Dr. Jorge E. MORÁN, puso sabiamente de relieve que debieron haberse extremado las medidas para evitar llegar al resultado dañino, en tanto los hechos fatales que originaban el reclamo indemnizatorio habrían podido evitarse si se hubieran cumplido los reglamentos vigentes, modificándose las prácticas administrativas en pos de la protección de la vida e integridad psicofísica de las personas. Quedó allí plasmada la plausible indignación y frustración por llegar a la etapa reparatoria, como fracaso de la prevención, investigación y sanción de situaciones de letéreas y que desde el marco convencional han merecido especial y concreta preocupación.

Llegar hasta esta instancia para la familia de GHM, importa transcurrir una ruta crítica que transitó por el impulso de la causa penal, infructuosa, y el presente proceso contencioso admi-

nistrativo. Las fallas sistémicas detectadas en el desempeño funcional de la autoridad demandada convencerían de replantear el presente caso en un litigio de reforma estructural, en defensa de los demás niños y niñas que puedan estar padeciendo condiciones y flagelos similares. Sin embargo, se estima prudente no coadyuvar a revictimizaciones al sufrido progenitor superviviente, por lo que valga, sí, un llamamiento a redoblar la prevención en cabeza de la Administración, como modo de evitar situaciones del tipo de la verificada en autos.

Se estima plausible, en todo caso, recordar que cada caso en que se determina la configuración de una falta de servicio –en tanto presupuesto habilitante de la responsabilidad extracontractual del Estado–, donde se constate la vulneración de derechos fundamentales a integrantes de grupos estructuralmente desaventajados, debería efectuarse una revisión concienzuda y sincera de los métodos y modalidades de gestión de la política pública fracasada, con miras a mejorarlos y rectificarlos, para evitar la reiteración en el futuro de situaciones que lesionen tales derechos y garantías. Y si bien han transcurrido más de 14 años desde los hechos que dan origen al litigio, no se ha dado cuenta de reformas que dieran por superada la situación disfuncional que presentó la gestión en cuyo contexto falleció el joven hijo de la parte actora.

El rumbo orientador de dicha misión, puede trazarse en el pensamiento expresado por el Juez de la Corte Interamericana Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, en cuanto a que “... un mundo que se descuida de sus niños, que destruye el encanto de su infancia dentro de ellos, que pone un fin prematuro a su inocencia, y que les somete a toda suerte de privaciones y humillaciones, efectivamente no tiene futuro” (cfr. voto concurrente del JUEZ CANÇADO TRINDADE en la Opinión Consultiva n° 17/2002, citada).

De allí que el responder estatal, entonces, no debería ser concebido como una disquisición teórica con consecuencias meramente presupuestarias –anecdóticas para un Fisco que, en el plano teórico, se supone siempre solvente según el adagio usual–, o la fase final de un proceso de reivindicación individual de derechos.

Antes bien, esta responsabilidad debe pensarse como una institución pedagógica y de proyección global, una forma en que la Administración inicie un proceso de aprendizaje de sus yerros, que la conduzca a la adopción de ajustes sistémicos correctivos con miras al perfeccionamiento general de su operatoria, por los que se prevengan daños y se rectifique el rumbo desviado o anormal de la función administrativa, o bien que detecten y colmen el vacío dejado por el eventual abandono de misiones esenciales del Estado.

Si ello no fungiera como garantía para evitar la repetición de actos vulneratorios de derechos, al menos sí serviría para suscitar la legítima expectativa de la sinceridad del compromiso estatal en pos de que aquellos no se reiteren.

XV.-) Que, finalmente, respecto de las costas de esta instancia, cabe precisar que, toda vez que no existen motivos que ameriten apartarse del principio general de la derrota, corresponde que estas sean soportadas por la demandada vencida (cfr. arts., primer párrafo 68, del CPCCN).

Las consideraciones vertidas me llevan a propiciar al Acuerdo: 1°) desestimar la apelación y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda, en cuanto ha sido materia de recurso; 2°) tener especialmente en cuenta lo señalado en el Considerando XIV; y, 3°) imponer las costas a la demandada vencida (cfr. art. 68, primer párrafo, del CPCCN). ASÍ VOTO.

Los doctores *López Castiñeira* y *Márquez* adhieren al voto que antecede.

En virtud del resultado que instruye el acuerdo que antecede, el Tribunal *resuelve*: 1°) desestimar la apelación y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda, en cuanto ha sido materia de recurso; 2°) tener especialmente en cuenta lo señalado en el Considerando XIV; y, 3°) imponer las costas a la demandada vencida (cfr. art. 68, primer párrafo, del CPCCN). Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *José L. López Castiñeira*. — *Luis M. Márquez*. — *María C. Caputi*.

INCENDIO DE MERCADERÍA

Contrato de seguro. Prueba. Relación de causalidad. Introducción de elementos inflamables a la zona de trabajo. Responsabilidad concurrente.

1. — Resulta cuestionable que se pueda adjudicar únicamente a la accionante la responsabilidad por los daños padecidos. No hay duda de que su hecho fue determinante en la producción del hecho dañoso, pero no puede eximirse completamente de responsabilidad a la accionada, quien resultaba ser especialista en la materia, con empleados altamente capacitados en el tema de trabajos en caliente, que debieron haber cuestionado la presencia de materiales como cartón y madera dentro de la zona de trabajo.
2. — La colocación de elementos inflamables en la zona de trabajo no puede estimarse con la misma fuerza que el simple chispazo por el trabajo regularmente desarrollado, aunque haya existido cierta negligencia en el obrar de la accionada al no frenar la ejecución de las tareas para reacondicionar la zona. Ya que, si bien no se ignora que tal obrar resultó negligente, los empleados inmersos en sus tareas en el primer piso fácilmente pudieron pasar por alto lo que estaba sucediendo a nivel de la planta baja.
3. — Quien ha probado el incumplimiento del deudor en una obligación de resultado no necesita probar además su culpa, ya que aquella será presumida por la ley en virtud de la existencia del incumplimiento, por lo cual quien quiera eximir su responsabilidad deberá acreditar la existencia de causa ajena, es decir, un caso fortuito, fuerza mayor, culpa de la víctima o el hecho de un tercero por quien no deba responder.
4. — Los libros compulsados no fueron solamente de un sujeto jurídico o comerciante, sino de cinco aseguradoras; y todos sus registros resultaron coherentes y concordantes en punto a la existencia del contrato.

CNCom., sala F, 03/09/2021. - Allianz Argentina Compañía de Seguros y otros c. TMI SA s/ordinario.

[Cita online: [TRLALEYAR/JUR/133997/2021](#)]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. n° COM 005748/2016/CA001

2ª Instancia.- Buenos Aires, 3 de septiembre de 2021.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada del 16/03/2021?

El doctor *Barreiro* dice:

I. Antecedentes de la causa

1. ALLIANZ ARGENTINA CIA DE SEGUROS SA, SANCOR COOPERATIVA DE SEGUROS LTDA, LA HOLANDO SUDAMERICANA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA, BOSTON CÍA ARGENTINA DE SEGUROS SA E INTEGRITY SEGUROS ARGENTINA SA promovieron demanda contra TMI SA - TAGLIORETTI MONTAJES INDUSTRIALES SA- con el objeto de interrumpir prescripción (v. fs. 23/24).

Posteriormente, el 14/10/16 se presentaron y completaron la demanda incoada, solicitando se condene a la accionada al pago de la suma de \$ 10.000.000 (pesos diez millones) con más sus intereses y costas, discriminando el reclamo en: \$ 5.000.000 como reclamo de Allianz, \$ 2.000.000 por Integrity \$ 1.000.000 cada una de las restantes actoras (Sancor, Boston y La Holando).

Explicaron que celebraron un contrato de seguro con la firma Alicorp bajo una póliza piloto emitida por Allianz SA n° 13001/571015 que cubría, entre otros riesgos, aquel de daños materiales y pérdida de beneficios respecto de mercadería y/o bienes de terceros sufridos en el domicilio de Alicorp en el parque industrial OKS, en la localidad bonaerense de Garín.

La referida póliza tenía a Allianz como aseguradora piloto, que cubría con un coseguro del 50%, estando el restante 50% distribuido en un

20% a cargo de Integrity, mientras que Sancor, Boston y La Holando asumieron un coseguro del 10% cada una.

Manifestaron que su asegurada se dedicaba a la elaboración y comercialización de productos de limpieza, cuidado personal y alimenticios.

Contaron que el día 11/03/2013, cerca de las 14 hs. se desató un incendio dentro del taller de mantenimiento del depósito asegurado, como consecuencia de las tareas de soldadura de cañerías llevada adelante por personal de la accionada.

Dijeron que, al declarar ante el liquidador el dependiente de TMI, el Sr. Navarro, informó que se encontraban trabajando en la plataforma de elevación en la nivelación y fijación de una cañería, y que, mientras realizaban las tareas de soldadura para afirmar el caño observaron una pequeña llama sobre cierto material plástico de un pallet y que, advertido un compañero, se produjo una explosión de fuego inmediata.

Relataron que, tras dar la voz de alarma se conformó una brigada contra incendio que atacó las llamas hasta el arribo de los Bomberos Voluntarios de Garín que dispusieron el desalojo completo de la planta.

Refirieron a los informes elaborados por los peritos ingenieros Luis Díaz y Raúl Héctor Abuin quienes, en forma independiente, concluyeron que el incendio se desató por el contacto de las chispas desprendidas de soldaduras realizadas en el entepiso con cierto material combustible en la planta baja —conformado por dos pallets que contenían: cartón, plástico y líquido limpiador dieléctrico en bidones plásticos—.

Afirmaron que, como consecuencia de los pagos realizados a su asegurada por los daños a sus bienes y a los de terceros, se subrogaron en su derecho para incoar el reclamo en los términos del art. 80 LS.

Aclararon que los desembolsos realizados fueron por sumas muy superiores pero que su reclamo se limitó a \$ 10.000.000, e hicieron reserva de ampliar por los mayores daños que pudieran surgir ya que a la fecha de interposición

de la demanda aún no se había finalizado la liquidación de los mismos.

Postularon que la accionada era responsable en virtud del vínculo contractual que la unía con Alicorp y acompañó copia de la póliza de caución de Paraná Seguros SA que tenía a TMI por tomador y a su cliente como asegurada por la suma de U\$S 136.262.

Adujeron que era la accionada la experta en la materia que debía haber tomado las medidas necesarias teniendo en consideración el lugar de trabajo y la mercadería existente.

Consideró que resultaba aplicable el art. 1753 CCyCN —o su análogo del CCiv.— que impone responsabilidad al principal por los hechos de sus dependientes —quienes no adecuaron su obrar a las costumbres y las reglas de su arte—.

Ofreció prueba.

2. A fs. 192/203 se presentó TMI SA y contestó el reclamo incoado requiriendo su íntegro rechazo, con costas.

En cumplimiento del imperativo procesal, realizó una negativa genérica y pormenorizada de los hechos expuestos en el escrito de inicio.

Opuso excepción de falta de legitimación activa contra la totalidad de los accionantes por no haber acreditado en forma adecuada su condición de interesadas por la ausencia de documental que acredite el carácter de aseguradoras de la firma Alicorp invocado.

Desconoció la verosimilitud del carácter invocado y manifestó la insuficiencia de sus dichos para tenerlo por cierto y para justificar la promoción de la acción.

Postuló que el contrato de seguro debía ser probado por escrito y que tal recaudo no fue cumplido —no bastando para ello la producción de prueba informativa a Alicorp ofrecida en el escrito de inicio—.

Afirmó que la falta de presentación del contrato de seguro impedía el análisis de sus términos y condiciones de vigencia, lo que, a su vez, obstaculizaba su defensa.

También planteó que no se habían acompañado comprobantes válidos que respalden el derecho ejercido y el monto reclamado y que la falta de acompañamiento de las constancias importaba el rechazo del reclamo incoado.

Criticó la pretensión de acreditar los desembolsos recién con la pericia contable.

Subsidiariamente contestó demanda y rechazó la responsabilidad endilgada a su parte por el siniestro ocurrido.

Negó la existencia de relación de causalidad entre el siniestro ocurrido y las labores desempeñadas, así como también el acaecimiento de los daños invocados.

Adujo que no se justificó el correlato entre las sumas reclamadas y el daño producido y que no resulta razonable que no se haya invocado en forma detallada las razones, cuantía y causa de las indemnizaciones abonadas y cuya repetición se reclama.

Afirmó que el siniestro no se produjo por los hechos de sus dependientes sino por las negligencias en los sistemas de seguridad y protocolos de Alicorp.

Informó que el siniestro dio lugar a una causa penal donde se concluyó que se trataba de un accidente donde no se determinaron responsables.

Endilgó responsabilidad a Alicorp y sus empleados por la colocación de productos inflamables debajo de la zona de trabajo, con conocimiento de las labores a desarrollar “en caliente”.

Enumeraron una serie de condiciones que, a su entender, llevaron a la generación de un incendio de gran proporción, tales como: a) el otorgamiento de un permiso de trabajo en caliente sin evaluar las condiciones presentes en el sector de trabajo; b) la falta de personal de la Brigada de planta en el sitio antes o durante el desarrollo de las tareas; y c) el defectuoso o insuficiente funcionamiento del sistema de rociadores. Reiteró que tales medidas eran a cargo de Alicorp por lo que aquella resultaba ser la principal responsable del daño padecido.

Negó que el incendio haya sido provocado por las chispas iniciales, las cuales, según su relato habían sido apagadas y superadas antes de la llegada de los bomberos.

Dijo desconocer las causas del incendio descrito por las actoras y afirmó que aquel le era ajeno completamente.

Cuestionó no haber recibido comunicación alguna en forma previa a la demanda de las investigaciones realizadas, extremo que, a su entender hubiese evitado la realización del pago por la culpa de la propia asegurada en el desarrollo de los hechos.

Volvió sobre la omisión de acompañar la póliza que justificaba el reclamo y el recibo o constancia de transferencia de las sumas reclamadas y se opuso a la pretendida prueba pericial y de oficios para suplirla.

Ofreció prueba.

II. La sentencia de primera instancia

El 16/03/21 el magistrado de grado emitió su pronunciamiento y resolvió rechazar la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por TMI con costas por su orden; y desestimar la demanda incoada contra aquella con costas a las actoras en virtud del principio objetivo de la derrota.

Para así decidir el *a quo* consideró que: a) si bien no se acompañó la póliza de manera alguna, las pruebas de informes y la pericia contable producidas resultaban suficientes para tener por cierta la existencia del contrato y la legitimación procesal de las actoras; b) tampoco resultaba óbice la falta de facturas o recibos en tanto se trataba de una cuestión de fondo que no desvirtuaba la capacidad para demandar; c) no existía controversia en punto al acaecimiento y origen del siniestro; d) el siniestro fue una consecuencia meramente accidental derivada del contacto entre las chispas desprendidas por las tareas de soldadura con ciertos elementos combustibles presentes en la planta baja; e) la propagación del calor, de acuerdo al informe presente en la causa penal; se aceleró debido a la ventilación involuntaria mediante las claraboyas del techo; f) TMI contaba con un permiso para trabajo en

caliente emitido por Alicorp; g) no podía adjudicarse total responsabilidad a TMI por el perjuicio en tanto se había demostrado la colocación de elementos inflamables indebidos —ajenos al demandado— en el sector de trabajo habilitado lo que rompía el nexo de causalidad y h) no se había determinado la conexidad entre los dos focos de incendio.

III. Las quejas

1. Las actoras se alzaron contra el decisorio de grado. Su memorial fue incorporado el día 21/04/21.

Criticaron la sentencia de grado en tanto desestimó el reclamo incoado por considerar que la introducción de los elementos inflamables a la zona de trabajo produjo el quiebre de la relación de causalidad.

Sostuvieron que, por tratarse de una relación contractual entre Alicorp y TMI, la culpa del deudor debía presumirse siendo solo excusable únicamente por caso fortuito o fuerza mayor.

Afirmaron que la obligación en la locación de obra era de resultado y, habiéndose acreditado que el incendio se inició por un chispazo producto del trabajo de soldadura, no cabía exonerar a la accionada en tanto no se acreditó la causal de exclusión de responsabilidad —esto es, el caso fortuito o el hecho de un tercero por quien no debe responder—.

Adujeron que era la accionada quien, en su calidad de profesional, debía constatar el cumplimiento de los requisitos necesarios para desempeñar su trabajo en forma segura, más allá del otorgamiento de un permiso para trabajo en caliente por parte del comitente.

Se agravaron de la imposición de las costas del juicio sin considerar las particularidades del caso, que tornarían en injusta la condena a su parte en forma exclusiva, por lo cual solicitaron la fijación de las costas por su orden. Asimismo impugnaron la distribución de costas hecha por la defensa de falta de legitimación activa.

2. TMI SA también recurrió la sentencia de primera instancia y expresó sus agravios el 14/04/21.

Sus quejas pueden sintetizarse en el rechazo de la defensa de falta de legitimación activa interpuesta, específicamente criticó: a) el tratamiento de la defensa como de fondo; b) la imposición de costas a su parte, pese a tratarse de una defensa necesaria ante la falta de acompañamiento de los elementos necesarios con la demanda; c) la omisión de acompañar la póliza y la prueba de los pagos realizados mediante elementos suficientes para considerar que existía principio de prueba por escrito; y d) las pruebas consideradas por el *a quo* para rechazar su defensa —la pericia contable, el informe de Alicorp y la causa penal—.

IV. La solución

1. Recuérdese que vino apelada la sentencia de grado por ambas partes y que sus recursos tienden a la íntegra revocación del decisorio.

Por un lado, las aseguradoras accionantes se quejaron del rechazo de la acción incoada por considerar que no se acreditó el eximente de responsabilidad que excusara de responder por la obligación de resultado incumplida por TMI. Por el otro lado, la demandada se alzó contra el rechazo de la defensa opuesta por falta de legitimación activa.

Adelanto que no atenderé todos los planteos recursivos de la recurrente sino aquellos que estime esenciales y decisivos para dictar el veredicto en la causa (Conf. CSJN, *in re*: “Altamirano, Ramón c. Comisión Nacional de Energía Atómica”, del 13.11.1986; *idem in re*: “Soñes, Raúl c. Adm. Nacional de Aduanas”, del 12.02.1987; *bis idem, in re*: “Pons, María y otro” del 06.10.1987; *ter idem, in re*: “Stancato, Carmelo”, del 15.09.1989; y Fallos, 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 310:1162; entre otros).

2. El tenor de las quejas vertidas torna necesario evaluar, en primer término, aquellas plasmadas por el accionado, para luego ingresar —en caso de ser rechazado— al estudio de las de las actoras.

Los cuestionamientos vinculados con la *legitimatío ad causam*, que en el caso refieren a la atribuida calidad de acreedora de la demandante frente a la accionada, proceden cuando o

bien el actor no es la persona idónea o habilitada para discutir en punto al objeto litigioso o que la persona o personas demandadas no son las que pueden oponerse a la pretensión del actor o respecto de las cuales es viable emitir una sentencia de mérito o de fondo (CNCom., Sala C, 07.05.93, “Sotomayor, Jorge c/ Banco Supervielle Societé Générale”). Debe demostrarse la calidad de titular del derecho del demandante y la calidad de obligado del demandado, pues la legitimación es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida en su posición respecto del acto, y se diferencia de la capacidad en que esta expresa una aptitud intrínseca del sujeto, mientras que aquella se refiere directamente a la relación jurídica y, solo a través de ella, a los sujetos (Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos ...”, Tº IV, p. 334) (CNCom, Sala C, 31.03.95, “Sanatorio Güemes SA c/ Bamballi, Elías”; esta Sala, 15.07.2010, “Cintas Outlet SA, c/ Argencard SA y otro, s/ ordinario”).

Se advierte claramente que, en este caso en particular, el planteo defensivo opuesto al progreso de la pretensión material postula la exclusión de la titularidad de la relación jurídica invocada en la demanda en su faz activa, relación jurídica sustancial que constituye uno de los presupuestos para la existencia de proceso válido (CNCom, Sala B, 04.09.95, “Goldser SA c/ Granero Aníbal s/ ordinario”). De ello se seguiría, en concordancia con la posición de la emplazada, que las actoras no se encontrarían dotadas de suficiente legitimación para pretender contra su adversaria en esta causa. Y así aparece perfilada la consecuencia, en los términos en que ello fue planteado, relativa a que la falta de acción proyecta efectos respecto de las dos partes enfrentadas en la litis: basta la ausencia de aquella cualidad en una de ellas para que la relación jurídico-procesal se encuentre afectada.

Entonces, debe examinarse si en este trámite se ha configurado el defecto apuntado, que constituye el argumento fundamental de la defensa articulada en la contestación de demanda para su evaluación en este acto procesal, tal como lo admite el cpr 356 y 347:3º (CNCom, Sala A, 20/12/91, “Kreng, Alejandro c/ Banco del Buen Ayre s/ ordinario”).

En el caso presente, recuerdo, que el magistrado de grado, difirió el tratamiento de la defensa al momento de dictar sentencia, para luego rechazar su planteo por existir, a su criterio, prueba suficiente sobre la existencia de la póliza y los pagos realizados —a saber, la prueba contable sobre los registros de las cinco aseguradoras, la constancia acompañada por La Holando a la causa penal y el reconocimiento de Alicorp en su contestación de oficio—.

Sin perjuicio de las contundentes conclusiones del *a quo*, la parte demandada manifestó su disconformidad con la sentencia, y estimó que no se había acreditado suficientemente la existencia del contrato y sus alcances, especialmente en tanto no se acompañó la póliza que era el documento idóneo para ello.

En primer término es necesario distinguir entre la forma del contrato de seguros y la prueba del mismo. En términos de Stiglitz: la forma y la prueba no son nociones factibles de ser confundidas. Acontece que la forma es el elemento externo del negocio jurídico; en cambio la prueba es el medio —no necesariamente instrumental— por el cual se acredita la veracidad del hecho, de haber existido realmente el acto jurídico (Stiglitz, Rubén S., Derecho de Seguros, 5ta. Ed., T. II, p. 4, La Ley, Bs. As., 2008).

Así, por un lado, nos encontramos con un contrato claramente convencional que no exige fórmulas o formas expresas para su celebración ni existencia más allá del acuerdo de partes, mientras que, por el otro, nos hallamos con una expresa previsión que exige la prueba por escrito o, ante la falta de aquella, el principio de prueba por escrito.

Ninguna duda cabe que, cuando el reclamo se ve acompañado por la póliza que instrumentó el convenio, aquella reviste, simultáneamente, tanto el carácter de forma como de prueba. Sin embargo, las dificultades se suscitan cuando no es posible acceder a aquella y debe recurrirse a otros medios probatorios para acreditar su existencia, como ocurre en el presente.

Como bien es sabido el art. 11 de la legislación que rige la materia establece que “El contrato de seguro solo puede probarse por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba serán

admitidos, si hay principio de prueba por escrito. El asegurador entregará al tomador una póliza debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible. La póliza deberá contener los nombres y domicilios de las partes; el interés la persona asegurada; los riesgos asumidos; el momento desde el cual estos se asumen y el plazo; la prima o cotización; la suma asegurada; y las condiciones generales del contrato. Podrán incluirse en la póliza condiciones particulares. Cuando el seguro se contratase simultáneamente con varios aseguradores podrá emitirse una sola póliza.

De dicho precepto es posible obtener una conclusión clara, que resulta de importancia en la materia, esto es, que no existe obligación para la aseguradora de emitir más que una copia de la póliza a favor de su asegurado. Ahora bien, en tal caso se plantea el interrogante de cómo podría la aseguradora acreditar la existencia del contrato de seguro o sus condiciones sin copia de la póliza con firma de recibo por su contraparte, si la primera parte del citado precepto obliga a acreditar la existencia por escrito o, en su defecto, con cualquier medio de prueba siempre y cuando exista principio de prueba por escrito.

En estas condiciones, y atento la dificultad de elaborar una teoría genérica de qué puede ser considerado o no como principio de prueba por escrito, corresponde evaluar, si las constancias y documentos agregados como medios de prueba en esta causa resultan suficientes a tales efectos.

La cuestión reviste ciertas particularidades a delimitar, en tanto en el caso, no nos encontramos ante un litigio entre las aseguradoras y su cocontratante, sino con un tercero, quien por cierto pretende que se desestimen mediante su recurso la totalidad de los medios y documentos producidos para acreditar la base de la pretensión.

Ahora bien, más allá de una minuciosa enumeración de ejemplos de principio de prueba por escrito, lo cierto es que deben considerarse suficientes a este fin “todos aquellos documentos que, emanados del asegurado hagan verosímil el hecho litigioso” (cfr. Stiglitz, op. cit., p. 40).

3. En el marco contextual descripto, no encuentro dudas de la efectiva existencia del contrato de seguro alegado y su efectiva vigencia al momento del siniestro, como así también de la realización de los pagos denunciados.

En primer término diré que no desconozco que resulta cuestionable la validez probatoria asignada a la pericia contable practicada sobre los libros de las accionantes (v. fs. 613/623). Es que ha sido reiteradamente juzgado que para que los libros de comercio sean oponibles, al contrario, este debe tratarse de otro comerciante, pues de otro modo carecen de fuerza probatoria a favor de su dueño, aún como principio de prueba por escrito, porque no emanan de la persona contra la cual se los quiera hacer valer (conf. Fernández, Gómez Leo, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial”, Ed. Depalma, Bs. As. 1993, T. II, págs. 173 y sgtes.). En tal sentido cabe precisar que no es posible colocar al comerciante en situación más ventajosa que quien no lo es y no puede oponer sus propios libros para destruir la prueba que surge de su adversario (conf., CNCom, Sala B, “Lamelas, Raúl c/ La Mercantil Andina Cía. de Segs. SA, s/ ordinario” 1.6.01).

Sin embargo, también debe ponderarse que dicho precedente no cuadra específicamente en el caso bajo estudio, es que: los libros compulsados no fueron solamente de un sujeto jurídico o comerciante, sino de cinco aseguradoras, y todos sus registros resultaron coherentes y concordantes en punto a la existencia del contrato; la asegurada no era parte del litigio por lo que difícilmente pudieron compulsarse sus registros contables para revisar la concordancia entre los asientos de ambas partes del contrato; y la existencia del convenio fue específicamente reconocida por Alicorp en su contestación de oficio de fs. 276 y vta.

Asimismo, debo destacar que la información brindada por la perito contadora en su informe respecto a La Holando Sudamericana, coincide en todos sus puntos con el frente de póliza que aquella compañía acompañó al momento de presentarse en sede penal (v. fs. 108/110) —y a cuyo conocimiento debe presumirse llegaron los letrados de la demandada que se presentaron en aquellos autos a fs. 115—. Dicho documento no puede desconocerse, como pretende

el aquí accionado, meramente por haber sido presentado en otro fuero si dicha causa fue solicitada como medio probatorio y agregado a las presentes actuaciones.

Es que su postura importaría tanto como desestimar aquellas constancias que le fueran contrarias y admitir como prueba solamente los documentos que resulten beneficiosos a su postura, pretensión que no puede admitirse válidamente. Recuérdese en este punto que la causa penal n° 18-01-006993-13 fue ofrecida como prueba por la propia codemandada de modo que —en virtud del principio de adquisición procesal— ha quedado incorporada a este pleito en forma definitiva, perjudicando o beneficiando a dicha emplazada (conf. CNCiv, Sala A, “Frick, Carmen Marta y otro c. Gómez, María Cristina o Gómez Sileci, María Cristina y otros”, del 03/10/2005 y sus citas a: Alsina, “Derecho Procesal”, t. 1, pág. 459, n° 19; Colombo, “Código Procesal anotado y comentado”, t. III, pág. 350; Falcón, “Código Procesal, anotado, concordado y comentado”, t. III, pág. 119; Fassi, “Código Procesal, comentado, anotado y concordado”, t. 1, pág. 676, n° 1325; Fenochietto- Arazí, “Código Procesal, comentado y concordado”, t. 2, pág. 302, n° 3; Morello-Sosa-Passi Lanza-Berizonce, “Códigos Procesales comentados y anotados”, t. V-A, pág. 171; Palacio, “Derecho Procesal”, t. 1, pág. 290, n° 35).

A mayor abundamiento, debo destacar la similitud existente —aunque con cierto desfase— cuya causa se desconoce— entre los valores de indemnización denunciados como percibidos por la asegurada de \$ 97.790.501, y los pagos informados por la experta contable en base a la compulsión de los libros que ascenderían a un total de \$ 95.316.576,69 —computándose únicamente aquellos realizados a favor de la asegurada y no de la empresa de liquidadores o de terceros—.

Finalmente también considero que también aportan a la prueba de la existencia del contrato: las investigaciones y liquidación del siniestro llevada a cabo a pedido de las aseguradoras —informe elaborado por un tercero y donde se asentaron las diversas condiciones del contrato, en especial el tipo de cobertura, su extensión y cuantía de las indemnizaciones a abonar, así como también de los daños padecidos que fue-

ron enumerados minuciosamente—, y el acuerdo transaccional habido con la tercera afectada Autoelevadores Moreno, que se firmó con la intermediación del productor asesor de seguros AON Risk Services Argentina SA —quien también figura como productor en el frente de póliza arriba reseñado—.

Lo hasta aquí expuesto, resulta suficiente para desestimar el recurso bajo estudio.

No obsta a lo aquí expuesto los argumentos relacionados a la imposibilidad de defensa que la falta de póliza importaría a su parte, en tanto no se arguyó siquiera someramente cuáles son las defensas que su omisión —justificada— habría impedido.

Por último, diré que la decisión del *a quo* de diferir el tratamiento de la cuestión para el momento de dictar sentencia resultó del todo acorde a las prescripciones del código de rito ya que, se ha demostrado que la falta de legitimación en estos casos no resulta de modo manifiesto. La decisión del legislador de impedir la revisión de dicha decisión torna abstracto el planteo en esta oportunidad y en nada altera las conclusiones expuestas.

4. En estas condiciones, corresponde atender al planteo recursivo ingresado por las accionadas relativo al rechazo de la demanda incoada por ruptura del nexo de causalidad.

Recuérdese que la parte consideró que no debió el *a quo* ingresar en el análisis del nexo de causalidad por tratarse de una obligación de resultados incumplida donde no se acreditó, según su criterio, una eximente de responsabilidad.

5. Es preciso remarcar que la responsabilidad generadora del deber de indemnizar exige la concurrencia de cuatro presupuestos: 1) incumplimiento objetivo, o material, que consiste en la infracción al deber, sea mediante el incumplimiento de la palabra empeñada en un contrato, sea a través de la violación del deber genérico de no dañar; 2) un factor de atribución de responsabilidad, esto es, una razón suficiente —de naturaleza subjetiva u objetiva— para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor; 3) el daño que consiste en

la lesión a un derecho subjetivo o interés de la víctima del incumplimiento jurídicamente atribuible; y 4) una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño; es decir, que pueda predicarse del hecho que es causa fuente de tal daño (CNCom, Sala B, 31.5.2005, “Hildenberg, Olga Sofía y otro c/ Visa Argentina SA y otro s/ ordinario”, esta Sala, 27.04.2010, “Lucchini Hernán Ricardo c/ Banco de la Nación Argentina y otro, s/ ordinario”).

Sin la concurrencia de esos cuatro presupuestos no hay responsabilidad que dé lugar a indemnización. De allí que la investigación destinada a establecer si la persona de quien se pretende la indemnización es responsable, debe comenzar por analizar si cometió o no una infracción o un obrar reprochable jurídicamente. Si se concluye que hubo tales eventos, debe estudiarse si media un factor de atribución. Cuando se tiene por establecido un incumplimiento jurídicamente atribuible al sujeto, debe precisarse si hubo o no daño, porque la indemnización solo tiene sentido en caso afirmativo. Una vez asentada la existencia de un incumplimiento, atribuible y dañoso, se deberá concretar si aquel determinó el daño, y qué porción de la masa total de daños se le asigna al autor, problema que concierne a la relación de causalidad (Alterini, Ameal y López Cabana, Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales, páginas 158/59; CNCom, Sala E, 04.05.06, “Balmaceda, Brenda c/ Banco Francés SA s/ ordinario”; íd., Sala F, 20.5.2010, “Rubio, Hugo Roberto c/ Banco Río de La Plata SA, s/ ordinario”).

6. Ninguna duda se ha planteado respecto de la ocurrencia del incendio y de que el mismo se produjo como consecuencia del desprendimiento de una chispa de soldadura realizada por el accionado que cayó sobre cierto pallet con material inflamable de propiedad de Alicorp, y que como consecuencia del hecho se generaron graves pérdidas para la empresa mencionada.

Tampoco encuentro discutido el hecho de que el foco ígneo que tuvo inicio en esa chispa pudo, en un principio ser “controlado” —claramente no sofocado completamente— y que, mientras los bomberos realizaban las tareas de rescate del Sr. Navarro, la ventilación del lugar ocasionó que el fuego se esparciera rápidamente por el resto del depósito, oportunidad en que

se generaron la mayor parte de las pérdidas económicas (fs. 10/15 de la causa penal).

Así surge de la pericia practicada en sede penal, transcripta en la anterior sentencia, donde se concluyó “que el inicio de la combustión pudo tener su comienzo a consecuencia del contacto de una fuente de calor externa, pudiendo ser las propias chispas eliminadas por la soldadora con las cajas de cartón o el material solido combustible presente en el lugar de fácil combustión, comenzando a propagar las llamas de forma lenta y paulatina por el interior del lugar hasta ventilad de forma involuntaria por las claraboyas del techo duplicando la velocidad de propagación permitiendo que las llamas tomen contacto con el material estibado propagando de forma casi instantánea el foco ígneo hacia el resto de los sectores” (fs. 15 de la causa penal), y de los numerosos informes de los liquidadores McLarens acompañados a la demanda bajo el título “circunstancias del siniestro”.

Ahora bien, el juez *a quo* sin enmarcar la cuestión dentro de un ámbito de la responsabilidad determinado —es decir, contractual o extracontractual— se limitó a considerar la existencia de causalidad adecuada, la que desestimó por interrupción del nexo causal.

Los actores, al recurrir el decisorio, interpretaron que el decisorio debió haber juzgado la responsabilidad como contractual, específicamente por el incumplimiento de una obligación de resultado. Destacaron el carácter profesional de TMI e insistieron en su responsabilidad por ser la chispa desprendida de la soldadura la que, sin lugar a duda dio inicio al incendio.

El tema controvertido, en prieta síntesis, consistiría entonces, en conocer si la chispa emanada de la soldadura fue causa suficiente del incendio de la planta sita en la localidad de Garín o si existió un hecho externo, de la víctima precisamente, que alteró las condiciones de trabajo e introdujo elementos riesgosos que llevaron al trágico desenlace, y si tal hecho vino a interrumpir el nexo causal y eximir completamente de responsabilidad a TMI.

Ergo, la cuestión a dilucidar se vincula directamente con el nexo de causalidad y la causalidad adecuada.

7. La doctrina uniforme señala que, para que un daño deba repararse jurídicamente, es preciso que haya sido causado por el responsable, con su acción u omisión. A este requisito alude también en diversos preceptos nuestra ley civil, al legislar sobre los presupuestos en que procede la reparación: así establece que el daño indemnizable es el que se causare o se hubiese causado u ocasionado a otro (arts. 1068, 1074, 1111, 1113, 1114, etc.; además en la responsabilidad contractual, arts. 508, 521, etc.).

En un sistema jurídico como el nuestro, la relación de causalidad tiene una importancia de primer plano, no solo como condición general de la responsabilidad, sino también para establecer la medida de esta responsabilidad, ya que —salvo excepciones muy limitadas— el responsable está obligado a resarcir los daños que tengan vinculación causal con su acto y no los demás.

Como enseña Orgaz en los casos de responsabilidad por hecho propio, fundada en la culpa lato sensu (arts. 1073 y 1109), el requisito de la relación causal se presenta con características muy similares a la requerida en la doctrina penal: la relación de causalidad debe encontrarse directamente entre la acción u omisión del responsable y el daño.

El problema jurídico de la conexión causal consiste en determinar, de conformidad con la ley, cuando o con qué criterio un resultado debe ser atribuido a una persona determinada.

Según nuestra ley, debe contestarse: hay conexión causal entre un acto y un resultado, cuando ese acto ha contribuido de hecho a producir un resultado —esto es, ha sido una de las condiciones sine qua non de él— y, además, debía normalmente producirlo, conforme al orden natural y ordinario de las cosas (Orgaz, Alfredo, “El daño resarcible...”, pág. 89 y ss., Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1952).

Rige así, en materia de causalidad, la teoría de la causación adecuada. Todo el problema consiste en determinar si la acción u omisión a la que se le atribuye el daño era normalmente capaz de producirlo (...) esta teoría brinda, como puede apreciarse, solo una pauta general a la que debe ajustar su labor el juez teniendo en

cuenta las circunstancias particulares de cada caso (cfr. Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Obligaciones, 9ª. Ed., T II, p. 246, La Ley, Bs. As., 2008).

Esta teoría responde a que, normalmente un hecho dañoso tiene origen en numerosas causas, por lo cual viene a dilucidar, precisamente el problema de la concausa, y con ello también la posible interrupción del nexo causal.

Dado el concurso de varias causas, procede destacar aquella que en concreto produjo el daño excluyendo todas las otras que, aun teniendo idoneidad abstracta o eficacia virtual para producirlo, quedaron por así decirlo en estado potencial por haber sobrevenido otras causas independientes y suficientes para producir el resultado que después efectivamente se verificó. Frente a la causa concreta y eficiente, la causa abstracta pierde todo relieve jurídico. (...). Claro está que si en abstracto el problema parece simple, no lo es en la práctica, porque al sobrevenir otras causas extrañas, no siempre la causa precedente pierde toda su eficacia causal y es bastante difícil establecer cuándo la eficacia desaparece por completo (cfr. Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ª. Ed., T II, p. 249, La Ley, Bs. As., 2008).

Así las cosas, una de las eximentes previstas legalmente, es el hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responderse.

El presunto agente o causante del daño puede eximirse de responsabilidad aportando prueba acerca del origen verdadero del perjuicio: que se originó en el comportamiento de la misma persona que lo sufre, en el hecho de la víctima (Mosset Iturraspe, J. - Piedecabras, M. A., *Responsabilidad por daños. T. IV Las eximentes*, p. 79, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2016).

Sería un caso de auto daño, esto es, el daño auto infligido por una persona, sea que aquel sea completamente ocasionado por si misma o que constituya el agravamiento de perjuicios que otros han causado.

En buen número de hipótesis la víctima no será, con su obrar, causa única de su perjuicio sino que se limitará a concurrir o facilitar su producción (Mosset Iturraspe, J. - Piedecabras,

M. A., *Responsabilidad por daños. T. IV Las eximentes*, p. 86, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2016).

En este panorama, nos encontramos con distintas posibilidades: que exista concausa, esto es, que el daño haya sido provocado por varios culpables extraños a la víctima o que haya concurrencia entre la culpa del tercero y la culpa de la propia víctima; o que el daño se haya producido por un hecho exclusivamente imputable a la víctima, hipótesis en que se vería interrumpido el nexo causal.

En lo que aquí importa, aquellos casos en que existe culpa concurrente con la víctima, el tercero solamente será responsable en proporción a su culpa, mientras que si el hecho es exclusivamente imputable a la víctima el tercero se exoneraría de responsabilidad por ruptura de la relación de causalidad.

Interesa poner de resalto, desde ya, que las “culpas concurrentes”, que son causas autónomas del daño, permiten llegar a una moderación de la responsabilidad civil, sin perjuicio de la medida en que una y otra han concurrido a la producción del evento dañoso. El análisis es delicado, puesto que uno y otro aspecto pueden no coincidir, al menos en el plano teórico: una culpa de mayor entidad puede haber actuado en menor medida como causa productora del perjuicio, y a la inversa (Mosset Iturraspe, J. - Piedecasas, M. A., *Responsabilidad por daños. T. IV Las eximentes*, p. 88, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2016).

8. Lo hasta aquí expuesto no se altera si se toman como referencia los efectos jurídicos de las obligaciones de resultado, naturaleza que ostensiblemente tienen las emergentes del contrato que vinculó a las partes.

Dice Llambías que: “el tipo corriente de la obligación es el de la obligación de resultado, que consiste en el compromiso asumido por el deudor de conseguir un objetivo o efecto determinado; es el “resultado” que espera obtener el acreedor. (...) Para Demogue, y demás autores que lo siguen, la clasificación [entre obligaciones de medios y de resultado] se refleja en un diverso régimen probatorio acerca de la culpa del deudor. En las obligaciones de resultado, el

acreedor no tiene que probar la culpa del deudor; le basta probar el incumplimiento, es decir, que el “resultado” prometido no se ha logrado; si el deudor quiere exculparse y quedar exento de responsabilidad debe mostrar que la frustración del resultado que integra el objeto de la obligación, proviene de un caso fortuito o fuerza mayor. (...) el régimen probatorio es siempre el mismo: al acreedor que quiere hacer valer una responsabilidad contractual le incumbe probar el “incumplimiento” del deudor, sin necesidad de demostrar además que tal incumplimiento le es “imputable” al deudor, pues ello es lo que la ley presume” (cfr. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil. Obligaciones, T. I*, p. 209 y ss., Ed. Perrot, Bs. As., 1978).

En otras palabras, quien ha probado el incumplimiento del deudor en una obligación de resultado no necesita probar además su culpa ya que aquella será presumida por la ley en virtud de la existencia del incumplimiento, por lo cual, quien quiera eximir su responsabilidad deberá acreditar la existencia de causa ajena, es decir, un caso fortuito, fuerza mayor, culpa de la víctima o el hecho de un tercero por quien no deba responder.

Solamente habrá ruptura del nexo causal cuando se acredite la llamada “causa ajena”, esto es: el vicio propio de la cosa, el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero por quien no deba responder. La única diferencia en los casos de la obligación de resultado, al igual que en todas las hipótesis de responsabilidad objetiva, consiste en la inversión en la carga de la prueba.

9. En el marco contextual y fáctico hasta aquí descripto, es que deberá dilucidarse si existió nexo de causalidad y causalidad suficiente entre el chispazo de soldadura y los daños provocados; o si en su caso, el hecho de la víctima alteró las circunstancias en que se desempeñaba el trabajo e introdujo un elemento extraño e inflamable que permitiría exonerar o atenuar la responsabilidad de la accionada por el resultado dañoso.

Sin intención de dilatar con largas transcripciones de los innumerables testimonios rendidos ni de las demás constancias de la causa, especialmente de los informes de los liquidado-

res, de la investigación desarrollada en sede penal, mencionaré que:

a) La empresa TMI contaba con un permiso para trabajo en caliente en la zona “detergentes”, firmada en forma conjunta por el personal de Alicorp y TMI —representado por el Sr. Negri cuyo testimonio se desistió a fs. 686— que establecía claramente que “el bombero o personal de la brigada verificará que no existan ni se presenten sustancias inflamables en un radio de 15 m. del lugar de trabajo” y que los firmantes asumían “la responsabilidad por la seguridad durante la ejecución del trabajo” (v. fs. 190).

b) El acta obrante a fs. 2 de la causa penal, labrada por el comisario Alcaraz de la Comisaría de Escobar, —así como los restantes informes y actas labradas en la misma— dan cuenta que el llamado a emergencias ingresó a las 14:30 hs., y que recién a las 16:15 hs aquel se reavivó y se esparció hacia el depósito contiguo.

c) De la declaración brindada en la causa traída *ad effectum videndi* por el Sr. Acevedo Marcial, se desprende que: los bidones habían sido notados por el personal de TMI pero que desconocían su contenido, que el incendio empezó rápidamente, que “la utilización del matafuego fue insuficiente debido a que las llamas se expandieron en forma inmediata debido al líquido inflamable que contenía los bidones”, que tampoco se apagó con el uso de la manquera de incendio, el cual recién pudo ser controlado con la activación del sistema de riego.

Al declarar el mismo testigo en este fuero, manifestó el día 13/10/2017 que en el lugar no debía haber elementos inflamables, pero que no vio quien colocó ese pallet ahí “porque yo estaba afuera”. Esto permite inducir que el pallet no estuvo ahí desde un principio.

d) En similares términos se pronunció el Sr. Carlos Navarro que, en dicha oportunidad, al igual que al brindar su testimonio en este fuero, relató que vio una flama y gritó fuego, que tras ello escuchó una explosión y se propago aún más el fuego por el lugar, que había mucho humo que impedía la visión, también dijo que el fuego en lugar de sofocarse crecía cada vez más (ver fs., 594/596).

f) En su testimonio de fs. 434, el Sr. José Luis Florio, Ingeniero en Seguridad Ambiental y Licenciado en Higiene y Seguridad convocado al momento del siniestro a pedido de TMI, puso en cabeza de Alicorp la obligación de constatar el cumplimiento de las condiciones necesarias para la realización del trabajo en caliente, al mismo tiempo que la responsabilizó por la alteración en las condiciones de trabajo por la introducción de elementos combustibles dentro del área habilitada.

g) El Sr. Marcelo Ariel Scibona, empleado de TMI, dio otra versión del procedimiento el día 25/10/2017 y, en consonancia con lo que surge del permiso de trabajo en caliente, declaró que “esos permisos tienen que librarse en el lugar donde los trabajos se van a hacer y se consensuan entre la supervisión de la empresa contratista y la persona de la empresa comitente que requiera los trabajos. Una vez consensuados los participantes lo tienen que firmar”. Asimismo, tras enumerar las condiciones de trabajo que debían darse aclaró que cuando era imposible cumplir con el espacio de 15 metros sin elementos combustibles había que “tapar esos materiales con lona ignífuga o humedecer la zona de trabajo”.

h) El testimonio del Sr. Malatesta, por su parte, resulta de interés en tanto manifestó que “los insumos que se utilizan en la producción en los productos que comercializaba la empresa son básicamente incombustibles, pero están acondicionados en recipientes que son combustibles y contenidos en cajas de cartón que es combustible y acondicionados sobre *pallets* que también son combustibles” (v. fs. 455).

i) el testigo Luis Ma. Díaz brindo su declaración el día 14/03/18 y tras una minuciosa descripción de la mecánica del incendio indicó que en la zona de inicio se detectó la existencia de material combustible que fue lo que entrara en ignición como el caso del pallet de madera.

j) en su testimonial el Sr. Abuin explicó, al ser consultado sobre los trabajos en caliente, que “la empresa Alicorp debe hacer una evaluación de trabajo en caliente y otorgar un permiso y también la empresa TMI a medida que realiza el trabajo debe realizar tareas preventivas sobre

todo cuando estas implican ir moviéndose de sectores” (v. fs. 564).

10. En virtud del análisis de los elementos hasta aquí reseñados juzgo que, si bien existió, sin lugar a dudas, un hecho de la víctima que alteró las condiciones de trabajo e introdujo un elemento riesgoso que llevaron a la producción del hecho dañoso, también lo es que aquel obrar no puede ser considerado como un hecho interruptivo sino más bien como una culpa concurrente.

Resulta cuestionable que se pueda adjudicar, como lo hizo el *a quo*, únicamente a Alicorp la responsabilidad por los daños padecidos. Es que no hay duda que su hecho fue determinante en la producción del hecho dañoso, pero no puede eximirse completamente de responsabilidad a la accionada quien resultaba ser especialista en la materia, con empleados altamente capacitados en el tema de trabajos en caliente (como surge de los diversos testimonios, especialmente el del Sr. Di Fiorio), y que debieron haber cuestionado la presencia de materiales como cartón y madera dentro de la zona de trabajo —más allá del desconocimiento de la existencia de bidones con alcohol o líquido altamente combustible en su interior—.

Claramente la presencia de esos simples elementos —pallets de madera y cajas de cartón— ya de por sí configuraban un riesgo de incendio; por lo cual, de haber cumplido correctamente con sus tareas, los dependientes de TMI deberían haber interrumpido los trabajos en virtud de la alteración de las condiciones de seguridad —o mínimamente, tomado los recaudos necesarios para evitar un hecho como el aquí ocurrido colocando mantas ignífugas sobre estos pallets—.

Lógica derivación de lo apuntado es el hecho que la defendida, de haber obrado con la mínima diligencia que le correspondía de acuerdo a su carácter profesional y especializado; no se hubiese producido perjuicio alguno (conf. arts. 512, 902, 909 y concs. del CCiv.).

Así las cosas, poco importa que TMI desconociera el contenido de los bidones y los pallets, cuando ningún elemento debía estar presente en la zona de trabajo, y su propio empleado ha-

bía firmado comprometiéndose a mantener las condiciones de seguridad en la ejecución del trabajo (como se lee en el permiso de trabajo en caliente de fs. 190).

Pretender endilgar toda la responsabilidad por ese hecho a Alicorp únicamente basado en la emisión de la autorización para los trabajos en caliente importaría tanto como convalidar la negligencia concurrente en que incurrió el demandado.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, estimo que los agravios vertidos han de ser parcialmente admitidos y la sentencia de grado ha de ser revocada en cuanto consideró que el nexo causal se vio completamente interrumpido por los hechos de la víctima, y debe declararse la existencia de concausalidad por culpa concurrente entre la víctima y la aquí demandada.

11. Tal conclusión impone al tribunal la necesidad de determinar, en qué medida, su obrar contribuyó a la producción del hecho dañoso para así delimitar la cuantía de los daños por los que deberá responder.

En los casos en que existe culpa concurrente no corresponde la exoneración de responsabilidad del tercero sino la moderación o atenuación en la repartición de las consecuencias dañosas, debiendo soportar en forma común el daño producido, en la medida en que el resultado fue consecuencia de un obrar conjunto.

Volviendo entonces al tema de la causación adecuada, un problema aparte plantea la determinación de la medida justa de la repartición. Desde la modificación del artículo 906 con la Ley 17.711 —que adoptó en forma expresa la ya mencionada tesis—, dicha tarea fue puesta en manos de los jueces, que deben analizar, al momento del hecho, la previsibilidad o no de las consecuencias.

La causalidad adecuada (...) es objetiva-subjetiva; parte de lo que una persona normal, diligente y previsora puede anticipar, pero toma también en cuenta las circunstancias que el agente, por su especial situación, conoció o pudo conocer, con influencia sobre las consecuencias de su obrar (Mosset Iturraspe, J. - Piedecasas, M. A., *Responsabilidad por daños. T. IV*

Las eximentes, p. 92/3, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2016).

12. Como bien fue anteriormente reseñado, ha sido acreditada la existencia de desembolsos a favor de Alicorp por un total de \$ 95.316.576,69 —conforme surge de la pericia contable—, y que el reclamo de autos se limitó a la suma de \$ 10.000.000 con más sus intereses y costas.

Tal actitud permite presumir que las propias accionadas tuvieron en cuenta la existencia de factores externos o la insuficiencia de la chispa como causa fuente de la totalidad de los daños padecidos.

Asimismo, debo reiterar que el impacto de la causa como hecho generador de daño es un tema de difícil delimitación, especialmente en los casos como el presente donde existe una concausa que es el hecho de la víctima que claramente tuvo una alta incidencia en la producción del daño.

No puedo ignorar que los trabajos en caliente de TMI se venían realizando dentro de Alicorp desde hacía ya varias semanas e incluso meses sin la existencia de incidentes previos denunciados.

En esas condiciones, la colocación de elementos inflamables en la zona de trabajo no puede estimarse con la misma fuerza que el simple chispazo por el trabajo regularmente desarrollado, aunque haya existido cierta negligencia en el obrar de la accionada al no frenar la ejecución de las tareas para reacondicionar la zona. Ya que, si bien no se ignora que tal obrar resultó negligente, los empleados inmersos en sus tareas en el primer piso fácilmente pudieron pasar por alto lo que estaba sucediendo a nivel de planta baja.

Por otro lado, tampoco puede omitirse que, tal como se desprende de los numerosos testimonios, la zona de inicio de fuego no era una zona de maquinarias ni de depósito sino una de tránsito, y los daños más grandes se produjeron luego de que la zona fuese oxigenada por la labor de los bomberos lo que generó el rápido esparramamiento de las llamas a la zona contigua.

Es por todo ello que considero adecuado fijar la indemnización debida en la suma de \$ 2.430.000 (pesos dos millones cuatrocientos treinta mil), equivalentes al presupuesto por la totalidad de los trabajos llevados a cabo en la planta de Alicorp.

La presente suma deberá abonarse dentro de los 10 días de quedar firme la presente y devengará intereses desde la notificación de la demanda —en tanto no se ha demostrado la existencia de intimación previa— y hasta el efectivo pago a la tasa activa que fija el Banco de la Nación para sus operaciones de descuento a 30 días (conf. esta Sala, “Moreno Constantino Nicasio c/Aseguradora Federal Argentina SA s/ordinario”, 01/08/2013).

13. Las costas

a) Ambas partes recurrieron el decisorio en cuanto distribuyó por su orden las costas derivadas de la defensa de falta de legitimación activa.

El simple rechazo de la excepción no importa afirmar que la parte no tuvo razón para oponerla en el modo que lo hizo, ni mucho menos para recurrir el decisorio con cuyos argumentos disintió.

Téngase en cuenta que, en tal sentido, ha sido juzgado reiteradamente por esta Alzada que la eximición de costas autorizada por el cpr 68, segundo párr., procede —en general— cuando media “razón suficiente para litigar”; expresión que contempla aquellos supuestos en que, por las particularidades del caso, cabe considerar que el vencido actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho invocado. Mas no se trata de la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para liberarlo de las costas (CNCom, Sala A, 16.4.09, “Banco de La Provincia de Buenos Aires, c/ Alvarez Posse Norma Amelia, s/ ejecutivo”; íd., Sala B, 25.02.93 “SA La Razón s/ concurso preventivo s/ incidente de cobro de crédito”, íd., 09.06.09, “Mediterráneo Cargo SRL c/ Ford Argentina SCA y otros S/ordinario”; esta Sala, 21.12.2010; “Risoli, Juan José c/Marciale, Juan Carlos y otro s/ordinario”).

Ergo las costas de ambas instancias por aquella incidencia serán en el orden causado.

b) Por otro lado, toda vez que lo aquí decidido importa la revocación de la sentencia apelada en el fondo de la cuestión, la imposición de costas efectuada en la anterior instancia ha quedado sin efecto y, por ende, corresponde que me expida sobre este particular, en orden a lo previsto por el artículo 279 del Código Procesal.

En este marco, considero que los gastos causídicos del proceso deben ser soportados por la demandada. Es que la condena en costas al vencido, constituye un resarcimiento que la ley, conforme la prescripción contenida en art. 68 del Cpr., reconoce al vencedor para sanear su patrimonio de los perjuicios que le ocasione el pleito. La misma debe ser entendida como reparación de los gastos razonables y justos, generados durante el devenir del proceso para accionar o para defenderse.

Por ello, el vencimiento lleva consigo tal condena, principio este resultante de la aplicación de una directriz axiológica de sustancia procesal, en cuya virtualidad debe impedirse que la necesidad de servirse del proceso se convierte en daño (CNCom., Sala B, 28.3.89, “San Sebastián c/ Lande, Aron”); es decir, es una institución determinada por el supremo interés que el derecho cuyo reconocimiento debe transitar por los carriles del proceso, salga incólume de la discusión judicial (CNCom., Sala B, 12.10.89, “De la Cruz Gutiérrez, Graciela María, c/ Círculo de Inversores SA”; esta Sala, 11.10.2011, “Koldobsky Liliana Estela c/ Koldobsky Carlos David s/ ordinario”).

Así entonces, considero que las costas del proceso deben ser soportados por la accionada pues, ha resistido enfáticamente y sin razón la pretensión de su contraria, solución que cabe hacer extensiva también a los gastos causídicos generados ante esta Alzada, por análogas razones (arts. 68 y 279 del Cpr.).

V. Conclusión

Por todo lo expuesto, si mi criterio fuera compartido por mis distinguidos colegas, propongo al Acuerdo: a) rechazar las quejas vertidas por TMI y confirmar el decisorio en cuanto rechazó

la defensa de falta de legitimación activa; b) hacer lugar al recurso incoado por las accionantes y, consecuentemente, modificar la sentencia de grado y condenar a TMI SA al pago de la suma de \$ 2.430.000 con más los intereses fijados en el apartado n° 12 de este decisorio; c) distribuir las costas por la excepción de falta de legitimación activa en el orden causado; y d) imponer las costas de ambas instancias por el fondo de la cuestión a la demandada sustancialmente vencida (arg. art. cpr. 68).

Por análogas razones los doctores *Lucchelli* y *Tevez* adhieren al voto que antecede.

Y Vistos:

I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, *resuelve*: a) rechazar las quejas vertidas por TMI y confirmar el decisorio en cuanto rechazó la defensa de falta de legitimación activa; b) hacer lugar al recurso incoado por las accionantes y, consecuentemente, modificar la sentencia de grado y condenar a TMI SA al pago de la suma de \$ 2.430.000 con más los intereses fijados en el apartado n° 12 de este decisorio; c) distribuir las costas por la excepción de falta de legitimación activa en el orden causado; y d) imponer las costas de ambas instancias por el fondo de la cuestión a la demandada sustancialmente vencida (arg. art. cpr. 68).

II. Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. — *Alejandra N. Tevez.* — *Ernesto Lucchelli.* — *Rafael F. Barreiro.*

COACCIÓN

Atipicidad. Existencia de una conflictiva familiar. Sobreseimiento.

1. — Las frases proferidas por el imputado no contarían con los requisitos exigidos por el tipo previsto en el art. 149 bis del Cód. Penal. La figura de amenazas es un delito contra la libertad, que ataca la autodeterminación de la persona y la coacción; a través de lo manifestado por el autor se

busca evitar que se haga algo, obligar a que se realice o tolerarlo contra su voluntad. Sin embargo, la sola circunstancia de proferir una frase de esas características no resulta suficiente para tornar la conducta en típica.

2. — Uno de los requisitos del delito de coacción es que las frases sean manifestadas con seriedad, es decir, que objetivamente haya una posibilidad de que estas sean cumplidas. Pero en el caso, las frases proferidas por el imputado se dieron en un contexto de conflictiva previa por cuestiones familiares y de dinero que se encuentran actualmente siendo tratadas por la justicia en el marco de la sucesión de su padre.

CNCrim. y Correc., sala V, 26/10/2021. - G. L., L. E. s/ coacción.

[Citaonline: [TRLALEYAR/JUR/170786/2021](https://www.trialejar.com.ar/jur/170786/2021)]

CCC 22195/2021/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 26 de 2021.

Considerando:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal ante el recurso de apelación interpuesto por la querellante A. G. L. contra el auto que dispuso el sobreseimiento de L. E. G. L. de conformidad con el inciso 3° del artículo 336 del CPPN.

Conforme lo ordenado en el legajo, la parte recurrente presentó el memorial sustitutivo de la audiencia oral, de modo que el sumario quedó en condiciones de ser resuelto.

II. Los argumentos vertidos por la parte recurrente no logran conmovir los fundamentos del auto que se revisa, de modo que se adelanta que el temperamento adoptado será convalidado.

En efecto, se investiga aquí las frases de tenor amenazante que habría manifestado L. G. L. contra su hermana, A. G. L. a través de distintos correos electrónicos, durante los meses de abril y mayo del año en curso, sumado a los mensajes instantáneos que la imputada le habría enviado

a su sobrino —hijo de la denunciante— a través de la aplicación “WhatsApp”. A estos efectos, la querellante aportó los correos electrónicos y capturas de pantalla de las conversaciones de la aplicación mencionada.

Sin embargo, se aprecia que asiste razón al magistrado en cuanto a que las frases proferidas por el imputado no contarían con los requisitos exigidos por el tipo previsto en el artículo 149 bis del CP.

La figura de amenazas se trata de un delito contra la libertad, que ataca la autodeterminación de la persona y la coacción, a través de lo proferido por el autor, busca evitar se haga algo, obligar a que se realice o tolerarlo contra su voluntad. Sin embargo, la sola circunstancia de proferir una frase de esas características no resulta suficientes para tornar la conducta en típica.

Sobre ello, uno de los requisitos es que las frases sean proferidas con seriedad, es decir que objetivamente haya una posibilidad de que estas sean cumplidas. Este tribunal considera, al igual que el juez de la instancia anterior, que este requisito se halla cumplido, ello en tanto las frases pronunciadas por L. G. L. se dieron en un contexto de conflictiva previa por cuestiones familiares y de dinero que se encuentran actualmente siendo tratadas por la justicia en el marco de la sucesión de su padre.

Para sostener ello, nótese que las frases proferidas por la acusada se dieron siempre en días consecutivos, todos relativos a la situación de salud física y emocional de su madre —con la que habita desde la enfermedad de su padre, quien murió en marzo del año 2020— lo que demuestra claramente que fueron expresadas en el marco de un conflicto y bajo un estado emocional lógico frente a las circunstancias en las que se hallaba y al tener en cuenta que la mala relación se remonta desde antes de la muerte del padre de ambas —al efecto, se cuenta con copia de la denuncia penal formulada por la imputada contra la pareja de la querellante el 23 de febrero de 2020—.

Por otro lado, lo cierto es que los dichos que la parte querellante puede considerar como amedrentadores deben ser analizados de forma contextualizada con los restantes correos, de los

cuales es posible advertir que la imputada le requiere que se haga cargo de gastos de mantenimiento y trámites respecto de los bienes que formaban parte del acervo sucesorio, sumado a distintos insultos relativos a la situación económica y emocional de su madre luego de la muerte de su padre y la supuesta conversación telefónica en la que la querellante le habría dicho a su madre que no le devolvería dinero y que no quería tener más contacto con ella.

A su vez, la circunstancia de que luego del dictado de la prohibición de acercamiento y contacto por parte del juzgado —dispuesta el 16 de junio pasado— no haya habido nuevos contactos ni problemáticas informadas por parte de la denunciante, da cuenta que lo expresado por la imputada en su indagatoria en cuanto a que no supo que sus frases constituían delito resulta creíble. En esta misma línea, no se aprecia que las frases enunciadas puedan provocar el temor necesario a los efectos de configurar el tipo penal a estudio.

Respecto a lo indicado por la querrela en el escrito de denuncia en cuanto a que se consideró injuriada o calumniada por las frases dirigidas contra su persona, lo que le afectaría a su imagen y honor, tal extremo deberá encontrar solución en el procedimiento previsto en el Título II del Código de fondo conforme ley procesal indica.

Tampoco encuentra asidero la solicitud de la querrela respecto de la realización de un estudio pericial sobre la imputada para conocer su conciencia sobre el valor intimidatorio de las comunicaciones ni la de “ordenar una conducta correctiva”.

Lo hasta aquí valorado permite, como se adelantó, concluir el acierto de la resolución impugnada.

Por los motivos expuestos el tribunal resuelve: Confirmar el auto impugnado en todo cuanto fue materia de recurso. Se deja constancia de que el juez Hernán Martín López no interviene en la presente por haberse aceptado su excusación y el juez Alberto Seijas, presidente de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, tampoco lo hace por haberse alcanzado la mayoría exigida en el artículo 24 bis *in fine* del CPPN. Notifíquese a las partes,

hágase saber lo resuelto al juzgado mediante DEO y remítase mediante el sistema de gestión *Lex-100*. — *Rodolfo Pociello Argerich*. — *Ricardo M. Pinto*.

DIVORCIO POR PRESENTACIÓN CONJUNTA

Patrocinio letrado compartido. Ausencia de hijos menores de edad. Autonomía de la voluntad.

1. — En aquellos procesos de divorcio en los cuales no se adviertan conflictos entre los peticionantes ni se observen posibles perjuicios a los intereses de alguno de los integrantes del grupo familiar no se justificaría —en principio— la exigencia de un patrocinio letrado individual. En el caso de autos ambas partes han manifestado que la separación se produjo en términos cordiales en el año 2013, que sus hijos son mayores de edad y que en forma privada dividieron el patrimonio perteneciente a la comunidad, presentando únicamente un convenio de compensación como único punto que requeriría homologación.
2. — No corresponde exigir a los peticionantes un patrocinio letrado individual, pues en ejercicio de su autonomía de la voluntad han elegido compartirlo.
3. — El Código Civil y Comercial regula el instituto del divorcio en los arts. 437 y 438, en los cuales, si bien establece diferentes requisitos y ciertas pautas referidas al proceso, nada estatuye en torno a la necesidad de que el patrocinio letrado deba ser individual.

CCiv. y Com., Lomas de Zamora, sala I, 20/10/2021. - R. A. G. y otro/a s/ divorcio por presentación conjunta.

[Cita online: [TRLALEYAR/JUR/167865/2021](https://www.trialejar.com.ar/jur/167865/2021)]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Exp N° LZ-37475-2021

2ª Instancia.- Lomas de Zamora, octubre 20 de 2021.

Considerando:

i. Que vienen los presentes en virtud del recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria en fecha 02/09/2021 contra la resolución del día 27/08/2021, por medio de la cual la señora Jueza *a quo* exhortara a las partes a presentarse con patrocinio letrado individual.

Contra dicha forma de resolver se presentan ambos peticionantes solicitando se deje sin efecto lo requerido en la instancia de origen. Señalan, en sustancia, que en el caso de autos no existe conflicto alguno entre las partes que amerite la necesidad de patrocinio individual, destacando que ello resulta un exceso ritual innecesario que incrementaría los gastos del proceso en honorarios y aportes. Aclaran que, en realidad, no existe litigio entre ambos solicitantes ya que la separación se dio en el año 2013, en muy buenos términos y luego de más de treinta (30) años de casados.

Agregan que, en tal contexto, en el presente divorcio no hay cuestiones litigiosas a dirimir, por lo cual entienden que la exigencia de un letrado por parte resulta un exceso ritual intolerable e innecesario. En resumen, dicen que la petición de divorcio conjunta es un reconocimiento al trabajo previo que han hecho ambos actores para continuar en una relación armoniosa y solidaria, aún después de su separación como cónyuges, y ello, porque tienen hijos y nietos, y aún divorciados, seguirán siendo familia.

ii. En cuanto al tema traído corresponde señalar que ya antes de la aprobación del nuevo Cód. Civ. y Comercial existían dos posturas doctrinarias diferenciadas. Por un lado, se encontraban aquellos que entendían que el patrocinio letrado individual era el mejor medio para la adecuada protección de los derechos de cada esopo, mientras que autores como Mizrahi discrepaban con tales asertos, por entender que “la actividad profesional de asesoramiento que no pocas veces brinda un abogado a los esposos que de mutuo y común acuerdo acuden a él cuando deciden divorciarse constituye una muy valorable labor, y a veces, un elemento determi-

nante para que no se agudicen los conflictos y desemboquen finalmente en un penoso juicio contradictorio.” (Mizrahi, Mauricio Luis, “Familia, Matrimonio y divorcio,” Astrea, Bs. As. 2001, ps. 255 y ss.).

En línea con este último criterio, Zannoni destacaba que nada se oponía a que un solo letrado patrocinara ambos cónyuges hasta la sentencia, en tanto no surgieren controversias, caso en el cual el letrado que patrocinó a ambos debía separarse de la causa, ya que no sería ético mantener el patrocinio respecto de uno y renunciar respecto del otro. (Zannoni, Eduardo, “Derecho de Familia”, T. II, 3ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As., 1978, p. 139 y ss.).

Ahora bien, el Cód. Civ. y Com. de la Nación regula el instituto del divorcio en los artículos 437 y 438, en los cuales, si bien establece diferentes requisitos y ciertas pautas referidas al proceso, nada estatuye en torno a la necesidad de que el patrocinio letrado deba ser individual.

A ello puede agregarse que de los propios Fundamentos del Anteproyecto del Código surge como un elemento esencial del nuevo proceso de divorcio el respeto por la autonomía de la voluntad de los solicitantes. Así, se expresa que “Las modificaciones de fondo mencionadas producen transformaciones en el plano procedimental. (...) De conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges y la necesidad de que ellos sean los verdaderos protagonistas también en la ruptura de su matrimonio, se consigna la necesidad de incorporar al proceso un convenio regulador, que puede ser acordado por las partes o, cuando se trata de un divorcio unilateral, surgido de una propuesta; debe referirse a cuestiones que se derivan de un divorcio”.

Es decir que, a nuestro modo de ver, en aquellos procesos de divorcio en los cuales no se adviertan conflictos entre los peticionantes ni se observen posibles perjuicios a los intereses de alguno de los integrantes del grupo familiar, no se justificaría —en principio— la exigencia de un patrocinio letrado individual. (cfr. esta Sala, in re “Domínguez, Nora S. y otro/a s/ homologación de Convenio”, Expte. LZ22679/2020, sent. del 30/03/2021).

Y ello es lo que concretamente se aprecia en el caso de autos, en el cual tanto el señor A. G. R. como la señora S. M. G. han manifestado que la separación se produjo en términos cordiales en el año 2013, que sus hijos son mayores de edad y que en forma privada dividieron el patrimonio perteneciente a la comunidad, presentando únicamente un convenio de compensación como único punto que requeriría homologación.

En este marco particular, entendemos que no corresponde exigir a los peticionantes un patrocinio letrado individual, pues en ejercicio de su autonomía de la voluntad han elegido comparirlo. En línea con ello, desde la doctrina actual se ha señalado que “En caso de presentarse conjuntamente no existe óbice para que lo realicen con una única representación letrada, ya que se trata de un proceso voluntario.” (Roveda, Eduardo Guillermo, “Divorcio. Proceso y Cuestiones Conexas”, en Roveda, Eduardo Guillermo (Dir.), Proceso de Familia, Erreius, Bs. As. 2019, p. 299).

Por ello, el Tribunal resuelve: 1. Con el alcance que antecede, revócase el proveído de fecha 27/08/2021. 2. Costas de alzada por el orden causado, habida cuenta cómo se resuelve y el estado procesal de la causa. (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese. Devuélvase. (Ac. SCBA 3975/2020). — *Javier A. Rodiño*. — *Carlos R. Igoldi*.

ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Vuelco de automóvil. Transporte benévolo. Seguro. Declinación de cobertura. Conducción de automóvil en estado de ebriedad. Requerimiento de documentación. Indemnización por fallecimiento de hijo. Valor vida. Daño moral.

1. — De acuerdo con el resultado del examen de alcoholemia, el demandado, al momento de practicárselo, tenía una concentración de alcohol en sangre que excedía la establecida en la cláusula de la póliza. Además, con las declaraciones testimoniales prestadas en la causa penal, se tiene por acreditado que el demandado presentaba ese estado de alcoholemia mientras conducía su automóvil, en el momento en que se produjo el accidente.
2. — No fue razonable el requerimiento de la citada en garantía al demandado, de las copias de las actuaciones llevadas a cabo en la causa penal. La causa penal obviamente estaba tramitando ante el juzgado correccional correspondiente; razón por la cual, es evidente que no estaba en poder del demandado. Asimismo, suponiendo que el demandado, en su carácter de imputado, pudiera solicitar sin patrocinio letrado las fotocopias de la causa penal; no puede desconocerse que la citada en garantía podría haberlas obtenido mediante los medios de los que dispone en virtud de su actividad profesional.
3. — Debiendo tenerse por no efectuado el requerimiento de prueba instrumental, forzoso resulta concluir en que el rechazo del derecho del asegurado resulta extemporáneo; conclusión que impone la desestimación del planteo de declinación de cobertura formulado por la citada en garantía en los términos del art. 56, ley 17.418.
4. — Si en el transporte benévolo, durante el traslado, el transportado sufre daños, el caso queda enmarcado dentro del régimen de responsabilidad extracontractual, y si los daños se producen por el riesgo del vehículo, resulta aplicable el régimen de responsabilidad objetiva por el riesgo de las cosas.
5. — Los arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil, que resultan aplicables al caso, en virtud de la fecha del fallecimiento de la víctima establecen la presunción de que los padres, a causa del fallecimiento del hijo, quedan privados de lo necesario para su subsistencia. La presunta privación de lo necesario para la subsistencia constituye una reparación básica que debe ser concedida a los beneficiarios, en ausencia de elementos de juicio que permitan delimitar el real perjuicio económico ocasionado por el deceso o que demuestren la inexistencia de aportes por parte del fallecido.
6. — Al tener por probado que el fallecido se desempeñaba como contratista rural, lógico resulta presumir que los ingresos que el mismo hubiera podido obtener de haber continuado con tal actividad, hubieran

redundado en una ayuda económica para sus padres, superior a la que hubiera permitido la mera subsistencia de estos.

7. — La traumática experiencia que implica perder un hijo genera la lógica presunción de padecimiento por parte de sus padres, de una alteración anímica disvaliosa susceptible de ocasionar un inmenso daño moral.
8. — Es oponible la exclusión de cobertura en los casos de ebriedad del conductor, aun fuera del plazo contemplado en el art. 56 de la LS pero dentro de un período razonable de haberse producido la prueba en el proceso por la que se acreditó que conducía en esas condiciones (del voto del Dr. Guardiola).

① CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Accidente de tránsito.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Actividad: Contratista rural.

Observaciones: Los reclamantes son los padres de la víctima.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: Actor a): \$1.300.000; Actor b): \$1.300.000

Daño patrimonial

Valor vida: Actor a): \$1.225.839,38; Actor b): \$1.376.396,96

CCiv. y Com., Junín, 27/05/2021. – B., O. P. y otro/a c. A., R. R. s/ daños y perj. autom. c/les. o muerte (exc. Estado).

[Citaonline: [TRLALEYAR/JUR/124800/2021](https://www.trileya.com.ar/jur/124800/2021)]

① COSTAS

Se imponen a la citada en garantía.

① INTERESES

Se aplica la tasa del 6% anual.

Expte. N° JU-2510-2012

2ª Instancia.- Junín, mayo 27 de 2021.

1ª ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?
2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Castro Durán* dijo:

I. Por medio de la sentencia de fecha 30/06/2020, la Jueza titular del Juzgado de primera instancia N° 4, Dra. Laura Josefina Panizza, dictó sentencia, por la que, en lo que al recurso a tratar interesa, inicialmente recibió la declinación de cobertura planteada por “La Perseverancia Seguros SA”, con costas al demandado R. R. Á. Seguidamente, recibió la pretensión deducida por O. P. B. y A. E. P. contra R. A. Á., condenando a este último a abonar a aquellos, las siguientes indemnizaciones: por Pérdida de chance, de \$620.000 para O. P. B. y de \$585.000 para A. E. P.; y por Daño moral, de \$ 900.000 para cada uno de ellos; todos estos importes con más intereses a la tasa del 6% anual, desde el momento del hecho hasta la fecha de emisión de la sentencia, y a partir de entonces, a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, hasta el efectivo pago. Impuso las costas al demandado Á. y difirió la regulación de honorarios profesionales.

De tal modo, la sentenciante de origen se expidió acerca de las pretensiones encaminadas a la indemnización de los daños que alegaron haber padecido los accionantes, por el fallecimiento de su hijo, producido a raíz del vuelco del automóvil conducido por el demandado Á., en el que era transportado benévolamente.

II. Contra este pronunciamiento, interpusieron sendos recursos de apelación, el Dr. Carlos Arturo Suárez, en representación de los accionantes, por medio del escrito electrónico de fecha 28/07/2020; y el Dr. José María Gutiérrez, en representación del demandado R. R. Á., por medio del escrito electrónico de fecha 06/08/2020.

III. Concedidos libremente ambos recursos, la causa fue elevada a esta Cámara, y una vez radicada, el Dr. Suárez allegó la expresión de agravios por medio del escrito electrónico de fecha 04/11/2020, en la que cuestionó la recepción de la declinación de cobertura planteada por la citada en garantía y las indemnizaciones concedidas a sus mandantes por pérdida de chance y daño moral.

IV. Por medio de la resolución de fecha 24/11/2020 se declaró desierto por falta de fundamentación oportuna, el recurso de apelación deducido Dr. Gutiérrez, en representación del demandado Á.

V. Corrido traslado de la expresión de agravios formulada por la parte actora, el Dr. Alberto Antonio Almirón, en su carácter de apoderado de la citada en garantía, lo contestó por medio del escrito electrónico de fecha 04/12/2020, solicitando la desestimación de la apelación, en tanto que el demandado guardó silencio; luego de lo cual, se dictó el llamamiento de autos para sentencia, cuya firmeza deja a las presentes actuaciones en condiciones de resolver.

VI. En tal labor, paso al tratamiento de los distintos agravios.

A) Comienzo por los agravios dirigidos contra la recepción de la declinación de cobertura planteada por "La Perseverancia Seguros SA".

a) A tal efecto, creo oportuno recordar:

- Que la sentenciante de primera instancia hizo lugar a la declinación de cobertura planteada por la citada en garantía.

Basó tal decisión en los siguientes argumentos:

- se tornó operativa la cláusula de exclusión de cobertura por la conducción del automóvil asegurado en estado de ebriedad, ya que de las pericias toxicológicas y de las declaraciones testimoniales producidas en la causa penal, surge irrefutablemente la ebriedad del demandado asegurado en el momento del acaecimiento del accidente aquí debatido;

- los testigos que declararon en la causa penal manifestaron que el demandado había ingerido alcohol con anterioridad al accidente, por

lo que quedó descartada la hipótesis sostenida por los actores, de que el demandado podría haberlo ingerido en el lapso transcurrido entre el accidente y su posterior presentación en el sanatorio;

- resulta inviable el planteo de extemporaneidad de la notificación de la exclusión, toda vez que se encuentra acreditado que, mediante carta documento del 07/06/2010, la citada en garantía suspendió los plazos administrativos hasta tanto el asegurado aportara la documentación que le fue requerida; por lo que, no habiendo este alegado ni probado la remisión de dicha documentación, cabe tener por oportuno el rechazo de la cobertura comunicado por carta documento de fecha 09/09/2011;

- carece de sustento la alegada extralimitación de la información complementaria solicitada al asegurado, dado que si bien la aseguradora pudo obtener esa información directamente de la causa penal, a la fecha de la solicitud de la información complementaria, todavía no se encontraban agregados en dicha causa el informe de alcohol en sangre ni la pericia accidentológica, los que fueron incorporados con posterioridad; al margen de la actitud pasiva del asegurado, que no brindó ningún tipo de información durante un año y tres meses.

- Que el Dr. Suárez se agravio por la recepción del planteo declinatorio de la cobertura asegurativa, solicitando que el mismo sea desestimado, condenándose concurrentemente a la citada en garantía.

Basó su crítica recursiva en los siguientes argumentos:

- la declinación de cobertura debe ser desestimada, dado que no puede considerarse probado que, al momento del accidente, el demandado padeciera de intoxicación etílica, ya que la prueba de alcoholemia se le realizó casi dos horas después de producido el accidente, sin que el mismo haya estado detenido, porque se retiró por sus propios medios del lugar y reapareció después en la clínica en la se le practicó la extracción de sangre; resultando verosímil que, después de tremendo accidente, hubiera ingerido alguna bebida alcohólica;

- deben descartarse las declaraciones de testigos que, carentes de idoneidad técnica, dijeron que el demandado había ingerido bebidas alcohólicas antes del accidente;

- debe receptarse el planteo de extemporaneidad de la declinación de cobertura, ya que el siniestro se produjo el día 22/05/2010 y la citada en garantía pretendió rechazarlo mediante carta documento de fecha 05/09/2011;

- la aseguradora intentó suspender el plazo para la aceptación del siniestro, extralimitándose en la información suplementaria requerida, ya que la pericia de alcoholemia no es una información requerible al asegurado, y además, se encontraba agregada en la causa penal desde larga data;

- quedó patentizada la negligencia de la citada en garantía, pues la causa penal se encontraba a su disposición desde mucho tiempo atrás, sin que hubiera mediado razón alguna que justifique su omisión de recabar por sí misma la información existente en ella;

- la información suplementaria que puede requerir la aseguradora, no la exime de su conducta debida, sobre todo considerando su actividad profesional y los medios a su disposición para tomar conocimiento de las causas judiciales donde se involucren siniestros que le atañen y de los que están debidamente informados;

- la citada en garantía se tomó dieciséis meses para rechazar la cobertura;

- el artículo 46 de la ley 17.418 habilita a las aseguradoras a presentarse en las causas judiciales para tomar conocimiento de sus constancias; facultad que demuestra una manifiesta negligencia de la citada en garantía por no haber adoptado las medidas idóneas para resolver la admisión del siniestro dentro de un plazo razonable;

- no resulta casual que el legislador haya hecho constar la facultad conferida a las aseguradoras de presentarse en las causas judiciales, en el mismo artículo en que se le impone al asegurado la obligación de proporcionar la información que le incumbe personalmente para determinar el alcance del siniestro; ya que, de tal modo, establece que la debida actuación de la aseguradora es la de indagar y conseguir por

sí misma toda la información contenida en las causas judiciales;

- la sentenciante de origen imputó negligencia al demandado, por no haberle proporcionado a la citada en garantía una información existente en la causa penal; lo que hace suponer que un peón rural, residente en una pequeña localidad donde no tramitó la causa penal, debía controlar el trámite de dicha causa; mientras que la aseguradora, pese a los medios a su disposición para hacerlo, se limitó a dejar pasar el tiempo en franco desprecio a su obligación de expedirse en un plazo perentorio;

- por ello, la demora en el rechazo del siniestro es imputable a la citada en garantía;

- la aseguradora se burló de los objetivos tenidos en mira por la norma del artículo 56 de la ley 17.418; ya que, solicitando al asegurado una información contenida en la causa penal, convirtió a la obligación de expedirse en un plazo perentorio en otra de plazo indeterminado.

b) i. A fin de resolver el agravio referido a la falta de prueba del estado de ebriedad, comienzo por señalar que, de acuerdo a lo establecido en la cláusula general 23 apartado 18 de la póliza en la que se formalizó el contrato de seguro de responsabilidad civil anudado entre el demandado y la citada en garantía, esta última no indemnizaría los siniestros producidos por el automóvil asegurado, cuando el mismo fuera conducido por una persona en estado de ebriedad; estado que se consideraría configurado cuando el examen de alcoholemia realizado al conductor, arroje un resultado igual o superior a un gramo de alcohol por mil gramos de sangre (ver fs. 101).

Partiendo de esta plataforma, cobra relevancia el examen de alcoholemia practicado al demandado en la causa penal; examen que arrojó que el mismo tenía una concentración de 1,30 gramos de alcohol etílico por litro en sangre (ver fs. 60).

Es decir que, de acuerdo al resultado del examen de alcoholemia, el demandado, al momento de practicárselo, tenía una concentración de alcohol en sangre que excedía la establecida en la cláusula de la póliza referida.

Además, con las declaraciones testimoniales prestadas en la causa penal, tengo por acreditado que el demandado presentaba ese estado de alcoholemia mientras conducía su automóvil, en el momento en que se produjo el accidente (art. 384 y 456 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Llego a esta conclusión, haciendo hincapié en que el testigo D. D. M. dijo que "...a eso de las 2,00 horas y cuando se encontraba en "Tekila", se hacen presentes en el lugar, caminando, M. B., y luego, en su vehículo Fiat Uno color rojo, el señor R. Á. con E. M. Que en este pub...estuvieron tomando, tanto B. como Á., whisky...Que, según vio el dicente, Á. ya había bebido bastante...Que en un momento dado, Á. invita al dicente para ir al boliche de la localidad de Pasteur, respondiéndole que sí, pero en un momento y cuando había pasado un buen rato, estos, sin decirle nada, se retiran del lugar y se van en el auto de Á..." (ver fs. 32).

El testigo H. A. M., dijo coincidentemente que "...cuando Á. llegó a "Las Vegas", ya estaba bastante tomado, ya que el mismo hacía pavadas... Que a eso de la 1,00 horas, el dicente se fue al otro pub, es decir, a "Tekila", encontrándose en ese pub a M. y B., para hacerse presente a los pocos minutos Á. Que en ese pub también estas tres personas tomaron bebidas, y en un momento dado, cuando el dicente estaba entretenido en otra cosa, estas tres personas nombradas se habían ido del pub. Que luego suena la sirena y más tarde se entera de que habían volcado en camino a Pasteur..." (ver fs. 39).

Asimismo, el testigo E. A. M., declaró que "...a la nochecita fuimos a un bar, donde empezamos a tomar alcohol. Ahí Á. también tomó y estaba medio pasado en copas, pero no estaba perdido. En un momento se fue para la casa...Al regresar, me invitó para ir a Pasteur, al boliche, no sé que hora sería. Invitó a otros chicos y sé que algunos no quisieron, pero encontró a B. que también era amigo mío, que aceptó y salimos para Pasteur. Á. estaba alcoholizado y yo también..." (ver fs. 84 vta.).

No encuentro motivo alguno para descreer de los dichos de estos testigos, dos de los cuales dijeron haber visto al demandado ingerir bebidas alcohólicas antes de emprender el viaje a Pasteur; y el otro, que el demandado estaba alcoholizado mientras manejaba su automóvil en ese

periplo; razón por la cual, como lo anticipé, tengo por demostrado que el demandado conducía el automóvil asegurado en estado de ebriedad (art. 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial); con lo que queda descartado el argumento recursivo basado en la ingesta de alcohol posterior al accidente.

b) ii. Pasando a abordar el agravio fundado en la extemporaneidad del desconocimiento del derecho del asegurado formulado por la citada en garantía, resulta relevante remarcar que esta última requirió al demandado "la remisión de la siguiente información o documentación: a) fotocopia de las piezas obrantes en la causa penal promovida, en particular, croquis, pericia mecánica y resultado de la pericia de alcoholemia del mismo" (ver carta documento de fs. 109).

Del texto transcripto surge que el requerimiento formulado por la citada en garantía consistió en el acompañamiento de prueba instrumental constituida por fotocopias de las actuaciones realizadas en la causa penal.

Al respecto, cabe señalar que en el párrafo tercero del artículo 46 de la ley 17.418 se autoriza a la aseguradora a requerir al asegurado, prueba instrumental, en cuanto sea razonable que la suministre el asegurado.

Normalmente, el requerimiento de prueba instrumental está referido a elementos que están en poder del asegurado. La razonabilidad del requerimiento queda descartada cuando el asegurador requiere prueba instrumental que no está a disposición del asegurado o cuando pueda obtenerla desplegando la actividad que supone su actividad profesional (conf. Eduardo R. Scolara y Verónica A. Scolara, "Código de Comercio comentado y anotado". Adolfo A. N. Rouillón, Director y Daniel E. Alonso, coordinador, T. II, p. 74).

Rubén S. Stiglitz expone que "...La razonabilidad del o de los requerimientos deberá juzgarse en cada caso particular, atendiendo a la naturaleza del riesgo, las circunstancias del evento y las condiciones personales del asegurado, así como la posibilidad real de satisfacerlos por parte de este..." (ver Derecho de Seguros", Tomo II, p. 168 vta.).

A la luz de estas pautas, considero que no ha sido razonable el requerimiento de la citada en garantía al demandado, de las copias de las actuaciones llevadas a cabo en la causa penal.

Arribo a tal conclusión, haciendo hincapié, en primer lugar, en que la causa penal obviamente estaba tramitando ante el juzgado correccional correspondiente; razón por la cual, es evidente que no estaba en poder del demandado.

Asimismo, suponiendo que el aquí demandado, en su carácter de imputado, pudiera solicitar sin patrocinio letrado las fotocopias de la causa penal; no puede desconocerse que la citada en garantía podría haberlas obtenido mediante los medios de los que dispone en virtud de su actividad profesional.

Vale remarcar que, de acuerdo a los establecido en el cuarto párrafo del artículo 46 de la ley 17.148, para los seguros en general, y en el artículo 117 del mismo cuerpo legal, para el seguro de responsabilidad civil; el asegurador puede examinar las actuaciones administrativas o judiciales motivadas o relacionadas con la investigación del siniestro, o constituirse en parte civil en la causa criminal.

Por ello, dado que la documentación requerida estaba al alcance de la citada en garantía, e inclusive, la obtención de la misma le resultaba más accesible a ella que al demandado; concluyo en que el requerimiento de tal documentación resulta irrazonable.

Sentado ello, resulta trascendente mencionar que si el requerimiento de información complementaria o de la prueba instrumental carece de razonabilidad, debe tenerse por no efectuada; razón por la cual, el plazo de treinta días establecido en el artículo 56 de la ley 17.418 para que la aseguradora se pronuncie acerca del derecho del asegurado, debe computarse a partir de la denuncia del siniestro (conf. Rubén S. Stiglitz, obra y tomo citado, p. 171).

En consecuencia, debiendo tenerse por no efectuado el requerimiento de prueba instrumental, forzoso resulta concluir en que el rechazo del derecho del asegurado resulta extemporáneo; conclusión que impone la desestimación del planteo de declinación de

cobertura formulado por la citada en garantía (art. 56 ley 17.418).

Por ello, la condena dictada al demandado Á. debe extenderse a la citada en garantía, en los términos del artículo 118 de la ley 17.418.

B) Paso ahora al tratamiento del planteo defensivo por el que “La Perseverancia Seguros SA”, al contestar la citación en garantía, negó la responsabilidad del demandado; planteo que recobra virtualidad por aplicación del principio de adhesión implícita a la apelación, ya que la misma no pudo apelar la sentencia en revisión, por haber sido receptada la declinación de cobertura precedentemente revocada.

a) A tal efecto, creo oportuno recordar:

Que el Dr. Alberto Antonio Almirón, en su carácter de apoderado de la citada en garantía, al contestar la demanda en subsidio de su planteo de declinación de cobertura, negó los hechos y el derecho invocados por la parte actora, aunque reconoció el acaecimiento del accidente de tránsito debatido en autos.

Que la sentenciante de origen atribuyó responsabilidad al demandado Á.

Llegó a tal decisión, exponiendo inicialmente que en los supuestos de transporte benévolo, resulta aplicable el régimen de responsabilidad objetiva previsto en el artículo 1113 del Cód. Civil, vigente en el momento del acaecimiento del hecho aquí debatido.

Seguidamente, teniendo por probado que el joven fallecido era transportado en el automóvil conducido por el demandado en estado de ebriedad, tuvo por configurada la responsabilidad de este último; haciendo hincapié en que ninguno de los legitimados pasivos invocó ningún eximente.

b) A fin de resolver este planteo, cabe mencionar que entre M. B. y el demandado Á. existió una relación de transporte benévolo.

Este vínculo no reconoce como fuente un acto jurídico, puesto que las partes no tienen la voluntad de vincularse jurídicamente entre sí, sino que el conductor, el dueño o el guardián de un automotor solo invita o acepta llevar a otra per-

sona, por mera cortesía o favor, sin recibir ninguna retribución por el transporte.

Por ello es que si durante el traslado, el transportado sufre daños, el caso queda enmarcado dentro del régimen de responsabilidad extracontractual, y si los daños se producen por el riesgo del vehículo, resulta aplicable el régimen de responsabilidad objetiva por el riesgo de las cosas (arts. 7 Cód. Civ. y Comercial y 1113 Cód. Civil).

Sentado ello, y teniendo por probados: la existencia del daño, el riesgo del automóvil potenciado por la ebriedad de su conductor, la relación de causalidad entre uno y otro, y el carácter del demandado de dueño o guardián del vehículo; quedó a cargo de los legitimados pasivos la prueba de la interrupción del nexo causal por el hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, o por caso fortuito.

Al no haber sido satisfecha dicha carga probatoria, ya que ninguno de los legitimados probó la configuración de ningún eximente; forzoso es concluir en que bien le ha sido atribuida al demandado, la responsabilidad por el evento de autos.

C) Sigo por el tratamiento de los planteos defensivos por los que “La Perseverancia Seguros SA”, al contestar la citación en garantía, negó la existencia de la pérdida de chance y del daño moral de los actores, abordables por virtualidad del principio de apelación implícita; planteos que serán abordados conjuntamente con los agravios dirigidos por la parte actora contra las indemnizaciones fijadas por tales perjuicios.

1. Empiezo por el tratamiento del planteo de la citada en garantía y del agravio de la parte actora, referidos a la indemnización fijada por la pérdida de chance.

a) A tal efecto, creo oportuno recordar:

Que el Dr. Alberto Antonio Almirón, en su carácter de apoderado de la citada en garantía, al contestar la demanda en subsidio de su planteo de declinación de cobertura, negó la existencia del daño patrimonial de los actores derivado de la muerte de su hijo, y tildó de disparatado el monto reclamado en tal concepto.

Negó las actividades productivas y los ingresos de M. B., alegados por los accionantes, y también negó la autenticidad de toda la documentación acompañada para la demostración de los mismos.

Impugnó el cálculo lineal de los ingresos del fallecido realizado por la parte actora, afirmando que el mismo arroja un resultado alejado de la realidad económica.

Sostuvo que para el cálculo de la pérdida de los accionantes, se debe determinar una suma que produzca una renta mensual semejante a la que teóricamente dejarían de percibir los accionantes, pero que vaya consumiéndose durante el período durante el cual los mismos hubieran recibido ese supuesto beneficio económico.

Agregó que a la hora de formular el cálculo, deben deducirse los montos que el fallecido hubiera destinado para sus propias necesidades, ya que con seguridad hubiera formado su propia familia.

Que la sentenciante de primera instancia fijó las indemnizaciones por la pérdida de chance de ayuda patrimonial por el fallecimiento del hijo, en las sumas de \$620.000 para O. P. B., y de \$585.000, para A. E. P.; importes que surgieron de la aplicación de una fórmula matemático actuarial.

En dicha fórmula volcó, por un lado, el período de ayuda económica del hijo que era esperable para cada uno de sus padres.

Por otro lado, volcó el ingreso anual que razonablemente hubiera obtenido el fallecido, acudiendo al salario mínimo, vital y móvil vigente al momento de la sentencia. Expuso que si bien quedó demostrado que aquel se desempeñaba como contratista rural, en cambio, no quedaron demostrados los ingresos que dicha actividad le reportaba; motivo por el cual, los estimó en base a dicha pauta salarial mínima.

Y finalmente, estimó el porcentaje de los ingresos, que el hijo hubiera destinado a la ayuda de sus padres.

Que el Dr. Suárez impugnó los montos indemnizatorios fijados, tildándolos de insuficientes.

Enderezó su crítica recursiva contra la estimación del ingreso anual del hijo de sus mandantes, argumentando que:

- tal como lo entendió la sentenciante de origen, quedó fehacientemente probado que el joven fallecido se desempeñaba como contratista rural;

- la sentenciante les exigió a los actores, el aporte de documentación respaldatoria de los ingresos de su hijo, por un período más extenso; exigencia constituye un exceso;

- todos los testigos declararon que el fallecido se desempeñaba como contratista rural, y además, existe agregada documentación ratificada por la AFIP, que corrobora esos testimonios;

- la certificación de libre deuda por la compra de la cosechadora efectuada por M. B., es una copia certificada por el Juzgado de Paz Letrado de Lincoln, en donde se tuvo el original a la vista;

- existen sobradas pruebas de que el fallecido tenía ganancias económicas sustanciales en su actividad de contratista rural, a las que agregaba las provenientes de su actividad de mecánico, en las épocas en que las tareas del campo le permitían tener mayor tiempo disponible;

- cuantificar las eventuales y futuras ganancias que pudiera haber tenido el fallecido, acudiendo al salario mínimo vital y móvil, resulta antojadizo; ya que el sentido común indica que quien se desempeña como contratista rural en un área agrícola de excelencia, obtiene un rédito económico muy superior.

b) A fin de resolver conjuntamente el planteo defensivo de la citada en garantía y el agravio de la parte actora, considero útil remarcar que los artículos 1084 y 1085 del Cód. Civil, que resultan aplicables en este caso, en virtud de la fecha del fallecimiento de M. B. (art. 7 Cód. Civ. y Comercial), establecen la presunción de que los padres, a causa del fallecimiento del hijo, quedan privados de lo necesario para su subsistencia.

Pero esta presunción no impide que sus beneficiarios puedan reclamar la reparación de daños de mayor entidad económica que los presuntos; dependiendo el éxito del reclamo, de la

demostración del menoscabo alegado (art. 1079 Cód. Civil).

Paralelamente, la referida presunción admite prueba en contra, por lo cual el responsable puede neutralizarla demostrando que el fallecido no aportaba utilidades materiales a los beneficiarios de la misma.

Como corolario de lo expuesto, surge que la presunta privación de lo necesario para la subsistencia, constituye una reparación básica que debe ser concedida a los beneficiarios, en ausencia de elementos de juicio que permitan delimitar el real perjuicio económico ocasionado por el deceso o que demuestren la inexistencia de aportes por parte del fallecido.

En este caso, los accionantes acreditaron que su hijo, en caso de no haber fallecido, hubiera podido ayudarlos económicamente con un aporte mayor que el estrictamente necesario para su subsistencia.

Llego a esta conclusión, haciendo hincapié en que quedó debidamente probado, con las declaraciones de los testigos A. F. T., D. A. B., J. A. M. A. y R. O. H., que M. B. colaboraba económicamente con sus padres (ver fs. 274/277, resps. a la 7ª preg.).

También con las declaraciones de los mencionados testigos, quedó acreditado que el joven fallecido se desempeñaba como contratista rural, ya que todos ellos coincidieron en que esa era su actividad productiva (ver fs. 274/277, resp. a la 4ª preg.).

Y el desempeño del fallecido como contratista rural al que aludieron los testigos, quedó corroborado con el informe de fs. 308/vta. emitido por la AFIP, en el que consta que los montos de las facturas agregadas a fs. 33 y 34 coinciden con las ventas netas y el débito fiscal exteriorizados en las declaraciones juradas del IVA correspondientes a los períodos de abril y de junio de 2007.

Por ello, al tener por probado que el fallecido se desempeñaba como contratista rural, lógico resulta presumir que los ingresos que el mismo hubiera podido obtener de haber continuado con tal actividad, hubieran redundado en una ayuda económica para sus padres, superior a la que hubiera permitido la mera subsistencia de los mismos.

A fin de calcular la magnitud del beneficio económico perdido, y consiguientemente, la indemnización correspondiente, creo conveniente emplear un mecanismo matemático-actuarial que permita determinar un capital, cuyas rentas cubran la pérdida económica padecida por los actores, y que se agote al término del período durante el cual el apoyo económico truncado pudo razonablemente haberse continuado prestando.

Es cierto que, a diferencia del régimen resarcitorio de la incapacidad sobreviniente, el empleo de este tipo de fórmulas no constituye una exigencia legal ni siquiera en el régimen del Código Civil y Comercial; pero no lo es menos, que tales fórmulas permiten individualizar y ponderar los elementos que sirven de base a la indemnización, permitiendo el control de legalidad y razonabilidad de la misma.

Para la aplicación de este tipo de fórmulas, es necesaria la determinación de los siguientes datos:

a. El período durante el cual los accionantes hubieran razonablemente podido continuar recibiendo el apoyo económico de la víctima.

Respecto de O. P. B., debe tenerse en cuenta que le faltaban cinco días para cumplir 58 años de edad cuando falleció su hijo (ver fs. 20), en tanto que, en ese momento, A. E. P. tenía 59 años de edad (ver fs. 19); por lo que aparece como prudente estimar en dieciséis y veintiún años respectivamente, el lapso de ayuda económica que el hijo fallecido les hubiera brindado a cada uno; ya que en dichos lapsos, tanto uno como otra, alcanzarán una edad aproximada a la de la expectativa de vida de los hombres y de las mujeres en la Argentina (ver informe publicado por la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud en <https://www.paho.org/salud> en las américas).

b. La estimación del ingreso anual que razonablemente hubiera percibido M. B. por la realización de actividades productivas o económicamente valorables, en caso de no haber muerto tan anticipadamente.

Entonces, acreditado que el hijo de los accionantes trabajaba como contratista rural, resulta indiscutible que para determinar los ingresos

que el mismo podría haber percibido en caso de no haber acontecido su prematuro fallecimiento, deben tenerse en cuenta sus potencialidades productivas genéricas, sin centrarse exclusivamente en la situación laboral por la que estaba atravesando al momento de su muerte. Es decir, para estimar los ingresos frustrados del fallecido, debe atenderse a la evolución laboral o profesional que verosímilmente el mismo podría haber alcanzado.

En tan compleja estimación, valorando las diversas alternativas climáticas, estacionales o económicas que pueden incidir en la actividad rural, considero prudente estimar, como ganancia neta mensual promedio, la suma de \$65.000, equivalente a tres unidades del salario mínimo, vital y móvil vigente al momento de la sentencia en revisión; lo que redundaría en un ingreso anual de \$780.000

c. El porcentaje de tal ingreso destinado al auxilio económico de cada uno de los accionantes.

Es importante remarcar que para obtener este dato, no deben computarse todos los ingresos que el fallecido hubiera obtenido, sino únicamente la porción de los mismos que hubiera destinado a la colaboración patrimonial de cada uno de los accionantes.

Es así que cabe presumir fundadamente que M. B. seguramente destinaba parte de sus ingresos a la satisfacción de sus necesidades; siendo además factible que, con el tiempo, hubiera conformado su propia familia, con el consiguiente aumento de gastos que ello implica.

Por tal razón, considero prudente estimar que la colaboración económica frustrada, debe establecerse en un 30% de los ingresos del fallecido, distribuida igualmente en un 15% para cada padre.

d. La tasa de interés de descuento que exige el sistema de renta capitalizada, consecuente con el incremento del patrimonio de la accionante, motivado por la percepción del capital íntegro en forma anticipada.

Considero apropiado, fijar dicha tasa de descuento, en un 6% anual, porcentaje que era predominantemente utilizado en los años de baja inflación, en la época de la convertibilidad monetaria.

Entonces, de la aplicación de los datos mencionados precedentemente a las fórmulas actuariales que transcribo a continuación, emergen las siguientes indemnizaciones por el daño patrimonial ocasionado por el deceso de M. B.: Para O. P. B., en la suma de \$1.225.839,38, y para A. E. P., en la suma de \$1.376.396,96 (arts. 7 Cód. Civ. y Comercial; 1079, 1084 y 1085 Cód. Civil).

O. P. B.:

Ingreso total para el período	780.000,00
% de ingresos esperables frustrados	15,00
(a) = Ingreso para el período x %	117.000,00
(i) Tasa de interés para el período (decimalizada)	0,06
Edad al momento del hecho	58,00
Edad hasta la cual se computan ingresos	75,00
(n) Períodos restantes (6-7)	17,00
(C) Capital (indemnización por el rubro)	1.225.839,38

A. E. P.:

Ingreso total para el período	780.000,00
% incapacidad	15,00
(a) = Ingreso para el período x % incapacidad	117.000,00
(i) Tasa de interés para el período (decimalizada)	0,06
Edad al momento del hecho	59,00
Edad hasta la cual se computan ingresos	80,00
(n) Períodos restantes (6-7)	21,00
(C) Capital (indemnización por el rubro)	1.376.396,96

2. Finalmente, me ocuparé del agravio dirigido contra la indemnización fijada por el daño moral.

a) A tal efecto, creo oportuno recordar:

Que el Dr. Alberto Antonio Almirón, en su carácter de apoderado de la citada en garantía, al contestar la demanda en subsidio de su planteo de declinación de cobertura, negó la existencia del daño moral de los accionantes, y subsidiariamente, tildó de excesivo el monto indemnizatorio por ellos reclamado en tal concepto.

Que la juez *a quo* fijó en las sumas de \$900.000 las indemnizaciones del daño moral padecido por cada uno de los actores, haciendo hincapié en el desequilibrio emocional que produce el fallecimiento de un hijo.

Que el Dr. Suárez impugnó los montos indemnizatorios fijados, tildándolos de exiguos, dado que no contemplan en su real magnitud el dolor y la angustia que sufren los actores a causa del fallecimiento de su hijo.

b) A fin de abordar este planteo, creo útil mencionar que la traumática experiencia que implica perder un hijo, genera la lógica presunción de padecimiento por parte de sus padres, de una alteración anímica disvaliosa susceptible de ocasionar un inmenso daño moral; cuya indemnización creo prudente fijar, a valores estimados al momento de la sentencia de primera instancia, en la

suma de \$1.300.000 para cada uno de ellos, a fin de permitirles la obtención de las satisfacciones sustitutivas o compensatorias que puedan mitigar tamaña aflicción (arts. 7 Cód. Civ. y Comercial y 1078 CC).

VII. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo:

I. Receptar el recurso de apelación deducido por la parte actora; y consiguientemente, modificar la sentencia de fecha 30/06/2020, en los siguientes puntos:

a) Desestimar el planteo de declinación de cobertura formulado por “La Perseverancia Seguros SA”, a la que se le hace extensiva, en los términos de la cobertura, la condena dictada al demandado R. R. Á. (arts. 46, 56, 109, 110 y 118 ley 17.418); con costas de ambas instancias a la citada en garantía (arts. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

b) Fijar las indemnizaciones por el daño patrimonial derivado del fallecimiento de M. B., del siguiente modo: Para O. P. B., en la suma de \$1.225.839,38; y para A. E. P., en la suma de \$1.376.396,96 (arts. 7 Cód. Civ. y Comercial; 1079, 1084 y 1085 Cód. Civil).

c) Fijar las indemnizaciones por el daño moral, en las sumas de \$ 1.300.000 para cada uno de los accionantes (arts. 7 Cód. Civ. y Comercial; 1079, 1084 y 1085 Cód. Civil).

III. Las costas de Alzada se imponen a la citada en garantía (arts. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial; y 110 ley 17.418); difiriéndose la regulación de honorarios por las labores recursivas para la oportunidad en que estén determinados los correspondientes a primera instancia (arts. 31 y 51 LH).

Así lo voto.

El doctor *Volta* dijo:

Que se adhiere y hace suyo todos los fundamentos y conceptos doctrinarios y legales dados por el doctor *Castro Durán*, votando en consecuencia en el mismo sentido.

Así lo voto.

El doctor *Guardiola* dijo:

Discrepo con mis colegas en cuanto a la desestimación de la declinación de cobertura formulada por la La Perseverancia SA.

Conocidas son las discusiones en torno a la aplicación del art. 56 LS. Existe consenso en que rige para los supuestos de caducidad del seguro pero no en cuanto a los casos de no seguro que constituyen la exclusión de cobertura de determinados riesgos.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididas al respecto. Específicamente en lo que se refiere a la cláusula de conducción en estado de ebriedad, que lejos está de ser abusiva o confusa, la CS Catamarca (Salado O. Aníbal y otra c. Saavedra Rubén O. y O., 06/10/2005, LA LEY NOA 2006 marzo, 156); CSJ Tucumán Sala Civil y Penal (Cevini, Luis E. c. Liderar Cía. Gral. de Seguros SA 06/08/2014, LA LEY, 30/09/2014) y prestigiosa doctrina (Correa José Luis, Régimen del Contrato de Seguros. Riesgo. Exclusiones. Condiciones generales. Culpa grave y reseña de algunos fallos de la Suprema Corte. LA LEY Gran Cuyo septiembre y octubre de 2004 y La Doctrina Judicial mendocina sobre algunas cláusulas en las pólizas de responsabilidad civil, LA LEY, Gran Cuyo, 2006-159 entre otros) la consideran oponible aunque haya mediado omisión de la aseguradora en pronunciarse; mientras que mayoritariamente la jurisprudencia capitalina se inclina por la solución opuesta Nuestro Superior, a cuya doctrina debemos acatamiento, tangencialmente se ha pronunciado por su aplicación en Ac. causa C 101.875 W. H. H. c. Gejo, Ariel 07/03/2012 y C 102.410 “Nuñez Enrique c. Ivancich, Raúl L.”, 04/04/2012, aunque en este último supuesto se verificaba que no se había requerido la información complementaria del art. 46 del mismo ordenamiento.

En razón de esto último y las siempre merecedoras de atención consideraciones de la Dra. Kemelmajer de Carlucci formuladas en su voto como Ministra de la SCJ Mendoza *in re* “Navarria, Gisela c. Sabatino Bustos, F” 01/07/2008, LA LEY, 2009-A, 475, es que considero que la defensa fue bien receptada en la instancia de origen. En ese proceso, cuyo sustrato fáctico— temporal es bastante similar al presente, expidiéndose 8 meses después de acaecido el siniestro, se concluyó que es oponible la exclusión de cobertura en los casos de ebriedad del conductor, aun fuera del plazo contemplado en el art. 56 de la LS pero dentro de un período razonable de haberse producido la prueba en el

proceso por la que se acreditó que conducía en esas condiciones.

En el *sub lite* el 01/06/2010 se requirió se aportaran elementos de prueba de la IPP, el 01/07/2010 se agregó en dichas actuaciones el resultado de alcoholemia (fs. 60 IPP) y el 06/09/2010 se rechazó la cobertura del siniestro, no pudiéndosele exigir a la aseguradora un continuo seguimiento del avance de dicha causa, siendo por otra parte un imperativo del propio interés del asegurado brindar esa información.

Así lo voto.

2ª cuestión. — El doctor *Castro Durán* dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso: —artículo 168 de la Constitución Provincial—, estimo que corresponde, por mayoría (Dres. Castro Durán y Volta, Disidencia parcial Dr. Guardiola): I. Receptar el recurso de apelación deducido por la parte actora; y consiguientemente, modificar la sentencia de fecha 30/06/2020, en los siguientes puntos:

a) Desestimar el planteo de declinación de cobertura formulado por “La Perseverancia Seguros SA”, a la que se le hace extensiva, en los términos de la cobertura, la condena dictada al demandado R. R. Á. (arts. 46, 56, 109, 110 y 118 ley 17.418); con costas de ambas instancias a la citada en garantía (arts. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

b) Fijar las indemnizaciones por el daño patrimonial derivado del fallecimiento de M. B., del siguiente modo: Para O. P. B., en la suma de \$1.225.839,38; y para A. E. P., en la suma de \$1.376.396,96 (arts. 7 Cód. Civ. y Comercial; 1079, 1084 y 1085 Cód. Civil).

c) Fijar las indemnizaciones por el daño moral, en las sumas de \$1.300.000 para cada uno de los accionantes (arts. 7 Cód. Civ. y Comercial; 1079, 1084 y 1085 Cód. Civil).

III. Las costas de Alzada se imponen a la citada en garantía (arts. 68 Cód. Proc. Civ. y Comer-

cial; y 110 ley 17.418); difiriéndose la regulación de honorarios por las labores recursivas para la oportunidad en que estén determinados los correspondientes a primera instancia (arts. 31 y 51 LH).

Así lo voto.

Los doctores *Volta* y *Guardiola*, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso —artículos 168 de la Constitución Provincial y arts. 266, 267 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, se resuelve (por Mayoría: Dres. Castro Durán y Volta, Disidencia parcial Dr. Guardiola): I. Receptar el recurso de apelación deducido por la parte actora; y consiguientemente, modificar la sentencia de fecha 30/06/2020, en los siguientes puntos: a. Desestimar el planteo de declinación de cobertura formulado por “La Perseverancia Seguros SA”, a la que se le hace extensiva, en los términos de la cobertura, la condena dictada al demandado R. R. Á. (arts. 46, 56, 109, 110 y 118 ley 17.418); con costas de ambas instancias a la citada en garantía (arts. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). b. Fijar las indemnizaciones por el daño patrimonial derivado del fallecimiento de M. B., del siguiente modo: Para O. P. B., en la suma de \$1.225.839,38; y para A. E. P., en la suma de \$1.376.396,96 (arts. 7 Cód. Civ. y Comercial; 1079, 1084 y 1085 Cód. Civil). c. Fijar las indemnizaciones por el daño moral, en las sumas de \$ 1.300.000 para cada uno de los accionantes (arts. 7 Cód. Civ. y Comercial; 1079, 1084 y 1085 Cód. Civil). III. Las costas de Alzada se imponen a la citada en garantía (arts. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial; y 110 ley 17.418); difiriéndose la regulación de honorarios por las labores recursivas para la oportunidad en que estén determinados los correspondientes a primera instancia (arts. 31 y 51 LH). Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al Juzgado de origen — *Juan J. Guardiola*. — *Gastón M. Volta*. — *Ricardo M. Castro Durán*.