

# JA

## JURISPRUDENCIA ARGENTINA

DIRECTOR:  
**LUIS DANIEL CROVI**

Bs. As., 21/04/2021

2021 - II  
            
fasc. 4

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](mailto: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 1ra. quincena de abril 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

Legislación civil e interrupción voluntaria del embarazo: una relación nada incómoda <i>Marisa Herrera</i> .....	3
---	---

## JURISPRUDENCIA ANOTADA

### LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Publicación satírica. Protección constitucional. Cuestiones relacionadas al debate público. Caricatura. Fotomontaje. Publicaciones que no violan el derecho a la imagen. Crítica política.....	19
--	----

Un caso difícil: tensión entre derechos personalísimos versus libertad de expresión <i>María del Carmen Cerutti</i> .....	20
--	----

## JURISPRUDENCIA

### DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Información sobre estados contables. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Carácter de la información requerida. Procedencia de la demanda.....	29
--	----

### TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES

Perspectiva de género. Violencia económica. Situación de vulnerabilidad. Hija que debía recibir una cirugía. Absolución.....	33
--	----

### SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

Daños por cortes sufridos. Procedencia de la excepción de prescripción. Cómputo del plazo de prescripción. Aplicación temporal de la ley.....	47
---	----

### DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES

Perro peligroso que mata un can de menor tamaño. Derecho a una reparación. Ley 4078 de la Ciudad de Buenos Aires. Indemnización .....	51
---	----

**DERECHO A LA INFORMACIÓN**

Persona que requiere datos sobre el cierre de una cuenta bancaria. Derecho susceptible de ser ejercido sin necesidad de iniciar un juicio. Aplicación analógica del art. 43 de la Constitución Nacional ..... 60

**OBLIGACIÓN EN MONEDA EXTRANJERA**

Pretensión del deudor de cancelar la deuda en moneda de curso legal. Intención de las partes. Forma de pago como objeto esencial del contrato. Buena fe. Imposibilidad de cumplir con la moneda pactada..... 61

**NOTIFICACIONES**

Ejecución de una fianza vinculada a un contrato de garantía recíproca. Autorización de practicar la intimación de pago al domicilio constituido contractualmente. .... 64

**ACCIDENTE *IN ITINERE***

Relación de causalidad. Incapacidad restante. Daño psíquico. Rechazo de indemnización adicional..... 65

**ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO**

Accidente en un ascensor. Acción civil. Rechazo de la responsabilidad de la empleadora ..... 71

**PERROS PELIGROSOS**

Ataque hacia otro animal. Responsabilidad del dueño. Naturaleza jurídica de los animales. Indemnización del daño moral. Procedencia..... 76

**COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS**

“Curso de Derecho Civil. Obligaciones”  
*Rubén H. Compagnucci de Caso* ..... 105

# DOCTRINA

---



# Legislación civil e interrupción voluntaria del embarazo: una relación nada incómoda (\*)

Marisa Herrera (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Despenalizar y legalizar: una interacción consolidada.— III. Breves y elocuentes aclaraciones: vida y persona no son sinónimos.— IV. Naturaleza jurídica del embrión.— V. Retomando la noción de gradualidad: persona en desarrollo y persona nacida.— VI. Breves palabras de cierre.

## I. Introducción

En los últimos días del 2020 se reavivó una de las grandes deudas pendientes de la democracia: regular la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) y poner fin a una insostenible e insoportable situación de clandestinidad como seguía aconteciendo en el país en torno al aborto hasta la sanción de la ley 27.610. Como bien se decía, lo que estaba en debate, en definitiva, no era aborto sí o no, sino aborto legal o clandestino, con las terribles consecuencias que se derivan de esta situación: el fallecimiento de mujeres —en su mayoría— que, por lo general, se encuentran subsumidas en un fuerte contexto de vulnerabilidad socioeconómica y consecuente violencia de género.

En esta oportunidad, se reeditó el gran debate legislativo y social acontecido durante varios y densos meses del 2018. Tal como se lo sintetiza en un informe elaborado por la Subsecretaría de Asuntos Parlamentarios de la Jefatura

de Gabinete de Ministros, de manera comparativa: “En 2018 se realizaron 15 audiencias con 738 expositores invitados. Si bien la proporción de posturas fue pareja (53% a 47%), se marcó una leve mayoría de expositores en contra (392 a 346). En 2020 se realizaron 3 audiencias con 60 expositores invitados. Se respetó una proporción igualitaria de posiciones a favor y en contra (30 y 30)” (1). Tanto en el 2018 —en la Cámara de Diputados (2) y en Senadores (3)— como en el 2020 —en la Cámara de Diputados (4)— quien suscribe expuso alguno de los tantísimos argumentos sobre la compatibilidad del Código Civil y Comercial con el reconocimiento del derecho a interrumpir voluntariamente un embarazo dentro del lapso de las primeras catorce semanas. En otras palabras, en todas estas oportunidades se brindaron diferentes razones de tinte socio-jurídico a los fines de demostrar que la legislación civil vigente desde el 01/08/2015

(\*) Una primera versión de esta perspectiva ha sido publicada en HERRERA, Marisa, "Legalización del aborto y derecho civil constitucionalizado-convencionalizado", Red de Profesoras de Derecho UBA - Editores del Sur, Buenos Aires, 2019, ps. 123-140.

(\*\*) Doctora en Derecho (UBA); investigadora del CONICET; profesora de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA y UNDAV).

(1) "Tratamiento del Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo Comparativo 2018/2020 (HCDN)", informe elaborado por la Subsecretaría de Asuntos Parlamentarios de la Jefatura de Gabinete, disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe\\_comparativo\\_-ive\\_2018\\_-2020\\_hcdn.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_comparativo_-ive_2018_-2020_hcdn.pdf) (compulsada el 21/12/2020).

(2) Audiencia pública del 08/05/2018.

(3) Audiencia pública del 31/07/2018.

(4) Audiencia pública del 02/12/2020 por plataforma digital.

no solo no impide, obstruye o prohíbe la legalización del aborto en el derecho argentino sino que, por el contrario, acompaña y reafirma este tipo de decisiones legislativas que materializan el principio de progresividad-no regresividad en consonancia y diálogo constante con la denominada “constitucionalización-convencionalización del derecho civil”, columna vertebral del Código Civil y Comercial, tal como se lo explicita en sus dos primeros artículos.

Cabe recordar que el art. 1º, referido a las “Fuentes y aplicación”, expresa: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. El articulado siguiente se dedica a la “Interpretación”, aseverándose que “[l]a ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. En este marco, y a los fines de mantener siempre activa la memoria, resulta interesante recordar la regresiva propuesta que pretendía introducir nuevas reformas al Código Civil y Comercial elaborada por una tría varonil a instancias del Poder Ejecutivo (5) de aquel entonces, que propugnaba quitar las palabras “derechos humanos” a estos dos primeros articulados (6). Nada es casualidad. Sucede que posicionarse sobre la doctrina internacional de los derechos humanos implica un compromiso

(5) Conf. dec. 182/2018 que crea una “comisión ad honorem” integrada por Julio C. Rivera, Ramón D. Pizarro y Diego Botana, Agustina Díaz Cordero —actual jueza nacional en lo civil con competencia en familia— en el carácter de secretaria académica y Marcelo A. Rufino como secretario ad hoc.

(6) Esta mirada crítica es planteada y analizada en HERRERA, Marisa, “Las venas abiertas del derecho de las familias en clave 2019”, en <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/02/Herrera-Suplemento-Civil-Bio%3%A9tica-y-Derechos-Humanos-19.02.19-.pdf> (compulsada el 21/12/2020).

claro con las nociones de diversidad, pluralidad y ampliación de derechos, cimientos sobre los cuales se construyen las principales respuestas jurídicas, entre ellas, las de tinte legislativas como la que aquí se analiza. Solo bastaría con llevar adelante un interesante ejercicio hipotético al preguntarnos qué pensaría esa tría varonil en torno a la legalización del aborto en el país y el rol de la legislación civil.

Es claro que el debate por la legalización del aborto reavivó una puja histórica en el campo del derecho civil en torno a su compatibilidad/incompatibilidad con la protección jurídica de la persona humana, es decir, el momento del inicio o comienzo de la existencia de la persona según la legislación civil. Esta cuestión se habría agravado desde el punto de vista más contemporáneo a la luz de la noción de “embrión” y la imperiosa necesidad —siempre desde la obligada perspectiva constitucional/convencional— de diferenciar el embrión *in vitro* o no implantado del ya implantado en el cuerpo de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, siguiéndose los lineamientos sigue la ley 27.610 —en los mismos términos que el proyecto debatido en el 2018— en absoluta consonancia con una de las “normas orgullo” que ha sido un verdadero modelo legislativo según varias experiencias comparadas como lo es la ley 26.743.

¿Cuáles son los aportes y/o los interrogantes abiertos que genera al respecto el Código Civil y Comercial en el ya conocido art. 19, que expresa: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”? ¿Es posible seguir sosteniendo que la legislación civil impide el aborto cuando esta normativa se encuentra atravesada e interpelada por la doctrina internacional de los derechos humanos, tal como surge de lo dispuesto en los mencionados arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.? ¿Qué implicancias se derivan de analizar dicho art. 19 a la luz de la perspectiva civil constitucionalizada-convencionalizada?

Como punto de partida de análisis, es dable traer a colación lo expresado por Gil Domínguez, quien a modo de síntesis ha sostenido: “El Código Civil y Comercial implica un pasaje sin escalas desde un código del siglo XIX, que respondía al esquema de un Estado legislativo de derecho (en permanente tensión esquizofrén-

ca con el paradigma de Estado constitucional de derecho vigentes entre 1853 y 1994 y con el paradigma de Estado constitucional y convencional de derecho vigentes desde 1994 hasta nuestros días), a un código del siglo XXI que recepta como estructura general de interpretación y aplicación, el paradigma de Estado constitucional y convencional de derecho argentino" (7).

Esta balanza inclinada en favor de un derecho civil humanizado no es una postura doctrinaria, constituye un imperativo jurídico sobre cómo se debe leer, interpretar y analizar la legislación civil. En otras palabras, es la realidad del derecho civil de hoy que responde a un desarrollo ascendente y paulatino conformado desde hace años, posreforma constitucional de 1994, mediante la puesta en crisis de varias normativas del código derogado a través de diferentes —en calidad y cantidad— declaraciones de inconstitucionalidad a raíz del desarrollo y consolidación del denominado control de constitucionalidad y tiempo más tarde, de convencionalidad (8). Esta situación se consolida con la sanción y la vigencia de un texto civil que en su propia normativa se autoimpone confrontarse, de manera constante y dinámica, con "la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte" (art. 1º) y "ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento" (9).

(7) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2015, p. 43.

(8) Esta mirada centrada en las declaraciones de inconstitucionalidad de las que ha sido protagonista el código derogado en el campo de las relaciones de familia ha sido puesta de resalto en una obra que ofició de puntapié inicial, como lo es GIL DOMÍNGUEZ, Andrés — FAMÁ, María Victoria — HERRERA, Marisa, "Derecho constitucional de familia", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, la que después se fue plasmando en una gran cantidad de obras y artículos cuyo eje consistía en revisar la normativa familiar vigente en ese entonces bajo el prisma obligado de los derechos humanos.

(9) Amplísima es la bibliografía que se concentra en analizar los dos primeros articulados del Código Civil y Comercial; solo a modo de ejemplo se recomienda compulsar: GENTILE Jorge H., "La Constitución y el Código

Esta lógica signada por la interacción, interdependencia e interpelación constante y sonante entre la legislación civil y el denominado "bloque de la constitucionalidad federal" es la columna vertebral del Código Civil y Comercial, tal como se lo expuso en los Fundamentos de su antecedente más directo, el Anteproyecto de reforma y unificación (10). Allí se destacó que "la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina (...). Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado".

Por otra parte, es dable destacar que el Código Civil y Comercial es producto de una época de implosión legislativa que también significó una profunda ampliación de derechos, como ser en orden temporal ascendente y directamente vinculada con diversas facetas de los proyectos de ley que se encontraban en debate: la ley 25.929 de "parto humanizado"; ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; ley 26.130 de Ligadura de Trompas y Vasectomía; ley 26.150 de Educación Sexual Integral; ley 26.206 de Educación Nacional; ley 26.485 de Protección Integral contra la Violencia de Género; ley 26.529 de Derechos de los Pacientes; ley 26.618, conocida como "ley de matrimonio igualitario"; ley 26.742 de "muerte digna"; ley 26.743 de Identidad de Género; ley 26.776, que amplía el derecho al voto op-

Civil y Comercial", LA LEY, AR/DOC/4209/2015; LORENZETTI Ricardo L., "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", LA LEY, AR/DOC/1931/2012; y VITOLO Daniel R., "Principios generales del Título Preliminar del nuevo Código", LA LEY, AR/DOC/980/2016.

(10) "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (compulsada el 21/12/2020).

tativo a los adolescentes desde los 16 años; ley 26.791, que introduce en el Código Penal la figura del femicidio; ley 26.842 para la Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas; y ley 26.862 de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Asistida (TRHA), por citar algunas. Estas y otras normas colocaron en jaque —en buena hora— la legislación civil existente en ese entonces y generaron las condiciones necesarias para un nuevo texto auspiciado, como todas las leyes citadas, por la obligada doctrina internacional de derechos humanos.

Así, el Código Civil y Comercial es fruto de una determinada época y consecuente desarrollo legislativo que habría dado paso a uno de los grandes debates pendientes en clave de género: la legalización del aborto. ¿Acaso hubiera sido posible una disputa tan profunda como la que protagonizó la interrupción voluntaria del embarazo durante el 2018 y se reeditó en el 2020, sin tales reformas legales y las luchas que las han sostenido, en gran parte, gracias al fortalecimiento sostenido del movimiento feminista? En esa línea argumental, cabe aseverar que el Código Civil y Comercial también habría formado parte de esta “presión legislativa” signada por la ampliación de derechos en el que la agenda de géneros —en plural— logró darse y ganarse un merecidísimo espacio (11).

Por último, de manera general y central para poder comprender con mayor seriedad la relectura que aquí se propone en torno a la interacción entre legislación civil y aborto, se considera de especial atención lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el resonado caso “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica” del 28/11/2012 y reafirmado en el proceso de seguimiento de sentencia en fecha 26/02/2016 (12). Más allá de otras connotaciones que se destacarán más adelante, lo cierto es que, como marco interpretativo, la máxima instancia jurisdiccional regional en materia de

derechos humanos puso de resalto que “para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que les confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten” (párr. 185, última parte). En otros términos, aquí se estaría recordando que, en Estados democráticos como los nuestros, los debates deben navegar por aguas laicas, cuestión que no es tenida en cuenta por los antiabortistas al seleccionar como expositores durante los debates en ambas cámaras —tanto en el 2018 como en el 2020— a referentes de diferentes credos, profesionales de la medicina que ejercen en instituciones confesionales y profesores/as u otros/as integrantes de universidades directamente ligadas con la Iglesia Católica. ¿Por qué será que aún en pleno siglo XXI sigue tan presente la presión, incidencia y resistencia de miradas religiosas que atentan, en definitiva, con el aludido principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos?

## II. Despenalizar y legalizar: una interacción consolidada

Un dato nada menor y que involucra al derecho civil en sentido amplio compromete el desarrollo teórico-práctico en torno a por qué el debate actual se centraba en la dupla inescindible integrada por despenalización-legalización; siendo un cúmulo —cada vez más reducido— de voces que defendían la idea de que solo se debía despenalizar el aborto mas no legalizar.

La pérdida de fortaleza de la despenalización responde a una lucha de muchísimos años en clave de derechos humanos producto de la aludida ampliación de derechos. En esa lógica, no solo se trata de quitar de la clandestinidad y lograr que el Estado mediante la herramienta penal no persiga ni sancione decisiones que hacen a la autonomía, la libertad y la dignidad de las mujeres y personas gestantes; sino también —a la par— de observar la importancia del rol activo del Estado. En otras palabras, no se trata solo

(11) Esta temática ya ha sido analizada con anterioridad en: HERRERA, Marisa, "El Código Civil y Comercial desde la perspectiva de género", LA LEY, AR/DOC/160/2015.

(12) Corte IDH, 26/02/2016, "Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica s/ supervisión de cumplimiento de sentencia", LA LEY, AR/JUR/5231/2016.

de una actitud de no hacer por parte del Estado —no persecución— sino también de un reconocimiento del acceso y la satisfacción concreta de varios derechos que compromete la decisión de interrumpir un embarazo y, como tales, el papel activo del Estado como garante último de los derechos humanos de los y las ciudadanas/as. Es en esta segunda faceta que el derecho civil —en alianza con el derecho administrativo— adquiere un papel preponderante, incluso más al que ha tenido el derecho penal al calor de la regulación propuesta desde 1921 en el art. 86 del Cód. Penal.

Como síntesis de esta ineludible interacción entre despenalización y legalización que se ha logrado instalar por diversas razones —no solo por argumentos teóricos, sino también y fundamentalmente, por la militancia feminista— es dable traer a colación un interesante precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “P. y S. c. Polonia” del 30/10/2012. En esta oportunidad se sostuvieron dos aseveraciones que merecen ser recordadas:

“[L]a Corte reitera que en la valoración del presente caso hay que tener en cuenta que la Convención no pretende garantizar derechos teóricos o ilusorios, sino derechos prácticos y efectivos (ver 'Airey c. Irlanda', 9 de octubre de 1979, § 24, serie A núm. 32). La Corte ya ha encontrado en el contexto de casos similares contra Polonia que una vez que el Estado, actuando dentro de sus límites de apreciación, adopta regulaciones estatutarias que permiten el aborto en algunas situaciones, no debe estructurar su marco legal de una manera que limite las posibilidades reales de obtener un aborto. En particular, el Estado tiene la obligación positiva de crear un marco procesal que permita a la mujer embarazada ejercer efectivamente su derecho de acceso al aborto legal ('Tysiack c. Polonia' [...]). El marco legal ideado para los propósitos de la determinación de las condiciones para el aborto legal debe ser 'conformado de manera coherente que permita tener en cuenta de manera adecuada los diferentes intereses legítimos involucrados y de acuerdo con las obligaciones derivadas de la Convención'” (párr. 99).

“La definición de los límites temporales de la vida humana cae dentro del margen de apreciación de los Estados partes. No es tarea de la Cor-

te cuestionar las decisiones de los médicos y las autoridades estatales sobre la aceptabilidad del aborto. Se ha reconocido en la jurisprudencia del tribunal que la aceptación de la interrupción del embarazo debe dejarse a decisiones de las autoridades nacionales elegidas democráticamente. Este enfoque se basa en los valores que sustentan la Convención, como el respeto por la libertad y la dignidad individuales” (párr. 60).

En este contexto, el tema de los plazos —que excede el objeto del presente artículo— también involucra esta doble e ineludible interacción como dos caras de la misma moneda entre despenalización y legalización, tal como lo observa la ley 27.610. Es que las modificaciones que se receptan en el Código Penal están en absoluta coherencia con los artículos dedicados al acceso a dicha interrupción que se produce en el mismo lapso temporal: las primeras 14 semanas.

Más aún, se podría sostener desde el aspecto formal —que no es menor— que comenzar por el reconocimiento del derecho a la IVE como tal y todo lo que ello involucra en términos de acceso, como se lo hace en los arts. 1º al 13, estaría demostrando que la legalización tendría mayor peso teórico y práctico que el que se le dedica al aspecto penal (despenalización en los arts. 14 a 18); el que se lo consideraría necesario —imprescindible en clave jurídica— pero no sería central/fundamental desde el punto de vista social o práctico cuando la ley comience a transitar su camino. ¿Acaso la historia reciente de ampliación de derechos no habría revalorizado la noción de acceso en libertad y con autonomía, dejando en un segundo plano el de la persecución penal?

A lo mejor, la respuesta a este interrogante que aquí se deja abierto deba pasar por un análisis profundo y complejo en torno a las voces y el mayor peso que estaría observando el feminismo no punitivista, el que encierra otros grandes debates pendientes como lo ha sido en su momento el aborto y que ahora estaría llegado a su fin —al menos en términos legislativos— a raíz de su reconocimiento legal. Como bien lo expresa la reconocida jurista italiana feminista Tamar Pitch: “Un principio irrenunciable del garantismo penal es la *nulla lex poenalis sine necessitate* (Ferrajoli, 1989). Esto significa

que, donde sea posible debe intervenir sobre comportamientos concebidos como dañosos y ofensivos, pero con instrumentos distintos de los del derecho penal. ¿Los dos casos citados no son abordables de otras maneras? Si incluso considerásemos a la prostitución y la gestación subrogada como dañinas, la primera para las mujeres que se prostituyen, la segunda para las mujeres portadoras y eventualmente para los niños nacidos de esta manera, ¿la prohibición penal es el único modo de oponérseles? Considero, he intentado argumentar, que, por el contrario, la prohibición penal sea demandada por razones simbólicas, pero que los efectos reales y simbólicos de la prohibición misma sean devastadores, tanto para aquellos a los que se quiere tutelar como para la naturaleza del movimiento promotor y, por lo tanto, del feminismo al que este movimiento pretende hacer referencia” (13).

En definitiva, la revalorización de la legalización por sobre la despenalización a secas sería la respuesta más elocuente a la luz de la obligación puesta en crisis del punitivismo en general y del feminismo punitivista en particular; crítica que trasciende el campo temático del aborto y derrama a otras “venas abiertas” del feminismo contemporáneo; interpelación que se considera muy bienvenida.

### III. Breves y elocuentes aclaraciones: vida y persona no son sinónimos

Regresando al debate jurídico de la ley 27.610 focalizándose en la faceta civil, es dable destacar que durante los debates legislativos se han esgrimido diferentes conceptos que merecen ser aclarados para evitar perpetuar confusiones que solo traen mayor caos en una temática de por sí sensible y sobre la cual se han esgrimido afirmaciones que alcanzan lo insólito, lo falaz y la falta de ética.

Más allá de esta consideración general, lo cierto es que una de las cuestiones que ha generado confusión gira en torno a las nociones de “persona” y “vida”, que son bien diferentes. Veamos, el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), disposición

(13) PITCH, Tamar, "Feminismo punitivo", en DAIACH, Débora — VARELA, Cecilia (coords.), Los feminismos en la encrucijada del punitivismo, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2020, p. 30.

convencional clave en la materia, establece en su primera parte: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (14). De esta redacción se puede extraer una primera conclusión: vida y persona no son sinónimos, y el *quid* de la cuestión reside en analizar cuál es la idea de persona a quien se le reconoce el derecho a la vida —el cual no es absoluto— al ser, en general —no siempre— a partir de la concepción. En este marco, persona, vida y concepción constituyen nociones que se entrelazan, pero que de ninguna manera son equivalentes.

Por otra parte, puede existir “vida” o movimiento celular y no por ello ser considerada persona. Esto se lo observa de manera clara en el lado opuesto a la “vida” como lo es la muerte. Para analizar en profundidad esta cuestión, es interesante traer a colación lo expresado por el Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología de la Nación durante el debate del entonces Anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial en torno al art. 19 sobre la existencia de la persona humana. Aquí se sostuvo: “El concepto de 'vida' puede aplicarse tanto a células individuales como al conjunto de células que forman un embrión o un adulto. Por consiguiente, la gameta femenina (óvulo), la masculina (espermatozoide), y el cigoto que se forma por la unión de ambas, están vivos (...) La ciencia y la ley establecen criterios estrictos para definir la muerte o finalización de la existencia de una persona aun cuando gran parte de sus células sigan vivas por un tiempo no despreciable. Según la teoría 'instantaneís-

(14) Si nos referimos al aborto, no se puede perder de vista el recordado caso "Baby Boy" de la CIDH que tuvo que expedirse en el año 1981 a los fines de opinar si la solución estadounidense en el caso "Roe vs. Wade" que admitió el aborto voluntario dentro del primer trimestre y con restricciones en los siguientes violaba o no la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Expresamente concluyó que "La decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos y de la Corte Suprema Judicial de Massachusetts, así como los demás hechos establecidos en la petición, no constituyen violación de los artículos I, II, VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" (<http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141a.htm>). Resolvió que no había contradicción con el Pacto si se permitía el aborto en algunos casos.

ta', el comienzo de la persona humana coincide con la fecundación debido a que el cigoto contiene la totalidad de la información genética. Sin embargo, este argumento es insuficiente. La información genética no alcanza para constituir un individuo completo"; se agrega que "[l]os embriones resultantes de la aplicación de estas técnicas de reproducción humana asistida necesitan ser implantados en el útero para llegar a ser un feto y luego un niño, lo que implica una intervención externa adicional a la formación del cigoto. Consecuentemente, se debe distinguir entre el embrión preimplantado y el embrión implantado. Mientras que el primero no puede desarrollarse por sí mismo, el embrión implantado en un útero puede evolucionar hasta constituirse en un ser humano" (15).

En esta misma línea argumental, se puede afirmar que el pasaje jurídico por el cual una persona humana pasa a ser considerada cadáver también es una decisión de política legislativa que puede no coincidir con el concepto de "vida". En este sentido, el Código Civil y Comercial sobre el fin de la existencia de la persona humana dispone de manera general en el art. 93: "La existencia de la persona humana termina por su muerte". ¿Cuándo se produce este hecho? El art. 94 sobre "Comprobación de la muerte" afirma que ella "queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver". ¿Qué dice la legislación especial? La ley 27.477 de Trasplante de Órganos, Tejidos y Células denominada de manera coloquial como "Ley Justina" dispone en su art. 36 sobre "Certificación del fallecimiento" que "[e]l fallecimiento de una persona puede certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatorias o encefálicas. Ambos se deben reconocer mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación". Por lo tanto, sea referido al comienzo como al fin de la existencia de la persona humana, en ambos casos, la determinación jurídica que se lleve adelante puede no coinci-

dir con un concepto que ni la ciencia ha logrado determinar sobre el comienzo y el fin de la vida; tratándose de dos términos diferentes que, en razón a la indefinición del segundo, sería imposible que pueda ser definido o coincidir con el de persona desde el punto de vista jurídico.

Siguiendo esta dinámica comparativa, tampoco debe perderse de vista la ley 26.742 de "muerte digna" que, entre otras cuestiones, modificó el inc. e) del art. 2º de la ley 26.529 de Derechos de los Pacientes y dispone con referencia a la "autonomía de la voluntad" que "[e]l paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad (...). En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable". Como punto de partida, es dable resaltar que esta ley que goza de muy buena salud constitucional, la cual prioriza la dignidad sobre la vida. De este modo, tanto en lo relativo al comienzo como al fin de la existencia de la persona, la tensión entre derecho a la vida y la dignidad están presentes, priorizándose este último (la dignidad de la mujer y persona con capacidad de gestar en el caso del comienzo de la existencia de la persona humana; como de la persona que se encuentra en una especial situación terminal en lo que hace al fin de su existencia jurídica con dignidad).

Más allá de toda indefinición en torno a desde cuándo hay o no vida, lo cierto es que no se puede poner en duda que cuando una persona se encuentra en estado terminal o le aqueja una enfermedad grave como se consigna en el texto legal transcrito hay, efectivamente, vida; y la propia ley 26.742 permite que, por la sola auto-

(15) CECTE, "Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona y el tratamiento del embrión no implantado", Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, Buenos Aires, 2014, p. 23, disponible en <http://www.cepte.gov.ar/pdf/000068-es.pdf> (compulsado el 21/12/2020).

nomía de la persona, pueda decidir morir o poner fin a dicha vida. Por lo tanto, la existencia de vida tampoco es obstáculo para que la ley pueda reconocer, revalorizar o priorizar una decisión autónoma por sobre una “vida”.

Por último, cabe esgrimir un argumento que se reafirma y refuerza con el debate parlamentario observado en el 2020 y no así en el 2018 en atención a que, en esta oportunidad más reciente, las leyes sancionadas son dos. Sucede que la ley 27.610 de IVE está acompañada por la ley 27.611 de Atención y Cuidado Integral de la Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia denominada como ley de los “mil días”. ¿Cuál es el aporte que introduce esta última?

Veamos. Como bien se adelantó, el art. 4.1 de la CADH alude al término “en general”, es decir, que el reconocimiento del derecho a la vida lo es, en general, desde la concepción. Ello es así porque, en general, las mujeres y personas con capacidad de gestar desean, deciden, llevan adelante el proyecto de ser madre/padre y si por condiciones socioeconómicas se ven impedidos de ello, la ley de los “mil días” regula una gran cantidad de acciones/políticas públicas a los fines de que el Estado acompañe tal objetivo. Como contracara de esto, en los casos de excepción que el propio art. 4.1 permite ya que el reconocimiento es en general y, por lo tanto, no siempre, las mujeres y personas con capacidad de gestar que no desean o deciden no llevar adelante un embarazo, la ley de IVE regula también diferentes y complementarias acciones tendientes a que el Estado también acompañe tal resolución. Como se puede observar y siguiéndose el lema tan conocido dentro del feminismo: “la maternidad será deseada o no será”; a través de ambas leyes el Estado —principalmente, el sector salud— está presente para respetar estas voluntades en dos sentidos opuestos y complementarios a la vez.

Esta aseveración se lo expone a los fines pedagógicos, de manera gráfica del siguiente modo:

Art. 4.1, CADH

“en general” / deseo hijxs/ley “mil días”

Excepción/no deseo/ley IVE

#### IV. Naturaleza jurídica del embrión

¿Qué embrión? ¿Implantado o no implantado? Si bien la cuestión de la interrupción del embarazo involucra al embrión implantado, es importante traer a colación algunas consideraciones en torno a un estadio anterior como lo es el embrión no implantado. ¿La razón? Es que, si se considera que el embrión no implantado es persona, ya ahí el problema interpretativo sería más complejo aún y tendría una consecuencia nefasta para la legislación civil que regula y reconoce la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) en los arts. 560 y ss. del Cód. Civ. y Com.

Antes de dar comienzo a dilucidar este interrogante a los fines de limpiar y así allanar el camino para alcanzar una sólida construcción jurídica, es necesario distinguir —de base— tres etapas bien diferenciadas que responden a la noción de “gradualidad” que se retoma y profundiza en el próximo apartado. Así, se puede observar:



Sobre la base de esta aseveración que es central, se pasa a exponer lo relativo al primer estadio, es decir, al embrión no implantado o *in vitro*.

Algunos autores siguen anclados en la lectura clásica del Código Civil y Comercial, es decir, con fuerte arraigo en el derecho canónico, por ende, resistentes a ver el ordenamiento civil como parte de un sistema jurídico constitucionalizado-convencionalizado. En esta lógica, afirman que la legislación vigente impide la legalización del aborto al considerar que el embrión, tanto fuera como dentro del cuerpo de una persona, es persona (16) y como tal, se le debe respetar su derecho a la vida. Para arribar a esta conclusión, se escudan en la noción de "concepción" que recepta el art. 19 entendido como sinónimo de "fecundación", es decir, de unión entre óvulo y espermatozoide con total independencia si ello acontece dentro o fuera del cuerpo de una persona con capacidad de gestar. Ahora bien, como punto de partida cabría preguntarse si, así como nacer con vida constituye un hecho biológico central en el ordenamiento jurídico civil de hoy (art. 21) como en el derogado (art. 63); también lo es o no que el embrión esté o no implantado, es decir, transferido. En otras palabras, si hay alguna diferencia desde el campo jurídico según si los embriones se encuentran congelados a menos 196 grados en distintos centros de fertilidad y/o bancos de gametos y embriones o si estos se encuentran transferidos y anidados en un cuerpo gestante con la posibilidad de que se siga desarrollando.

Tanto el ordenamiento jurídico nacional como el internacional-regional son contestes en considerar que la concepción se produce una vez que el embrión *in vitro* es implantado en una

persona; es decir, que la unión entre un óvulo y un espermatozoide u óvulo fecundado en un laboratorio o centro especializado no implica que se haya producido la "concepción". De este modo, el término "concepción" se asimila al de "anidación" y no a la mera unión entre dos gametos, femenino y masculino. Así lo establece, desde el punto de vista jurídico, la máxima instancia judicial regional en materia de derechos humanos en el aludido caso "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica" del 28/12/2012 (17). Sentencia que forma parte del conocido "bloque de la constitucionalidad federal", por lo que integra y actualiza las "condiciones de su vigencia" de la CADH de conformidad con lo establecido por el art. 75, inc. 22, de la CN. Así, cualquier decisión estatal, como lo es la sanción de una ley, no puede perder de vista esta clara interpretación que yace sobre la noción de "concepción" cuando se trata de embriones *in vitro*, so pena de incurrirse en responsabilidad internacional de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (18).

En este importante precedente se interpreta de manera dinámica la CADH —instrumento internacional que data de 1969, época en la que no existía la posibilidad de la fertilización *in vitro*— y se concluye que "la 'concepción' en el sentido del art. 4.1 tiene lugar desde el mo-

(17) Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — LAMM, Eleonora — HERRERA, Marisa, "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", LA LEY 2013-A, 907.

(18) Conf. CS, 07/04/1995, "Giroldi, Horacio D. y otro s/ recurso de casación", Fallos 318:514, JA 1995-III-571, en especial, consid. 11, y CS, 13/07/2007, "Mazzeo, Julio L. y otros", Fallos 330:3248, LA LEY, 20072293. Asimismo, de manera más reciente, en el caso "Fontevecchia y otro c. Argentina", del 18/10/2017, la Corte IDH expone que "los Estados parte en la Convención no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado. En lo concerniente al cumplimiento de las sentencias de la Corte, no se trata de resolver el problema de la supremacía del derecho internacional sobre el nacional en el orden interno, sino únicamente de hacer cumplir aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron" (conf. Corte IDH, 18/10/2017, "Fontevecchia y D'Amico c. Argentina s/ supervisión de cumplimiento de sentencia", párr. 14, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia\\_18\\_10\\_17.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia_18_10_17.pdf), compulsada el 21/12/2020).

(16) En este sentido, ver: LAFFERRIÈRE, Jorge N., "La legalización del aborto, la exaltación de la autonomía y el retroceso del derecho a la vida", RDFyP 2018 (julio), 34, AR/DOC/1178/2018; LAFFERRIÈRE, Jorge N., "No existe un derecho a la selección de embriones por diagnóstico genético preimplantado", RDFyP 2015 (dic.), 225, AR/DOC/4009/2015; FERRER, Francisco A. M., "Personas que pueden suceder al causante", RDFyP 2015 (abril), 91, AR/DOC/685/2015; id., "Aspectos de las sucesiones en el nuevo Código", LA LEY 2015-E, 864, AR/DOC/2778/2015; y SAMBRIZZI, Eduardo A., "La persona humana, el derecho a la vida y el aborto", RDFyP 2018 (julio), 54, AR/DOC/1183/2018.

mento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del art. 4º de la Convención”. Agregándose que “es posible concluir de las palabras 'en general' que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”.

Precisamente por ello, el Código Penal argentino que prevé desde 1921 causales de aborto no punible se lo ha considerado compatible con la CADH. Es que desde hace casi 100 años que el ordenamiento jurídico nacional prioriza el derecho a la vida, autonomía y dignidad de niñas, adolescentes y mujeres en los casos de aborto por causales que son legales desde hace casi un siglo.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo” destaca que, a la luz de las pruebas rendidas en el proceso, surge que el descarte embrionario ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, por lo cual, sería desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto de un riesgo que resulta común e inherente, incluso en procesos donde no interviene la ciencia.

He aquí una primera y central conclusión: el derecho civil constitucionalizado-convencionalizado debe interpelarse a la luz de los avances en el plano internacional-regional y allí se dice, de manera precisa, que el embrión *in vitro* no es persona.

Esta línea argumental es la que adopta el propio Código Civil y Comercial al disponer en el art. 20 —justo el que sigue tras la definición del comienzo de la persona— que se entiende por concepción el plazo que transcurre entre el mínimo y máximo para el embarazo; es decir, se relaciona la noción de concepción con la de embarazo. Es evidente que no puede estarse ante una situación de embarazo —por ende, de “concepción” — si como mínimo no existe anidación, es decir, implantación del embrión en la persona. Es que, si los plazos de la concepción giran en torno a la noción de embarazo y para

la existencia de ese hecho debe haber —inexorablemente— anidación, fácil se puede concluir que la concepción solo se puede producir cuando, de mínima, los embriones se encuentran transferidos en el cuerpo de una persona gestante. De manera más pedagógica y pragmática a la vez, si una pareja tuviere 5 embriones criopreservados en un centro de fertilidad y se realiza un test de embarazo, este daría negativo. Por lo tanto, si se vincula el término concepción al de embarazo, es claro que por concepción no se entiende la unión entre óvulo y esperma sino cuando tales embriones están transferidos y anidados en una persona.

Por otra parte, cabe destacar que el art. 21 del Cód. Civ. y Com. expresa que los derechos y las obligaciones se consolidan o quedan sujetos al nacimiento con vida, diciéndose que esta situación de latencia acontece desde la concepción o la implantación del embrión y hasta el efectivo nacimiento con vida. De este modo, se apela al término concepción cuando se trata de filiación biológica, y a implantación del embrión en la persona como elemento a partir del cual habría persona a los efectos civiles, cuando se trata de técnicas de reproducción asistida, la otra fuente de la filiación que incorpora el Código Civil y Comercial y que comparte el escenario junto a la mencionada filiación biológica y la adoptiva. De este modo, se pretende vincular las ideas de implantación a la de concepción, el primero en el marco de las TRHA y el segundo para la filiación biológica como lo hizo la Convención Americana de Derechos Humanos en sus orígenes, cuyo art. 4.1 fue redactado en un contexto biotecnológico en el que no existía la posibilidad de la fertilización *in vitro*.

Esta óptica es enfatizada y reafirmada en las normas relativas a la regulación de la filiación derivada de las TRHA al permitir la revocación del consentimiento informado mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (art. 561). Por lo cual, es evidente que el código parte de la idea de que el embrión no implantado no es persona pues, si lo fuera, el consentimiento no podría ser revocado. Esto da cuenta de la inexistencia de personalidad y la consecuente imposibilidad de exigir el derecho a la vida y/o un “derecho a nacer”.

Además, la disposición transitoria segunda de la ley que aprobó el Código Civil y Comercial (ley 26.994) establece la obligación del Congreso de la Nación de sancionar una ley especial cuyo objetivo sea la protección del embrión no implantado. Por lógica legislativa, si fuera persona humana debería estar regulado en el Código Civil y Comercial y no en una ley especial en la que se van a determinar los términos de su protección. Ocurre que, como se viene explicando, se parte de la base de que no es persona humana y por ello, no se encuentra regulado en el código de fondo.

¿Importa cuál es la naturaleza jurídica de una institución o, en definitiva, lo que interesa es saber qué tipo de regulación la rige, es decir, qué derechos y deberes genera? El campo de la bioética está plagado de figuras y elementos que exceden las clasificaciones clásicas de persona o cosa como ser: la sangre, las células madre, los tejidos, el material genético entre otros. Los embriones vendrían a engrosar este listado atravesados por una naturaleza jurídica *sui generis*. Más allá de esta observación, lo que sí interesa son las consecuencias jurídicas que se derivan, es decir, cómo se regula cada una de ellas y que tal normativa sea coherente. ¿Acaso si el embrión *in vitro* fuera persona y a un técnico especializado se le resbala la pipeta en la que se encuentran 12 embriones *in vitro* se podría decir que se trata de un genocidio? ¿O se podría hablar del derecho a la educación, a la alimentación, a la participación, a contar con abogado del niño del embrión *in vitro*? Si bien el derecho no es una ciencia exacta, lo cierto es que, de mínima, la coherencia, la lógica y el sentido común deberían ser cimientos sobre los cuales se debería edificar; de allí la necesidad de admitir —y actuar en consecuencia— que el campo de la bioética obliga a salirse de las clasificaciones clásicas del derecho civil. Una vez más, las resistencias a mover el *statu quo* muestran, en definitiva, una interpretación del derecho conservador que no se anima a adaptarse a la complejidad que le devuelve el espejo, la realidad social en sociedades modernas y en constante movimiento.

Además, por fuera de la legislación civil pero directamente vinculada con ella, existen otras normas que siguen la misma línea y que hasta ahora han gozado de muy buena salud consti-

tucional. Nos referimos a la citada ley 26.862 sobre Acceso Integral a las TRHA y su dec. regl. 956/2013. Esta dupla normativa permite: 1) la donación de embriones, 2) la criopreservación de embriones, y 3) la revocación del consentimiento hasta la transferencia del embrión en la persona. Es evidente que, si esto está habilitado legislativamente, de base, se parte de la idea de que el embrión *in vitro* no es persona, siendo que las personas no se donan, tampoco se criopreservan y mucho menos se revocan. A la par, si esto no estuviera permitido sería imposible llevar adelante la técnica de alta complejidad como lo es la fertilización *in vitro* y de la cual han nacido y nacen una gran cantidad de niños/niñas y que, justamente, por imperativo convencional a la luz de lo dispuesto por la Corte IDH en el citado caso “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”, la Argentina no podría impedir su desarrollo so pena de incurrir en responsabilidad internacional-regional por lo resuelto en ese caso.

En otras palabras, si las obras sociales y preparadas están obligadas por la ley 26.862 a cubrir diferentes procedimientos de TRHA, entre ellos, la donación y criopreservación de embriones, fácil se concluye que, según esta normativa, el embrión *in vitro* no es considerado persona.

En definitiva, conforme a una interpretación sistémica, entrelazada y coherente del ordenamiento jurídico, la personalidad jurídica comienza, en los supuestos de TRHA, cuando el embrión se implanta o transfiere a la persona. Antes de ese evento, el embrión no es considerado persona desde el plano civil, con las implicancias —y también las limitaciones— que se derivan de ello para el debate sobre el aborto.

## V. Retomando la noción de gradualidad: persona en desarrollo y persona nacida

Como se ha adelantado, el Código Civil y Comercial sigue la noción de concepción como sinónimo de anidación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.1 de la CADH, interpretado por quien está habilitado para ello como lo es la Corte IDH; ejercicio ineludible si se tiene en cuenta que, como ya se ha expresado, esta Convención data de 1969, época en la cual la FIV era más una cuestión de ciencia ficción que de realidad, pues el primer nacimiento median-

te esta técnica ocurrió en el año 1978, es decir, casi diez años después (19). No obstante, ya en su génesis el texto convencional aludía al término “en general”, aceptando desde sus orígenes que la protección del derecho a la vida no es absoluta; circunstancia a la cual se le adiciona el carácter de gradual e incremental, tal como lo expone su intérprete en el mencionado caso “Artavia Murillo”.

Es decir, a mayor posibilidad de nacer con vida (elemento también central para la legislación civil), mayor es la protección jurídica que debe darse; por el contrario, a menor desarrollo y posibilidad de nacimiento con vida, menor es la protección y a la par, mayor fortaleza (desde la innegable ponderación de derechos) de los derechos de la mujer sobre quien no se discute que es una persona nacida con plenos derechos. Derechos sobre los que recae cierto plus de protección constitucional-convencional en atención a la discriminación sistémica de la cual han sido víctimas, precisamente, por un sistema jurídico eminentemente patriarcal y machista.

Ya el Código Civil originario receptaba el principio de gradualidad al establecer que si una persona no nacía con vida se lo considera como “si nunca hubiera existido”, en igual sentido que el art. 21 del Cód. Civ. y Com. (20). Por lo tanto, la legislación civil —no solo la vigente desde agosto del 2015 sino la de fines del siglo XIX— siempre admitió que nacer con vida o sin ella tiene diferentes entidades; valorándose con mayor fuerza —y por ende protección jurídica— el nacimiento con vida. En este contexto, es claro que la persona nacida (la mujer) y su derecho a la vida tiene mayor peso que la de persona por nacer.

De conformidad con el gráfico consignado con anterioridad en el que se observan tres es-

(19) Para profundizar sobre este caso, sus particularidades y avances, recomendamos compulsar HERRERA, Marisa — LAMM, Eleonora, “Técnicas de reproducción humana asistida”, en AA. VV., *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 295 y ss.

(20) Vale recordar el texto sobre el “Nacimiento con vida”: “Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume”.

tados diferentes: 1) embrión no implantado; 2) embrión implantado/feto/*nasciturus* o persona por nacer y 3) persona nacida, la respuesta jurídica debe responder a esta gradualidad con todo lo que ello encierra. Sucede que admitir las diferencias que observa cada uno de estos estadios se condice con el respeto por la identidad —y consecuente limitación— de cada una de ellas. Por lo tanto, no se puede tratar jurídicamente a una persona ya nacida —en este caso, la mujer y persona con capacidad de gestar— que a una persona en desarrollo que se encuentra en una etapa anterior. En esta línea argumental, frente a cualquier ponderación de derechos en la que puedan entrar en colisión derechos e intereses de una o de otra, la balanza debería inclinarse en favor de aquella que más derechos titulariza. ¿Acaso el fallecimiento de una mujer producto de un aborto clandestino no solo compromete derechos humanos de la propia persona sino también de otras que están vinculadas a ella de manera directa como hijos/as, otros familiares y afectos?

Vinculado con la idea de gradualidad, no se puede pasar por alto lo resuelto por el Juzgado de Familia N.º 5 de Tucumán en fecha 19/03/2019 (21) en el resonado caso de la niña de 11 años de edad abusada por la pareja de la abuela que solicitó en el marco de lo previsto en el art. 86, inc. 2º, del Cód. Penal: “Quiero que me saquen esto que me puso adentro el viejo”. Se trata de un caso de ILE en el que, ante la negativa de los profesionales de la salud, se tuvo que judicializar el pedido de interrupción, aconteciendo en una semana avanzada por lo cual el neonato nació y a los pocos días falleció. Aquí el debate jurídico más novedoso giró en torno a cómo se inscribe el nacimiento y la defunción de dicho neonato, es decir, si bajo la filiación de la niña abusada de conformidad con el conocido adagio “madre cierta es” o si, en esta especial situación, debía omitirse cualquier referencia o vínculo jurídico con la niña. Aquí la jueza hizo una reinterpretación normativa de conformidad con los derechos en pugna, priorizando el de la niña por sobre el neonato fallecido. Aquí se sostuvo: “En el caso que nos ocupa, debe respetarse la no consolidación de relaciones de familia que nunca existieron entre la niña T. A. S. y la neona-

(21) J.Civ. Fam. y Suc. 5ª Nom. de Tucumán, 19/03/2019, “T. A. S. s/ especiales”, LA LEY, AR/JUR/2505/2019.

ta surgida de la práctica quirúrgica a la que fuera sometida la primera. Por tanto, no corresponde la inscripción de nacimiento ni de defunción de la neonata con ninguna referencia a la persona de la niña T. A. S.<sup>22</sup> Esta decisión se fundó, entre otras razones, en que “ese interés superior de la niña T. A. S. debe resguardarse no solo desde la faz de la salud pública (habiéndosele facilitado la práctica de la interrupción legal del embarazo en el nosocomio público donde se encontraba alojada), sino también y fundamentalmente desde la faz administrativa: a fin de evitar la revulneración de los derechos de la niña en tanto haber resultado víctima de un delito infamante con una de las secuelas más lacerantes para su edad y grado de madurez”, máxime, cuando la tensión entre los derechos en juego lo es entre una niña cuyo interés superior debe protegerse y un neonato que además había fallecido.

En suma, a la luz del conocido *balancig test* o ponderación de derechos se inclina en favor de las mujeres y personas con capacidad de gestar desde dos aspectos, uno general y otro particular. El primero porque, de base y en atención a la noción de gradualidad que reafirma la Corte IDH, se encuentran comprometidos dos estadios diferentes, uno de mayor peso como lo es la persona nacida que si no se produce el hecho del nacimiento con vida, la propia legislación civil vigente como la derogada entiende que la persona nunca existió. Esta anulación jurídica jamás pasaría con la persona ya nacida, ello es así, porque nacer con vida constituye una condición central en la teoría de la personalidad jurídica para el derecho civil.

De manera particular, por los derechos en juego —mayor en cantidad y calidad— que involucra la persona nacida por un lado y el embrión implantado/feto/*nasciturus* o persona por nacer, por el otro. Sucede que las normas, en definitiva, comprometen, resuelven o silencian situaciones de la vida real, de allí que indagar cuáles son los derechos involucrados implica, de manera ineludible, apelar a los efectos negativos de diversa índole derivado de un aborto clandestino cuya consecuencia se agrava y amplifica cuando de este hecho se produce la muerte de la mujer o personas con capacidad de gestar. Una vez más, no se trata de aborto sí, aborto no; sino de aborto clandestino o aborto

legal con lo que ello encierra en clave de derechos.

Como bien se adelantó, la idea de gradualidad no es novedosa ni en el derecho civil ni en el derecho penal en esta interacción inescindible entre despenalización y legalización. En el derecho penal también ha tenido y desde hace casi un siglo, un peso propio esta cuestión de la gradualidad. No solo a la luz de la diferencia explícita en torno a la penalización del delito de homicidio simple en comparación con el delito de aborto; sino también dentro de la propia regulación penal en materia de aborto y, en particular, el caso del aborto no punible previsto en el art. 86, inc. 2º, del Cód. Penal. Nos explicamos de manera harto breve.

Si el régimen penal de hace casi 100 años recepta causas de despenalización ello significa, de base, que también se advierte la diferencia entre la persona no nacida y la persona nacida, cuestión que fue analizada y profundizada por la máxima instancia judicial federal en el resonado caso “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva” de fecha 13/03/2012 (22).

Como bien dice el dicho: “Todos los caminos conducen a Roma”. La gradualidad constituye un concepto clave en el campo de la interrupción del embarazo, ya sea para los supuestos de ILE como de IVE; es decir, formaría parte de uno de los cimientos de la temática en estudio que impactó tanto en el derecho civil como en el derecho penal en el marco de esta interacción ineludible entre despenalización-legalización en el que este último habría cobrado desde hace tiempo un lugar protagónico, de allí que la ley de IVE comienza por allí y lo hace durante los primeros 14 artículos, dejando en unos pocos artículos y al final la cuestión del Código Penal.

## VI. Breves palabras de cierre

Si durante la vigencia del Código Civil derogado era posible debatir la entonces despenalización del aborto a la luz de un texto legal cuyo germen data de 1871 y, por ello, se presentaron con anterioridad varios proyectos de ley en ese sentido; con más razón es posible realzar, repo-

(22) CS, 13/03/2013, “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”, LA LEY, AP/JUR/55/2012.

tenciar y ampliar aquel debate a la luz de la regulación civil vigente. Imposible sostener que la normativa actual es más restrictiva o limitativa que la sancionada a fines del siglo XIX.

Es decir, si en el marco de un código civil confesional, legalista, patrimonialista, elitista/clasista, patriarcal, verticalista en el que las mujeres eran incapaces de hecho relativas y que fueron adquiriendo derechos civiles de manera paulatina, el régimen jurídico admitía casos de aborto no punible y, por lo tanto, la balanza jurídica se inclinaba a favor de las mujeres, con más razón en el marco de un código civil como el vigente, claramente humanizado (arts. 1º y 2º), preocupado por el principio de igualdad y no discriminación (art. 402), ocupado por receptar diferentes herramientas legales a favor de los más vulnerables a los fines de lograr su fortalecimiento y empoderamiento (arts. 441 y 524, entre otras), centrado en la noción de prevención del daño (art. 1710), defensor de la libertad y la autonomía, incluso, a favor de las personas menores de edad (art. 26). En este contexto, fácil se concluye que el Código Civil y Comercial no solo convalida y reafirma los casos de aborto no punible, sino que principalmente, acompaña y promueve la legalización del aborto por decisión de las mujeres y personas con capacidad de gestar.

Como era de presumir, el debate sobre la IVE remueve tensiones entre lo viejo y lo nuevo en el campo del derecho civil, y ello es lógico, porque las grandes transformaciones culturales nunca han sido sencillas; y si a ello le sumamos una

temática que involucra la sexualidad y el poder sobre el cuerpo de las mujeres y personas con capacidad de gestar en esta lógica signada por la ampliación de derechos, la cuestión se la observa doblemente compleja, en especial, para uno de los ámbitos más refractarios dentro del derecho —hartos conservadores— como lo es el derecho civil.

Se cierran estas reflexiones en clave de festejo por otro hito legislativo en este arduo, complejo y apasionado sendero por secularizar el ordenamiento jurídico con las dos frases finales con las que concluyeron las exposiciones en la Cámara de Diputados durante el debate del 2018 y el 2020 respectivamente. En el primero, se recordó al entrañable Rodolfo Walsh, quien puso de resalto que “Un intelectual que no comprende lo que pasa en su tiempo y en su país en una contradicción andante; y el que comprendiendo no actúa, tendrá un lugar en la antología del llanto, no en la historia viva de su tierra”.

Más cercano en el tiempo, en el 2020, una frase de la reconocida feminista afroamericana Angela Davis: “Ya no acepto las cosas que no puedo cambiar. Estoy cambiando las cosas que no puedo aceptar”.

En definitiva, se trata de animarse a mirar, comprender y actuar para cambiar lo que se ha vuelto insoportable de aceptar y que el derecho civil contemporáneo, constitucionalizado y humanizado sabe bien y por eso, ha estado a la altura de las circunstancias para que hoy sea ley: la ley 27.610.

# JURISPRUDENCIA ANOTADA

---



## LIBERTAD DE EXPRESIÓN

**Publicación satírica. Protección constitucional. Cuestiones relacionadas al debate público. Caricatura. Fotomontaje. Publicaciones que no violan el derecho a la imagen. Crítica política.**

*Con nota de María del Carmen Cerutti*

1. — Si la publicación puso de manifiesto un discurso de neto tinte satírico respecto de los comportamientos que motivaron y justificaron el procesamiento, el juzgamiento y la detención de aquellos por quienes la actora ejerció su defensa —apropiación de bebés, privación ilegítima de la libertad, guerra antisubversiva, golpes de Estado, etc.—, como así también buscó parodiar la particular conducta que la actora adoptó para ello; únicamente dentro de esa comprensión sus planteos no logran conmovir la especial protección constitucional que merece la publicación, integrada por la imagen y las leyendas.
2. — Dada la caracterización de expresión satírica de una crítica política y el fotomontaje —fotografía del rostro de la actora adosada a la de un cuerpo femenino desnudo— tomado en su individualidad y considerado como una caricatura, su utilización no genera responsabilidad para el medio gráfico.
3. — Tratándose de un medio gráfico dedicado a este tipo de manifestaciones satíricas respecto de la realidad política y social, al observar la publicación cuestionada ningún lector podría razonablemente creer estar ante un mensaje auténtico, ni que las frases que la acompañaban fuesen verdaderas. De ellos solo puede deducirse que, con el sarcasmo y la exageración que caracterizan a la revista en cuestión, se estaba realizando una crítica política con esas características, sin exceder la protección constitucional del derecho a la libertad de expresión y de crítica.
4. — En lo que respecta a la vulneración del derecho a la propia imagen alegada por la actora en virtud de la publicación de la foto de su rostro adosada a la de un cuerpo femenino anónimo desnudo, dada la característica del medio en que fue inserto, de crítica satírica y el contexto de la publicación, el fotomontaje puede ser considerado una manipulación de la imagen asimilable a una caricatura. Por la alteración de la imagen original, su protección no podría examinarse bajo el prisma de una imagen auténtica y libre de todo proceso de manipulación, sino que requerirá de una apreciación que se atenga a las particularidades propias de la técnica y el contexto en el que se encuentra inmersa. La esencia de creación con tinte satírico no se pierde por la “evolución” en el modo y/o forma en que se patentiza: inicialmente como dibujo u obra de arte; hoy también como manipulación fotográfica.
5. — La expresión satírica utiliza el humor o lo grotesco para manifestar una crítica, para expresar un juicio de valor. Como modo de expresión de ideas, aunque distinto de la exteriorización directa de ellas, la sátira social o política no está excluida de la tutela constitucional a la libertad de expresión. No quedan dudas acerca de la importancia que para la existencia de un amplio debate democrático tiene el ejercicio de la crítica satírica, muchas veces ligada a la provocación, respecto de los temas de interés público.
6. — El cariz desagradable, indignante o desmesurado de ciertas expresiones del debate público no podría despojarlas de protección constitucional sin incurrir en criterios que, en última instancia, dependerían de los subjetivos gustos o sensibilidades del tribunal de justicia llamado a ponderarlas. El solo motivo de que esas expresiones puedan resultar ingratas u ofensivas para las personas involucradas tampoco podría sustraerlas, sin más, de esa protección constitucional. El criterio estará dado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriantes que carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan.
7. — Al igual que los funcionarios públicos, que las personas que tienen un alto reconocimiento por su participación en cuestiones de interés público estén especialmente expuestas a la crítica, incluso ríspida e irri-

tante, respecto de su desempeño en ese ámbito, habilita un debate robusto que es indispensable para el desarrollo de la vida republicana y democrática. La Constitución Nacional protege no solamente la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas, sino también aquellas formuladas en tono agresivo, con vehemencia excesiva, dureza o causticidad, o que apelan a expresiones irritantes, ásperas u hostiles, indudablemente molestas para los funcionarios o figuras públicas.

8. — La imagen protegida es la que constituye uno de los elementos configurador de

la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (art. 52 del Cód. Civ. y Com.).

**CS, 22/12/2020. - Pando de Mercado, María Cecilia c. Gente Grossa SRL s/ daños y perjuicios.**

[Cita on line: AR/JUR/67432/2020]

El fallo se puede consultar a texto completo en SJA 17/02/2021, p. 58, JA 2021-I, en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, <http://informacionlegal.com>.

# Un caso difícil: tensión entre derechos personalísimos versus libertad de expresión

María del Carmen Cerutti

**Sumario:** I. Planteo del caso.— II. Derechos en conflicto: intimidad, honor, imagen versus libertad de expresión.— III. Cuestiones por resolver. Ponderación, argumentación. Alcance de los derechos. Normas que resultan aplicables.— IV. Reflexión.

## I. Planteo del caso

Por recurso extraordinario llegan a la Corte Suprema de Justicia de la Nación las actuaciones caratuladas: “Pando de Mercado, María Cecilia c. Gente Grossa SRL s/ daños y perjuicios”; el fallo de la Corte es de fecha 22 de diciembre de 2020. Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n.º 108, María Cecilia Pando de Mercado interpuso acción de amparo y solicitó como medida cautelar que se adoptaran las medidas necesarias para retirar de los quioscos de venta los ejemplares de la revista *Barcelona* o Editorial Gente Grossa SRL, en cuya contra-

tapa figuraba un montaje que simulaba ser la tapa de una ficticia revista denominada “S/M Soy Milico” y consistía en una fotografía del rostro de la señora Pando de Mercado adosada a la de un cuerpo femenino ajeno desnudo envuelto en una red, acompañada de un texto que la actora calificó de pornográfico y reprodujo en su demanda: “¡Para matarla! Soltá el genocida que llevás dentro, apropiate de esta”, considerando que dichas leyendas y el montaje fotográfico lesionaban sus derechos al honor y a la imagen, por lo que también solicita la indemnización de los daños y perjuicios.

La publicación en cuestión data de la edición de la revista de fecha 13 de agosto de 2010. La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, hizo lugar a lo requerido y ordenó retirar los ejemplares cuestionados en forma inmediata y prohibir su distribución futura y confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a Gente Grossa SRL, firma editora de la revista *Barcelona*, a indemnizar los prejuicios provocados por la difusión de la referida publicación, que consideró lesiva de los derechos a la imagen y al honor de la actora y elevó el monto del resarcimiento a la suma de setenta mil pesos (\$70.000)

### *1.1. Argumentos del fallo de Cámara*

1) La actora María Cecilia Pando de Mercado ejercía la presidencia de la Asociación de Familiares y Amigos de los Presos Políticos de Argentina y a raíz de ello accionaba en defensa del personal de las Fuerzas Armadas que prestó servicios durante la última dictadura militar, por lo que la Sra. Pando de Mercado se había convertido en una figura pública, más aún dada la notoriedad que esas actividades habían adquirido por programas televisivos, medios gráficos, internet y diversos actos públicos. Remarcó que la revista *Barcelona* era un medio gráfico que tenía un tinte eminentemente satírico.

2) Sostiene la Cámara que si bien la libertad de expresión, incluso en su manifestación satírica, había sido un pilar fundamental para la consolidación del sistema republicano, su ejercicio no es absoluto y pueden enfrentarse con otros derechos también fundamentales como el honor, la intimidad y la imagen. Expresa que el derecho a la imagen solo cede ante el interés general relacionado con fines didácticos, científicos y culturales y si falta el fin legitimante, la antifuncionalidad del acto basta para que sea resarcible el daño producido al afectado por la información.

3) Entiende que en el caso esos intereses no concurrían, por lo que la parodia o la caricatura no pueden entenderse como crítica política y social ejercida mediante la sátira y el humor. Asimismo, el *a quo* descartó la aplicación de la teoría de la real malicia, por no tratarse la publicación de una noticia falsa o inexacta.

4) Concluye que en el caso se había configurado un imprudente ejercicio de la libertad de expresión y de prensa en perjuicio de derechos personalísimos (honor, intimidad, imagen). Contra este pronunciamiento la demandada interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido.

## **II. Derechos en conflicto: intimidad, honor, imagen versus libertad de expresión**

La Corte entendió que el recurso extraordinario resulta admisible por cuanto se discute la inteligencia que se asigna a las normas constitucionales que protegen la libertad de expresión (art. 14, inc. 3 de la ley 48).

Lo primero que determina el Máximo Tribunal es cuáles son los derechos en conflicto, esto es: el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de quien efectuó la publicación, por un lado, y los derechos a la imagen y al honor de la actora por el otro.

Lo interesante del caso radica en determinar los alcances y límites de los derechos en tensión. La libertad de expresión ocupa un lugar preeminente para el funcionamiento de una república democrática y el ejercicio de libertades constitucionales. Pero también gozan de especial protección derechos personalísimos que hacen a la dignidad de la persona, tales como intimidad, honor e imagen. Ambos derechos gozan de protección normativa, tanto a nivel constitucional, infraconstitucional y adhesión a tratados internacionales. Cuando derechos que se encuentran en un mismo nivel, no puede establecerse un orden de prioridad (1), lo que corresponde es determinar el alcance y límites de cada uno, y ello dependerá de una ponderación y argumentación en cada caso en cuestión.

Las reglas de conducta se pueden transmitir a la sociedad mediante el precedente o por la legislación. En ambos casos no son órdenes impartidas “cara a cara” a un particular, sino reglas generales que tratan de comprender la mayor cantidad de casos posibles. Para ello se utilizan términos generales, que gozan de dos proble-

(1) Porque es fundamental el funcionamiento de una democracia republicana, como también garantizar la dignidad de la persona.

mas del lenguaje natural: ambigüedad y vaguedad, pero es el precio que se debe pagar para transmitir reglas de conducta.

En los casos sometidos a decisión judicial, es posible que se presenten dificultades, tales como: a) que surjan dudas acerca si el hecho fáctico reúne las propiedades relevantes exigidas por la regla (2); b) que se presente conflicto entre derechos que gozan de protección en la misma jerarquía, o sea no es posible establecer un rango de prioridad. Este es el supuesto en el presente caso: la libertad de expresión como garantía del funcionamiento de las instituciones de una república democrática y la intimidad, el honor y la imagen que garantizan derechos que respetan la dignidad de la persona. En esta inteligencia la *intimidad* protege el ámbito de reserva o respeto de la vida privada de cada uno y toda intromisión arbitraria se considera antijurídica, “nadie puede entrometerse o inmiscuirse donde no ha sido invitado”, la palabra clave es *intromisión arbitraria*. El *honor* protege un aspecto objetivo de la persona: la consideración merecida, la valoración que de cada persona tienen los demás y un aspecto subjetivo: la propia autoestima. Se vulnera mediante un desmerecimiento en la consideración ajena como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien, la palabra clave es *desmerecimiento* mediante calumnias e injurias. En tanto la *imagen* protege la semblanza física de la persona, el perfil físico, por ello se prohíbe la publicación o reproducción de la imagen sin autorización, salvo que medie un interés general (3). En esta oportunidad la referencia a que

---

(2) En estos supuestos las soluciones propuestas desde la teoría general dependen de las concepciones sobre los modelos de la función judicial. Entre ellas: el modelo silogístico defendido por el formalismo jurídico, el modelo realista defendido por muchas corrientes antiformalistas, el modelo positivista de la discreción judicial, conforme lo sostiene HART (“El concepto de derecho”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, traducción de Genaro R. Carrió. Cap. VII, ps. 155 y ss.), o el modelo de Dworkin de la respuesta correcta en Los derechos en serio, (cap. 4 Los casos difíciles) Ariel Derecho, Traducción de Marta Guastavino, 1984, o editorial Planeta- de Agostini SA (1993) Barcelona.

(3) El estudio de los derechos personalísimos es abordado de forma exhaustiva por la doctrina nacional ius privatista. Entre ellos RIVERA, Julio César en “Instituciones de Derecho Civil”. Parte General. Abeledo Perrot, Buenos

se entiende por cada uno de los derechos personalísimos invocados y cómo se los vulnera es muy breve, porque la pretensión en presentar la tensión entre ellos y la libertad de expresión y cómo se puede resolver el conflicto y arribar a una decisión racional.

Cuando surge un conflicto entre derechos del mismo rango, la decisión dependerá de cómo sucedieron los hechos en cada caso, de las normas aplicables, de principios que subyacen en las reglas y de la argumentación que el juzgador considere más adecuada. Ahora bien, la resolución adoptada en un caso no significa que deba aplicarse en otros, aun cuando el conflicto se produzca entre los mismos derechos. O sea, puede suceder que un supuesto similar, incluso entre los mismos derechos y aplicando las mismas normas, se arribe: a una solución igual invocando el caso como precedente, o a otra distinta porque el hecho fáctico ocurrió de otra manera o en otro contexto y por lo tanto la ponderación y argumentación judicial cambie.

En conflicto de derechos de igual rango, la aplicación de las normas en las cuales se subsume el caso no es “a todo o nada”, habrá supuestos en los cuales se priorizan las normas que protegen uno de los derechos, y otros donde la decisión es en otro sentido. Ahora bien, que la prioridad sea por una norma, no significa que se descarte la regla no aplicada para otros casos. Tal es así que, en las presentes actuaciones, la decisión de Cámara fue distinta a la de la Corte.

### III. Cuestiones por resolver. Ponderación, argumentación. Alcance de los derechos. Normas que resultan aplicables

La Corte (citando fallos anteriores del Alto Tribunal) expresa que “el derecho a la libertad de expresión goza de un lugar preeminente en el marco de nuestras libertades constitucionales, por su importancia para el funcionamiento de una república democrática y para el ejercicio del autogobierno colectivo del modo establecido por nuestra Constitución”, “...el especial

---

Aires, 2020, Séptima edición actualizada, Tomo I, Capítulo XXIX. TOBÍAS José W. en “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético”. 2ª ed. actualizada y aumentada. Tomo I. Jorge Alterini. Director general. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, Capítulo 3.

reconocimiento constitucional de que goza el derecho de buscar, dar, recibir, difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio”, pero “esa posición preferencial que ocupa la libertad de expresión no la convierte en un derecho absoluto. Sus límites deben atender a la existencia de otros derechos constitucionales que pueden resultar afectados por su ejercicio...”

Luego la Corte analiza los derechos en conflicto con la libertad de expresión. En este sentido, destaca “que el reconocimiento y la protección del derecho al *honor* (4) —derecho fundamental, inherente a la persona humana, en tanto importa la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona— encuentra fundamento en el art. 33 de la Ley Fundamental y en los Tratados Internacionales, que lo contemplan como una restricción legítima al ejercicio de otro derecho fundamental como la libertad de expresión (conf. arts. 11 y 13.2.a del Pacto de San José de Costa Rica; 17 y 19.3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; V y XXIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y como infraconstitucional en el art. 52 del Código Civil y Comercial de la Nación”.

En cuanto al derecho a la *privacidad* (art. 19 de la CN), la Corte expresa que “comprende no solo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen. Nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, y solo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución” (cita fallos de la Corte).

Respecto a la *imagen*, expresa “que constituye uno de los elementos configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instru-

mento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (conf. art 52 del Código Civil y Comercial de la Nación)”.

Precisados los derechos en conflicto, la Corte se dedica a ponderar, argumentar y determinar el alcance de estos, conforme como sucedieron los hechos. Es así como la pregunta inicial es “si la publicación cuestionada goza de tutela constitucional o si, por el contrario, se encuentra fuera del ámbito de protección delineado por la jurisprudencia de esta Corte Suprema en materia de libertad de expresión y crítica, y por ende autoriza a confirmar la responsabilidad de la demandada admitida en la sentencia recurrida”.

En esta inteligencia la Corte entiende:

a) Que la actora intervino activamente en el debate público sobre procesos judiciales y políticas públicas respecto de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar, en su condición de presidente de la Asociación de Familiares y Amigos de los Presos Políticos de Argentina, por lo que se erige en una *figura pública* representativa de la postura política y de los intereses que defiende.

b) Que la publicación que motivó el reclamo de la señora Pando de Mercado se encuentra vinculado a un asunto de *interés público*.

c) Que debido al carácter público que revisa tanto el asunto como la persona involucrada, corresponde determinar si en el caso la publicación efectuada por la demandada goza de tutela constitucional, lo cual exige *ponderar* las características del contexto en que tuvo lugar.

d) A los efectos de realizar la ponderación, la Corte tiene en cuenta lo que se llama el “contrato de lectura” (5), en el que se encuentran, por un lado, el discurso, y por el otro los lectores, estableciéndose entre ellos —como en todo contrato— un nexo que es la lectura. En el discurso se distinguen dos niveles: el enunciado

(5) Citan a VERÓN, Eliseo “El análisis del “contrato de lectura”. Un nuevo método para los estudios de posicionamiento de los soportes de los media”, en “Les Medias: Experiences, recherches actuelles, applications”, IREP, París, 1985.

(4) Lo resaltado en bastardilla me pertenece.

(“lo que se dice”) y la enunciación (“las modalidades del decir”). Lo que analiza la Corte es la enunciación, o si el “estilo de la revista que no se caracteriza por la difusión de noticias o publicaciones enmarcadas en un clima de neutralidad, sino que exhibe un periodismo de opinión crítico realizado con humor caricaturesco y satírico que no intenta reflejar la realidad tal cual se presenta sino falseando, modificando o desfigurando el escenario que analiza, de modo que las noticias e imágenes que se insertan en ese ámbito son habitual y notoriamente alteradas”. “La sátira como forma de discurso crítico se caracteriza por exagerar y deformar agudamente la realidad de modo burlesco...provoca en el receptor risa, sorpresa, estupor, rabia, agitación, bronca, pudiendo abordar bajo esa metodología temas de los más variados, religiosos, sociales, políticos, económicos, culturales”.

e) La Corte entiende “que este tipo de género literario constituye una de las herramientas de comunicación de críticas, opiniones y juicios de valor sobre asuntos públicos; un instrumento de denuncia y crítica social que se expresa bajo la forma de un mensaje ‘oculto’ detrás de la risa, la jocosidad o la ironía” (cita de revistas como *El Mosquito*, *Don Quijote*, *Caras y Caretas*, *Tía Vicenta*, *Humor Registrado*).

f) La pregunta es si la expresión satírica que utiliza el humor o lo grotesco para manifestar una crítica o expresar un juicio de valor, como modo de expresión de ideas distinto de la exteriorización directa, está excluida o no de la tutela constitucional a la libertad de expresión (cita fallo de la Corte que consideró que no está excluida, con votos en disidencia). También cita fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos y del Tribunal Supremo de España, los cuales considera que “...las representaciones gráficas y las caricaturas satíricas han jugado un rol prominente en el debate público y político...” y que el “...tratamiento humorístico o sarcástico de los acontecimientos que interesan a la sociedad constituye una forma de comunicación y crítica de los mismos que está ligada al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como forma de comunicación de ideas u opiniones... el tratamiento humorístico puede constituir una forma de transmitir el conocimiento de determinados acontecimientos...”. También cita fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humana-

nos: “...en la arena del debate sobre temas de alto interés público, no solo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población”.

En sentido similar, un fallo de la Corte Suprema de Buenos Aires de fecha 21/12/2020 (o sea un día anterior al fallo ahora comentado) (6). En el caso, el actor cumplía un desempeño público como docente en la casa de estudios donde sucedieron los hechos, sale una publicación (carteles con la fotografía del actor retocada de modo tal que aparece con una gorra militar y una leyenda que lo presenta como “personal civil de inteligencia durante la dictadura”) y se reclama fuera de la UNS. Argumenta la Corte que “[s]u divulgación, principalmente dirigida a la población universitaria, sin duda era de tono elevado, más lo expuesto no era completamente inmotivado, ni portador de una finalidad claramente injuriante. Estuvo referida a extremos fácticos vinculados a aquel debate de interés general existente o promovido en el seno de esa comunidad universitaria, a propósito de la evaluación de las cualidades del actor para el desempeño de esas funciones...”; “...la manipulación de la imagen del actor plasmada en los ‘afiches’, con ser irritante, lo cual resulta cierto, no parece desbordar los límites de una razonable tolerancia en relación con la utilización de un recurso visual —satírico y mordaz— tendiente a captar la atención de sus destinatarios”.

g) Concretamente con respecto al *honor* de la actora y el alcance de este derecho, la Corte considera “que la contratapa del ejemplar de la revista *Barcelona* del día 13 de agosto de 2010 no resulta lesiva del derecho al honor de la actora, dado que constituye una crítica política que no excede los límites de la protección que la Constitución Nacional otorga a la libertad de expresión, pues no configura un insulto gratuito ni una vejación injustificada”. Entiende que “el montaje de la foto de la cara de la actora anexada a un cuerpo anónimo femenino desnudo y envuelto en una red...constituye una compo-

(6) SCBA, 21/12/2020, “Montezanti, Néstor Luis vs. Patrignani, José Dante s. Reclamo contra actos de particulares”. RCJ 664/21.

sición gráfica satírica mediante la cual se ejerció de modo irónico, mordaz, irritante y exagerado una crítica política respecto de un tema de indudable interés público, protagonizado por una figura pública”. Destaca el encadenamiento de la actora y otras personas frente al edificio Libertador como acto de protesta política.

h) En cuanto al alcance del derecho a la *imagen*, la Corte entiende que “su difusión se enmarca en la excepción contemplada en el art. 31 de la ley 11.723 y en el art. 53 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto prevén que la prohibición de reproducir la imagen de alguien sin su consentimiento cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general que lo justifique”.

i) Respecto a si en el caso hubo violencia de género —formulada de modo tangencial por la actora— al afirmar que en la publicación se la representó de manera sexualizada cuando ella no apareció de esa forma en público. La Corte argumenta que “a partir de una mirada atenta al contexto satírico en el que se sitúa la publicación, su estrecha relación con las concretas circunstancias fácticas que la antecedieron y motivaron su existencia, y considerando el ‘contrato de lectura’ establecido entre el soporte y el lector, no puede admitirse el planteo discriminatorio que la actora intentó enlazar al derecho al honor...”. Por estas razones entiende que en este caso no se produjo una tensión entre dos valores constitucionales: la libertad de expresión, por un lado, y el derecho a la igualdad de la mujer por el otro.

Conforme a todas las razones expuestas, la Corte resuelve revocar la sentencia y rechazar la demanda en tanto la publicación en cuestión se encuentra dentro del ámbito de protección que la Constitución Nacional brinda a la libertad de expresión.

#### IV. Reflexión

En general los casos simples (7) sometidos a decisión judicial son escasos, la gran mayoría de los supuestos requieren un análisis minucioso de los hechos y una precisa y contundente argu-

mentación, que no resulte irracional, o refleje el pensamiento puramente subjetivo del juzgador; sino sostenida por normas del derecho aplicable y complementada por reglas auxiliares que pueden ser argumentos sobre el significado de los términos usados por el legislador, fallos judiciales nacionales o extranjeros y pensamiento de la doctrina.

El presente caso se enmarca en los llamados “casos difíciles” porque la tensión es entre derechos que gozan de igual protección en la legislación, ya que garantizan valores que hacen al funcionamiento de las instituciones democráticas por un lado y a la dignidad y autonomía de las personas por el otro, por lo que no es posible establecer un rango de superioridad de uno sobre otro. En estos casos el juzgador realiza un análisis minucioso de los hechos y el contexto en que sucedieron, las normas que contienen a cada derecho en conflicto, el alcance y límites en su ejercicio y con esta base la ponderación y argumentación conducen a la decisión, que puede variar en las distintas instancias —como sucedió en las presentes actuaciones— o en diferentes tribunales, lo que no puede ser arbitraria e irracional. La decisión debe derivarse de normas del sistema y de una sólida argumentación con premisas auxiliares que la sostienen.

En el supuesto ahora sometido a revisión por recurso extraordinario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación luego de un análisis exhaustivo del hecho fáctico, considera que no hubo exceso ni abuso en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, se inclina por uno de los derechos en conflicto, pondera y presenta una abundante argumentación que abarca no solo reglas del sistema, sino también precisiones lingüísticas, significado acerca del “contrato de lectura”, el contexto de cómo sucedieron los hechos, fallos anteriores de la Corte, fallos de Tribunales extranjeros, pensamiento de la doctrina y va cerrando los puntos en conflicto de los derechos en tensión. Así llegan a una decisión que se deriva de todas las premisas normativas y auxiliares que la Corte considera adecuadas para arribar a ella.

El enfoque de la ponderación, el análisis proporcional y la argumentación es la tesis defen-

(7) El supuesto de hecho se subsume sin dificultad en alguna norma del sistema.

didada por Alexy (8), considera que es el método más racional para la aplicación de derechos abstractos a casos concretos y para identificar violaciones a los derechos humanos. Destaca el análisis de la proporcionalidad cuando entran derechos en conflicto, poniendo como ejemplos derechos de la personalidad por un lado y libertad de expresión por el otro. En fallos del Tribunal Constitucional Federal Alemán se resuelve la competencia entre la protección de la personalidad y la libertad de los medios de comunicación, ponderando los dos principios a la luz de los hechos del caso. Así: “Un informe o reporte de los medios repetido, que ya no es requerido por el interés en poseer información actual, que concierne una ofensa criminal seria, que pone en peligro la resocialización del delincuente

---

(8) ALEXY, Robert, "Argumentación, derechos humanos y justicia". Colección Filosofía y Derecho. Serie Diálogos. Astrea, Buenos Aires, 2017. Capítulo Primero ¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y Racionalidad, ps. 26 a 48.

está constitucionalmente prohibido”, mientras que en otro caso sobre “filtrado de datos electrónicos” se resolvió que “en los casos de ‘peligro concreto’ la seguridad pública tiene precedencia sobre el derecho a la autodeterminación sobre el acceso a datos personales, mientras que en casos de mero peligro abstracto la conclusión es la opuesta”.

Sostiene Alexy que el alcance de un derecho constitucional permanece siempre igual, pero tiene que estar relacionado con las reglas definitivas producidas por la ponderación. Una constitución no consiste exclusivamente en derechos invariables relacionados con la proporcionalidad. La práctica de la proporcionalidad le da a la constitución contenido concreto en un proceso de desarrollo. Los derechos constitucionales deben ser concebidos como derechos *prima facie* y no como “derechos definitivos” (9).

---

(9) ALEXY, Robert, ob. cit., cita 56, ps. 46-47.

# JURISPRUDENCIA

---



## DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

**Información sobre estados contables. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Carácter de la información requerida. Procedencia de la demanda.**

1. — Los abogados de la matrícula tienen derecho a que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal les brinde la información solicitada, esto es sobre los estados contables, en forma completa e integral y este tiene el deber de brindarla en atención a lo dispuesto por las normas constitucionales que garantizan el derecho de acceso de la información pública y por el dec. 1172/2003, máxime cuando no se ha acreditado la existencia de alguna excepción legal (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).
2. — La información contable y presupuestaria del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal reviste un carácter eminentemente público, no solo por ser materia inherente al control del gobierno de la entidad, sino también porque los recursos de dicho colegio profesional se conforman sustancialmente con aportes obligatorios fijados por ley y que deben ser integrados por la totalidad de los profesionales matriculados (art. 51, ley 23.187) (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).
3. — En relación con el pedido de abogados de la matrícula al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal de información sobre los estados contables y presupuesto, corresponde señalar que media una directa vinculación entre el acceso a la información y el resguardo de la transparencia y la publicidad de la gestión de los asuntos públicos, lo que resulta aplicable a una entidad que administra fondos que resultan de aportes compulsivos fijados por la ley. Ello además se ve reforzado por el principio de máxima divulgación que rige en la materia, según el cual toda información en poder de autoridades públicas debe presumirse accesible, sujeta a un

sistema restringido de excepciones legales (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

4. — La jurisprudencia de la Corte Suprema que ha determinado la naturaleza pública del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal exige, entonces, la publicidad de sus estados contables (del voto del Dr. Rosenkrantz).

**CS, 18/03/2021. - Mihura Estrada, Ricardo y otros c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo ley 16.986.**

[Cita on line: AR/JUR/2207/2021]

CAF 028786/2015/CS001

Suprema Corte:

-I-

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia del juez de primera instancia que había declarado abstracta la cuestión debatida en la presente causa, y resolvió hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por el señor Ricardo Mihura Estrada y otros —en su carácter de abogados matriculados y delegados titulares de la Asamblea de Delegados del mencionado colegio profesional— contra el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, ordenando a este último que brinde a los actores la información solicitada relativa al balance contable del período 2013/2014 y al presupuesto del ejercicio 2015/2016 (fs. 2771281 vta).

En primer lugar, la cámara sostuvo que la existencia de causa o controversia se mantiene en actualidad, en la medida en que el requerimiento de acceso a la información formulado por los actores se encuentra insatisfecho, y que deben diferenciarse el acceso a la información requerido y las circunstancias fácticas en las cuales el pedido se exteriorizó.

En segundo lugar, señaló que la solicitud de información se encuentra dirigida contra una entidad que cumple fines públicos relativos al gobierno de la matrícula y al control del ejercicio de la profesión. Agregó que esas facultades

que pertenecen al Estado fueron delegadas por ley a ese organismo.

Expuso la doctrina sentada por la Corte Suprema en los fallos “Asociación por los Derechos Civiles cl EN- P AMI” (Fallos: 335:2393) y “CIPPEC cl EN- MO Desarrollo Social” (Fallos: 337:256). Sobre esa base, destacó la relevancia del acceso a la información pública en aras de que las personas conozcan la manera en que se desempeñan los gobernantes y los funcionarios públicos. Apuntó que en una sociedad democrática las autoridades estatales se rigen por un criterio de máxima divulgación, según el cual toda información se presume accesible y hay un sistema restringido de excepciones. Afirmó que toda persona tiene derecho a solicitar información, sin necesidad de que acredite un interés particular en esa información.

Finalmente, en consonancia con el dictamen fiscal, consideró que los ciudadanos y quienes participan de la vida política interna del colegio profesional demandado tienen derecho a acceder a la información sobre sus actividades, de modo tal de garantizar la participación y el control democrático, máxime cuando no se alegó la concurrencia de alguna excepción.

-II-

Disconforme con ese pronunciamiento, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal interpuso recurso extraordinario federal (fs. 308/318), que fue concedido por la cuestión federal invocada y rechazado por la arbitrariedad atribuida a la resolución (fs. 329), sin que existan constancias de la presentación de queja.

La recurrente invoca la existencia de cuestión federal a partir de la interpretación de las normas en juego. Al respecto, afirma que el tribunal a qua ha realizado una lectura equivocada del decreto 1172/03 y de la jurisprudencia de la Corte Suprema. En este sentido, entiende que las disposiciones del referido decreto no resultan aplicables, en principio, al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, puesto que no figura expresamente entre los sujetos obligados por dicha normativa, ni se lo puede considerar implícitamente incluido, dado que no forma parte del Estado Nacional, no depende

del Poder Ejecutivo Nacional y no recibe fondos públicos en forma directa o indirecta.

Por otra parte, sostiene que la cámara interpreta erróneamente el alcance de los fines públicos que, según la ley 23.187, cumple dicho colegio profesional. Considera que esos fines públicos se refieren únicamente al gobierno de la matrícula y al régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal y que, en consecuencia, las únicas disposiciones del decreto CAF 28786/2015/CA1 - CS1 “Mihura Estrada Ricardo y otros el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal si Amparo Ley 16986” 1172/03 que, por excepción, le resultan aplicables son aquellas que se vinculan a tales fines. De ello se desprende, según la recurrente, que solamente se encuentra obligada a hacer pública la información vinculada con los datos de los matriculados y las sanciones disciplinarias.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas federales -decreto 1172103, arts. 14, 16, 32 Y 33, Constitución Nacional, arto 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos y arto 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- (Fallos: 335:2393, “ADC” y 337:256, “CIPPEC cl ENM” Desarrollo Social”) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

-IV-

En el sub lite corresponde determinar si el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal se halla obligado a brindar a los actores -en su carácter de abogados matriculados y delegados titulares de la Asamblea de Delegados del mencionado colegio profesional- la información contable y presupuestaria solicitada en atención a lo dispuesto por el decreto 1172/03 y las normas constitucionales que garantizan el acceso a la información pública.

En el caso “Asociación por los Derechos Civiles c/ EN- PAMI” (Fallos: 335:2393, “ADC”) la Corte Suprema decidió que una institución pública no estatal-el Instituto Nacional de Ser-

vicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI)- se hallaba obligada a brindar datos sobre su publicidad oficial en aras de garantizar el derecho de acceso a la información pública.

Allí recordó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desprendido el derecho de acceso a la información del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, consagrados en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Subrayó también, invocando la doctrina sentada por el tribunal interamericano en el caso “Claude Reyes y otros vs. Chile” (sentencia del 19 de septiembre de 2006, párr. 77), la idea de que el derecho de acceso a la información resulta fundamental en toda sociedad democrática y tiene una doble vertiente: como derecho individual de toda persona a buscar información y como obligación positiva del Estado de garantizar que se pueda acceder a la información solicitada o que, en su defecto, se reciba una respuesta fundamentada cuando exista una restricción legítima. Asimismo, señaló que la información solicitada debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, es decir, que en materia de acceso a la información pública la legitimación activa es amplio

En cuanto a los sujetos obligados a brindar información pública, la Corte Suprema dijo que “para que los Estados cumplan con su obligación general de adecuar su ordenamiento interno con la Convención Americana en este sentido, no solo deben garantizar este derecho en el ámbito puramente administrativo o de instituciones ligadas al Poder Ejecutivo, sino a todos los órganos del poder público [...] Dicha amplitud supone incluir como sujetos obligados no solamente a los órganos públicos estatales, en todas sus ramas y niveles, locales o nacionales, sino también a empresas del Estado, hospitales, las instituciones privadas o de otra índole que actúan con capacidad estatal o ejercen funciones públicas” (considerando 10°).

Precisó que “... que aun cuando el recurrente no posea naturaleza estatal, dadas sus especiales características y los importantes y trascendentes intereses públicos involucrados, la negativa a brindar la información requerida constituye un acto arbitrario e ilegítimo en el marco de los

principios de una sociedad democrática e implica, en consecuencia, una acción que recorta en forma severa derechos que son reservados c..) a cualquier ciudadano, en tanto se trate de datos de indudable interés público y que hagan a la “Mihura Estrada Ricardo y otros el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal si Amparo Ley 16986” transparencia y a la publicidad de gestión de gobierno, pilares fundamentales de una sociedad que se precie de ser democrática” (considerando 7°). Y concluyó que “el objeto del reclamo trata de la solicitud de una información pública a una institución que gestiona intereses públicos y que detenta una función delegada del Estado, siendo indiscutible la interacción entre el ente demandado y la administración estatal (confr. dictamen fiscal de fs. 92/97). Por lo que, con ese alcance, la asociación actora posee el derecho a que le brinden la información solicitada en forma completa y la demandada tiene la obligación de brindarlo, siempre que no demuestre -circunstancia que no se ha dado en la especie- que le cabe alguna restricción legal” (considerando 13°).

En ese marco jurídico, cabe destacar que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal es una persona jurídica de derecho público no estatal que ejerce funciones delegadas por el Estado. En efecto, gestiona intereses públicos en materia de control del ejercicio de la profesión de abogado, gobierno de la matrícula y poder disciplinario sobre sus matriculados en el ámbito de la Capital Federal (arts. 17 y 20, incs. a y b, ley 23.187).

La interacción entre el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y el Estado se desprende, además, de otras finalidades generales reconocidas por el legislador; por ejemplo, contribuir al mejoramiento de la administración de justicia o colaborar con los poderes públicos en la elaboración de la legislación en general (art. 20, incs. e y h, ley 23.187). Esa interacción luce más evidente aun a poco que se repara en que dicha entidad cuenta con representantes permanentes en el Consejo de la Magistratura de la Nación y en el Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados (arts. 2 y 22, ley 24.937 y sus modificatorias), órganos constitucionales de indudable naturaleza estatal y fines públicos (arts. 114 y 115, Constitución Nacional).

Con respecto a la naturaleza de la información requerida, cabe destacar que la información contable y presupuestaria del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal reviste un carácter eminentemente público, no solo por ser materia inherente al control del gobierno de la entidad, sino también porque los recursos de dicho colegio profesional se conforman sustancialmente con aportes obligatorios fijados por ley y que deben ser integrados por la totalidad de los profesionales matriculados (art. 51, ley 23.187).

En este punto corresponde señalar que media una directa vinculación entre el acceso a la información y el resguardo de la transparencia y la publicidad de la gestión de los asuntos públicos, lo que resulta aplicable a un entidad que administra fondos que resultan de aportes compulsivos fijados por la ley. Ello además se ve reforzado por el principio de máxima divulgación que rige en la materia, según el cual toda información en poder de autoridades públicas debe presumirse accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones legales (Fallos: 335:2393, “ADC”).

Finalmente, en lo que respecta a la legitimación activa, esta ha sido interpretada con un alcance amplio que no requiere acreditar un interés calificado del demandante (Fallos: 335:2393, “ADC”; 337:256, “CIPPEC”; 339:827, “Garrido”, y dictamen de esta Procuración General de la Nación en este último caso, 19 de agosto de 2015). De allí resulta razonable considerar que tienen legitimación los integrantes del órgano colegiado de gobierno del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que debe analizar -aprobar o rechazar- los balances y presupuestos anuales de la institución, y que, de Ilse modo, invocan un interés concreto y directo en contar con la información necesaria para llevar a cabo esa evaluación.

En este orden de ideas, cabe concluir que los actores tienen derecho a que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal les brinde la información solicitada en forma completa e integral y que este tiene el deber de brindarla en atención a lo dispuesto por las normas constitucionales que garantizan el derecho de acceso de la información pública y por el decreto 1172/03,

máxime cuando no se ha acreditado la existencia de alguna excepción legal.

Finalmente, cabe señalar que la solución que propicio es consistente con la Ley 27.275 de Acceso a la Información Pública (B.O. 29 de septiembre de 2016), en especial lo normado en su artículo 7, inciso 1.

-V-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 22 de noviembre de 2017.— *Víctor Abramovich*.

Buenos Aires, 18 de marzo de 2021

*Considerando:*

Que esta Corte comparte las consideraciones del dictamen del señor Procurador Fiscal de la Nación, a cuyos términos cabe remitir en razón de brevedad (doctrina de Fallos: 335:2393).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Horacio Rosatti*. — *Carlos F. Rosenkrantz*.

Voto del doctor *Rosenkrantz*

*Considerando:*

Que esta Corte comparte las consideraciones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos cabe remitir por razones de brevedad (Fallos: 335:2393).

La naturaleza pública del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal ha sido afirmada por esta Corte en diversos precedentes (Fallos: 308:987, “Ferrari”, y 315:1830, “Colegio Público de Abogados de Capital Federal”). En particular, en el segundo de los precedentes citados, esta Corte afirmó que la entidad funciona con el carácter, derechos y obligaciones de las personas de derecho público, cumpliendo un cometi-

do administrativo para el que lo habilita su ley de creación, actuar que se rige por la ley 23.187 y supletoriamente por la ley 19.549 —que rige con carácter general los procedimientos administrativos ante la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada—. Por otro lado, agregó que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal no es una asociación (art. 14, Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y, que este por delegación circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal, como auxiliares de la administración de justicia.

La jurisprudencia de esta Corte que ha determinado la naturaleza pública del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal exige, entonces, la publicidad de sus estados contables.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia recurrida. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

## TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES

**Perspectiva de género. Violencia económica. Situación de vulnerabilidad. Hija que debía recibir una cirugía. Absolución.**

1. — Debido a las especiales condiciones y circunstancias de vida de la imputada, se observa un supuesto de especial vulnerabilidad de la mujer en un contexto de violencia de género y necesidad económica, cuyo análisis no puede limitarse únicamente a las disposiciones del art. 43, inc. 3 del Cód. Penal, sino que debe incluir los principios rectores de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque constitucional.
2. — Desconocer la situación de necesidad que primó sobre la imputada, quien se encontraba angustiada por la salud de su hija y la imposibilidad económica de hacer frente a la cirugía que el médico le prescribió con urgencia, así como la presión que recaía sobre ella por ser el principal sostén económico y emocional de su familia, implica caer en una mirada sesgada del caso, carente de toda perspectiva de género, propia de las estructuras androcéntricas que rigieron y aún persisten en el derecho penal.
3. — Aun cuando se encuentren acusadas de delitos, las mujeres son sujetos de protección especial y merecen acceso a la justicia bajo los principios de igualdad y no discriminación.
4. — En atención a las especiales circunstancias del caso se verifica un interés que trasciende a las partes con una proyección cierta hacia el resto de la sociedad; y la presentación ha sido efectuada por una institución especialista en la materia cuya misión radica en brindar por el acceso a la justicia de las mujeres en conflicto con la ley penal, sin discriminación y con perspectiva de género.
5. — Se tiene por probado que la acusada era la única fuente de sustento económico de su familia, compuesta por ella y sus dos hijos menores; que se encontraba en una situación económica desfavorable, sin cobertura médica y escasos ingresos; que fue víctima de violencia física y psicológica de gravedad por parte de su pareja durante 6 años, situación que persistía en el aspecto psicológico y económico al momento de los hechos, y que su hija de dos años de edad, que padece una malformación congénita en su mano izquierda, debía recibir una cirugía reconstructiva urgente.
6. — La circunstancia de que la hija de la imputada deba ser evaluada por un equipo de manos pediátrico en nada modifica lo que esta sabía al momento del hecho y motivó su comportamiento. Esto es que su hija necesitaba ser operada con urgencia y que la operación tenía un valor de 100.000 a 200.000 pesos, lo que le era imposible afrontar debido a su situación de vulne-

rabilidad. En consecuencia, no caben dudas de la existencia de un mal inminente a cuya merced se encontraba.

7. — Resulta evidente la diferencia que existe entre los bienes jurídicos en juego. Por un lado, en términos abstractos se encuentra involucrada la salud pública —en este caso por el transporte de una cantidad inferior a un kilo de cocaína que era transportado por una mujer “mula” en su cuerpo—, y por el otro, en términos bien concretos, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija de tan solo dos años que se encuentra en la etapa de desarrollo. En consecuencia, no existen dudas que, en este particular supuesto, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija era el bien con mayor protección legal.
8. — Prescindir del contexto de violencia y vulnerabilidad para analizar la procedencia del estado de necesidad justificante llevaría a incurrir en una posible causa de violencia institucional por omisión de la dimensión de género y a efectuar una interpretación *in malam partem*, en contraposición con los principios de legalidad, pro homine y pro libertate que operan en nuestro sistema de garantías como límites al abuso del poder penal del Estado.
9. — Las especiales condiciones de vida de la imputada constatadas en la sentencia producto de la situación de violencia y vulnerabilidad económica que padecía, así como la ausencia de posibilidades para acceder a un trabajo mejor remunerado, redujeron sus posibilidades de elección para actuar conforme a derecho.

**CFCasación Penal, 05/03/2021. - R., M. C. s/ audiencia de sustanciación de impugnación (art. 362).**

[Cita on line: AR/JUR/1062/2021]

Causa FSA 12570/2019/10

Buenos Aires, marzo 5 de 2021.

La doctora *Ledesma* dijo:

I. Que, por sentencia del 8 de noviembre de 2019, el juez Mario Héctor Juárez Almaraz, inte-

grando el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy de modo unipersonal, resolvió: “I. Absolver de culpa y cargo a M. C. R., de las demás condiciones personales consignadas, del delito de transporte de estupefacientes que fuera acusada, sin costas, ordenando su inmediata libertad —cfr. arts. 34 inc. 3 del Código Penal, 303, 308 y 309 del CPPF—”.

Contra dicho pronunciamiento, el fiscal federal subrogante, Sebastián Gabriel Jure, interpuso impugnación que fue concedida con fecha 29 de noviembre de 2019.

El 6 de diciembre, el fiscal general ante esta Cámara, Raúl Omar Pleé solicitó la integración colegiada del tribunal para resolver la impugnación en curso. La defensa se opuso a dicha integración y el doctor Eduardo R. Riggi, por resolución del 9 de diciembre de 2019 —Reg. nro. 2/2019— hizo lugar a lo peticionado y dispuso la integración colegiada del Tribunal para entender en el caso.

El 10 de diciembre, a través de la oficina judicial, se sorteó a los magistrados Eduardo Rafael Riggi, Liliana Elena Catucci y Juan Carlos Gemignani para intervenir en el caso.

El 19 de diciembre, esta Cámara Federal de Casación Penal, integrada de forma colegiada por los doctores Eduardo Rafael Riggi, Liliana Elena Catucci y Juan Carlos Gemignani —luego de celebrarse la audiencia prevista en el artículo 362 del CPPF—, hizo lugar, por mayoría, a la impugnación planteada por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas; condenó a M. C. R., como autora penalmente responsable de transporte de estupefacientes (art. 5 inc. “c” de la ley 23.737); y devolvió las actuaciones *in quo* para la realización de la audiencia de determinación de pena prevista en el art. 304 del Código Procesal Penal Federal (cfr. legajo judicial N° FSA 12.570/2019/5, reg. N° 3/2019).

El titular de la Defensoría Pública Oficial N° 1 ante esta sede, Dr. Enrique María Comellas, impugnó dicha decisión de conformidad con lo previsto en el art. 364 del Código Procesal Penal Federal, formándose, el 6 de noviembre de 2020, el legajo de impugnación FSA 12.570/2019/8.

El 23 de diciembre de 2020, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por

los doctores Guillermo J. Yacobucci, Alejandro W. Slokar y Carlos A. Mahiques, resolvió, por mayoría: “Hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa pública oficial, anular la resolución del 9 de diciembre de 2019 —reg. nro. 2/2019— que integró este órgano jurisdiccional de manera colegiada, y los actos consecutivos que dependen directamente de esta, y REMITIR el presente legajo a la Oficina Judicial a fin de que desinsacule un juez de revisión con funciones de casación para que, de manera unipersonal, entienda en la impugnación presentada por el representante del Ministerio Público Fiscal el 25 de noviembre de 2019, contra la absolución dictada en favor de M. C. R., sin costas...” (cfr. legajo judicial no FSA 12.570/2019/8, reg. N° 41/2020).

El 3 de febrero de 2021, se formó nuevo legajo de audiencia de impugnación a los fines previstos en el artículo 362 del Código Procesal Penal Federal y se sorteó al magistrado que habrá de conocer en ella de modo unipersonal, resultando desinsaculada la doctora Ángela Ester Ledesma (Ac. 17/2020), por lo que el caso llega así a mi conocimiento.

II. El representante del Ministerio Público Fiscal al impugnar la absolución de M. C. R. consideró que el juez de juicio aplicó erróneamente las prescripciones del art. 34 inc. 3 del CP, “ya que, para decidir, no tuvo en cuenta fundamentos válidos y respaldados por elementos probatorios producidos en el debate y resolvió en base a apreciaciones personales”.

Señaló que la defensa no ha logrado acreditar que exista una causa que justifique la afectación del bien jurídico protegido por la norma “Salud Pública”, pues no acompañó prueba que acredite el mal que pretendió evitar ni los extremos necesarios para configurar aquel permiso. “Más aún, (...) la conducta desplegada por la imputada no se efectuó para evitar ninguna situación, sino para juntar dinero para la supuesta operación que pretendía realizar a su hija menor”.

Agregó que no se probó en el juicio que R. haya cometido el delito que se le achaca, empujada por ser víctima de “la situación de violencia que supuestamente padecía”. En esta línea, manifestó que el propio juzgador admitió que la imputada no fue obligada por su expareja a

cometer el hecho ilícito que se le imputa, y que, según la psicóloga y la asistente social, la nombrada se encontraba estable y tranquila, viviendo en la casa de sus padres desde diciembre de 2018. En consecuencia, infirió que la decisión impugnada se basó en apreciaciones personales del juez que no encuentran fundamentos en las pruebas producidas en el debate.

Por otro lado, adujo que aun cuando se considere que el mal mayor estaba constituido por la discapacidad de su hija y que iba a ser paliada con la operación, lo cierto es que ello no se solucionaría con el delito cometido pues “la misma imputada refirió al momento de prestar declaración en el juicio que recibiría como pago la suma de US\$700, y si pensaba operarla en un sanatorio privado, ese monto no alcanzaba para cubrir siquiera la mitad de la cirugía que supuestamente le realizaría a su hija; y además, porque ese tipo de operaciones está cubierta íntegramente por el Hospital Materno Infantil de la provincia de Salta de manera gratuita”.

Refirió que no se vislumbra en el caso que la situación de necesidad alegada por la defensa de R. importara la existencia de un peligro inminente sobre el bien jurídico que se pretendía salvar, pues se admitió que en ningún momento hubo peligro de vida para la niña.

Además, señaló que la defensa no acreditó que la imputada hubiera agotado todas las vías posibles alternativas a la comisión del delito, considerando que los dichos de la psicóloga y los certificados médicos aportados no son suficientes para acreditar esos extremos.

Para finalizar, recalcó que debe tenerse en cuenta la gravedad del delito que se imputa vinculado al tráfico de estupefacientes, el que representa una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos. Aludió, además, a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino en la persecución de esos delitos.

Hizo reserva del caso federal.

III. El 25 de febrero del corriente se llevó a cabo, de manera remota y virtual, la audiencia prescripta por el art. 362 del ritual, tal como

consta en el acta confeccionada por la Oficina Judicial.

En primer término, hizo uso de la palabra el Fiscal General, Raúl Omar Pleé, quien luego de hacer una reseña del hecho, cuestionó que el accionar de R. se encuentre justificado por haber sido víctima de violencia por un hecho que ocurrió 6 meses antes del presente o por la situación de salud que atravesaba su hija.

Señaló que, si bien en el caso existe un mal, que es el problema de salud de la niña, no existe urgencia que implique la necesidad de que su madre se oriente al delito para evitar ese mal. Tampoco se observa inminencia ni inevitabilidad de utilizar otro medio distinto al delito para evitar ese mal.

Con respecto a la patología de la menor, refirió que se presentó un certificado médico que decía que era necesario efectuar una cirugía, cuyo costo podría ser de 100.000 o 200.000 pesos. Sin embargo, consideró que debía prestarse especial atención a la declaración del doctor L. (parte nro. 3 del debate, min 9.30) donde declara que vio a M. R. dos veces, que no recuerda haber visto a la niña y que su diagnóstico fue sobre una radiografía. Asimismo, señaló que le indicó una rehabilitación por un equipo de manos pediátrico que se podía hacer en el hospital de Salta, Tucumán o Córdoba, y que, en el hospital materno infantil de Salta, se podía hacer en forma gratuita. Asimismo, señaló que según el doctor L. la cirugía se podía diferir en el tiempo porque requería de un equipo de manos que debía evaluar a la niña para determinar si efectivamente se podía estimular el crecimiento óseo de las falanges. De modo que consideró descartada la urgencia.

Por otro lado, refirió que el dinero proveniente del delito no era la única forma de operar a su hija y que no se encontraba en una situación económica de vulnerabilidad que le impidiera viajar en micro al Hospital materno infantil de Salta para hacer atender a su hija de manera gratuita.

Por otro lado, cuestionó que sus niveles de autodeterminación para cometer el delito fueran producto de una situación de vulnerabilidad o violencia de género.

En este sentido, sostuvo que debía prestarse especial atención a la declaración en juicio de las licenciadas que desarrollaron el informe psicosocial. Con relación a la declaración de la Licenciada Padilla pidió que se ponga énfasis en el bloque 1 del debate (min 32, min 37.30 y min 43), porque si bien se expresó en el informe que al momento de los hechos había una situación de riesgo moderada, al ser consultada en el debate ella y la psicóloga Mercado dijeron que entrevistaron a una vecina de su actual domicilio, quien les indicó que no había existido ninguna situación de violencia.

Por otro lado, indicó que de sus declaraciones también se desprende que su expareja le había entregado la tarjeta para el cobro de su salario, que era de 8.000 pesos. Expresó que, si bien se dijo que él le exigía pagar los impuestos de su casa, lo cierto es que ella tenía su tarjeta, cobraba su salario, lo que le permitía cubrir los gastos de supervivencia para ella y sus hijos, más allá de los aportes que pudieran hacer sus padres.

Asimismo, se remitió a los dichos de la Psicóloga Mercado, en punto a que la madre de R. era quien manejaba la tarjeta de cobro, y cuando el señor A. reclamó la devolución, ella se negó a dársela. De ese modo concluyó que, quien recibe la violencia económica es quien trabaja y su salario es cobrado exclusivamente por la madre de sus hijos. En definitiva, consideró que no existe un supuesto de violencia de riesgo moderado motivado en lo económico.

Por todo ello, sostuvo que en el caso no existe violencia de género ni existe una situación de supresión de su posibilidad de autodeterminación, tampoco existe urgencia en la situación médica de la niña dado que tiene que ser atendida por un equipo interdisciplinario que evalúe su situación, y tiene posibilidades de atención por un equipo de salud pública.

En estas condiciones, consideró que el tribunal erró arbitrariamente en su razonamiento, lo que descalifica a la decisión como acto jurisdiccional válido.

En esta línea, solicitó que se declare a M. C. R. como responsable penalmente de la infracción al artículo 5 inciso "c" de la ley 23.737, requiriendo que, en el caso de que el tribunal haga

lugar a su pretensión, se disponga el reenvío de las actuaciones al tribunal de origen, a efectos de completar la sentencia —juicio de cesura— en la que se declara la responsabilidad penal de la imputada. Hizo reserva del caso federal.

El Dr. Enrique Comellas, por su parte, consideró que si bien es cierto —como sostiene el fiscal— que el último proceso de violencia física padecido por su defendida fue en diciembre de 2018, y que a partir de allí se mudó a la casa de sus padres, también es cierto que a partir allí se establece un escenario en el que las propias licencias intervinientes advierten episodios de violencia económica y psicológica de parte de su expareja.

Con respecto a la tarjeta de débito, está acreditado en el juicio, como sostuvo el fiscal, que su expareja se la daba y se la sacaba y que a raíz de ello la madre hizo de mediadora. Pero destacó que ella tramitó la asignación universal por sus dos hijos una vez que se separó. Además, cuando su expareja estuvo sin trabajo le pedía que le pague los impuestos de la casa donde antes vivían. Por otro lado, refiere que R. una vez que se separa inicia un proceso psicológico para superarse y empieza a preocuparse por la situación de salud de su hija, que tenía una malformación en su mano. Así es que después de varias averiguaciones cae en manos del doctor L., quien le dice que tenía que operar cuanto antes, por la temprana edad, para poder revertir la malformación congénita. Expresó que todo este contexto, nos permite entender el estado de necesidad en el presente caso.

Señaló que, para hablar de las características del caso, primero es necesario referirse a la legislación aplicable en la materia. En esta línea, hizo referencia a la denominada “CEDAW”, la Convención “Belém do Pará” y la ley 26.485.

Se remitió a las consideraciones de la ley vinculadas con la violencia psicológica y la violencia institucional. En primer lugar, consideró que es importante entender la violencia psicológica para poder determinar qué grado de acatamiento a las normas le era exigible a su defendida en el contexto que estaba atravesando. Por otro lado, sostuvo que del cotejo de esas normas se desprende que la justicia tiene el deber de juzgar con una perspectiva de género, y que si no lo

hace podría incurrir en una causal de violencia institucional.

Luego de reseñar las normas, principios y jurisprudencia que entendió aplicable a la materia, consideró que una interpretación de la causal de justificación teniendo en cuenta estos conceptos es una exigencia del principio de no discriminación y no una aplicación benevolente de las mujeres que se encuentran en situación de vulnerabilidad o violencia de género.

Consideró que si bien es cierto —cómo dice el fiscal— que su defendida cumple los estereotipos de mujeres en situación de vulnerabilidad económica, cabeza de familia monoparental, que a cambio de una escasa remuneración se arriesga a realizar un ilícito, lo cierto es que en el juicio se acreditaron características excepcionales del presente caso.

En esta línea, aludió a las declaraciones de las profesionales que intervinieron en el caso y remarcó que la Licenciada Padilla, más allá de referirse a un riesgo moderado, concluyó que “la violencia psicológica y económica se cronifica hasta la fecha”. Con respecto a la Psicóloga Mercado, refirió que en su declaración expresó que R. ante situaciones de estrés se desestabiliza emocionalmente, su inmadurez la expone a riesgos y que no cuenta con herramientas necesarias para acudir a vías saludables que puedan favorecerla. Agregó que estaba angustiada por la salud de su hija a quien quería mejorar su calidad de vida, y que es esperable una situación de ansiedad elevada, inseguridad, baja autoestima que pudo haber obstaculizado su capacidad para pedir ayuda (hora 1 min 11). Remarcó que existe una gran dificultad para salir de este tipo de situaciones y que, pese a la separación, R. no podía terminar definitivamente con el dominio de su expareja.

En consecuencia, sostuvo que el análisis del fiscal resulta fragmentado porque R. todavía estaba atravesando un proceso de angustia, que seguía sometida psicológica y económicamente a su ex y que necesitaba ayudar a su hija.

Con respecto a la urgencia del daño, sostuvo que, si bien el doctor L., quien expidió el certificado médico que decía que tenía que ser operada con urgencia, también dijo en el juicio que

tienen que ser atendida por un equipo de manos para que haga el seguimiento, esa es una información ex post facto, sobre la que la su defendida no había tenido acceso. Refirió que no es una operación sencilla, que requiere desarrollo y seguimiento y que el mismo doctor L. reconoció que en toda la provincia de Jujuy no había personal idóneo ni especializado para hacer esa operación, y que solo se podía hacer en el Hospital Posadas o en el Hospital de Niños de la ciudad de Buenos Aires.

Puntualizó que en la audiencia de juicio quedó acreditado que su hija se puso a llorar y le dijo “mamá no tengo mi mano”, lo que muestra cómo impacta el sufrimiento de la niña en M. R., una persona con las características de vulnerabilidad en las que se encontraba.

Con respecto a la ponderación de males, sostuvo que se trata de un supuesto de narcomenudeo, porque la persona transportaba lo que podía en su cuerpo, y en un supuesto donde la cadena de tráfico estaba bastante alejada de los consumidores, pues todavía no había llegado a su destino, no había sido fragmentado, ni estaba en un puesto de venta. En ese contexto, comparado con la salud y bienestar de su hija, la ponderación de males adquiere otro nivel y debemos juzgarlo poniéndonos en sus zapatos y no en los nuestros.

Refirió que no tenía otros medios lícitos, pues según quedó acreditado no tenía un trabajo formal, no tenía obra social, las veces que consultó en Salta no la atendieron por haber llegado tarde, y que para poder trasladarse hasta allí tenía 14 horas de viaje en micro en total, lo que debía hacer con su hija en su regazo para no pagar dos pasajes.

Detalló que por las particulares patologías que tenía la hija, había una grave dificultad al acceso a la salud que normalmente el Estado debe brindar a sus ciudadanos.

Por todo ello, consideró que el juez concluyó fundadamente que R. obró en un estado de necesidad justificante.

Finalmente citó el caso “Suarez Eiguez” de la provincia de Jujuy y requirió que se evalúe el caso con perspectiva de género.

Concluyó que el Fiscal ha manifestado un criterio discrepante pero no ha demostrado que la sentencia resulte infundada, arbitraria o inflexible, solicitando, en definitiva, se rechace su impugnación.

Luego abordó lo relativo a la solicitud de reenvío formulada por la contraparte, disintiendo en cuanto a la imposibilidad de que en esta instancia se practique un juicio de cesura y haciendo referencia a sus impugnancias —desdoblamiento recursivo y posterior tratamiento separado en esta instancia—.

El Dr. Raúl O. Pleé formuló sus réplicas y reiteró que no es la casación quien debe realizar el juicio de cesura.

A fin de favorecer el contradictorio, en los términos del artículo 362 del Código Procesal Penal Federal, concedió la palabra al asistente técnico, quien respondió a los dichos del fiscal y reafirmó la motivación de su asistida en el estado de salud de su hija y su angustia. Finalmente, solicitó a la señora presidente si así lo desea, tenga bien dar lectura a la presentación efectuada por la doctora Julieta Di Corleto y el doctor Gabriel Anitua de la Comisión de Temática de Género de la Defensoría General de la Nación, en calidad de *Amicus Curiae* en donde se hace un análisis de los requisitos de las causales de justificación que estima aplicables a derecho.

El doctor Pleé se opuso a la incorporación de un documento formulado por la Defensoría General de la Nación utilizando la institución del *Amicus Curiae*, en tanto y en cuanto la Defensoría Pública no reviste la calidad de tercero sino la de parte en este proceso y siendo que, además, está representada por el doctor Comellas y que tampoco forma parte del contradictorio. Por ello, solicitó que el escrito sea devuelto por intermedio de la Oficina Judicial.

Por su parte, el Dr. Comellas explicó la función de la Comisión de Género y adujo que la presentación cumple con la reglamentación tanto de la Corte como de la Cámara en cuanto a las presentaciones por escrito y que el juez está en todo su derecho de valerse o no de ese documento que está a su disposición y que no merece demasiadas preocupaciones al respecto.

Así las cosas, luego de un cuarto intermedio adelanté mi decisión de rechazar la impugnación deducida por el Ministerio Público y confirmar la absolución de M. C. R. dispuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal de Jujuy, y di a conocer algunos de los fundamentos centrales en forma verbal. Sin perjuicio de ello, anuncié que en el plazo de ley se hará conocer la fundamentación escrita para que las partes puedan acceder a ella y adoptar el temperamento que estimen corresponder.

IV. De manera preliminar antes de ingresar al tratamiento de la cuestión de fondo que motivó la impugnación del representante del Ministerio Público Fiscal, habré de efectuar algunas consideraciones sobre el sistema procesal imperante, en atención a que el presente caso se inició y desarrolló íntegramente según las previsiones del nuevo Código Procesal Penal Federal.

Así pues, con la implementación del CPPF (conforme Leyes N° 27.063, 27.272 y 27.482, texto ordenado por Decreto 118/2019, BO del 08/02/2019, y la Res. N° 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación, BO del 19/11/2019 y ss.), en el ámbito de la justicia federal, se dio inicio a un profundo proceso de transformación del sistema de enjuiciamiento penal, que abre las puertas a la ineludible instauración del modelo de proceso acusatorio diseñado por nuestra Constitución Nacional (art. 118, 18, 75 inc. 22 de la CN, 26 de la DADDH, 10 y 11.1 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP —que expresamente ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los considerandos 7° y 15° del precedente “Casal” Fallos 328:3399—), y comienza a dejar atrás al antiguo sistema inquisitorial tan arraigado en nuestra cultura jurídica.

Este cambio de sistema no solo implica una característica del proceso penal, sino que constituye en esencia una nueva forma de organización de los tribunales.

Así, con el abandono del sistema inquisitivo —de raigambre autoritario— se deja atrás la organización jerárquica, burocrática y verticalizada de los tribunales, con la consecuente concentración de funciones para pasar a un proceso de toma de decisiones horizontal, cuyo paradigma esencial consiste en la separación de las

funciones de enjuiciamiento y postulación, que pone a las partes como verdaderas protagonistas del conflicto y ubica al juez en el rol de tercero imparcial. Al mismo tiempo, permite que las decisiones surjan de audiencias públicas y contradictorias, ubicando al juicio oral y público en el centro del proceso, por constituir el único escenario propicio en el que las partes pueden presentar su caso, examinar y contraexaminar la prueba, argumentar y contraargumentar en pos de obtener un veredicto imparcial (por parte un tribunal técnico o un jurado popular). De esta manera, es precisamente el litigio que se produce en el juicio oral y público lo que torna a un conflicto institucionalizado con la finalidad de pacificarlo y darle respuesta.

De ahí que el Código receptara en su art. 2 del CPPF una serie de principios que gobiernen las diversas etapas del proceso penal acusatorio. En efecto, el art. 2 del nuevo código procesal declara: “Durante todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, intermediación, simplicidad, celeridad y desformalización. Todas las audiencias deben ser públicas, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código”.

Este ha sido sin duda un paso trascendental para instaurar definitivamente el modelo adversarial en la justicia federal, y merece reconocimiento y celebración. Sin embargo, no debemos olvidar que un modelo de enjuiciamiento no se transforma solo con el cambio de un Código Procesal, sino que debe ir acompañado de un conjunto de prácticas que contribuyan con desencadenar ese proceso de evolución.

En este sentido, Alberto Binder sostiene “la reforma de la justicia penal debe ser vista como un cambio de prácticas. Actualmente lo que llamamos justicia penal es un conjunto de prácticas (no siempre apegadas a los códigos) que se sustentan en la fuerza de la rutina, la adhesión de los operadores y las funciones reales que ellas cumplen. El nuevo sistema de justicia penal también será un conjunto de prácticas. Por lo tanto, a partir de la entrada en vigencia del nuevo sistema se producirá un duelo de prácticas, entre las viejas y las nuevas, entre la tradición de las prácticas inquisitoriales y las nuevas formas de actuación del modelo adversarial.” (Binder,

Alberto M., “La implementación de la nueva justicia penal adversarial”, Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, ps. 153/154).

Así pues, es responsabilidad de cada uno de nosotros como operadores del sistema —y actores de la reforma— desarrollar prácticas que contribuyan con la definitiva instauración y afianzamiento del sistema. Parte de esta tarea será tomar conciencia del rol que las partes deben asumir durante el proceso, adecuar el lenguaje jurídico al nuevo modelo y evitar la reiteración automática de antiguas prácticas que tiendan a desvirtuar los fines del sistema adversarial, único modelo respetuoso del sistema de garantías constitucional y convencional que debe regir en un Estado de Derecho.

V. Sentado cuanto precede, habré de ingresar ahora al fondo de la cuestión traída a estudio.

a. Preliminarmente, no ha lugar a la oposición del Fiscal General de incorporar el *Amicus Curiae* presentado por los doctores Julieta Di Corleto y Gabriel Ignacio Anitua, cotitulares de la Comisión sobre temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación.

En efecto, la mencionada presentación cumple con los requisitos de la Acordada N° 7/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y de la resolución N° 92/2014 de esta Cámara Federal de Casación Penal.

En atención a las especiales circunstancias del caso se verifica un interés que trasciende a las partes con una proyección cierta hacia el resto de la sociedad (art. 1 res. CFCP 92/2014), y la presentación ha sido efectuada por una institución especialista en la materia cuya misión radica en bregar por el acceso a la justicia de las mujeres en conflicto con la ley penal, sin discriminación y con perspectiva de género.

A mayor abundamiento la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Furlan c. Argentina” del 31 de agosto de 2012 ha sostenido que “...en aras de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos judiciales con el fin

de garantizar la protección y defensa de los derechos de dichas personas” (párrafo 241).

Por lo demás, tampoco advierto afectación alguna a los derechos del fiscal, toda vez que, de acuerdo con el trámite del presente caso, ha tenido múltiples oportunidades de conocer los argumentos que allí se formulan.

b. Ahora bien, en lo que respecta a la decisión impugnada, es preciso señalar que el juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, teniendo en cuenta la convención probatoria de las partes, previa al juicio, sobre la existencia del hecho, la participación de la imputada, la calidad y cantidad de sustancia secuestrada, así como su encuadre legal (transporte de estupefacientes), tuvo por acreditado que “el día 3 de julio de 2019, alrededor de las 00:45 hs., en el marco de un procedimiento público de prevención instalado sobre la Ruta Nacional N° 34, a la altura del km. 1212, en Chalicán, Ledesma, Provincia de Jujuy, personal de la Sección “Chalicán” dependiente del Escuadrón 60 de Gendarmería Nacional, controló un colectivo de la empresa “Flecha Bus” que procedía de la Localidad de Salvador Mazza, Salta, y que tenía como destino la Ciudad de Córdoba. Una vez que se hizo descender a la totalidad de los pasajeros para un control, una gendarme observó que una mujer, identificada posteriormente como M. C. R. que viajaba con una menor, mostraba una conducta evasiva y que, además, al bajar a la niña, poseía una protuberancia en la zona del abdomen.”

Expresó que “ante la sospecha de que podían encontrarse frente a un hecho delictivo y con la previa autorización del fiscal y juzgado intervinientes, en presencia de testigos se realizó a la señora R. una requisita, que permitió el hallazgo de un paquete rectangular, envuelto en cinta de color ocre, el cual llevaba adosado a la altura del abdomen con una faja elástica, cuya sustancia contenida, sometida a la prueba de orientación primaria arrojó resultado positivo para cocaína.”

Asimismo, señaló que “el posterior pesaje de la sustancia realizado en oportunidad de la extracción de muestras y la pericia química que se practicó a la sustancia, determinaron que se trató de 997,90 grs. de clorhidrato de cocaína

con una concentración del 87,7%, equivalente a 8751 dosis umbrales.”

Por todo ello, y habiendo constatado que la señora R. presenta capacidad para comprender la criminalidad de sus actos, concluyó que su autoría por el hecho se encuentra probada.

Al mismo tiempo, el magistrado consideró que en el caso se presentó un estado de necesidad que justifica la conducta desarrollada por M. C. R., con fundamento en la situación de vulnerabilidad, por tratarse de una víctima de violencia familiar o de género y la necesidad de brindar solución urgente a la dolencia de su pequeña hija, que padece una malformación congénita en su mano izquierda. En consecuencia, encuadró su situación en el art. 34 inc. 3 del CP y dictó su absolución.

Dicha resolución fue cuestionada por el Ministerio Público Fiscal, quien consideró que no se han acreditado los extremos necesarios para tener por probado el estado de necesidad justificante por lo que “la decisión se basó en apreciaciones personales del juez sin sustento probatorio.”

De este modo, la controversia se circunscribe a la procedencia de la mencionada causa de justificación.

c. Ahora bien, por las razones que a continuación expondré considero que el juez del tribunal oral valoró adecuadamente los hechos que excluyen la responsabilidad de M. C. R. conforme los preceptos legales y constitucionales que rigen la materia del presente caso.

Cabe señalar, en primer lugar, que atento a las especiales condiciones y circunstancias de vida de M. C. R., nos encontramos ante un supuesto de especial vulnerabilidad de la mujer en un contexto de violencia de género y necesidad económica, cuyo análisis no puede limitarse únicamente a las disposiciones del art. 43 inc. 3 del CP, sino que debe incluir los principios rectores de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman nuestro bloque constitucional (art. 75 inc. 12 CN).

Así pues, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado concretamente

que las mujeres cabeza de familia son personas en estado de vulnerabilidad (cfr. “Masacre de Mapiripán c. Colombia”, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párrafo 175).

Supuestos como el presente requieren protección especial pues así lo enunció la CIDH en el caso “Furlán c. Argentina”, al señalar que “...toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre...” (“Furlán c. Argentina”, sentencia del 31 de agosto de 2012, párrafo 134).

A su vez, el artículo 9 de la Convención “Belém do Pará” establece, “...los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará violencia cuando está la mujer que es objeto de embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.

En esta línea, el preámbulo de la mencionada Convención declara que la violencia contra las mujeres es una ofensa a la dignidad humana, y una manifestación de las relaciones históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Asimismo, la define como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como privado” (art. 1). Principios rectores que fueron recordados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes 334:1204, 336:392 y más recientemente, el 29 de octubre de 2019, en CSJ 733/2 18/CS1, “R. C. E. s/ recurso extraordinario”, en los cuales el Máximo Tribunal reforzó

la necesidad de incluir la perspectiva de género en los casos penales.

Cabe memorar que aun cuando se encuentren acusadas de delitos, las mujeres son sujetos de protección especial y merecen acceso a la justicia bajo los principios de igualdad y no discriminación. En esta línea, el Comité CEDAW ha observado que “los Estados partes están obligados, en virtud de los artículos 2 y 15 de la Convención, a asegurar que las mujeres cuenten con la protección y los recursos ofrecidos por el derecho penal y que no estén expuestas a discriminación en el contexto de esos mecanismos, ya sea como víctimas o perpetradoras de actos delictivos. (Comité CEDAW, recomendación general 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, párrafo 47).

En atención a lo expuesto, es claro que el análisis del presente caso requiere un enfoque integrador que incluya la perspectiva de género en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —“Convención Belém do Pará”— (CBP) y la ley 26.485, que imponen el deber de facilitar el acceso a la justicia, evitar la revictimización y garantizar la asistencia a las mujeres víctimas de violencia, además de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres —arts. 7.b de la Convención Belém do Pará— (cfr. causa 11.343 “Nadal, Guillermo F, s/ recurso de casación”, resuelta el 5 de septiembre de 2013, registro 1260/13).

Precisamente este ha sido el enfoque dado por el juez de juicio, quien luego de observar y evaluar toda la prueba producida en el debate —bajo los principios de contradicción e inmediación—, dio razones suficientes para tener por probado que M. C. R. era la única fuente de sustento económico de su familia, compuesta por ella y sus dos hijos menores; que se encontraba en una situación económica desfavorable, sin cobertura médica y escasos ingresos; que fue víctima de violencia física y psicológica de gravedad por parte de su pareja durante 6 años, situación que persistía en el aspecto psicológico y

económico al momento de los hechos, y que su hija de dos años de edad, que padece una malformación congénita en su mano izquierda, debía recibir una cirugía reconstructiva urgente.

Para tener por acreditados los hechos, el magistrado valoró especialmente el testimonio en juicio de las profesionales intervinientes, la declaración de la imputada, la historia clínica aportada por la defensa —donde consta la atención recibida el 25 de diciembre de 2018 en el hospital público a causa de un hecho de violencia de su expareja—, los certificados médicos que acreditan la discapacidad de su hija y la declaración del médico Traumatólogo Cirujano y Ortopedista de la menor, que prescribió la cirugía con urgencia.

Así pues, luego de haber corroborado esa base fáctica, por las declaraciones de los testigos en el juicio y la prueba documental incluida a través de ellos, el magistrado realizó una interpretación armónica del Código Penal de conformidad con nuestro bloque constitucional y concluyó que “el accionar de R. estuvo justificado porque con aquel intentó darle calidad de vida a su hija y la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba, la posicionó frente al delito como única alternativa posible.” En este sentido, sostuvo que la mujer no tuvo otros medios menos lesivos a los cuales recurrir antes de transportar la droga, para salvar otro bien de interés mayor amenazado, que era la vida e integridad psicofísica de su hija.

A mi modo de ver, la decisión se encuentra sustentada en las pruebas del caso y su razonamiento es una derivación lógica de los hechos corroborados en el juicio y la prueba legalmente incorporada al debate.

Así pues, las críticas del fiscal que se limitan a señalar un enfoque distinto que —según su visión— correspondía dar al caso, solo evidencian una mera disconformidad con el razonamiento asumido por el juez, que en modo alguno alcanzan para desvirtuar su decisión.

Desconocer la situación de necesidad que primó sobre M. R., quien —como sostuvo la defensa y confirmó el juez en la sentencia— se encontraba angustiada por la salud de su hija y la imposibilidad económica de hacer frente a la ci-

rugía que el médico le prescribió con urgencia, así como la presión que recaía sobre ella por ser el principal sostén económico y emocional de su familia, implica caer en una mirada sesgada del caso, carente de toda perspectiva de género, propia de las estructuras androcéntricas que rigieron y aún persisten en el derecho penal.

Es que “el servicio de justicia está erigido en la matriz misma del patriarcado, de modo que tiende a sostener y reproducir prácticas violentas presentes en el orden social. Ello se advierte con mayor intensidad en el derecho penal, que tiene una estructura androcéntrica y que no ha evidenciado evoluciones normativas ni organizacionales...” (cfr. Labozzetta, Mariela, “¿Tenemos política criminal en materia de violencia de género?” en *Sistemas judiciales* n° 22; Arduino, Ileana (dir.), “Género, diversidad sexual y justicia”, CEJA e INECIP, 2018. p 85).

No obstante, el sistema de justicia puede impulsar cambios, principalmente cuando toma consciencia (...) y promueve buenas prácticas. Los jueces por su parte contribuyen a ello cuando, en sus decisiones, tienen sensibilidad con las cuestiones de género, están atentos al contexto de los casos y las pruebas producidas en el proceso, identifican y nombran los estereotipos, los cuestionan y discuten sus efectos (Cardoso Onofre de Alancar, E., Universidad Autónoma de Madrid, “Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Eunomía. Revista Cultural de la legalidad*, N° 9 octubre 2015-marzo 2016, p. 40 citado en *Amicus Curiae* presentado por INECIP en Expte. FSA 203.556/2017, caratulado: “Suárez Eguez, Claudia s/ inf. Ley 23.737”).

Desde esta perspectiva es que abordaré y daré respuesta a cada uno de los agravios expuestos por el Ministerio Público Fiscal.

d. Cómo punto de partida cabe señalar que “las causas de justificación están vinculadas con un modelo concreto de sociedad, y de acuerdo con el estado de desarrollo de esa sociedad van a ir variando sus contenidos y límites” (Sallas Laura, profesora de derecho constitucional y teoría del Estado, Facultad de derecho de la UNT, en impacto y perspectiva de género en la dogmática penal” citado en *Amicus Curiae*, presentado por INECIP, op. cit.).

En este sentido, si bien el Ministerio Público Fiscal postula una interpretación dogmática y objetiva del estado de necesidad justificante, lo cierto es que dicho análisis no puede prescindir de los factores sociales de género, pobreza y violencia que gobiernan la sociedad actual y que se acentúan en determinadas regiones. En consecuencia, ese será el marco interpretativo a partir del cual trataré la impugnación.

Dicho ello, se observa como primer agravio, la ausencia en el caso de un mal inminente por no encontrarse en juego la vida de la niña. El agravio ha sido ampliado por el doctor Pleé en la audiencia ante esta Cámara, oportunidad en que descartó la urgencia del problema de salud de la menor por entender que la cirugía podía ser diferida en el tiempo ya que, según la declaración del doctor L., la niña debía ser evaluada por un equipo de manos pediátrico para determinar si efectivamente se podía estimular el crecimiento óseo de las falanges.

Ahora bien, si partimos de la base que “es inminente un mal a cuya merced se encuentra el sujeto” (cfr. Zaffaroni, Alagia y Slokar. “Derecho Penal. Parte General”, Ediar Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 634), entonces la inminencia del mal, en este caso, está determinada por la imposibilidad de R. —debido a su situación de vulnerabilidad— de asumir con la premura que el médico le había indicado el tratamiento reconstructivo de la mano de su hija. Desde esta perspectiva, resulta claro que cuanto antes se opere mayores posibilidades tendrá de mejorar su calidad de vida. Extremos que han sido valorados por el juez al señalar que “si un tratamiento quirúrgico reconstructivo puede contribuir a la mejora de su desarrollo psicofísico, indudablemente aquel resultará más beneficioso cuanto a más temprana edad se realice”.

De esta manera, la circunstancia que deba ser evaluada por un equipo de manos pediátrico, en nada modifica lo que R. sabía al momento del hecho y motivó su comportamiento. Esto es que su hija necesitaba ser operada con urgencia y que la operación tenía un valor de 100.000 a 200.000 pesos, lo que le era imposible afrontar debido a su situación de vulnerabilidad. En consecuencia, no caben dudas, a mi entender, de la existencia de un mal inminente a cuya merced se encontraba.

En otro sentido, el fiscal puso en duda que M. R. se encontrara en estado de vulnerabilidad o fuera víctima de violencia de género. Así, con cita en la declaración de las profesionales intervinientes, sostuvo que al momento del hecho la imputada vivía con sus padres, sin episodios de violencia física y tampoco económica debido a que tenía en su poder la tarjeta de débito de su expareja, con la que cobraba su salario de 8.000 pesos, lo que le permitía cubrir los gastos de supervivencia para ella y sus hijos.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos argumentativos realizados por el fiscal para descartar la situación de violencia que vivía R., cabe rememorar aquí las palabras del comité CEDAW en punto a que la definición de violencia de género no requiere “una amenaza directa e inmediata a la vida ni a la salud de la víctima” (cfr. Caso *V. K. c. Bulgaria* citado en Chinkin Christine, “Acceso a la justicia, género y derechos humanos”, en *Violencia de Género, Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2012, p.45).

Así pues, más allá de que R. efectivamente contara con la tarjeta del señor A. y su salario de 8000 pesos —salario que no alcanza ni mínimamente para cubrir las necesidades básicas de un grupo familiar—, no debemos olvidar que el sufrimiento psicológico actual de R. también es una consecuencia directa del ejercicio de violencia física que sufrió durante 6 años en su ambiente familiar por parte de su expareja.

En efecto, tal como recordó el doctor Comellas en la audiencia, de la declaración de la psicóloga Mercado se desprende que R. padece una “situación de ansiedad elevada, inseguridad y baja autoestima lo que pudo haber obstaculizado su capacidad de pedir ayuda” y que “pese a su separación, no podía terminar definitivamente con el dominio de su ex”.

En consecuencia, el fiscal hace un análisis parcializado de las circunstancias, argumentando insuficientemente que es posible vivir y abastecer las necesidades de su familia con el salario de 8.000 pesos de su expareja, a quien, además, le cedía parte de ese dinero para pagar los impuestos de la casa donde ella ya no vivía. Por otro lado, desconoce por completo el sufri-

miento emocional y el hostigamiento psicológico que aún persistía sobre R. Extremo que por sí solo constituye un grave escenario de violencia de género en los términos de las Convenciones citadas y que surge con claridad del informe psicosocial elaborado, el 7 de agosto de 2019, por la licenciada Padilla y la psicóloga Mercado. Allí las profesionales, luego de evaluar la situación familiar de R. y pronosticar una situación de riesgo moderada, sugirieron “la adopción de medidas de protección, tendientes al control de la violencia económica y el hostigamiento psicológico que continúa ejerciendo el señor A. en contra de la Sra. R., (...) el acompañamiento en la asistencia médica que debe recibir su hija por su salud, y una terapia psicológica para la Sra. M. R.”. Extremos que fueron corroborados en el juicio con la declaración de las profesionales.

En consecuencia, a partir de todo lo expuesto, no existen dudas, a mi entender, del contexto de violencia de género y vulnerabilidad económica que atravesaba R. al momento del hecho. Extremo que, además, ha sido abordado con profundidad en la sentencia cuestionada.

Por otro lado, el Ministerio Público Fiscal cuestionó la ponderación de bienes efectuada por el juez haciendo alusión a la especial gravedad del delito que se le imputa vinculado al tráfico de estupefacientes y a los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la persecución de dichos delitos.

Ahora bien, sin desconocer la trascendencia que reviste la persecución de ese tipo de criminalidad, no debe pasar inadvertido que, nos encontramos ante un supuesto de una mujer que actuó como “mula” o “correo humano”.

En este sentido, es preciso recordar que “[L]a criminalización del tráfico de drogas se ha acentuado en uno de los escalones más débiles: las mujeres. Dentro de los procesos de globalización económica, la creciente actividad femenina en los “nichos laborales” más precarios, peor remunerados y más peligrosos conduce a numerosas mujeres al comercio ilegal de drogas —una parte más del enorme mercado de economía informal, desregulada—, en el que son mayoritarias. (Ribas, Almeda y Bodelón, 2005, referenciadas en “Mujeres en prisión: los alcances del castigo”, CELS, Ministerio Público de la

Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011).

En este sentido, un informe sobre pobreza y derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que “La pobreza, la falta de oportunidades y las barreras al acceso a la educación ponen a mujeres y niñas en situaciones vulnerables, y hacen de ellas objetivos fáciles de la delincuencia organizada. De hecho, las mujeres con bajos niveles socioeconómicos y educativos figuran entre las personas en mayor riesgo de ser utilizadas para participar en operaciones delictivas como victimarias o como traficantes. La población de mujeres encarceladas por delitos relacionados con drogas, incluida la posesión, es muy alta y está en continuo crecimiento” (CIDH, Pobreza y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.164.Doc.147, 2017, párrafo 321).

Esta situación no debe pasar inadvertida por ser uno de los aspectos que remiten a nuestro modelo de sociedad actual. Así, siguiendo a Baccigalupo, en la medida que el estado de necesidad presupone necesariamente un conflicto de intereses, lo decisivo debe ser el merecimiento de protección de un bien concreto, en una determinada situación social, lo que permite al juzgador ponderar las circunstancias sociales y personales, en detrimento de una valoración que podría ser pura objetividad dogmática y absoluta injusticia para la suerte del caso (cf. Argibay, Carmen, en “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”. Baigún, D. y Zaffaroni, E. (comps.) Editorial Hammurabi, 1997, Argentina, ps. 625/642, citado en *Amicus Curiae* INECIP, op. cit.).

En el caso, nos encontramos ante una mujer que está a cargo de la manutención, cuidado y contención de sus dos hijos menores, en un contexto de violencia de género y con una situación socioeconómica desfavorable —en los términos de la Convención—, producto de las ocasionales y precarias actividades laborales a las que ha podido acceder, y que además no ha completado sus estudios secundarios (cfr. informe psicosocial). En esta tesitura, es que debe afrontar con carácter urgente la cirugía que el médico le prescribió a su hija.

Teniendo en cuenta el contexto analizado, resulta evidente, la diferencia que existe entre los bienes jurídicos en juego. Por un lado, en términos abstractos se encuentra involucrada la salud pública (el bien protegido y tutelado en la Ley de Estupefacientes N° 23.737) —en este caso por el transporte de una cantidad inferior a un kilo de cocaína que era transportado por una mujer “mula” en su cuerpo—, y por el otro, en términos bien concretos, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija de tan solo dos años que se encuentra en la etapa de desarrollo. En consecuencia, no existen dudas, a mi entender, que, en este particular supuesto, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija era el bien con mayor protección legal.

Más aún si tenemos en cuenta la incidencia psicológica que la malformación también produce en la vida de su hija y la carga emocional que eso conlleva sobre R. A tal efecto, resulta por demás ilustrativo el señalamiento concreto que hizo el defensor Comellas en la audiencia de esta Cámara, respecto a los episodios de angustia de la niña cuando le decía llorando a su madre “mamá no tengo mi mano”, extremo que también ha sido expuesto en el debate.

En esta línea, no podemos dejar de lado las presiones sociales y culturales que recaen sobre el rol materno de la mujer, que inevitablemente impactan en su estado emocional y juegan un rol significativo a la hora de decidir la ponderación de intereses en juego.

Desde esta perspectiva, no advierto fisuras en el razonamiento del tribunal, que tras observar y ponderar las circunstancias sociales y personales que expresan la situación de vulnerabilidad y violencia en la que se encontraba R., consideró que “eligió” un mal menor para salvar la integridad psicofísica de su hija.

Por último, el fiscal consideró que el dinero proveniente del delito no era la única alternativa posible para operar a su hija.

Al respecto, cabe señalar que según se acreditó en el juicio, M. R., no estaba inserta en el mercado de trabajo formal y su cobertura social era muy precaria. En efecto, al ser consultada sobre su actividad laboral contó que mientras duró su relación con el padre de sus hijos trabajó con el

tío de aquel, preparando sándwiches, que también era “bagayera” y ocasionalmente hacía trabajos de limpieza. En este contexto, cabe preguntarse ¿qué posibilidades reales tenía R. de actuar de un modo alternativo para que su hija no vea disminuido su proyecto de vida?

Para responder este interrogante, no debemos perder de vista las diferencias que existen entre hombres y mujeres para hacer frente a la pobreza. En este sentido, “las mujeres no solo cuentan con activos materiales más escasos, sino también con activos sociales y culturales más escasos, lo que las coloca en una situación de mayor subordinación” (Anitua, Gabriel Ignacio y Picco, Valeria Alejandra, op. cit., p. 242).

Desde este enfoque, no veo posible para R. afrontar la operación de su hija, que tenía un valor de entre 100.000 a 200.000 pesos. Por otra parte, tampoco veo viable la posibilidad de recurrir al Hospital Público de la provincia de Salta —como sostuvo el fiscal— o de Buenos Aires, debido a los insumos de tiempo y dinero que podría generar trasladarse hasta allí. En este sentido, el doctor Comellas refirió que el tiempo de viaje desde su lugar de residencia hasta la provincia de Salta, en micro, es de 14 horas (entre ida y vuelta), lo que implica destinar un día entero tan solo para realizar una consulta médica y, en caso de necesitar internación, inevitablemente se requerirán gastos de alojamiento, que R. no puede afrontar.

Así, resulta acertada la conclusión del juez en punto a que “la situación económica y familiar de la encartada, la falta de cobertura médica y los escasos ingresos que podía percibir realizando trabajos como bagayera o de limpieza, no le permitirían reunir una cifra tan elevada y para alguien en su situación, sin lugar a dudas, también se tornaría prácticamente imposible afrontar tan solo el costo de tener que trasladarse y alojarse junto a su hija en algún lugar alejado de la ciudad de Salvador Mazza para que recibiera tratamiento” (cfr. sentencia, p. 11 y 12).

Atendiendo a estas circunstancias, y solo desde su posicionamiento, podemos comprender las dificultades que concretamente tuvo M. R. para recurrir a otros medios menos lesivos.

Supuestos como el presente tornan imperioso evaluar con sumo cuidado las circunstancias personales de la persona en conflicto con la ley penal para poder establecer las posibilidades ciertas de actuar de un modo diferente, y evitar así el uso arbitrario del poder penal del Estado.

Precisamente uno de los grandes objetivos de la justicia penal es que con la aplicación del poder penal del Estado no se produzcan abusos que puedan estropear la vida de una persona. De allí se desprende la necesidad imperiosa de establecer un sistema de garantías, que funcione como un límite a ese enorme poder estatal y que proteja a los ciudadanos de cualquier uso arbitrario, injusto o ilegal, por ser el poder más violento y restrictivo que puede recaer sobre una persona.

En estas condiciones, prescindir del contexto de violencia y vulnerabilidad, para analizar la procedencia del estado de necesidad justificante, no solo nos llevaría a incurrir en una posible causa de violencia institucional por omisión de la dimensión de género, sino también a efectuar una interpretación *in malam partem*, en contraposición con los principios de legalidad, *pro homine* y *pro libertate* que operan en nuestro sistema de garantías como límites al abuso del poder penal del Estado.

En consecuencia, las especiales condiciones de vida de R. constatadas en la sentencia producto de la situación de violencia y vulnerabilidad económica que padecía, así como la ausencia de posibilidades para acceder a un trabajo mejor remunerado, redujeron sus posibilidades de elección para actuar conforme a derecho.

En ese contexto, asiste razón a la defensa en punto a que la posibilidad de obtener dinero mediante actividades vinculadas a delitos de drogas fue, para M. R., la única alternativa posible para resolver el problema de salud de su hija de dos años.

Cabe señalar que “...aun cuando, desde el punto de vista psicológico, siempre cabe la posibilidad fáctica de actuar conforme a la norma, lo cierto es que el derecho no exige comportamientos heroicos” (Anitua, Gabriel Ignacio, Picco, Valeria Alejandra, op. cit., p. 241).

En consecuencia, no me queda más que coincidir con los argumentos expuestos en el *Amicus Curiae* por los defensores públicos Julieta Di Corleto y Gabriel Ignacio Anitua, cotitulares de la Comisión sobre temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, que razonablemente ponen foco en los condicionamientos por género, pobreza y violencia que afectaron a M. R., y condicionaron sus posibilidades de actuar conforme a derecho.

Por todo ello, resuelvo: Rechazar la impugnación deducida por el Ministerio Público Fiscal, sin costas y confirmar la absolución de M. C. R. dispuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy (art. 363, 365 y 386 primer y tercer párrafo del CPPF). Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 CSJN) y remítase mediante pase digital al tribunal de origen sirviendo la presente de atenta nota de envío. —  
*Ángela E. Ledesma.*

## SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

**Daños por cortes sufridos. Procedencia de la excepción de prescripción. Cómputo del plazo de prescripción. Aplicación temporal de la ley.**

1. — Cabe confirmar lo decidido por el a quo, al haber quedado alcanzados por el plazo de prescripción de tres años del art. 2561, párrafo 2, del Cód. Civ. y Com., los créditos derivados de los cortes de suministro anteriores a la entrada en vigencia de ese cuerpo normativo (esto es, los habidos entre el 05/08/2009 y el 16/10/2015).
2. — La prescripción que comenzó a computarse durante la vigencia del Código Civil derogado sigue su curso de conformidad con lo dispuesto en la actual legislación, debiendo ajustarse el plazo de la primera al límite impuesto por la segunda. Si el derecho del acreedor en un supuesto de responsabilidad contractual, como el que se ventila en la especie, ha comenzado a correr el 05/08/2009, esto es, en tiempos de la legislación saliente —puntualmente bajo la invocación del plazo decenal contemplado en el derogado art. 4023 del Cód. de Vélez—, la prescripción del derecho no se producirá el 05/08/2019 (esto es, diez años después), sino el 01/08/2018. Ello es así, en función de que el plazo que comenzó a correr conforme a la ley derogada no puede exceder lo contemplado en el mencionado párrafo 2 del art. 2561, Cód. Civ. y Com., el cual resulta ser —como se adelantara— de tres años, cuyo *dies ad quem* fue el 01/08/2015, fecha de entrada en vigor del Código Civil y Comercial.
3. — En materia de prescripción, la nueva redacción del art. 50 de la ley 24.240, según ley 26.994, suprime la existencia de plazos de prescripción específicos para las acciones judiciales basadas en la ley consumeril. Esto implica postular que la prescripción vigente en dicho artículo solo refiere a la de las sanciones administrativas previstas en el art. 47, ley 24.240 (apercibimiento, multa, decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción, clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta treinta días, suspensión de hasta cinco años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado y pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare).
4. — El art. 2560, Cód. Civ. y Com., establece el plazo genérico de cinco años para la prescripción, salvo que se postule uno diferente en la legislación local. Y esa excepción está prevista en el art. 2561, párrafo 2, Cód. Civ. y Com., que fija un plazo de prescripción de tres años para el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil, que es —en resumidas cuentas— el que resulta aplicable a la especie (daños por cortes de suministro de energía eléctrica). Ello, máxime cuando carece de incidencia al respecto el precepto del art. 1094, Cód. Civ. y Com., que prevé la vigencia de la norma más favorable al consumidor en caso de duda. Es que sin la existencia de dicha duda —legalmente establecida—, el planteo formulado deviene vacuo.

5. — Baste tan solo con reparar en que la acción del *sub lite* consiste en el cobro de los daños y perjuicios enrostrados por la pretensora a la accionada, lo que se traduce, sin mayores andamientos, en un “reclamo indemnizatorio de daños”, que es —precisamente— el presupuesto operativo del comentado art. 2561, Cód. Civ. y Com.
6. — No es un hecho controvertido que las partes se hallan vinculadas a través del contrato de suministro eléctrico domiciliario prestado por la demandada —en su rol de proveedora/distribuidora de electricidad— a favor de la parte actora —en el papel de usuaria— constituyendo, en lo que aquí interesa, una típica relación de consumo, con ajuste al primer párrafo del art. 3° de la ley 24.240, reformado por la ley 26.361.

**CNFed. Civ. y Com., sala III, 22/12/2020. - Álvarez, Eduardo Enrique y otro c. Edesur SA s/ daños y perjuicios.**

[Cita on line: AR/JUR/67436/2020]

Causa CCF 7781/2019

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, diciembre 22 de 2020.

*Considerando:*

I. Los actores iniciaron demanda de daños y perjuicios contra Empresa Distribuidora Sur SA (Edesur), a la que reclamaron \$340.000, con más intereses y costas, a causa de los cortes de luz y baja tensión sufridos por su parte en su domicilio particular, en el período comprendido entre el 05/08/2009 y el 05/08/2019 (excepto el lapso que va del 16/01/2014 al 24/01/2014, que fuera materia de otro reclamo judicial).

Al contestar la demanda, Edesur interpuso excepción de prescripción. Refirió que los cortes de luz ocurridos desde el 05/08/2009 hasta el 08/10/2016, inclusive, estarían prescriptos, conforme al plazo trianual comprendido en el art. 2561, párrafo 2°, Cód. Civ. y Comercial.

Dicha excepción fue respondida por la accionante el 31/08/2020, quien refirió que el nuevo Cód. Civ. y Comercial no modificaba los anti-

guos plazos prescriptivos, resultando aplicable el art. 4023 del derogado Cód. Civil.

II. El señor Juez *a quo*, en el pronunciamiento del 29/09/2020, sostuvo que, no obstante la divergencia de ambos litigantes en cuanto al plazo de prescripción que corresponde aplicar, era claro que en la medida en que el reclamo de autos fue iniciado durante la vigencia del nuevo Cód. Civ. y Comercial, le asistía razón a la accionada en cuanto a que el plazo en cuestión es el trianual, normado por el art. 2561, Cód. Civ. y Comercial.

En consecuencia, de acuerdo con lo previsto por dicha norma y considerando que la notificación de la audiencia de mediación se produjo el 16/10/2018 —es decir, pasados los tres años de la entrada en vigencia del nuevo régimen— estimó que correspondía hacer lugar al planteo de prescripción formulado por la demandada, respecto del período comprendido entre el 05/08/2009 y el 16/10/2015.

Impuso las costas en el orden causado, habida cuenta la complejidad y particularidades que exhibe la presente incidencia.

III. Al expresar agravios, la actora se quejó porque el señor juez de grado:

i) no evaluó debidamente que en el caso resultaba aplicable del plazo decenal del art. 4023, Cód. Civil, de acuerdo al normado por el art. 2537 del Cód. Civ. y Comercial.

ii) no tuvo presente que las acciones deducidas en autos derivaban del derecho del consumidor (art. 1094, Cód. Civ. y Comercial) por lo que, conforme al art. 7, Cód. Civ. y Comercial, los actores no podían ver afectados sus derechos de modo retroactivo.

iii) no sopesó que, en el mejor de los casos para la demandada, el plazo de prescripción aplicable era el quinquenal, revisto en el art. 2560, Cód. Civ. y Comercial.

De su lado, la demandada se agravó por la forma de imposición de costas de la excepción tratada, y solicitó que fuesen puestas enteramente en cabeza de la accionante.

IV. Sentado lo expuesto, a los fines de definir la problemática que convoca a esta Sala, no es un hecho controvertido que las partes de hallan vinculadas a través del contrato de suministro eléctrico domiciliario prestado por la demandada —en su rol de proveedora/distribuidora de electricidad— a favor de la parte actora —en el papel de usuaria— constituyendo, en lo que aquí interesa, una típica relación de consumo (tal como postula la quejosa), con ajuste al primer párrafo del art. 3° de la ley 24.240, reformado por 26.361.

En razón de ello, se debe tener en cuenta lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 3° de la ley de defensa del consumidor, que dispone que las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.

Es nítido que en materia de prescripción, la nueva redacción del art. 50, de la ley 24.240, según ley 26.994, suprime la existencia de plazos de prescripción específicos para las acciones judiciales basadas en la ley consumeril. Esto implica postular que la prescripción vigente en dicho artículo solo refiere a la de las sanciones administrativas previstas en el art. 47, ley 24.240 (apercibimiento, multa, decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción, clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta treinta días, suspensión de hasta cinco años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado y pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare).

De tal extremo, reconocido por la actora, se deriva que, para acciones como la de autos —las judiciales— se deba buscar la solución en las disposiciones del Cód. Civ. y Comercial.

En ese cometido, repárese en que el art. 2560, Cód. Civ. y Comercial, establece el plazo genérico de cinco años para la prescripción, salvo que se postule uno diferente en la legislación local.

Y esa excepción está prevista en el art. 2561, párrafo 2°, Cód. Civ. y Comercial, que fija un plazo de prescripción de tres (3) años para el

reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil, que es —en resumidas cuentas— el que resulta aplicable a la especie (cfr. esta CNCiv. Com. Fed., esta Sala III, causa 4101/2019, del 06/10/2020; ídem, causa N° 3766/2019, del 03/12/2020; Sala I, causa 3770/19, del 23/07/2020; Sala II, causa N° 3225/19, del 12/02/2020). Ello, máxime cuando carece de incidencia al respecto el precepto del art. 1094 Cód. Civ. y Comercial, que prevé la vigencia de la norma más favorable al consumidor en caso de duda. Es que sin la existencia de dicha duda —legalmente establecida—, el planteo formulado deviene vacuo.

Baste tan solo con reparar en que la acción del sub lite consiste en el cobro de los daños y perjuicios enrostrados por la pretensora a la accionada, lo que se traduce, sin mayores andamientos, en un “reclamo indemnizatorio de daños”, que es —precisamente— el presupuesto operativo del comentado art. 2561, Cód. Civ. y Comercial.

Para corroborar la certeza de la solución propiciada resta, sin embargo, definir qué sucede con los plazos de prescripción en curso al momento de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Comercial, como acaece en el sub lite, en atención al agravio por el cual la actora postula la aplicación del derogado art. 4023, Cód. Civil.

La respuesta a dicho interrogante está dada por el art. 2537 del Cód. Civ. y Comercial, norma donde se dispone que “los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior (...).”

Esto significa que la prescripción que comenzó a computarse durante la vigencia del Cód. Civil derogado sigue su curso de conformidad con lo dispuesto en la actual legislación, debiendo ajustarse el plazo de la primera al límite impuesto por la segunda.

De este modo, si el derecho del acreedor en un supuesto de responsabilidad contractual, como el que se ventila en la especie, ha comenzado a correr el 05/08/2009, esto es, en tiempos de la legislación saliente —puntualmente bajo la invocación del plazo decenal contemplado en el derogado art. 4023 del Cód. de Vélez—, la prescripción del derecho no se producirá el 05/08/2019 (esto es, diez años después), sino el 01/08/2018. Ello es así, en función de que el plazo que comenzó a correr conforme a la ley derogada no puede exceder lo contemplado en el mencionado párrafo 2° del art. 2561, Cód. Civ. y Comercial, el cual resulta ser —como se adelantara— de tres años, cuyo dies ad quem fue el 01/08/2015, fecha de entrada en vigor del Cód. Civ. y Comercial.

Por ende, el término decenal de prescripción previsto en el derogado art. 4023, Cód. Civil, pasó a transmutarse en un plazo de casi nueve años, habida cuenta que —malgrado lo postulado por el apelante— para el cómputo respectivo no es posible superar los tres años establecidos en el art. 2561, párrafo 2°, Cód. Civ. y Comercial, en función de lo dispuesto en el art. 2537 de igual cuerpo normativo, que no pregona excepción alguna al respecto en materia consumeril.

Es nítido que el día precedentemente citado (01/08/2018) fue superado el momento de notificarse la audiencia de mediación (16/10/2018; art. 1 y cc., ley 26.589) a la demandada.

Consiguientemente, cabe confirmar lo decidido por el *a quo*, al haber quedado alcanzados por el plazo de prescripción de tres años del art. 2561, párrafo 2°, de este último ordenamiento, los créditos derivados de los cortes de suministro anteriores a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Comercial. (esto es, los habidos entre el 05/08/2009 y el 16/10/2015).

V. En lo que atañe a las costas del proceso, y abordando ahora el agravio de la demandada, sabido es que en el sistema procesal argentino los gastos del juicio deben ser satisfechos —como regla— por la parte que ha resultado vencida en aquel. Ello así, en la medida que las costas son, en el régimen procesal, corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y se imponen no

como una sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido.

El Alto Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades que el art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación consagra el principio del vencimiento como rector en materia de costas, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota: de modo que quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar la contraria para obtener el reconocimiento de su derecho (CSJN, Fallos: 312:889, entre muchos otros).

Es cierto que esa es la regla general y que la ley también faculta al Juez a eximir de las costas al vencido, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito suficiente (arts. 68 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Pero ello, esto es, la imposición de las costas en el orden causado o su eximición —en su caso—, solo procede en los supuestos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis, su resultado o en atención a la conducta de las partes su regulación requiere un apartamiento de la regla general (cfr. Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, T. I, p. 491).

Así las cosas, malgrado lo manifestado por el apelante, esta Alzada coincide con el anterior Magistrado en la forma de imposición de costas propuesta para la primera instancia, vista la complejidad hermenéutica vislumbrada en el caso bajo examen —y en otros de similar tenor sobre los que esta Sala ha fallado recientemente, citados supra—, particularmente en atención a las modificaciones legislativas que afectaron al redacción del art. 50 de la ley 24.240.

Igual razonamiento cabe hacer extensivo respecto de las costas de Alzada (art. 68, párrafo 2°, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por ello, oído el señor Fiscal de Cámara, el Tribunal resuelve: i) confirmar la resolución apelada, en cuanto fue materia de agravio. ii) imponer las costas del proceso del modo dispuesto en el considerando V. El Señor Juez Guillermo Alberto Antelo no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109, RJN). El Señor Juez Eduardo Daniel Gottardi integra la Sala confor-

me a la Resolución N° 62 de Superintendencia de esta Cámara, del corriente año. Regístrese, notifíquese, publíquese y devuélvase. — *Ricardo G. Recondo. — Eduardo D. Gottardi.*

## DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES

**Perro peligroso que mata un can de menor tamaño. Derecho a una reparación. Ley 4078 de la Ciudad de Buenos Aires. Indemnización.**

1. — La circunstancia expresamente admitida de que el perro de raza pitbull que atacó y mató al can de menor porte de la vecina vivía en su domicilio y se hacía cargo del animal indicaría que el demandado debe responder por los daños provocados [1].
2. — La prueba de la agresividad del animal potencialmente peligroso ha sido puesta de manifiesto por la ineficacia de los esfuerzos de los vecinos para que el pitbull soltara su presa; e incluso por las declaraciones del agente de policía que, llamativamente, esperó la llegada del dueño para que fuera este quien lo neutralizase.
3. — El recurrente expresa que el can inexplicablemente salió del departamento siendo que por ello no llevaba correa, dado que se escapó solo, encontrándose en el *hall* del edificio con el perro de la actora. Tal explicación está lejos de la situación prevista en el art. 1127 del Cód. Civil, en cuanto a que “se hubiere soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de cuidarlo”, pues pone en evidencia que no arbitró los medios como para evitar que el perro saliera de su propiedad. Lo menos que puede observarse es que omitió efectuar el cerramiento adecuado exigido por la ley 4078 de la Ciudad de Buenos Aires.
4. — El derecho a una reparación —en el caso, por daños causados por animales— se encuentra contemplado en los arts. 17 (derecho de propiedad) y 19 (no dañar a otro) de la Constitución Nacional y en tal carácter ha sido reconocido por la Corte Suprema; como así también en la Conven-

ción Americana sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), entre otros, en sus arts. 5° (derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral), 21 (indemnización justa); y 63 (reparación de las consecuencias).

5. — Si solo se han detectado secuelas psíquicas —y no físicas—, deberán ser adecuadamente resarcidas. Si los menoscabos psíquicos generan incapacidad, han de ser reparados por este concepto, sin perjuicio de su repercusión ponderable al resarcir el daño moral.
6. — La circunstancia de que las secuelas sean leves y no le hayan impedido trabajar, como alega el recurrente, en modo alguno inhabilitan la determinación de una incapacidad, aunque sea acotada como la atribuida por la perita.

### CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

#### **El hecho dañoso:**

Perro que mata a un can de menor porte en el palier de un edificio.

#### **Componentes del daño:**

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$80.000.

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: \$20.000.

Daños varios: Se confirma la indemnización por gastos.

**CNCiv., sala G, 01/03/2021. - P. I., A. I. c. D., J. D. y otros s/ daños y perjuicios.**

[Cita on line: [AR/JUR/1003/2021](#)]

### JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala I, 18/11/2020, “Lazarte, Emilia Clementina c. Jerez, Alejandro Jesús s/ daños y perjuicios”, La Ley Online, [AR/JUR/65623/2020](#).

### COSTAS

Al demandado.

Expte. N° CIV 87.589/2015

**2ª Instancia.** - Buenos Aires, marzo 1 de 2021.

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Carranza Casares* dijo:

#### I. La sentencia

La sentencia de fs. 296/316 hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por A. I. P. y condenó a J. D. D. al pago de \$110.000, más intereses y costas por los daños provocados por su perro *pitbull* el 22 de mayo de 2015 en el edificio de la calle ... de esta ciudad. A la par desestimó el reclamo dirigido contra el consorcio de copropietarios.

#### II. El recurso

El fallo fue apelado por el vencido, que presentó su memorial a fs. 328/336, contestado a fs. 338/344, en el que cuestiona la responsabilidad asignada y lo determinado en concepto de incapacidad, daño moral y material emergente.

#### III. Ley aplicable

Aclaro, que en razón de la fecha en la que tuvieron lugar los hechos fundamento del reclamo, no corresponde la aplicación retroactiva de la normativa de fondo del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación (cf. art. 7 del citado, similar al art. 3 del Cód. Civil), sin que se advierta, ni menos aún se haya demostrado, que la aplicación de las nuevas disposiciones pudiesen conducir a un resultado diverso al arribado.

#### IV. Responsabilidad

La regulación de los daños provocados por animales ha sido una preocupación manifestada desde la antigüedad como lo atestiguan previsiones del libro del Éxodo (21, 28-32), de Las leyes de Platón (libro IX) y del Código de Hammurabi (250, 251, 252) (1).

Vélez Sarsfield reguló el tema bajo el título de los daños causados por animales en ocho artículos que es necesario recordar.

Como regla, el propietario de un animal, doméstico o feroz, es responsable del daño que causare. La misma responsabilidad pesa sobre la persona a la cual se hubiere mandado el animal para servirse de él, salvo su recurso contra el propietario (art. 1124). La responsabilidad del dueño del animal tiene lugar, aunque el animal, en el momento que ha causado el daño, hubiere estado bajo la guarda de los dependientes de aquel. No se salva tampoco la responsabilidad del dueño, porque el daño que hubiese causado el animal no estuviese en los hábitos generales de su especie (art. 1126).

El propietario de un animal no puede suscribirse a la obligación de reparar el daño, ofreciendo abandonar la propiedad del animal (art. 1131) (2).

La normativa del Cód. Civil original dio lugar a distintas interpretaciones vinculadas con el tipo de responsabilidad que preveía, subjetiva u objetiva.

En este sentido, ha dicho la sala que la concepción subjetiva de la responsabilidad del dueño del animal es la doctrinariamente conocida como “culpa en la guarda” según la teoría francesa de los hermanos Mazeaud que en nuestro medio adoptó Llambías, en tanto que la corriente más actual prescinde lisa y llanamente de la idea de culpa para atenerse a un factor objetivo de imputación (3).

Tradicionalmente se sustentó el deber de responder del dueño o guardián del animal en la noción subjetiva de culpa, por no haberlo vigilado o cuidado correctamente a efectos de evitar que ocasione un daño; pero más modernamente la doctrina se inclina por encuadrar la situación fundando la responsabilidad en el riesgo creado (4).

Es dable mencionar que también se han propuesto posturas intermedias (5).

Los artículos recordados establecen ciertamente una presunción de responsabilidad (o de culpa) con excepciones como la excitación del animal por un tercero (art. 1125) la fuerza mayor o culpa imputable al que sufrió el daño (art. 1128) o la provocación por el animal ofendido (art. 1130), que se relacionan con la apari-

ción de una causa ajena al dueño o guardián, a la manera de lo que ocurre con la responsabilidad objetiva.

El art. 1127 contempla una exención vinculada con la responsabilidad subjetiva ya que la exime si el animal “se hubiere soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de guardarlo”.

Al respecto se ha señalado que aun cuando se sostenga que el Cód. Civil lo autoriza a ello, le será virtualmente imposible al guardián o guardador acreditar que sin culpa de él se soltó o se extravió el animal que luego causó el daño. Es que, en verdad, nos encontramos ante una genuina “obligación de resultado” a cargo del guardián y entonces el incumplimiento o el fracaso de esa obligación de custodia o guarda ponen de manifiesto ineluctablemente la culpa del mismo guardador. Este debió tomar las precauciones pertinentes para que el animal no se soltara ni extraviara; y desde que no puede considerarse un imposible la tarea que le competía de cuidar del animal, entonces se concluiría que si la bestia se escapó es porque no se tomaron las medidas y precauciones del caso. El simple incumplimiento muestra la negligencia del guardador y compromete su responsabilidad, de modo que solo pueda liberarse por vía de la demostración de la falta de víctima, o de un tercero, o de un caso fortuito ajeno a la tarea de custodia. En suma, genéricamente, debe acreditarse la “causa ajena” (6).

La jurisprudencia de la Cámara Civil se expresado a favor de la responsabilidad objetiva (7) o por una postura que a partir de la presunción de culpa arriba a resultados similares (8).

En la actualidad el Cód. Civ. y Comercial ha simplificado las soluciones al tratar el tema en un solo artículo y al determinar claramente la responsabilidad objetiva. Dice el art. 1759 que el daño causado por animales, cualquiera sea su especie, queda comprendido en el art. 1757 (Hecho de las cosas y actividades riesgosas).

A la luz de lo expuesto he de examinar esta causa.

Ante todo, observo, en relación con lo manifestado por el vencido respecto del sobresei-

miento dictado en el expediente criminal, que el fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital del 2 de abril de 1946, “Amoruso, Miguel G. y otra c. Casella, José L.,” expresa que: “El sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria del procesado recaída en el juicio criminal, no hace cosa juzgada en el juicio civil, el primero en absoluto y la segunda respecto a la culpa del autor del hecho, en cuanto a su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados”.

Y en similar sentido ha expresado la Corte Suprema que la autoridad de cosa juzgada reconocida por el art. 1103 del Cód. Civil (ver art. 1777 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) a la sentencia penal absolutoria queda limitada a la materialidad de los hechos y a la autoría, pero sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa (9).

De allí que en nada obsta el sobreseimiento para el dictado de una sentencia de condena en este proceso civil.

En esta causa no es materia de controversia que el perro *pitbull* del demandado J. D. D., encargado del edificio, mató al perro de la demandante llamado “B.”

En el juicio penal iniciado a raíz del hecho, el agente de policía interviniente dio cuenta el mismo día del suceso que en el palier de la planta baja del edificio de la calle ... “observa a un grupo de personas que se encontraban intentando separar a dos caninos que se hallaban forcejeando siendo uno de estos de la raza *Pitbull*, el cual tenía al restante canino sujetado desde su mandíbula a la altura del cuello y que lo sacudía de un lado hacia el otro sin cesar, siendo que el otro perro al parecer no tenía signos de vida. Que ante esto el declarante intenta realizar lo mismo que las personas presentes en el lugar, pero denotando el *pitbull* una agresividad hacia cualquier persona que intentaba acercarse a este, pero que luego de unos momentos el dueño del mismo logra hacer que su mascota desprendiera de la boca al otro perro, procediendo a encerrarlo en el interior de la portería”.

A. P. Z., domiciliada en el edificio, contó en ese proceso que diez minutos antes al regresar

a su hogar junto con su hija se le había acercado el *pitbull* y le había olfateado la pierna. Cuando estaba en su departamento escuchó gritos y bajó “vi al perro ese grande agarrando el perro chiquito de P., creo que cuando bajé lo había destrozado ya” (fs. 25).

Otra vecina, G. C. C., narró que “bajé despacio por las escaleras y vi al perro grande este, el *pitbull*, destrozando al perro chico, que estaba muerto ya, había sangre. Estaba la hermana del portero limpiado con un trapo, y nadie podía hacer nada ante esa situación, llegó la policía que preguntó por el dueño, nadie sabía dónde estaba, hasta que apareció de repente. Entró el encargado, habló con la policía y se acercó al perro soltó al otro perro y lo metió en el departamento” (fs. 26).

E. N. D., hermana del demandado, relató “sentí los gritos de ella y bajé inmediatamente, tratamos de separar a los perros con otro vecino, cuyo nombre no recuerdo, creo que vive en PB al lado del ascensor. No llegamos a separar a los perritos porque el perro grande agarró al chiquito y justo ahí pasó un policía. Llegó la policía y al minuto llegó mi hermano, el dueño del perro” (fs. 27).

En el proceso civil, A. P. Z. amplió sus dichos respecto del “pitbull, color galletita, té con leche, marrón clarito”, “se vino corriendo desde el fondo el perro, yo estaba con mi hija que la puse detrás de mí por miedo, el perro frenó delante nuestro, me empezó a olfatear la pierna y todo, la verdad que era bastante intimidante, me asusté por mi hija y por mí, dije ‘chau pierdo la pierna...’ Minutos después empezó a escuchar gritos “Lo que vi es a este perro enorme con otro perrito en la boca, que corría de un lado para el otro, con sangre alrededor, y me fui. No podía hacer nada yo y me ponía en riesgo, y escuchaba el llanto de una mujer que venía del fondo, de las escaleras que dan al segundo cuerpo...era un llanto desconsolado”. Agregó que su marido que regresaba a su hogar le contó “que la policía no ingresaba porque la única opción era matarlo porque seguía con el bicho en la boca y que pudo ingresar cuando vino el encargado, le dio voz de alto al perro, largó a la presa y lo agarró”. “El olor a sangre era repugnante, mi hija quedó consternada durante días, le tuve que explicar

a mi hija a qué se debía. El olor estuvo durante días, no salía con nada” (fs. 139/141).

G. C. C. volvió a contar “cuando yo bajé vi que el *pitbull* estaba sobre el perro chico” y estaban en ese momento la hermana del encargado, un vecino y otras personas, cuando llegó la policía ella se retiró. Añadió que “el lugar del hecho fue la planta baja y había restos de sangre en el pasillo” (fs. 137/138).

G. F. S., otro habitante del edificio, dijo “Vi que había un perro grande con uno chiquito. Vi que el perro grande tenía agarrado del cuello el perro chiquito y que caminaba por el palier, después yo subí a mi casa porque qué podía hacer yo. Vi ahí a la señora P., que estaba en el pasillo, entonces la acompañamos y la dejamos dentro de mi casa, ahí es donde se lavó las manos. No sé si la señora tenía algún tipo de lesión” (fs. 142).

E. E. M., también vecina, expresó “yo estaba afuera del edificio y no me dejaron entrar. Lo que yo vi es que estaba un perro muerto, era chico, el color era oscuro. Yo estaba con mi hija no quería que viese nada. Cuando yo entro con mi nena veo a la dueña del perro que estaba sentada en la escalera, la invito a mi casa, porque estaba con sangre en las manos, para que se las lave y mi marido G. F. S., le dio un vaso de agua”. “Vi sangre en el largo del palier, el olor a sangre...” (fs. 154/155).

El demandado aun en el memorial se refiere al perro *pitbull*, que se llamaría W. (fs. 53 vta.) como “el perro que vivía en mi domicilio”, como si no quisiera asumir que era su propietario. Sin embargo, tanto su hermana como la administradora del consorcio de copropietarios (fs. 59) así lo han señalado y, hasta él mismo se ha referido a “mi perro” a fs. 67 de proceso penal. Asimismo, en los documentos del Instituto de Zoonosis figura como propietario o tenedor responsable (fs. 111 y fs. 170/172). De todos modos, la circunstancia expresamente admitida que vivía en su domicilio y se hacía cargo del animal indicaría que debe responder por los daños provocados (art. 1124 citado).

El propio demandado ha acompañado, además, la carta documento que le dirigió la administradora que expresa “atento a los graves

hechos ocurridos el día 22 de mayo de 2015 entre las 19 y 20 horas, en que el perro de su propiedad se encontraba circulando por espacios comunes del consorcio y habiendo atacado y matado a un can de una copropietaria, atento a la gravedad del hecho ocurrido y la falta de guarda de su mascota se le aplica sanción disciplinaria de suspensión por dos días” (fs. 59). Y en la asamblea realizada en el hall del edificio el 27 de julio de 2015 él manifestó que era su voluntad reparar el daño causado por su perro con dinero de su propio peculio y por decisión propia ya que desde su punto de vista el consorcio no era culpable de sus errores (fs. 53 y 275).

En el memorial aduce que no está acreditado cuál de los perros fue el que atacó primero, sin advertir que aun desde la perspectiva subjetiva ya señalada la prueba de la provocación del “animal ofendido” estaba a su cargo como para desvirtuar la presunción de culpa (arts. 1124 y 1130 aludidos) (10). Con mayor razón ello es así si encuadra el supuesto como de responsabilidad objetiva.

Además, no se ha alegado ni, menos aún, demostrado que el *pitbull* hubiera tenido siquiera algún rasguño provocado por el perro de menor porte.

No puedo soslayar, en este orden de ideas, que la ley 4078 de la Ciudad de Buenos Aires (año 2011) reputa a los perros de la raza *pitbull* terrier como “perros potencialmente peligrosos” (art. 3) y dispone que sus dueños “deberán llevarlos por la vía pública provistos de bozal y sujetos con una correa corta de un máximo de dos metros no extensible” y “en propiedades privadas se deberá garantizar un cerramiento adecuado para proteger a las personas que desde el exterior se acerquen a ellas” (art. 6). Los dueños o tenedores de perros considerados potencialmente peligrosos deberán contar con seguro de responsabilidad civil que cubra los gastos de los daños o lesiones que puedan producir los mismos a terceros (art. 9).

El recurrente expresa que “el can inexplicablemente salió del departamento siendo que por ello no llevaba correa, dado que se escapó solo, encontrándose en el hall del edificio con el perro de la actora” y al ser indagado ensayó una explicación al decir que “ese día aparentemen-

te el perro debe haberse colgado del picaporte y abrió la puerta, pero como no estuve no puedo afirmarlo, imagino que eso es lo que sucedió porque no pudo haber pasado otra cosa”.

Tal explicación, obvio es decirlo, está lejos de la situación prevista en el citado art. 1127 en cuanto a que “se hubiere soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de cuidarlo”, pues pone en evidencia que no arbitró los medios como para evitar que el perro saliese de su propiedad. Lo menos que puede observarse es que omitió efectuar el “cerramiento adecuado” exigido por la citada ley 4078.

La prueba de la agresividad del animal potencialmente peligroso, asimismo, ha sido puesta de manifiesto por la ineficacia de los esfuerzos de los vecinos para que el *pitbull* soltara su presa, e incluso por las declaraciones del agente de policía que, llamativamente, esperó la llegada del dueño para que fuera este quien lo neutralizase.

Este cúmulo de razones me inducen a postular la confirmación de la responsabilidad adecuadamente atribuida en la sentencia.

#### IV. Los daños

En la determinación de los daños, como es criterio de esta Sala, no he de aplicar el Cód. Civ. y Com. de la Nación por no encontrarse vigente al tiempo de configurarse el perjuicio constitutivo de la responsabilidad (cf. art. 7 del citado cuerpo legal y 3 del Cód. Civil) (11).

Al respecto, tengo presente que el derecho a una reparación se encuentra contemplado en los arts. 17 (derecho de propiedad) y 19 (no dañar a otro) de la Constitución Nacional y en tal carácter ha sido reconocido por la Corte Suprema (12); como así también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), entre otros, en sus arts. 5 (derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral), 21 (indemnización justa); y en su art. 63 (reparación de las consecuencias) (13).

##### a. Incapacidad

Este tópico, enmarcado en el derecho a la salud y a la integridad, cuenta con soporte constitucional.

El derecho a la salud está reconocido en los arts. 41 y 42 de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 12, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ver asimismo el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Y el derecho a la integridad física está contemplado en el art. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ver asimismo el art. 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Esta sala reiteradamente ha sostenido que el daño psíquico no constituye una partida autónoma ya que carece de autonomía indemnizatoria pues, en tanto daño patrimonial indirecto, integra el de incapacidad y en cuanto a aspecto extrapatrimonial, el daño moral. Es que, en realidad, no cabe confundir el bien jurídico afectado, esto es la integridad física y psíquica, con los perjuicios que de ella derivan que solo pueden comportar daños patrimoniales indirectos —incapacidad— o daño extrapatrimonial —moral— (14).

En tal orden de ideas la Corte Suprema ha postulado que, aunque se reconozca autonomía conceptual al daño psíquico o psicológico por la índole de la lesión que se causa a la integridad psicofísica de la persona, ello no significa que haya de ser individualizado como un rubro compensatorio autónomo para ser sumado al daño patrimonial o moral (15).

Obviamente, si solo se han detectado secuelas psíquicas —y no físicas— estas deberán ser adecuadamente resarcidas. Si los menoscabos psíquicos generan incapacidad, como se ha verificado en esta causa, han de ser reparados por este concepto, sin perjuicio de su repercusión ponderable al resarcir el daño moral.

Tal como lo ha expresado el máximo tribunal federal en múltiples oportunidades, cuando la

víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad deber ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (16).

El apelante hace especial hincapié en que no está probado que el *pitbull* hubiera mordido a la reclamante, pero parece no advertir que el juez no ha tenido por demostrada esta circunstancia que calificó como “por demás controvertida” (lo que ha sido consentido por la actora) y no otorgó reparación alguna por secuelas físicas.

La perita psicóloga en su dictamen de fs. 179/185 señaló a raíz de lo acontecido se observaba una fuerte orientación paranoide tanto a nivel conductual como cognitivo, lo que implicaba que la demandante percibía al medio como una amenaza para su integridad, sintiéndose culpada, maltratada o castigada injustamente, y concluyó que presentaba una incapacidad del 2% como consecuencia del incidente por padecer una reacción vivencial anormal neurótica (R.V.A.N.) con manifestación fóbica, gado II.

La eficacia probatoria del dictamen ha de estimarse de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386 del Código Procesal), teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, las observaciones formuladas y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 477 del citado cuerpo legal).

A pesar de que en nuestro sistema el peritaje no reviste el carácter de prueba legal, si el experto es una persona especialmente calificada por su saber específico y se desempeña como auxiliar judicial distinto de las partes, la prudencia aconseja aceptar los resultados a los que haya llegado, en tanto no adolezca de errores manifiestos, o no resulte contrariado por otra probanza de igual o parejo tenor (17).

Aun cuando las conclusiones del dictamen pericial no obligan a los jueces en la ponderación de la prueba, para prescindir de ellas se re-

quiere, cuanto menos, que se les opongan otros elementos no menos convincentes (18). Si no se observan razones que desmerezcan sus asertos, corresponde asignarle suficiente valor probatorio (19).

Ello es lo que ocurre en el caso pues las impugnaciones formuladas por el demandado a fs. 191/192 sin aval de profesional en la materia fueron suficientemente respondidas por la experta a fs. 215/218, sin que explique el apelante las consecuencias de haber utilizado una versión del manual estadístico distinta de la por él indicada en el memorial. Además, recuerdo que al responder a las observaciones, la licenciada en psicología destacó la circunstancia de que no había participado ningún consultor técnico en el estudio practicado, explicó que el hecho por ser un acto irruptor y abrupto, algo inesperado, había roto con su posicionamiento y que observaba en la peritada una actitud cautelosa, alerta, expectante y temerosa que suponía la presencia de síntomas que reaparecían toda vez que era necesario evitar una situación de peligro como medio de defensa. Por otra parte, la perita ya había manifestado en su dictamen que la examinada se había inclinado a exagerar levemente el malestar percibido, pero había aclarado que su perfil no cumplía con los criterios de simulación.

Advierto, asimismo, que la circunstancia de que las secuelas sean leves y no le hayan impedido trabajar, como alega el recurrente, en modo alguno inhabilitan la determinación de una incapacidad, aunque sea acotada como la atribuida por la perita.

Pongo de relieve, al efectuar la estimación del tópicos por incapacidad, que como este tiene por fin compensar la genérica disminución de aptitudes patrimoniales tanto en el aspecto laboral o profesional como en las áreas social, familiar y educacional, debe acordársele un capital que, invertido razonablemente, produzca una renta —a una tasa de descuento pura— destinada a agotarse junto con el principal al término del plazo en que razonablemente pudo haber continuado desarrollando actividades de tal índole (20).

Por ello, como regla, ha de tomarse en consideración la disminución de la aptitud del de-

mandante para realizar actividades productivas hasta la edad jubilatoria y las económicamente valorables hasta la de expectativa de vida (21) según fuentes del INDEC (22).

En razón de todo lo dicho, habida cuenta las condiciones personales de la damnificada a la fecha del hecho: de 56 años, soltera, psicóloga y empleada en la Obra Social Ferroviaria con ingresos acreditados de \$15.512, domiciliada en el inmueble donde ocurrieron los hechos (fs. 1, 4, 9 y 51 de la causa penal; fs. 1, 2, 3 y 6 del incidente de beneficio de litigar sin gastos, y fs. 179, 220, 230 y 231 del principal), propicio mantener los \$20.000 establecidos en el fallo.

#### b. Daño moral

En lo atinente a la reparación del daño moral —prevista en los aplicables arts. 522 y 1078 del Cód. Civil y en el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación— sabido es que está dirigida a compensar los padecimientos, molestias e inseguridades, únicamente desde el plano espiritual, cobrando especial importancia la índole de las lesiones y el grado de menoscabo que dejaren, para mostrar en qué medida ha quedado afectada la personalidad y el sentimiento de autovaloración.

El detrimento de índole espiritual debe tenerse por configurado por la sola producción del episodio dañoso, ya que se presume —por la índole de los daños padecidos— la inevitable lesión de los sentimientos de la demandante y, aun cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir —dentro de lo humanamente posible— las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por el actor, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este (23).

Al respecto, tomo en consideración las características de la agresión y muerte de la mascota elocuentemente descripta por los testigos, lo señalado por el agente de policía en cuanto a que “se encontraba muy consternada sentimentalmente, por lo que casi no podía hablar”

(fs. 1 vta. causa penal), lo cual fue corroborado por los dichos de los vecinos “tengo entendido que ese animalito lo tenía desde que nació” (fs. 138), “era un llanto desconsolado” (fs. 140), “estaba devastada, completamente deprimida, llorando, muy angustiada” (fs. 140 vta.), “dejé de verla en el edificio y me enteré que se había ido a vivir a otro lado y que había alquilado el departamento” (fs. 141), “estaba llorando” (fs. 142 vta.).

De igual modo testimoniaron las pacientes de la reclamante “me dejó de atender, hacía terapia en ese edificio y bueno desde esa fecha nunca más, era su mascota, le tenía mucho cariño...” (fs. 230), “tuvo que dejar de atender, al menos eso fue lo que pasó conmigo” (fs. 231). Y una amiga contó que “quedó tan desestabilizada y no pudo atender pacientes allí. Tuvo que hacer un tratamiento psicológico ella también, tuvo que comenzar terapia para recuperarse porque era inevitable cada vez que entraba a su casa recrear el suceso que había ocurrido ese día” (fs. 143 vta.).

En consecuencia, ponderando lo reclamado, las mencionadas condiciones personales y sociales del reclamante, la existencia de un padecimiento espiritual provocado por el incidente y sus especiales características, como así también las secuelas sufridas ya descritas, postulo no disminuir la suma de \$80.000 asignada por la sentencia.

#### c. Gastos

Se ha dicho reiteradamente que los gastos médicos y farmacéuticos deben ser admitidos, aun cuando no estén acreditadas las erogaciones que se afirma haber realizado, si las lesiones sufridas presuponen necesariamente la existencia de tales desembolsos, pues, aunque la víctima haya sido tratada en un establecimiento gratuito o dependiente de una obra social, los gastos en medicamentos corren por cuenta del interesado (24). Bien entendido que el resarcimiento solo deberá cubrir la parte no abarcada por la gratuidad (25).

El juez ha expresado que constituye un dado objetivo que la damnificada al día siguiente del ataque asistió a un centro antirrábico donde se le indicó que debía aplicarse tres vacunas anti-

rábicas y ello no está controvertido (ver también documento de fs. 262).

Además, la interesada acompañó comprobantes sobre el costo del traslado y cremación del perro (fs. 260 y 261).

Tales erogaciones y las que son dables presumir en traslados personales, guardan adecuada relación causal con el ataque propinado por el perro del apelante (arts. 901 a 906 del Cód. Civil; ver art. 1726 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), por lo que propongo mantener la suma establecida por el magistrado.

#### VI. Conclusión

En mérito de lo expuesto, después de haber examinado las argumentaciones y pruebas conducentes propongo al acuerdo confirmar la sentencia apelada, con costas de esta instancia al vencido (art. 68 del Código Procesal).

Los doctores *Polo Olivera* y *Bellucci* votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor *Carranza Casares*.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve: I. Confirmar la sentencia apelada, con costas de esta instancia al demandado vencido. II. Los honorarios se fijarán una vez establecidos los de la instancia anterior. III. Se deja constancia que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el art. 164, segundo párrafo, del Código Procesal. Regístrese, notifíquese a las partes en el domicilio electrónico denunciado, conforme lo dispone la ley 26.685 y Acordadas 31/2011 y 38/2013 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la Acordada 24/2013 de la Corte Suprema de la Nación y devuélvanse. — *Carlos A. Carranza Casares*. — *Gastón M. Polo Olivera*. — *Carlos A. Bellucci*.

(1) Ver FUMAROLA, Luis Alejandro, “La responsabilidad civil derivada de los daños causados por animales”, en RCyS 2017-VI, 13.

(2) El daño causado por un animal feroz, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, aunque no le hubiese sido posible evi-

tar el daño, y aunque el animal se hubiese soltado sin culpa de los que lo guardaban (art. 1129).

(3) CNCiv., sala G, L.73.510, “Escudero c. Da Costa”, del 19/10/1990, en ED, T. 140, p. 390.

(4) CNCiv., sala G, L. 483.446, “Rategni c. Santoro”, del 05/10/2007.

(5) MÜLLER, Enrique, “Responsabilidad por daño causado por animales”, en: RCyS 2015-IV, 190; HIRALDE VEGA, Germán D., “Daños causados por mordeduras de perro”, en: DJ 16/09/2009, 2573; HAUSER, Julieta B. - OSOLA, Federico A., “Legitimación pasiva en la responsabilidad por daños generados por animales. Aspectos sustanciales y procesales”, en: SJA 18/03/2020, 48, JA, 2020-I. Ver, asimismo, SAGARNA, Fernando Alfredo, “Fundamento de la responsabilidad civil por el hecho de los animales (mordedura de perro)”, en: LLBA 1996-941, 1996.

(6) CASIELLO, Juan José, “Responsabilidad por daños causados por animales”, en LA LEY, 1992-C, 242; Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales VI, 853.

(7) CNCiv., sala A, “Scaglia, Alicia F. D. c. La Delicia Felipe Fort SA”, del 06/05/1997, Cita Online: AR/JUR/3162/1997; sala A, “Terzi, Jorge L. c. Gabriele, María R.”, del 21/02/2007, Cita Online: AR/JUR/316/2007; sala A, “Palacio, Alberto J. c. Prattico, Carmelo y otro”, del 26/02/2008, Cita Online: AR/JUR/255/2008; CNCiv., sala K, 16/09/2008, “Pysanjuk de Sander, Amelia M. c. Cooperativa de Provisión de Servicios Recreativos, Deportivos, Turísticos y de Consumo gran Buenos Aires Ltda.”; sala K, 07/06/2010, “R. O. R. c. C. E. s/ daños y perjuicios”, MJJ58529; CNCiv., sala J, 13/08/2010, “Luciani, Nelly c. Herszague, León y otros”, LA LEY, 2010-E, 311.

(8) CNCiv., sala F, 07/05/2008, “Singer, Aurora S. c. Aramburu, Juan Carlos”, ED, 229-222; JA, 2008-IV-247; AR/JUR/3510/2008; CNCiv., sala G, L. 73.510, “Escudero c. Da Costa”, del 19/10/1990, en ED, T. 140, p. 390; sala G, “Cañadell, Carina E. c. Taglia Ferro, Manuel H.”, del 06/09/2005, Cita Online: AR/JUR/4640/2005.

(9) Fallos: 319:2336; 325:1787 y 326:3096.

(10) Ver CNCiv., sala G, L. 483.446, “Rategni c. Santoro”, del 05/10/2007 y sus citas de Llambías, Aguiar y Bustamante Alsina.

(11) CNCiv., esta Sala, CIV/11.380/2012/CA1, del 18/08/2015 y numerosos precedentes a partir de entonces; ver doctrina del fallo plenario “Rey, José J. c. Viñedos y Bodegas Arizu SA”, del 21/12/1971, en LA LEY 146, p. 273; y en similar sentido CNCiv., sala E, Expte. 101.221/07, del 15/07/2016; ídem sala F, Expte. 13.793/12; íd., sala I, Expte. 25.837/10, del 11/12/2015.

(12) Fallos: 308:1118 y 1160; 320:1996; 325:11.

(13) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de reparaciones y costas del 21 de julio de 1989. Serie C No. 7; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, n. 189; caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, n. 222; entre otras.

(14) ZANNONI, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil”, 2ª ed., ps. 157/166 y sus múltiples referencias; esta Sala, L. 163.509, del 06/06/1995; L. 169.841, del 20/07/1995; L. 205.632, del 26/11/1996; L. 219.296, del 02/07/1997 y L. 521.482, del 21/04/2009, entre muchos otros concordantes.

(15) Fallos: 326:847. 2774; 318:1715; 320:1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:874.

(17) Fallos: 331:2109.

(18) Fallos: 321:2118.

(19) Fallos: 329:5157.

(20) CNCiv., esta Sala, L.169.841, del 20/07/1995; L. 492.653, del 12/12/2007; L. 462.383, del 06/03/2007 y L. 491.804, del 14/12/2007; CIV/1339/2009/CA1, del 28/09/2015; cf. Fallos: 318:1598 y art. 1083 del Cód. Civil aplicable en razón de la fecha en la que tuvo lugar el hecho generador de la deuda y arts. 1740 y 1746 del Cód. Civ. y Com. De la Nación.

(21) Fallos: 331:570.

(22) Instituto Nacional de Estadística y Censos [Argentina]. Centro Latinoamericano de Demografía [Santiago de Chile]. Estimaciones y proyecciones de población: Total del país: 1950-2015. (Serie Análisis Demográfico, n. 30). Buenos Aires: INDEC, 2004.

(23) Fallos: 334:1821; 332:2159; 330:563, entre otros.

(24) CNCiv., esta Sala, L. 497.770 y 497.771, del 04/12/2008; L. 530.337, del 14/08/2009, y L. 558.746, del 26/11/2010, entre muchos otros.

(25) CNCiv., esta Sala, L. 504.149, del 25/08/2008; L. 526.164, del 15/05/2009; L. 550.300, del 08/07/2010, entre otros.

## DERECHO A LA INFORMACIÓN

**Persona que requiere datos sobre el cierre de una cuenta bancaria. Derecho susceptible de ser ejercido sin necesidad de iniciar un juicio. Aplicación analógica del art. 43 de la Constitución Nacional.**

1. — Corresponde hacer lugar a la pretensión y requerir a la entidad financiera información acerca de los datos de cierre de la cuenta bancaria y documentación respaldatoria, la constancia de entrega de chequeras, los resúmenes de movimientos de la cuenta desde 2014, los detalles de los cheques presentados al cobro desde septiembre del 2019 en adelante y toda otra información que ese banco considere necesaria.
2. — Frente a aquellos derechos que deben considerarse expeditos, esto es, susceptibles de ser ejercidos sin necesidad de promover un juicio, cabe concluir por vía de aplicación analógica del temperamento explicitado en el art. 43 de la Constitución Nacional y demás normas concordantes de inferior jerarquía, de las que puede extraerse, como idea común, la legitimación y viabilidad de obtener toda la información concerniente a uno mismo como bien jurídico protegido en forma autónoma, con la única condición de requerir esa

información, máxime cuando, como en la especie, la pretensión se enmarca en una relación de consumo.

3. — Aunque no fuera cierto que la actora cerró la cuenta bancaria, ni tampoco que libró los cheques, lo único relevante es que está pidiendo información sobre un producto financiero propio. En tales condiciones, y siendo que la obligación de proporcionar información gratuita es una de las obligaciones principales que pesan sobre quienes actúan como proveedores en el mercado, forzoso es concluir que, en ejercicio del principio según el cual donde hay un derecho debe haber también un mecanismo para ejercerlo, el tribunal debe proveer lo conducente a esos efectos.
4. — El carácter expedito e incondicionado del derecho a la información revela que la orden que ha de cursarse al banco a ese fin no es susceptible de generar a la entidad daño alguno, por lo que, aun cuando tampoco hubiera sido cierto que la demandante agotó los arbitrios para obtener esa información por otros medios, esa eventualidad sería anecdótica.

**CNCom., sala C, 04/03/2021. - Luñansky, Ruth Judith c. Banco Santander Río SA s/ ordinario.**

[Cita on line: AR/JUR/2129/2021]

### COSTAS

Sin costas.

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, marzo 4 de 2021.

*Vistos:*

1. Viene apelada la decisión que rechazó el pedido de información que la actora había requerido respecto del movimiento de cierta cuenta abierta en el banco demandado.

Los datos recursivos se encuentran consignados en la nota de elevación a la que cabe remitir.

2. El recurso ha de prosperar.

De lo expresado en el escrito inaugural resulta que la actora habría cerrado la aludida cuen-

ta, que en su momento había sido abierta a su nombre en el referido banco.

La requirente explicó que ese cierre se había producido mientras corría el año 2014 y que, en ocasión de gestionar cierto producto financiero para una sociedad de la cual es socia, se había anoticiado de que durante el año 2019 habían sido librados contra esa cuenta numerosos cheques que habían resultado rechazados.

En ese contexto, adujo haber agotado los arbitrios enderezados a obtener información acerca de lo sucedido, sin haber logrado resultado positivo.

3. Los antecedentes de la cuestión revelan la procedencia de la petición, que no puede ser supeditada, siquiera, a previa sustanciación.

Estamos frente a aquellos derechos que deben considerarse expeditos, esto es, susceptibles de ser ejercidos sin necesidad de promover un juicio.

Así cabe concluir por vía de aplicación analógica del temperamento explicitado en el art. 43 de la Constitución Nacional y demás normas concordantes de inferior jerarquía, de las que puede extraerse, como idea común, la legitimación y viabilidad de obtener toda la información concerniente a uno mismo como bien jurídico protegido en forma autónoma, con la única condición de requerir esa información, máxime cuando, como en la especie, la pretensión se enmarca en una relación de consumo.

En el caso, no es necesario comprobar la efectiva configuración de los extremos fácticos más arriba reseñados, pues, aunque no fuera cierto que la actora cerró la cuenta, ni lo fuera tampoco que ella no fue quien libró los cheques en cuestión, lo único relevante es que ella está pidiendo información sobre un producto financiero propio.

En tales condiciones, y siendo que la obligación de proporcionar información gratuita es una de las obligaciones principales que pesan sobre quienes actúan como proveedores en el mercado, forzoso es concluir que, en ejercicio del principio según el cual donde hay un derecho debe haber también un mecanismo para

ejercerlo, el Tribunal debe proveer lo conducente a esos efectos.

Como es claro, el carácter expedito e incondicionado de ese derecho revela que la orden que ha de cursarse al banco a ese fin, no es susceptible de generar a la entidad daño alguno, por lo que, aun cuando tampoco hubiera sido cierto que la demandante agotó los arbitrios para obtener esa información por otros medios, esa eventualidad sería anecdótica.

Por ello, corresponde hacer lugar a la pretensión y requerir a la entidad financiera información acerca de los datos de cierre de la cuenta referida y documentación respaldatoria, la constancia de entrega de chequeras, los resúmenes de movimientos de la cuenta desde 2014, los detalles de los cheques presentados al cobro desde septiembre del 2019 en adelante y toda otra información que ese banco considere necesaria.

Por lo expuesto, se resuelve: Revocar la decisión apelada y disponer que en la instancia de trámite se provean las diligencias conducentes para que el banco involucrado aporte la información requerida por la peticionante. Sin costas por no mediar contradictorio. Notifíquese por Secretaría. Cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21/05/2013. Oportunamente, devuélvase al Juzgado de primera instancia. Firman los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía N° 8 (conf. art. 109 RJN). — *Julia Villanueva.* — *Eduardo R. Machín.*

## OBLIGACIÓN EN MONEDA EXTRANJERA

**Pretensión del deudor de cancelar la deuda en moneda de curso legal. Intención de las partes. Forma de pago como objeto esencial del contrato. Buena fe. Imposibilidad de cumplir con la moneda pactada.**

1. — La pretensión del deudor de efectuar las sucesivas cancelaciones de la deuda contraída en dólares estadounidenses dando a cambio moneda de curso legal, confor-

me lo dispuesto por el art. 765 del Cód. Civ. y Com., debe rechazarse, pues la obligación en el caso está vinculada a la compra de acciones de una sociedad en cuyo negocio sería no solo habitual, sino esencial, el pago de los bienes y productos ofrecidos en dólares estadounidenses.

2. — El principio rector de buena fe consagrado por el art. 961 del Cód. Civ. y Com. para los contratos y por el art. 9° del mismo ordenamiento con carácter general para el ejercicio de todos los derechos, se vería seriamente vulnerado si se pacta como objeto esencial del contrato una forma de pago, que luego se la pretende modificar, alegando una imposibilidad de cumplimiento que no se ha acreditado de manera fehaciente.
3. — Atendiendo las expresas consignaciones obrantes en el acuerdo que hace referencia al pago de la obligación en dólares, se concluye que los deudores han convalidado obligarse a entregar una suma de dinero especialmente en dicha especie, quedando así excluida la prerrogativa supletoria del art. 765 del Cód. Civ. y Com.
4. — Los apelantes debieron aportar algún elemento de convicción que acredite que las restricciones que invocaron en materia cambiaria le imposibilitaron el cumplimiento de la obligación en la moneda fijada en el acuerdo. No solo debía demostrar la imposibilidad de acceder al mercado cambiario sino, también, que no tenía en su poder los dólares estadounidenses suficientes para pagar las cuotas pendientes del acuerdo, e, incluso, que nos los recibieron con motivo del giro habitual de su negocio.
5. — La mera invocación de la existencia del “cepo cambiario” no es suficiente como para evadir el cumplimiento de la obligación conforme lo previsto en el art. 766 del Cód. Civ. y Com.
6. — El art. 765 del Cód. Civ. y Com. es una norma supletoria, por cuanto no resulta imperativa, ni es de orden público, ya que no habría inconveniente en que las partes

pacten, como autoriza el art. 766 del mismo cuerpo legal, que el deudor deba entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.

**CNCom., sala E, 17/12/2020. - Sánchez, Juan Luis y otro c. Sánchez, Adriana Susana s/ ordinario.**

[Cita on line: AR/JUR/67834/2020]

11062/2016

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, diciembre 17 de 2020.

*Vistos:*

1. Viene apelada, tanto por Adriana S. Sánchez como por Juan Luis Sánchez (h) y Ascensores Cóndor SRL, la resolución dictada el 28/07/2020 mediante la cual se desestimó la intención de esta última de efectuar las sucesivas cancelaciones de la deuda contraída en dólares estadounidenses dando a cambio moneda de curso legal, conforme lo dispuesto por el Cód. Civ. y Comercial: 765, y distribuyó las costas de la incidencia en el orden causado.

La primera —que se agravó de la forma en que fueron impuestas las costas— fundó su queja con el escrito del 30/07/2020, respondido el 11/08/2020.

De su lado, Juan Luis Sánchez (h) y Ascensores Cóndor SRL —que cuestionaron el rechazo de la metodología de pago propuesta en pesos— expresaron sus agravios con la presentación del 11/08/2020, contestada el 18/08/2020.

2. Evidentes razones de orden lógico imponen tratar en primer término la apelación de Juan L. Sánchez (h) y la sociedad citada —que hacen al fondo de la cuestión—, dada la incidencia que la misma podría tener sobre los agravios de la demandada.

a) Recurso de Juan Luis Sánchez (h) y Ascensores Cóndor SRL:

De acuerdo con lo prescripto en el Cód. Civ. y Comercial: 962, las normas son supletorias cuando resultan disponibles a la voluntad de las partes.

Es decir que se trata de normas simplemente dispositivas, no imperativas, que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden dejar de lado (v. Luis Leiva Fernández en: “Código Civil y Comercial Comentado”, dirigido por Jorge H. Alterini, Tomo V, p. 55, año 2015).

En ese contexto, esta Sala comparte la posición jurisprudencial que sostiene que el Cód. Civ. y Comercial: 765 es una norma supletoria por cuanto no resulta imperativa, ni es de orden público, ya que no habría inconveniente en que las partes pacten, como autoriza el art. 766 del mismo cuerpo legal, que el deudor deba entregar la cantidad correspondiente de la especie designada (conf. CNCiv., Sala F, “F., M. R. c. A., C. A. y otros s/ consignación”, del 19/08/2015, v. este Tribunal, “Cernadas de Viale, Martha y otro c. Medicus SA s/ ordinario”, del 29/08/2017).

La cuestión merece interpretar cuál ha sido la intención de las partes al pactar en moneda extranjera.

Y, en el caso, la obligación en tal moneda está vinculada a la compra de acciones de una sociedad en cuyo negocio sería no solo habitual, sino esencial, el pago de los bienes y productos ofrecidos en dólares estadounidenses.

Véase, que en la audiencia celebrada el 27/03/2018 la actora se comprometió “...a abonar el monto que resulte determinado del dictamen arbitral para realizar la compra de las cuotas sociales a la parte demandada, la que se instrumentará de la siguiente manera: La primer cuota será abonada a los quince días de notificarse el dictamen pericial a las partes y que asciende al equivalente a “medio ascensor de diez paradas estándar” cuyo parámetro de precio de venta sin IVA surgirá del listado de precios oficial de la empresa Ascensores Cóndor SRL, dejándose aclarado que el pago será en dólares estadounidenses. Las siguientes cuotas serán abonadas mensualmente el día 5 de cada mes o, en su caso, el siguiente día hábil, teniendo en cuenta lo pactado anteriormente. Asimismo, la parte actora se compromete dentro del plazo de un año a contar a partir de la presente audiencia a desembolsar un refuerzo que asciende a la suma de u\$s 125.000.- Las sumas a

pagarse serán transferidas por la actora a una cuenta que denunciará la parte demandada en el término de quince días de la presente...”

Es decir, que en el propio acuerdo, luego homologado, se estableció un plan de pagos ajustado al valor de “medio ascensor de diez paradas estándar”, conforme el precio oficial publicado por la demandada, y también se dejó expresamente aclarado que debía efectivizarse en dólares estadounidenses.

Y Adriana S. Sánchez acompañó a la causa el listado oficial de precios de Ascensores Cóndor SRL de donde surge que todas sus tarifas se encuentran expresadas en dólares estadounidenses, denunciando, a su vez, que gran parte de la actividad de dicha empresa se basaba en la importación y exportación de ascensores y sus partes (v. escrito del 06/11/2019).

Cierto es que la sociedad desconoció la validez de dicho listado oficial de precios (v. presentación del 02/12/2019).

Sin embargo, solo se limitó a exteriorizar tal manifestación, pero sin acompañarla de ninguna prueba que la corrobore.

En rigor y a partir del principio que consagra el Cpr. 377, era dicha empresa quien debía demostrar de manera fehaciente la falta de veracidad de tales documentos, pues, en caso de verificarse tal escenario, hubiese bastado con exhibir elementos que tenía, o debió tener, en su poder; encontrándose, en definitiva, en una posición más ventajosa para comprobar su defensa incoada.

A juicio del Tribunal y atendiendo las expresadas consignaciones obrantes en el acuerdo que hace referencia al pago de la obligación en dólares, se concluye que los deudores han convalidado obligarse a entregar una suma de dinero especialmente en dicha especie, quedando así excluida la prerrogativa supletoria del Cód. Civ. y Comercial: 765.

En tal contexto, el principio rector de buena fe consagrado por el Cód. Civ. y Comercial: 961 para los contratos y por el Cód. Civ. y Comercial: 9 con carácter general para el ejercicio de todos los derechos, se vería seriamente vulnerado si se

pacta como objeto esencial del contrato una forma de pago, que luego se la pretende modificar, alegando una imposibilidad de cumplimiento que no se ha acreditado de manera fehaciente.

En efecto, los apelantes debieron aportar algún elemento de convicción que acredite que las restricciones que invocaron en materia cambiaria le imposibilitaron el cumplimiento de la obligación en la moneda fijada en el acuerdo (v. esta Sala, “Martínez Villera, Alejandro R. c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ amparo”, del 13/02/2014).

La mera invocación de la existencia del “cepo cambiario” no es suficiente como para evadir el cumplimiento de la obligación conforme lo previsto en el Cód. Civ. y Comercial: 766.

No solo debía demostrar la imposibilidad de acceder al mercado cambiario sino, también, que no tenía en su poder los dólares estadounidenses suficientes para pagar las cuotas pendientes del acuerdo, e, incluso, que nos los recibieron con motivo del giro habitual de su negocio.

En vista de ello, los agravios esgrimidos serán rechazados.

b) Recurso de Adriana S. Sánchez:

El CPR: 68 y 69 consagran el principio rector en materia de costas, que encuentra razón de ser en el hecho objetivo de la derrota: quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar la contraria para obtener el reconocimiento de su derecho (cfr. CSJN, “Salamone, Antonio P”, del 20/09/1988, Fallos: 311:1914; v. esta Sala, “Rubal, María C. y otro c. Vázquez, María del Carmen y otros s/ ordinario”, del 14/03/2012).

Del análisis del pronunciamiento en crisis, que concluyó en el rechazo del pedido de Ascensores Cóndor SRL de pagar la deuda a través de la entrega de moneda de curso legal, no se advierte que hubieran mediado vencimientos parciales y mutuos que justifiquen apartarse del principio aludido y compensar la carga de los gastos. Tampoco se trató de una cuestión dudosa, compleja, de legislación reciente o precedentes contradictorios.

En suma, teniendo en cuenta que la actora se opuso expresamente a lo solicitado y postuló el rechazo de la pretensión, júzgase que debieron imponerse las costas a dicha sociedad, perdidosa en la incidencia.

Por lo expuesto, se resuelve: a) desestimar el recurso deducido por Juan Luis Sánchez (h) y Ascensores Cóndor SRL; con costas de Alzada a los apelantes en su condición de vencidos (cfr. Cpr. 69), y b) admitir la apelación deducida por Adriana S. Sánchez y revocar la resolución apelada con el alcance de disponer que las costas generadas por la incidencia resuelta sean soportadas por Ascensores Cóndor SRL; con costas de Alzada a su cargo por haber resultado vencida (cfr. Cpr. 69). Comuníquese (cfr. Acordada CSJN N° 15/2013), notifíquese, y devuélvase sin más trámite, encomendándose al juez de la primera instancia agregar, oportunamente, en el expediente en soporte papel copia certificada de la presente resolución. Las firmas electrónicas se formalizan en virtud de lo establecido en la Acordada CSJN N° 12/2020 (arts. 2°, 3° y 4°). — *Miguel F. Bargalló*. — *Ángel O. Sala*. — *Hernán Monclá*.

## NOTIFICACIONES

**Ejecución de una fianza vinculada a un contrato de garantía recíproca. Autorización de practicar la intimación de pago al domicilio constituido contractualmente.**

Corresponde autorizar la intimación de pago en el domicilio constituido contractualmente en la ejecución de una fianza vinculada a un contrato de garantía recíproca, pues no se advierte razón para privar de operatividad al domicilio especial allí fijado, “donde serán tenidas por válidas todas las comunicaciones que nos fueren remitidas” (arg. art. 959, Cód. Civ. y Com. de la Nación), entre las cuales ciertamente está la intimación de pago y citación de remate.

**CNCom., sala F, 24/02/2021. - Garantizar SGR c. Agrofederal SA y otros s/ ejecutivo.**

[Cita on line: AR/JUR/1050/2021]

**① COSTAS**

Por su orden.

Expediente COM N° 3360/2020 SIL

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, febrero 24 de 2021.

*Vistos:*

1. Viene apelado el apartado segundo de la providencia de fecha 26/10/2020 en cuanto rechazó practicar la citación de pago en el domicilio especial fijado contractualmente e instó su cumplimiento en el domicilio real de los ejecutados.

Los fundamentos fueron presentados en fecha 27/11/20200.

2. La presente ejecución se vincula con la fianza que luce agregada como anexo “Demanda, poder, documental y tasa - parte 2” (que cuenta con certificación notarial de las firmas impuestas por quienes asumieron el carácter de fiadores de “Agrofederal SA”) la cual, a su vez, se relaciona con un contrato de garantía recíproca glosado también en el mencionado anexo.

Esta operatoria ha sido entendida ajena a la tutela consumeril y excluida del régimen previsto por la ley 24.240 (cfr. esta Sala, 03/12/2009, “Garantizar SGR c. Elso, Tamara E. M. s/ ejecutivo”; íd. 23/12/2010 “Garantizar SGR c. Zamero, Enrique y otro s/ ejecutivo”; íd. 02/08/2011, “Garantizar SGR c. Rivas, Angel R. y otro s/ ejecutivo”; íd. 12/05/2015, “Garantizar SGR c. Ficoseco, José R. s/ ejecutivo”; Expte. COM 5280/2015, entre muchos otros).

Desde este particular abordaje, no se advierte razón para privar de operatividad al domicilio especial allí fijado “donde serán tenidas por válidas todas las comunicaciones que nos fueren remitidas” (arg. art. 959 Cód. Civ. y Com. de la Nación), entre las cuales ciertamente está la intimación de pago y citación de remate (conf. *mutatis mutandi*, CNCom., Sala D, 08/02/2002, “Textil Colonia SA c. De Maio, José L. y otros s/ ejecutivo”, Sala A. 24/11/2009, “Club Atlético Rosario Central c. Grinbank, Daniel E. s/ ejecutivo”, Expte. COM 27580/2006).

Con relación a la posibilidad de consignar tal domicilio como “constituido” y a pesar de la diferente naturaleza que guarda con el *ad litem* del art. 40 Cód. Proc. Civ. y Comercial, no puede soslayarse que por la vigencia de la reglamentación existente en las cédulas (Ac. CSJN 22/91) cabe admitir de manera excepcional, y a los efectos de los arts. 140 y 141 Cód. Proc. Civ. y Comercial, la calificación de “constituido” al domicilio contractual, ello con el fin de otorgar eficacia a la voluntad delineada por las partes (cfr. esta Sala F, *mutatis mutandi* 15/12/2009, “Q5 SRL Las Rosas c. Distribuidora Energy Drinks de Argentina SA s/ ordinario”, íd. 13/12/2012, “Toyota Compañía Financiera de Argentina SA c. Arsanco SA y otro s/ ejecutivo”, Expte. COM 241/2012; íd. 17/9/2019, “Garantizar SGR c. D'Olivo, Raúl O. y otros s/ ejecutivo”, Expte. COM N° 19499/2019).

Por lo expuesto, se resuelve: revocar la decisión apelada, autorizando practicar la intimación de pago en el domicilio constituido contractualmente en los términos preindicados. Las costas de Alzada se impondrán por su orden atento la particular cuestión decidida y con el alcance sentado en el precedente de esta Sala del 25/09/2014, “Zenobio, Marcela A. s/ pedido de quiebra por Delucchi, Martín C. N° 31.445/2011. 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. — *Rafael F. Barreiro.* — *Ernesto Lucchelli.* — *Alejandra N. Tevez.*

**ACCIDENTE IN ITINERE**

**Relación de causalidad. Incapacidad restante. Daño psíquico. Rechazo de indemnización adicional.**

1. — En cuanto a la relación causal que interesa a la Ley de Riesgos del Trabajo es un concepto perteneciente a la órbita de la ciencia jurídica y no de la médica y, aun cuando se requiera el conocimiento científico-técnico de la medicina por el cual se convoca a los expertos como auxiliares de la justicia, es atribución exclusiva de los jueces, evaluadas las circunstancias de

cada caso concreto, la determinación de la existencia y el alcance de dicho nexo.

2. — Al tener en cuenta el tipo de lesiones de orden físico constatadas en el actor y su entidad invalidante —según se desprende de los precitados dictámenes médicos—, y la incidencia de los factores de ponderación —según la edad del trabajador y que presenta una dificultad para la realización de la tarea—, resulta aplicable al caso el denominado método de la incapacidad restante para efectuar el cómputo del déficit laborativo.
3. — La relación causal consiste en el enlace material o físico existente entre un hecho indicado como antecedente —los infortunios del caso— y el hecho consecuente —el déficit laborativo pretendido—.
4. — No obran elementos de juicio válidos que posibiliten concluir que los accidentes in itinere hubiesen impactado en la esfera psíquica del trabajador, de modo de ocasionar una minusvalía psíquica en nexo de causalidad adecuado y resarcible en el marco de la acción incoada.
5. — No es procedente otorgar la indemnización adicional prevista en el art. 3° de la ley 26.773 para los accidentes *in itinere*, toda vez que se torna prudencial receptar el criterio de la Corte Suprema en “Páez Alfonso, Matilde y otro c. Asociart ART SA y otro s/ indemnización por fallecimiento” [1].

**CNTrab., sala X, 23/02/2021. - Quintana Quiroz, Piero Vladimir Darío c. Swiss Medical ART SA s/ accidente - Ley especial.**

[Cita on line: AR/JUR/685/2021]

### **JURISPRUDENCIA VINCULADA**

[1] En “Páez Alfonso, Matilde y otro c. Asociart ARTSA y otros/ indemnización por fallecimiento”, 27/09/2018, Fallos: 341:1268, AR/JUR/47567/2018, excluyó a los accidentes *in itinere* de la indemnización adicional prevista por el art. 3° de la ley 26.773.

### **COSTAS**

Se imponen en el orden causado.

Expte. N° 59.202/2014/CA1

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, febrero 23 de 2021.

El doctor *Stortini* dijo:

1°) Vienen estos autos a la alza con motivo del recurso que contra la sentencia de fs. 380/387 interpuso la demandada a fs. 388/398 vta., el cual fue replicado por el actor a fs. 400/403. A su vez, la perito médica (fs. 399) apela los emolumentos que le fueron asignados por estimarlos reducidos.

2°) Por una razón de método abordaré las pretensiones recursivas articuladas por la demandada en un orden distinto al propuesto en su memorial.

A fin de clarificar la cuestión suscitada, considero oportuno señalar de comienzo que arriba firme a esta etapa que con fecha 26/10/2013 el actor sufrió un accidente del trabajo ‘in itinere’ en las circunstancias invocadas al demandar —estas son: al descender el trabajador del ferrocarril en el que se trasladaba, trastabilló con el segundo peldaño de la formación y cayó al suelo, apoyando el peso de su cuerpo sobre su pierna izquierda— (ver escrito de inicio a fs. 8 vta./9. apartado V y su contestación a fs. 37 vta./38 apartado 4° inciso “B”).

Tampoco es objeto de debate en esta alza que el día 05/01/2016 el demandante sufrió un nuevo infortunio laboral (en este caso, al trastabillar el trabajador con un “pallet”, cayó al suelo apoyando el peso de su cuerpo sobre su pierna izquierda: ver escrito de demanda del expediente acumulado a las presentes actuaciones a fs. 149 apartado VI y su contestación a fs. 183 apartado 4° inciso “B” y fallo a fs. 382 vta.).

3°) En cambio, se agravia la demandada acerca del porcentual del déficit laborativo empleado para el cómputo indemnizatorio.

Sobre el punto, advierto que el perito médico designado en autos (Dr. Hugo Daniel Dabien) en base a los antecedentes de la causa, estudios complementarios efectuados y examen clínico practicado, hizo saber en su dictamen (fs. 106/110) que como consecuencia del infortunio de fecha 26/10/2013 el actor sufrió en su rodilla izquierda un síndrome meniscal, con rotura de ligamentos anteriores, intervenido quirúrgicamente y con signos objetivos (maniobras meniscales positivas, edema local, choque rotuliano positivo, hipotrofia muscular y limitación funcional en la movilidad de dicho miembro en la medida que surge debidamente explicada). Sostuvo asimismo el experto, que dichas lesiones le ocasiona al demandante un déficit laborativo de orden físico del 15% y al cual corresponde adunar la incidencia de los factores de ponderación aplicables al caso (según la edad del actor a la época del infortunio y que presenta una dificultad moderada para la realización de la tarea).

Respecto al plano psíquico, el perito informó que el accionante padece un cuadro de reacción vivencial anormal neurótica con manifestación obsesiva grado II, que lo incapacita en un 10%.

En cuanto a las lesiones generadas a raíz del segundo infortunio, cabe tener en cuenta que según se desprende del peritaje médico efectuado por la Dra. Liliana Edit Olivieri (perito médica desinsaculada en el antes mencionado expediente acumulado a las presentes actuaciones), la experta, en base a los antecedentes del caso, estudios complementarios efectuados y examen clínico practicado, hizo saber en su dictamen de fs. 311/318 que el actor sufrió una nueva rotura del ligamento cruzado anterior de la rodilla izquierda, que requirió que fuese reintervenido quirúrgicamente y que le genera al trabajador una limitación funcional de la movilidad de dicho miembro.

En lo atinente al déficit laborativo, la perito refirió que el demandante es portador de una minusvalía psicofísica del 18% en nexo de causalidad con la aludida contingencia.

A su vez, cabe considerar que al requerirse al antes mencionado perito médico Dr. Dabien, que se expidiese acerca de la minusvalía total del actor (ver providencia de fs. 345), el ex-

perto sostuvo que el accidente ocurrido el día 26/10/2013 le ocasionó al trabajador un déficit psicofísico global del 26,85%.

Respecto, del infortunio acontecido con fecha 05/01/2016, el perito médico, al tener en cuenta los antecedentes del caso y el tipo de lesiones detectadas y su entidad invalidante —según se desprende del precitado dictamen médico efectuado por la Dra. Olivieri— y al emplear el método de cómputo de la capacidad restante, refirió que la minusvalía psicofísica derivada del mismo es de 13,16% (fs. 346/347).

4°) Sentado lo anterior, es oportuno recordar que el art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial debe ser estimada teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los letrados y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En cuanto a la relación causal que interesa a la Ley de Riesgos del Trabajo es un concepto perteneciente a la órbita de la ciencia jurídica y no de la médica y, aun cuando se requiera el conocimiento científico-técnico de la medicina por el cual se convoca a los expertos como auxiliares de la justicia, es atribución exclusiva de los jueces, evaluadas las circunstancias de cada caso concreto, la determinación de la existencia y el alcance de dicho nexo.

En tal contexto, al tener en cuenta el tipo de lesiones de orden físico constatadas en el actor y su entidad invalidante (según se desprende de los precitados dictámenes médicos en virtud de lo antes expuesto), la incidencia de los factores de ponderación (según la edad del trabajador y que presenta una dificultad para la realización de la tarea) y que resulta aplicable al caso el denominado método de la incapacidad restante para efectuar el cómputo del déficit laborativo (conforme las disposiciones de la tabla de evaluación de incapacidades laborales del decreto 659/1996 —de aplicación obligatoria en autos, según lo dispone el art. 9° de la ley 26.773—). Aprecito que resulta prudencial, en este puntual y particular caso, establecer el porcentual del

déficit laborativo de orden físico correspondiente al primer infortunio en un 17,5% y en el 7,5% con motivo del accidente acontecido en segundo lugar (art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

5° Distinta reflexión cabe efectuar en lo atinente al daño psíquico.

No soslayo que del peritaje médico se desprende el actor padece una minusvalía de orden psíquico.

Sin embargo, no advierto que se encuentre debidamente demostrada en la presente contienda la existencia de un nexo de causalidad adecuado con las contingencias de autos (art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Nótese en ese sentido que la relación causal consiste en el enlace material o físico existente entre un hecho indicado como antecedente (los infortunios del caso) y el hecho consecuente (el déficit laborativo pretendido).

Por ende, el nexo causal conforma un recaudo imprescindible para atribuir responsabilidad y la consecuente obligación de resarcir.

En el marco precitado, cabe tener en cuenta las circunstancias fácticas que rodearon a las contingencias del caso (las cuales según el relato formulado por el actor se produjeron —lo reitero—, la primera de ellas al descender el trabajador del ferrocarril, trastabilló y cayó al suelo, apoyando el peso de su cuerpo sobre su pierna izquierda y la segunda, al trastabillar el demandante con un “pallet”, cayó al suelo y también en este caso apoyando el peso de su cuerpo sobre su pierna izquierda) y que no surge del peritaje médico una explicación detallada acerca del modo en el que las mismas habrían afectado la psiquis del actor. Por todo ello, aprecio que en este puntual y particular caso no obran elementos de juicio válidos (art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) que posibiliten concluir que los sucesos de autos hubiesen impactado en la esfera psíquica del trabajador de modo de ocasionar una minusvalía psíquica en nexo de causalidad adecuado y resarcible en el marco de la acción incoada.

Por ende, propongo modificar en este aspecto el pronunciamiento de grado y excluir del cómputo indemnizatorio la incidencia del daño psíquico.

6° En suma, de prosperar la solución propuesta, corresponde fijar el porcentual de la minusvalía laborativa resarcible correspondiente al primer infortunio en el 17,5% y en el 7,5% con motivo del accidente acontecido en segundo lugar.

7° Para concluir, considero menester memorar que los jueces no tienen obligación de expresarse sobre todas y cada una de las alegaciones vertidas por las partes, sino solo sobre las que resulten conducentes para la dilucidación del pleito. En este sentido, el máximo Tribunal ha señalado que no resulta necesario seguir a las partes en todas y cada una de sus argumentaciones, bastando hacerse cargo de las que resulten conducentes para la decisión del litigio (Fallos: 272:225, 274:113, 276:132, 280:320). Desde dicha perspectiva, no encuentro eficaces las demás argumentaciones vertidas en el memorial recursivo para rebatir lo hasta aquí resuelto.

8° En virtud de lo hasta aquí expuesto, sugiero desestimar el requerimiento de la demandada para que se fije audiencia con citación del perito médico (Dr. Dabien) a los fines que brinde explicaciones, puesto que ello es una facultad discrecional del Tribunal (art. 122 LO), la cual no resulta prudencial que sea ejercida cuando —como en el caso— el peritaje de autos no evidencia imprecisiones o dudas que puedan indicar la conveniencia de llevarlo a cabo.

9° La solución propuesta, requiere que sea recalculado el monto de la condena.

Respecto del accidente acontecido el día 26/10/2013, al considerar el nuevo grado de la minusvalía resarcible antes establecido (este es: 17,5%), lo normado por el art. 14 inciso 2° apartado “a” de la ley 24.557 (y que las restantes variables de la fórmula allí contemplada se encuentran firmes) asciende a la suma de \$204.803,18 (53 x \$7.813,35 x 17,5% x 65/23). Dicha cifra supera el valor del piso mínimo según lo establecido por la resolución 34/2013 de la Secretaría de la Seguridad Social para la época que aquí se trata (\$476.649 x 17,5%).

10°) En cuanto al progreso de la indemnización adicional contemplada por el art. 3° de la ley 26.773 respecto de dicho infortunio —aspecto también objetado por la recurrente—, considero menester remarcar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en época reciente sobre la cuestión al resolver en el recurso de hecho deducido en los autos caratulados “Páez Alfonso, Matilde y otro c. Asociart ART SA y otro s/ indemnización por fallecimiento” (de fecha 27/09/2018). Dijo allí el máximo Tribunal que: “...con solo atenerse a la literalidad del precepto (art. 3° de la ley 26.773)... es posible concluir que la intención del legislador plasmada en la noma ha sido la de circunscribir el beneficio a los infortunios laborales producidos u originados en el ámbito del establecimiento laboral y no a los accidentes in itinere”.

Dicho criterio ya había sido sostenido por la Corte en el caso Espósito, Dardo L. c. Provincia ART SA s/ accidente-ley especial” (de fecha 7 de junio de 2016).

No olvido que antes de ahora he tenido oportunidad de expedirme en el debate acerca de si resultaba procedente —o no— la mencionada indemnización adicional en el supuesto de un accidente del trabajo “in itinere”, en el cual al pronunciar mi voto postulé la inclusión de tal contingencia en la normativa en cuestión (ver mi voto en autos: “Ruiz, Macelo A. c. Galeño ART SA s/ accidente - Ley Especial”, SD del 27/10/2015 de esta Sala).

En el citado precedente sostuve que el dispositivo legal bajo análisis alude a que el daño debe haber acontecido en el “lugar de trabajo” o fuera de este pero “mientras se encuentre (el trabajador) a disposición del empleador”, por lo que resultaba menester diferenciar la conceptualización de la jornada de trabajo de la relativa al “tiempo in itinere”. En otras palabras, una cosa es la no inclusión del tiempo de traslado en la jornada de trabajo remunerada y otra diferente es ese mismo tiempo “in itinere” durante el cual el trabajador no puede utilizar el tiempo en su provecho.

Desde la citada perspectiva de enfoque y con apoyo en la pauta consagrada en el art. 9°, segundo párrafo, de la LCT consideré que el accidente del trabajo in itinere sufrido en las

condiciones que reglamentan su configuración (arts. 6.1 de la ley 24.557 y 4° del decreto reglamentario 491/1997) permite su inclusión en la normativa que regula el adicional indemnizatorio, en tanto que su ocurrencia se enmarca en una suerte de puesta a disposición del trabajador en favor del empleador.

Ahora bien. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no resulta obligatoria para los tribunales inferiores, pero cabe convenir que desconocerla significaría un despido jurisdiccional. Por ello, con más los principios de economía procesal y de seguimiento a la doctrina del más Alto Tribunal, se torna prudencial receptor dicho criterio, por lo que en este específico caso y al tratarse de un accidente del trabajo “in itinere”, propicio dejar sin efecto la condena a abonar el adicional previsto en dicha norma respecto de dicho infortunio.

11°) En cuanto al accidente acontecido el día 05/01/2016, al considerar el nuevo grado de la minusvalía resarcible antes establecido (este es: 7,5%), lo normado por el antes citado art. 14 inciso 2° apartado “a” de la ley 24.557 (y que las restantes variables de la fórmula allí contemplada se encuentran firmes) asciende a la suma de \$166.770,82 ( $53 \times \$16.136,51 \times 7,5\% \times 65/25$ ). Dicha cifra supera el valor del piso mínimo según lo establecido por la resolución 28/2015 de la Secretaría de la Seguridad Social para la época que aquí se trata ( $\$841.856 \times 7,5\%$ ).

Asimismo, corresponde ajustar la cuantía de la indemnización adicional del art. 3° de la ley 26.773 que se establece en la suma de \$33.354,16 ( $\$166.770,82 \times 20\%$ ).

12°) Se agravia a su vez la demandada, acerca de la aplicación en el caso del “coeficiente” de actualización del denominado RIPTE.

Sobre el punto, memoro que como ya he sostenido en casos similares al presente para interpretar lo dispuesto por el art. 8° de la ley 26.773, resulta razonable considerar que el RIPTE debe aplicarse únicamente sobre el piso fijado por el decreto 1694/2009 actualizado a la época del infortunio.

Y ello es así en la medida en que se tome en consideración lo dispuesto por el art. 17 inc. 6°

de la ley 26.773 —norma que complementa al aludido art. 8° del mismo cuerpo legal—, lo cual es coincidente con lo decidido por esta Sala en ciertos precedentes (“De León, Maximiliano A. c. Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA s/ accidente - Ley Especial”, S. del 19/03/2015 y “Correa Correa, Marcelo L. c. Mapfre Argentina ART SA s/ accidente - Ley Especial”, SD del 18/05/2015 entre muchos otros).

Sobre la cuestión, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó dicho criterio de esta Sala al resolver en el recurso de hecho deducido en el antes citado precedente “Espósito”. Dijo allí el máximo Tribunal que: “...del juego armónico de los arts. 8° y 17.6 de la ley 26.773 claramente se desprende que la intención del legislador no fue otra que la de: (1) aplicar sobre los importes fijados a fines de 2009 por el decreto 1694 un reajuste, según la evolución que tuvo el índice RIPTE entre enero de 2010 y la fecha de entrada en vigencia de la ley, que los dejara ‘actualizados’ a esta última fecha; y (2) ordenar, a partir de allí, un reajuste cada seis meses de esos importes de acuerdo con la variación del mismo índice...” y que “...la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los ‘importes’ a los que aludían los arts. 1°, 3° y 4° del decreto del decreto 1694/2009 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicarán a las contingencias futuras”, lo cual no dejó margen alguno para otra interpretación.

Por todo ello, propicio dejar sin efecto en el caso la aplicación del “coeficiente” del RIPTE.

13°) La solución adoptada precedentemente torna inoficiosa la consideración del agravio en materia de intereses justamente porque la recurrente lo supedita al supuesto de confirmarse la aplicación del mencionado “coeficiente” de actualización, lo que en virtud de lo expuesto no aconteció en el caso.

14°) En cuanto al inicio de su cómputo —aspecto también cuestionado por la demandada—, cabe tener en cuenta que la ley 26.773 —que resulta de aplicación al caso en virtud de las fechas en las que acontecieron los infortunios— expresamente dispone que “El derecho a la reparación dineraria se computará, más allá del momento en que se determine su proceden-

cia y alcance, desde que acaeció el evento dañoso...” (cfr. art. 2° tercer párrafo).

Por ende, corresponde desestimar este segmento del recurso y confirmar el pronunciamiento anterior, porque lo allí resulto se ajusta a lo dispuesto por la precitada norma.

15°) En definitiva de prosperar lo resuelto en el presente voto, el monto de la condena correspondiente al accidente acontecido el día 26/10/2013 se fija en suma de \$204.803,18 y el del infortunio de fecha 05/01/2016 en la de \$200.124,98 (\$166.770,82 + \$33.354,16).

Dichos importes llevarán los intereses desde la fecha de ocurrencia de cada uno de los infortunios (cfr. art. 2° de la ley 26.773) según la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses (establecida mediante las actas CNAT N° 2600 y 2601 del 21/05/2014) y hasta el último día en que dicha tasa fue publicada y a partir de entonces la del 36% anual (cfr. acta de la CNAT 2630 del 27/04/2016). En cambio, a partir del 1/12/2017 hasta el efectivo pago se computará la tasa activa efectiva anual vencida, cartera general diversa del Banco Nación (cfr. acta CNAT 2658 del 08/11/2017).

16°) En atención a la modificación de la condena propuesta, corresponde dejar sin efecto lo resuelto en materia de costas y honorarios y adecuarlos al resultado del pleito, de conformidad con lo establecido por el art. 279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

En relación con las costas de la anterior instancia, propicio mantenerlas a cargo de la demandada vencida en lo sustancial de la contienda (art. 68, primer párrafo Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). En materia de costas no cabe atenerse a un mero criterio numérico, sino que es menester —como en el caso— apreciar las posturas asumidas en el pleito por cada litigante, aspecto este que evidencia que ha resultado objetivamente vencida la demandada.

Respecto de los emolumentos asignados a la representación y patrocinio letrado de las partes e incluso a los peritos médicos, se aprecian razonables en función de la labor profesional cumplida por cada uno en la anterior etapa por

lo que sugiero mantenerlos no obstante la aplicación del citado art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, solo que ahora se efectivizarán sobre los nuevos montos de la condena con más los intereses según lo resuelto en este voto (art. 38 LO).

17°) En cuanto al planteo de la demandada referido a que el total de los honorarios regulados en la instancia anterior supera el máximo legal dispuesto por la ley 24.432, corresponde diferir su tratamiento a la etapa de grado en la oportunidad prevista por el art. 132 LO.

18°) Postulo que las costas de la alzada se impongan en el orden causado dada la índole de la cuestión en debate y la forma de resolver (arts. 68, segundo párrafo y 71 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por lo expuesto voto por: 1) Modificar la sentencia de grado, dejar sin efecto el mecanismo de actualización allí dispuesto y fijar el monto de la condena correspondiente al accidente acontecido con fecha 26/10/2013 en la suma de \$204.803,18 (Pesos doscientos cuatro mil ochocientos tres con dieciocho centavos) y la del infortunio de fecha 05/01/2016 en la de \$200.124,98 (pesos doscientos mil ciento veinticuatro con noventa y ocho centavos), cifras a las se les aditarán los intereses del modo establecido en el considerando 15°) de este voto. 2) Confirmarla en todo lo demás que decide y ha sido materia de recurso y agravios. 3) Imponer las costas de la alzada en el orden causado. 4) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes por su intervención en esta etapa en el 30% a cada uno de lo que les corresponde percibir por su actuación en la instancia anterior (art. 38 LO).

El doctor *Ambesi* dijo:

Por compartir los fundamentos del voto que antecede, adhiero al mismo.

El doctor Gregorio Corach no vota (art. 125 LO).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Modificar la sentencia de grado, dejar sin efecto el mecanismo de actuali-

zación allí dispuesto y fijar el monto de la condena correspondiente al accidente acontecido con fecha 26/10/2013 en la suma de \$204.803,18 (pesos doscientos cuatro mil ochocientos tres con dieciocho centavos) y la del infortunio de fecha 05/01/2016 en la de \$200.124,98 (pesos doscientos mil ciento veinticuatro con noventa y ocho centavos), cifras a las se les aditarán los intereses del modo establecido en el primer voto. 2) Confirmarla en todo lo demás que decide y ha sido materia de recurso y agravios. 3) Imponer las costas de la alzada en el orden causado. 4) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes por su intervención en esta etapa en el 30% a cada uno de lo que les corresponde percibir por su actuación en la instancia anterior (art. 38 LO). Cópiese, regístrese, notifíquese, oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1° de la ley 26.856 y con la acordada de la CSJN N° 15/2013 y devuélvase. — *Daniel E. Stortini*. — *Leonardo J. Ambesi*.

## ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

**Accidente en un ascensor. Acción civil. Rechazo de la responsabilidad de la empleadora.**

Encontrándose acreditado que la empleadora no era la propietaria del edificio donde la actora prestaba tareas y, por consecuencia, no poseía un poder efectivo de vigilancia, gobierno y control sobre el ascensor donde ocurrió el siniestro —sufrió un accidente en el ascensor del inmueble donde funcionaba la empresa empleadora—, corresponde confirmar el rechazo de la reparación pretendida con fundamento en las disposiciones del derecho común y tampoco corresponde atribuirle responsabilidad a la ART con base en lo normado por el art. 1074 del Cód. Civil.

**CNTrab., sala I, 08/03/2021. - Taltabull, Lorena Laura c. VN Global BPO SA y otro s/ accidente – Acción civil.**

[Cita on line: AR/JUR/1544/2021]

Causa N° 2035/2014/CA1

**2ª Instancia.** - Buenos Aires, marzo 8 de 2021.

La doctora *Hockl* dijo:

I. Contra la sentencia de fs. 464/466 se alza la actora a fs. 471/481, mediante la memoria que mereció la réplica de la codemandada VN Global BPO SA a fs. 483/487. Asimismo, a fs. 467, fs. 470 y 480 vta., el perito contador, el perito médico y la representación letrada de la actora, respectivamente, cuestionan sus honorarios por considerarlos reducidos.

II. Tengo presente que la Sra. Jueza *a quo* rechazó la acción incoada con fundamento en el derecho común; sostuvo que si bien el siniestro denunciado fue reconocido por la demandada VN Global BPO SA (fs. 47) y el perito médico interviniente en autos determinó que la accionante padece una incapacidad física del 20% T. o., no fueron acreditados los presupuestos requeridos para la configuración de responsabilidad fundada en el derecho civil. En cambio, receptó el reclamo en los términos de la ley 24.557 y condenó a la codemandada Galeno ART SA al pago de la suma de \$39.393,05, con más los intereses que dispuso en la sentencia.

La actora se agravia por el rechazo de la acción civil y cuestiona que la Sra. Magistrada de grado haya calificado de *in itinere* al accidente ocurrido en autos. Manifiesta que si bien es cierto que su empleadora no es la guardiana directa de la cosa riesgosa (ascensor), esta última debió haber obrado con el debido cuidado y previsión, por lo que considera que es responsable en razón de lo establecido en el art. 1109 del Cód. Civil. Asimismo, cuestiona el rechazo de la acción contra la ART demandada, ello con fundamento en el art. 1074 del Cód. Civil. Funda su queja en que ha quedado acreditado —mediante las declaraciones testificales— que el ascensor funcionaba defectuosamente con anterioridad al evento dañoso.

III. La Sra. Taltabull relató —en el inicio— que el 22/11/2011 sufrió un accidente en el ascensor del inmueble donde funcionaba la empresa empleadora. Señaló que, al retirarse de su lugar de trabajo, el ascensor tuvo un desperfecto mecánico, no frenó donde se suponía que debía

hacerlo (planta baja), sino que siguió su marcha de manera violenta hasta que rebotó bruscamente. Manifestó que fue atendida en primer lugar por su obra social y luego por la aseguradora demandada que le otorgó el alta de forma prematura. Refirió que como consecuencia del accidente descripto sufrió un traumatismo cervical y lumbar con limitación funcional (fs. 9 y vta.).

IV. En primer término, advierto que ha llegado firme a esta Alzada que la accionante trabajaba como operadora en el *call center* de VN Global BPO SA y que sufrió un infortunio al retirarse de su lugar de trabajo, que fue asistida por la ART demandada y que, como consecuencia de ello, padece una incapacidad del 20 % to.

Efectuada tal prieta síntesis, pongo de resalto, ante todo, que en el marco normativo en el cual fundamenta el accionante su reclamo, resulta esencial la demostración de los hechos y su encuadre en los presupuestos de la responsabilidad civil que pretende endilgarle a las accionadas. El reconocimiento de la denuncia de un accidente de trabajo no proyecta sus consecuencias en el plano de la responsabilidad civil, cuando no se han comprobado los extremos aludidos, según lo prescripto en los arts. 1109, 1113, 1074 y conc., del entonces vigente Cód. Civil, actuales arts. 1757, 1749 y conc. del Cód. Civ. y Com. de la Nación (v. entre muchos otros, “Di Liddo, Diego M. c. Iarai SA y otro s/ accidente-acción civil”, SD 93.315 del 19/02/2019, del registro de esta Sala).

Asimismo, y en consonancia con lo destacado, resulta trascendental señalar que la relación de causalidad adecuada jamás dejó de ser un elemento basal de atribución de responsabilidad bajo el régimen del derecho común. Y desde esa perspectiva, como acertadamente señaló la *a quo*, no existe prueba alguna en las presentes actuaciones que permita concluir que la empleadora era la “dueña o guardiana” de la cosa y menos aún, que la ART demandada haya incurrido en los incumplimientos endilgados (cfr. art. 377 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Sentado ello, la queja no recibirá favorable acogida, en tanto coincido con la Sra. Magistrada de grado en que no fueron acreditados en autos los presupuestos de la responsabilidad civil.

Digo así, pues la sentenciante que me precedió en el juzgamiento ponderó las declaraciones testificales producidas en autos (Soto, a fs. 331/332; Popoli, a fs. 341/342; y Ortiz a fs. 370/371) y consideró que, aunque con algunos matices, el siniestro ocurrió en las condiciones descriptas en el inicio, pero que en ningún momento la accionante había alegado que su empleadora era la propietaria del edificio donde tuvo lugar el infortunio. En efecto, la apelante reconoce tal extremo en su memorial. Expresamente refirió: “VN Global BPO SA no reviste el carácter de dueña o guardiana directa de la cosa riesgosa” (fs. 472).

Asimismo, surge de las constancias de autos —como fue expresado por la *a quo*— que la propietaria del edificio donde funcionan las oficinas de la empresa VN Global BPO SA es la empresa Cautela SA y que la firma Ascensores PAP SA efectuó inspecciones en los ascensores del edificio de la calle Perón el 15/09/2011 y el 18/10/2011, es decir, los dos meses previos al siniestro (ver prueba informativa aportada por el Consorcio de Propietarios de Perón 537 de CABA obrante a fs. 292/303). Específicamente, a fs. 303 el apoderado de Cautela SA reconoce que esta última es la propietaria del edificio sito en el domicilio ya referido.

En términos que comparto, se ha sostenido que el art. 1113 del Cód. Civil, aplicable al caso de autos, disponía —en su primer párrafo— que la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaron los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. Dicha norma establece la responsabilidad del guardián y debe considerarse tal a todo aquel que tiene, de hecho o por derecho, un poder efectivo de vigilancia, gobierno y control sobre la cosa que ha resultado dañosa (CNAT Sala III, Expte. N° 12.774/00 sent. 86.995 16/08/2005 “Acosta, Alfonso c. Mazzeo, Carlos y otro s/ accidente acción civil”).

Sobre tales bases, y encontrándose acreditado que la empleadora no era la propietaria del edificio donde la actora prestaba tareas y por consecuencia, no poseía un poder efectivo de vigilancia, gobierno y control sobre el ascensor donde ocurrió el siniestro, corresponde confirmar lo decidido en grado. Agrego, por todo lo in-

terpretado, que tampoco corresponde atribuirle responsabilidad a la ART con base en lo normado por el art. 1074 del Cód. Civil.

Por todo lo expuesto, corresponde desestimar la queja y confirmar lo decidido en origen con relación al rechazo de la reparación pretendida con fundamento en las disposiciones del derecho común.

V. Me abocaré, entonces, a la queja relativa a la fijación del monto indemnizatorio. La recurrente señala que es insuficiente y que debe ser actualizado de conformidad con la ley 26.773. Es preciso puntualizar que nos hallamos frente a un accidente acaecido el 22/11/2011, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada normativa (BO 26/10/2012).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Espósito, Dardo L. c. Provincia ART SA s/ accidente - ley especial” (Fallos: 339:781) estableció que “la propia ley estableció pautas precisas para determinar a qué accidentes o enfermedades laborales correspondería aplicarles las nuevas disposiciones legales en materia de prestaciones dinerarias; y (...) ante la existencia de estas pautas legales específicas quedó excluida la posibilidad de acudir a las reglas generales de la legislación civil sobre aplicación temporal de las leyes” (considerando 8°). Así, el Alto Tribunal precisó que las nuevas normas solo resultan aplicables a los accidentes o enfermedades que ocurridos con posterioridad a la publicación del nuevo régimen legal. Dejo claramente establecido que comparto en plenitud y aplicaré la doctrina elaborada por la Corte con relación a la vigencia temporal de la ley 26.773, pues si bien es cierto que nuestro máximo Tribunal solo decide en los casos concretos que le son sometidos y que sus fallos no resultan obligatorios para otros análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a lo establecido por aquella en casos análogos (conf. doctrina Fallos: 25:364 y muchos otros). Ello, en razón de su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia (Fallos: 307:1094; 312:2007; 319:2061; 320:1660; 321:2294, 3201; 323: 3085; 325:1515; 326:1138, entre muchos otros).

En este contexto, señalo que por amplias que sean las facultades judiciales en orden a la apli-

cación e interpretación del derecho, el principio de la separación de poderes, fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional, no autoriza a los jueces a prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto (CSJN, Fallos: 249:425; 258:17; 263:460; 329:1586; conf. “Agüero, Jorge D. c. Interacción ART SA s/ accidente - ley especial”, SD N° 92.131 del 30 de octubre de 2017). Ello, sin mengua de la efectividad del principio de supremacía constitucional —consagrado en el artículo 31 de la Carta Magna— que demanda un régimen de control de constitucionalidad de las leyes, normas y actos de los gobernantes, que en nuestro sistema judicial y difuso, se encuentra depositado en todos y cada uno de los jueces (Fallos: 338:724; ver mi voto de esta Sala I SD 92.235 del 18/12/2017 “Vairo, Alicia S. c. Galeno ART SA (ex Mapfre ART SA) s/ accidente - ley especial”).

En razón de lo expuesto, la solución adoptada en el antecedente del Alto Tribunal —según la cual el texto legal no admite interpretaciones contrarias a sus expresas disposiciones— impone la confirmación de lo establecido en grado.

VI. La apelante solicita que se declare la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 y que se aplique, los efectos de realizar el cálculo del art. 14 2° a) de la mencionada norma, la remuneración actual correspondiente a la categoría administrativa A del CCT, y ello en atención a la desvalorización que sufrió su crédito laboral. Subsidiariamente, requiere que se considere el importe de \$2001,58 (informado por el perito contador a fs. 247).

Con respecto a este punto, señalo que la variable salarial constituye —a mi entender— el elemento cardinal de la fórmula prevista para la reparación, vinculada también a la edad de la trabajadora accidentada y a la incapacidad que la aqueja, y es el único componente que pone en evidencia el valor de esa reparación. Digo ello, porque de admitirse la cristalización del ingreso mensual base en el año 2011 —utilizando los salarios del año anterior al accidente— soslayaríamos una serie de circunstancias que tuve oportunidad de señalar en precedentes de esta Sala en el sentido de que “...a raíz de las variaciones económicas que se producen a lo largo del

tiempo, se actualizaron los mínimos a tener en cuenta y las prestaciones de pago único que en su momento habían sido modificadas por el decreto 1694/2009, por vía de lo establecido en el ya referido artículo 17.6 de la ley 26.773, en sentido concordante con lo dispuesto en el decreto 472/2014 y las resoluciones de SSS dictadas en dicho marco” (ver, entre otros, “Vázquez, Patricia G. c. Asociart SA s/ accidente-ley especial”, SD 92.286 del 28/12/2017).

Ahora bien, en esos supuestos fue posible, en atención a la normativa aplicable, “cotejar la indemnización derivada de las previsiones que surgen del artículo 14 de la ley 24.557 con el mínimo actualizado por el índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables) fijado por la SSS al momento del evento dañoso” toda vez que “[e]ste mecanismo de ajuste de acuerdo al índice RIPTE se halla indudablemente dirigido a que no se produzca la desvalorización del crédito a favor del reclamante, por lo que no considero que conculquen garantías constitucionales que justifiquen una declaración de inconstitucionalidad en el marco pretendido (cfr. mi voto particular en “Luna, Pablo N. c. La Caja ART SA s/ accidente - ley especial”, SD 92.182 del 23/11/2017, del registro de esta Sala).

El caso que nos emplaza exhibe la particularidad que —en reiteradas ocasiones, a lo largo del memorial— pone de relieve la apelante: el transcurso del tiempo y las variaciones que ese devenir, ligado a la economía local, han producido en el valor de su crédito. Como ya señalé, en autos no se aplica ninguna de las mejoras que sobrevinieron a partir de la ley 26.773 y que, con remisión al índice RIPTE, se dirigieron a mantener el valor de la reparación de la incapacidad que padeció la trabajadora.

En este entendimiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Castillo, Juan N. c. Provincia ART s/ accidente - ley especial, publicado en Fallos: 342: 227, de fecha 12/03/2019”, tuvo oportunidad de expedirse sobre un planteo que guarda cierta similitud al presente, en el cual se remitió al dictamen de la Procuración General de la Nación, y así desestimó el recurso deducido contra la sentencia de la Sala IV de esta Cámara que había declarado la inconstitucionalidad de los artículos 12 y 14,

inciso 2, apartado b). De tal forma, me permito considerar —a los fines de determinar el IBM— la remuneración devengada por el trabajador al tiempo del alta médica, descartando el sistema dispuesto por el art. 12 de la LRT, que pondera el promedio de los últimos doce meses anteriores al accidente. Desde esa perspectiva, se desestimó la tacha de arbitrariedad de lo decidido “(...) toda vez que la alzada... fundó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 12 de la ley 24.557 en que el mismo sujeta le valor mensual del ingreso base a las remuneraciones devengadas en el año anterior a la primera manifestación invalidante, lo cual ocasiona un evidente perjuicio al beneficiario al resultar insuficiente la reparación en relación al daño sufrido...” (de los fundamentos del dictamen de la P.G.N. a los que remite la Corte).

En el *sub examine*, el ingreso base del año anterior al accidente equivale a \$2001,58. Siguiendo el criterio cuestionado ante el Alto Tribunal en la causa citada anteriormente y de acuerdo a la consulta realizada en el sitio web [www.faecys.org.ar](http://www.faecys.org.ar), la remuneración correspondiente a la categoría Administrativa A del CCT 130/75 (alegada al demandar y no desconocida por la empleadora, ver fs. 8 vta. y 45 vta.) al momento del alta médica (19/06/2012, ver fs. 158, aportada por la codemandada Galeno ART SA) ascendió a \$4.733,92. La evidente diferencia revela que los salarios del trabajador han ido modificándose por “...la movilidad que sufrieron los valores de la economía y las retribuciones en general como consecuencia del ya mencionado deterioro del valor de la moneda. En ese marco, calcular la indemnización por incapacidad permanente con base en un valor salarial irreal violaría los objetivos de la propia ley 24.557 de reparar las consecuencias de las contingencias por ella cubiertas y más aún el mandato del art. 14 bis de la Constitución Nacional de proteger el trabajo en todas sus formas, exigencia perfectamente aplicable en materia de infortunios derivados de accidentes de trabajo” (cfr. el antecedente de esta Sala, *in re* “Baldomero, Robles c. Asociart SA ART s/ accidente-ley especial, SD 90.596 del 17/04/2015).

Resta agregar que no soslayo lo que a esta altura se configura como criterio jurisprudencial consolidado por la CSJN, en cuanto a que “la declaración de inconstitucionalidad de un precep-

to normativo constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ello sino cuando una estricta necesidad lo requiera y no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio, a la que cabe acudir en primer lugar”. Empero, dadas las particularidades que se presentan en el caso en estudio —entre ellas, que la actora se accidentó en noviembre de 2011, que padece una incapacidad psicofísica del 20%, que existe una significativa diferencia entre el IBM correspondiente a la fecha del infortunio y el salario devengado al momento del alta, todo lo cual denota la vulneración de garantías de orden superior— corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 12 LRT (cfr. “López, Sergio D. c. Federación Patronal Seguros SA s/ accidente - ley especial”, del 06/03/2020, del registro de esta Sala).

En función de ello, la reparación por la incapacidad laboral permanente que padece la accionante asciende a la suma de \$98.838,51 ( $53 \times 4.733,92 \times 20\% \times 65/33$ ; art. 14. ap. 2. a. de la ley 24.557), más los intereses fijados en origen.

VII. En materia arancelaria, en atención al mérito, la calidad, la eficacia, la extensión de los trabajos cumplidos en primera instancia, el resultado del pleito, lo normado por el artículo 38 de la LO, las disposiciones arancelarias de aplicación y vigentes a la época de las tareas ponderadas a los fines regulatorios (arts. 1°, 6°, 7°, 8°, 9°, 19 y 37 de la ley 21.839, actualmente previsto en sentido análogo por el art. 16 y conc. de la ley 27.423; cfr. CSJN, *in re Fallos*: 319:1915 y Fallos: 341:1063), propicio confirmar los honorarios regulados en grado a la totalidad de los profesionales intervinientes, los que deberán ser calculados sobre el nuevo monto de condena más intereses.

VIII. Con relación a las costas de Alzada, atendiendo a la complejidad de los temas en debate, sugiero se impongan en el orden causado con relación a la acción entablada contra VN Global BO SA (art. 68, 2° párrafo Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y a cargo de Galeno ART SA, por la acción interpuesta en su contra (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Asimismo, propicio regular los honorarios de la representa-

ción letrada del actor y de la codemandada VN Global BO SA en el 30%, para cada una de ellas, de lo que en definitiva les corresponda percibir por su labor en la instancia anterior (art. 30, ley 27.423).

IX. En síntesis, de prosperar mi voto correspondería: 1) Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide y elevar el monto de condena a la suma de \$98.838,51; 2) Imponer las costas de Alzada en el orden causado con relación a la acción entablada contra VN Global BO SA (art. 68, 2° párrafo Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y a cargo de Galeno ART SA, por la acción interpuesta en su contra (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 3) Regular los honorarios de la representación letrada del actor y de la codemandada VN Global BO SA en el 30%, para cada una de ellas, de lo que en definitiva les corresponda percibir por su labor en la instancia anterior (art. 30, ley 27.423).

La doctora *Vázquez* dijo:

Que adhiere al voto que antecede, por compartir sus fundamentos y conclusiones.

Por ello, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide y elevar el monto de condena a la suma de \$98.838,51; 2) Imponer las costas de Alzada en el orden causado con relación a la acción entablada contra VN Global BO SA (art. 68, 2° párrafo Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y a cargo de Galeno ART SA, por la acción interpuesta en su contra (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 3) Regular los honorarios de la representación letrada del actor y de la codemandada VN Global BO SA en el 30%, para cada una de ellas, de lo que en definitiva les corresponda percibir por su labor en la instancia anterior (art. 30, ley 27.423); 4) Hágase saber a las partes que la totalidad de las presentaciones deberán efectuarse en formato digital (CSJN, punto N° 11 de la Ac. 4/2020, reiterado en los Anexos I y II de la Ac. 31/2020). Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (art. 4°, Acordada CSJN N° 15/2013) y devuélvase. — *María C. Hockl*. — *Gabriela A. Vázquez*.

## PERROS PELIGROSOS

**Ataque hacia otro animal. Responsabilidad del dueño. Naturaleza jurídica de los animales. Indemnización del daño moral. Procedencia.**

1. — En nuestro derecho los animales son cosas y la accionante tenía derechos patrimoniales sobre el perro caniche que murió como consecuencia de la pelea con los perros pitbull de propiedad del demandado, razón por la cual es que corresponde otorgar procedencia al reclamo por daños patrimoniales [I].
2. — En el caso de autos —ataque de perros que terminaron con la vida del can del accionante— se trata de animales, que no obstante el carácter de cosa mueble —semovientes—, se tratan de seres dotados de sensibilidad, por lo que es de presumir que, si se tiene una mascota como compañía, ella produce gratificaciones, afecto, cariño, y su pérdida, atendiendo a la relación afectiva y vinculación existente entre el dueño y el animal no es irrelevante. Su pérdida ocasiona un daño que, conforme lo normado por el art. 1744 del Cód. Civ. y Com., surge notorio de los propios hechos, dado el sufrimiento psíquico o espiritual e impacto emocional que produce.
3. — Cabe hacer lugar al recurso interpuesto por la actora, atento a que efectivamente, hubo omisión de pronunciamiento al respecto en la sentencia apelada, ya que los fundamentos de esta están referidos al reclamo por los gastos médicos farmacéuticos, que se denegaron, pero nada se dijo sobre el reclamo por la pérdida del caniche.
4. — Resultan innegables los vínculos de cariño que se crean entre los seres humanos y los animales y sostener que la muerte del animal no origina en el ser humano un sufrimiento en sus intereses extrapatrimoniales, máxime si la muerte fue violenta, inesperada e injusta, es cerrar los ojos ante una realidad que los jueces no pueden desconocer.

## ① CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

### El hecho dañoso:

Ataque de perros a otro animal.

### Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

### Componentes del daño:

Daño patrimonial

Daño emergente: \$3200

**CCiv. y Com. Común, Tucumán, sala I, 18/11/2020. - Lazarte, Emilia Clementina c. Jerez, Alejandro Jesús s/ daños y perjuicios.**

[Cita on line: AR/JUR/65623/2020]

## ① CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

[1] PICASSO, Sebastián, “Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda”, LA LEY 16/04/2015, LA LEY 2015-B, 950, AR/DOC/1144/2015.

## ① COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

## ① INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. N° 409/18

**2ª Instancia.**- Concepción, noviembre 18 de 2020.

La doctora *Ibáñez de Córdoba* dijo:

1.- Que por sentencia N° 47 del 13/08/2020, el Sr. Juez Civil y Comercial Común de la 3ª Nominación de este Centro Judicial de Concepción, resolvió rechazar la excepción de falta de legitimación o falta de acción formulada por la parte demandada; hacer lugar a la impugnación de la nota vecinal esgrimida por la parte demandada; admitir la pretensión ejercitada por la Sra. Lazarte Emilia Clementina, DNI N° ..., en contra del Sr. Jerez Alejandro Jesús, DNI N° ..., y en

consecuencia, condenar a este último a abonar dentro del plazo de diez días de ejecutoria la sentencia, la suma de \$23.000 con más los intereses calculados desde la fecha del hecho (25/09/2018), hasta su efectivo pago, según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días que fija el Banco de la Nación Argentina.

Asimismo, en la sentencia referida N° 47 del 13/08/2020, impuso como obligación a la parte demandada, en el carácter de tutela preventiva de oficio, que: “Para poder salir a la vía pública los perros Pitbull (Aquiles —color atigrado con blanco— y Caty —color canela—) considerados potencialmente peligrosos, deberán contar con los siguientes elementos de seguridad: a) llevar puesto una correa o cadena corta y bozal proporción al tamaño y resistencia a la conformación física del animal; b) el desplazamiento de los animales descriptos supra, por la vía pública deberán hacerlo con una persona mayor de 16 (dieciséis) años; y c) los propietarios de dichos animales, deberán contar con la certificación que identifiquen a los mismos (carnet de identificación), debiendo a sus efectos ser registrados ante la institución “Tucumán Mascotas” a través del correo electrónico [mascotas@tucuman.gov.ar](mailto:mascotas@tucuman.gov.ar) - División Zoonosis (San Miguel de Tucumán) Mate de Luna 1935— a los efectos de requerir la entrega de una chapa con el código que deberán tener los perros en su collar y un carnet —tipo DNI— con los datos del animal. A sus efectos se otorga un plazo de 30 días corridos a partir de quedar firme el presente resolutorio para acreditar ante este Juzgado el cumplimiento de tal exigencia; d) Los mencionados perros en este resolutorio deberán ser albergados en instalaciones seguras y resistentes que impidan su huida y se encuentren alejadas de la vía pública de modo tal que las mismas no signifiquen un peligro inminente para las personas, animales o cosas que se encuentren en las inmediaciones del lugar de residencia de estos animales. El lugar deberá estar señalizado con la inscripción “Perro peligroso”. A sus efectos, en el plazo de 10 días se oficiará al Juzgado de Paz de la localidad de permanencia de tales animales a los efectos de constatar el cumplimiento de tales exigencias”. Impuso las costas a la parte demandada. Seguidamente, estableció como base regulatoria del presente juicio, la suma de \$45.352,20 y procedió a regular

honorarios al Dr. Agustín Eugenio Acuña, Defensor Oficial en lo Civil y del Trabajo, con carácter itinerante, con jurisdicción en los Centros Judiciales Concepción y Monteros, en la suma de \$ ..., por su labor como apoderado de la parte actora y a la Dra. Liliana Beatriz Farach, como abogada patrocinante de la parte demandada, en la suma de \$ ...

2.- Contra dicha sentencia, interpusieron recurso de apelación, el Sr. Defensor Oficial en lo Civil y del Trabajo, con carácter itinerante, con jurisdicción territorial en los Centros Judiciales Concepción y Monteros, Dr. Agustín Eugenio Acuña, por la parte actora (14/08/2020) y el demandado Alejandro Jesús Jerez (24/08/2020). Concedidos los recursos por decretos de fecha 18/8/2020 y 31/08/2020, respectivamente, el accionante expresó agravios en fecha el 16/09/2020 que fue contestado por la parte demandada el 05/10/2020, en tanto que el demandado expresó agravios el 21/10/2020, que fueron contestados por el Sr. Defensor Oficial en lo Civil y del Trabajo, con carácter itinerante, el 26/10/2020.

2.- a) El Sr. Defensor Oficial, en el carácter indicado al expresar agravios solicitó que se revocara la sentencia, concretamente en cuanto no concedió el monto solicitado como indemnización por las consecuencias patrimoniales derivadas del fallecimiento del perro de propiedad de su mandante.

Expuso que en la demanda al reclamar la indemnización por consecuencias patrimoniales (hojas 21/23), indicó que el reclamo se compone de lo que su mandante “perdió producto del hecho, su perro y por los gastos médicos-farmacéuticos en los que incurrió, producto de la afectación de su salud”, y que señaló que esos gastos para recuperar lo detallado surgían notorios de los propios hechos, como lo menciona el art. 1744 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, a la vez que los estimó en \$2.000 y/o lo que en más o menos se fije según el prudente arbitrio judicial a tenor del art. 267 del CPCCT, segundo párrafo. Aclaró que, en consecuencia, el reclamo por ese rubro fue doble, ya que fue por: a) el valor del perro, perdido por el hecho y b) los gastos médicos-farmacéuticos en los que incurrió su mandante, producto de la afectación de su salud. Explicó que de los dos reclamos antes in-

dividualizados no cuestiona lo resuelto respecto del segundo (gastos médicos-farmacéuticos), sino que lo único que cuestiona es el primero, referido al resarcimiento por la pérdida del valor del perro de propiedad de su mandante.

Expuso que la resolución no trató la cuestión; que los argumentos expuestos giran únicamente en torno a los gastos médicos-farmacéuticos, lo que redundaba en perjuicio para su mandante (art. 30 de la Constitución de Tucumán). Destacó que el monto del daño está probado; que surge del informe del Acuario Piscis (hoja 201) que un perro Caniche como el de su mandante costaba \$3.200 al 18/10/2019.

Concluyó sosteniendo que en definitiva, el razonamiento que debe realizarse para concluir en la procedencia del rubro rechazado es el siguiente: a) el perro de propiedad de su mandante era una cosa (art. 16 del Cód. Civ. y Com. de la Nación); b) integraba el patrimonio de su mandante (art. 1737 del Cód. Civ. y Com. de la Nación); c) el valor económico del mismo se probó con el informe detallado; d) el rubro debe proceder.

Corrido el traslado de ley, el accionado solicitó su rechazo con costas. Señaló que el rubro reclamado materia del recurso no puede prosperar porque —más allá del razonamiento sentencial, que estimó correcto y que no omitió tratar ningún punto— los animales no humanos no son cosas, sino que son sujetos de derechos. Citó a su favor, lo resuelto por la Cámara Federal de Casación Penal de la CABA, en sentencia del 18/12/2014. Expresó que la condición referida surge en virtud de su sentencia (capacidad de sentir dolor y placer), sino también de la conciencia que detentan como se estableció en la Declaración de Cambridge en el año 2012, y fue reconocido en la Declaración de Toulon - Francia del 29 de marzo de 2019; que procedente de la trilogía de simposios sobre la personalidad jurídica de los animales, la Declaración de Toulon está concebida como una respuesta de académicos jurídicos a la Declaración de Cambridge del 7 de julio de 2012. Continuó diciendo que al no ser cosa, no puede formar parte del patrimonio de la actora.

En segundo lugar, adujo que el reclamo de la accionante se limitó a gastos médicos y far-

macéuticos, que en la demanda reclamó \$2.000 y adjuntó comprobantes del 21/02/2018 por \$1.359,90, uno, y el otro por \$235,56, lo que da un total de \$1.595,46, lo que lleva a inferir que los \$400 que restan, corresponden a gastos médicos, por lo que no puede ahora pretender que se haga lugar a un reclamo que no realizó oportunamente; que de seguir tal criterio, el Sentenciante habría incurrido en infracción al principio de congruencia (*extra petita*). Hizo referencia al art. 1738 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y afirmó que el patrimonio de la accionante no se vio disminuido.

2.- b) A su turno, el demandado Alejandro Jesús Jerez expresó agravios; solicitó que se revoque la sentencia en los puntos materia de agravios y que se dicte la sustitutiva conforme a derecho, con costas a la contraria.

En primer lugar, se agravio por cuanto la sentencia hizo lugar al reclamo de la actora y dispuso la indemnización por consecuencias no patrimoniales, por la suma de \$23.000 con un único fundamento, en el que se dijo que: “Vivir con un perro te cambia la vida, no solo es una gran responsabilidad, sino que es una fuente inagotable de enseñanza y bienestar. Compartir gran parte de la vida con animales aporta innumerables beneficios...”. Indicó que la sentencia carece de motivación suficiente, lo que afectó su derecho de defensa y el debido proceso, en contra de lo normado por el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Agregó que, además, el argumento esgrimido por el Juez *a quo* no se aplica a todos los casos, que la actora no fue una cuidadora responsable, como se observa de la actitud que asumió antes y después del lamentable suceso: antes, permitió que su perro saliera solo —es más, siempre andaba en la calle, sin supervisión de su cuidadora—; después del evento dañoso, en lugar de llevarlo urgente para que reciba atención veterinaria, se dirigió con el perro agonizando, ubicado en una caja, a la comisaría, a fin de asentar la denuncia. No acreditó que el perro Caniche tuviera todas las vacunas obligatorias, lo que demuestra la ausencia de un vínculo afectivo con el caniche, y afirmó que el único damnificado directo fue el perrito; que ante la muerte de la víctima, solo tendrán legitimación los damnificados indirectos para la indemnización de las

consecuencias no patrimoniales (art. 1741, Cód. Civ. y Com. de la Nación) y la actora no reviste ese carácter, por lo que, hacer lugar al reclamo indemnizatorio por el daño moral —consecuencias no patrimoniales— supuestamente sufrido por la actora, implica imponer una obligación a la demandada que no surge de la ley, afectándose su derecho de propiedad (art. 17, Constitución Nacional).

Señaló que la accionante tampoco es damnificado indirecto por haber convivido con el damnificado directo recibiendo trato familiar ostensible, porque no acreditó tal circunstancia; que el trato familiar al que alude la norma, se manifiesta por la exteriorización de un vínculo afectivo, que motiva la constitución de un núcleo análogo o idéntico al de la familia, trato que la actora no le daba a su animal de compañía que lo considera una “cosa”, como surge de los argumentos esgrimidos en el memorial de agravios al referir que: “a) el perro de propiedad de mi mandante era una cosa, tiene valor económico (art. 16 del Cód. Civ. y Comercial); b) el perro integraba el patrimonio de mi mandante que fue dañado (art. 1737 del Cód. Civ. y Comercial); c) el valor económico de mi perro se probó con el informe detallado; d) el rubro debe proceder” (sic).

Añadió que tampoco la actora acreditó el hecho de que tuvo que someterse a algún tipo de tratamiento para mitigar ese supuesto dolor. Refirió que en relación con la prueba del daño, el art. 1744 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que el perjuicio debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute, o que surja notorio de los propios hechos, lo que no se dio en el caso de autos; que el damnificado debió demostrar los requisitos del daño resarcible, en cuanto a la existencia o presencia de lesión de un interés patrimonial o extrapatrimonial, personal, subsistente, y que presenta un grado de certeza suficiente que amerite su resarcimiento.

Se agravio igualmente, en cuanto la resolución cuestionada, en el capítulo “Responsabilidad civil preventiva”, dispuso que: “c) los propietarios de dichos animales, deberán contar con la certificación que identifiquen a los mismos (carnet de identificación), debiendo a sus efectos ser registrados ante la institución “Tucumán Masco-

tas” a través del correo electrónico mascotas@tucuman.gov.ar - División Zoonosis (San Miguel de Tucumán) Mate de Luna 1935— a los efectos de requerir la entrega de una chapa con el código que deberán tener los perros en su collar y un carnet —tipo DNI— con los datos del animal”.

Expuso que el “Programa Provincial Tucumán Mascotas” fue creado por Decreto N° 662/1 del Poder Ejecutivo Provincial, del 8 de Marzo del 2016; que tiene como fin principal: “a) Estimular la tenencia responsable y la sanidad de los caninos y felinos por parte de la persona o de la familia respecto a su mascota, a fin de asegurar el bienestar de los animales, de las personas y el entorno; b) Promover la realización de campañas de vacunación antirrábica anuales de caninos y felinos; c) Impulsar la desparasitación de perros y gatos con antiparasitarios de amplio espectro; d) Preservar la diversidad biológica, evitando todo acto que implique malos tratos o crueldad; e) Impedir que se realice la práctica de la eutanasia y el sacrificio indiscriminado de perros y gatos. En caso de que, como último recurso, deba recurrirse a la eutanasia, esta deberá practicarse del modo más inmediato e indoloro posible; f) Realizar campañas de esterilización las que deberán poseer las características detalladas en el artículo 2°, segundo párrafo, de este decreto...”, y que el RUM (Registro Único de Mascotas) fue creado con la finalidad de que resulte más fácil al cuidador responsable de un perro registrado encontrarlo en los casos de pérdida o robo. Así, se encuentran registrados, hasta perros mal llamados callejeros, que son registrados por rescatistas que los llevan a castrar. Sostuvo que esa es la única finalidad del RUM. Aclaró que dicha dependencia no entrega carnet —tipo DNI— con los datos del animal y que actualmente ese registro no se está haciendo por la situación de público conocimiento (pandemia) y porque no cuentan con las chapas por falta de insumos. Adujo, además, que esa exigencia nada tiene que ver con las reglas de prevención del daño que de oficio decidió imponer el Juez *a quo*. Afirmó que ello no es un medio idóneo para asegurar la eficacia de la obtención de la finalidad que es prevenir un daño. Destacó que la Dirección de Zoonosis (San Miguel de Tucumán) Mate de Luna 1935, no tiene relación con el Programa Provincial Tucumán Mascotas, ya que la Dirección de Zoonosis, depende de la Municipalidad de San Miguel de Tucumán.

Manifestó que además de inadecuada para la finalidad preventiva, la medida impuesta es de imposible cumplimiento.

Se agravó igualmente porque la sentencia impuso también, como obligación de hacer, que: “Los mencionados perros en este resolutorio deberán ser albergados en instalaciones seguras y resistentes que impidan su huida y se encuentren alejadas de la vía pública de modo tal que los mismos no signifiquen un peligro inminente para las personas, animales o cosas que se encuentren en las inmediaciones del lugar de residencia de estos animales. El lugar deberá estar señalizado con la inscripción “Perro Peligroso”. Arguyó que los animales de compañía en cuestión (Aquiles —fallecido— y Caty) nunca significaron un peligro ni para las personas ni para las cosas, y que si reaccionaron de la manera en que lo hicieron el día del lamentable suceso, fue porque el perro Caniche fallecido atacó a Caty. Consideró irrazonable la obligación que se le impuso de poner una señalización en su domicilio con la inscripción “Perro Peligroso”, ya que, aparte de no ser un medio idóneo para obtener la finalidad buscada, no tuvo en cuenta criterios de menos restricción posible y porque afecta derechos fundamentales, como ser el derecho de propiedad, que tiene raigambre constitucional, al no respetar el principio de adecuación y necesidad de la medida.

En tercer lugar, indicó que le agravia la sentencia en cuanto no tuvo en cuenta las circunstancias del caso a los fines de fijar la indemnización; que el juez, al fijar la indemnización puede atenuarla si es equitativo, en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Refirió que tales circunstancias no fueron consideradas; que el Sentenciante no tuvo en consideración la irresponsabilidad de la actora en el cuidado de su animal de compañía —al dejarlo solo en la calle— ni la conducta inmediata asumida por esta después de producido el hecho y, sobre todo, el hecho de que la víctima fue quien atacó a Caty.

Finalmente, como cuarto agravio, indicó que le agravia la resolución por cuanto reguló honorarios al Dr. Acuña Agustín Eugenio, Defensor Oficial en lo Civil y del Trabajo, con carácter itinerante, con jurisdicción en los Centros Judicial-

les Concepción y Monteros, en la suma de \$ ..., por su labor como apoderado de la parte actora, sin fundamento.

Argumentó que la actuación de los Defensores Oficiales no genera costas, por cuanto sus honorarios han de ser afrontados por el Estado; que en los hechos, el señor Defensor por su intervención, percibe una remuneración con cargo al presupuesto del Poder Judicial, lo que significa que sus honorarios han de ser afrontados por el Estado provincial, que en definitiva, el Defensor Oficial no hace sino cumplir con su función propia, y no puede percibir honorarios ni del particular a quien asiste ni de la contraria condenada en costas; que su retribución, al igual que todos los demás integrantes del Poder Judicial, está dada por el sueldo asignado en el presupuesto provincial, y es el que remunera su servicio de preservar el derecho de defensa. Señaló que en el presente caso se invoca y se hace aplicación de la Ley 5480, Honorarios de los Abogados y Procuradores; que, sin embargo esa norma solo se aplica para la regulación de honorarios de quienes se encuentran ejerciendo libremente la profesión, haciendo de ello su medio de vida; que pretender que los Defensores Oficiales perciban, además del sueldo que cobran, honorarios profesionales, implicaría tanto como afirmar que cuando una persona concurre a un hospital público reclamando la prestación del básico y fundamental derecho a la salud, deben pagar honorarios profesionales a los médicos que los asisten, lo que carece de fundamento fáctico y jurídico; que en los hechos se estaría tercerizando el servicio de justicia y se estaría legalizando una especie de evasión impositiva. Los funcionarios judiciales no tributan a la AFIP; tampoco a la Caja de Abogados y Procuradores. Agregó que además, ello implicaría una competencia desleal con relación a los abogados en ejercicio libre de la profesión; que además de cobrar un sueldo a cargo del Estado, los Defensores Oficiales no pagan gastos de oficina ni de su personal, actúan en el proceso libre de derecho; quien eventualmente debiera abonar honorarios estaría sometido a una doble imposición, pues ya tributa impuestos nacionales y provinciales cuyo destino, precisamente, es solventar los gastos que demanda el básico y elemental servicio de justicia; que por otro lado, generalmente el Defensor Oficial, no asiste a Tribunales a presentar los escritos

—con la anterior modalidad—, no siempre asiste a las audiencias, pues delega funciones en subalternos, lo que no ocurre en el caso de los abogados en ejercicio libre de la profesión, y que la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional implica la igualdad de tratamiento para casos idénticos o razonablemente similares o asimilables entre sí, que sin embargo, no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, como ocurre en autos.

Corrido el traslado de ley, contestó el Sr. Defensor Oficial, por la parte actora, solicitando que se rechacen los agravios y que se confirme la sentencia apelada.

En primer lugar, indicó que el escrito de expresión de agravios de la parte recurrente no contiene una crítica concreta y razonada de los puntos de la sentencia que considere que afecten a su derecho (art. 717 del CPCCT), por lo que requirió el rechazo del recurso.

Sin perjuicio de ello, expresó que los argumentos desarrollados en el “memorial” deben ser rechazados.

En relación al agravio referido a la indemnización por consecuencias no patrimoniales, realizado en base a que el único argumento de la resolución es un párrafo que transcribe, indicó que, sin embargo, ese párrafo es solo la coronación del razonamiento que expone la sentencia y que de la lectura completa e íntegra de la resolución —y no parcializada—, surge que la motivación existe, es clara y contundente; agregó que la excepción no puede dar vuelta la regularidad, que hay dueños que tratan bien a sus perros y otros que los tratan mal, que sin embargo, la generalización que se pretende es la inversa y no tiene fundamento. Afirmó que su mandante se vio afectada por el fallecimiento de su Caniche, caso contrario no habría hecho la demanda. A pesar que se busca nuevamente cargar las tintas sobre su proceder, la realidad es que es nuevamente un argumento que omite lo central: la responsabilidad en el hecho de la parte demandada. Se preguntó ¿Cuán relevante es que el Caniche tuviera las vacunas obligatorias? Para contestar que eso no es un requisito para la existencia del daño y también se interrogó acer-

ca de cuál es la prueba sobre el supuesto hecho de que andaba siempre en la calle.

Explicó que la damnificada fue su mandante en los términos del art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; que la reparación plena está legislada en el art. 1740 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y surge del principio de no dañar al otro de raigambre constitucional (art. 19 de la CN).

En cuanto al trato familiar, sostuvo que como se indicó en la demanda, no se puso en duda que el perro Caniche era de propiedad de su mandante y no fue negado por la parte demandada, y que el hecho que su mandante indique que el perro Caniche fallecido era una cosa no invalida el reclamo; que existen antecedentes jurisprudenciales que han concedido la indemnización de consecuencias no patrimoniales por cosas como automotores nuevos con mal funcionamiento o por el fallecimiento de perros. Añadió que el daño se consideró acreditado porque surge “notorio de los propios hechos” como lo indica el art. 1744 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y dado que el juez consideró acreditado el daño, aplicó el art. 267 del CPCCT al establecer el monto por el que procedía.

En relación al agravio vinculado a la responsabilidad civil preventiva, distinguió dos cuestiones. Una, referida al programa “Tucumán Mascotas” en cuanto al punto “c)” que individualiza el recurso, señalando al respecto que le asiste razón en lo expresado y no se hace objeción a lo pedido. Y dos, vinculado a las “instalaciones”, a cuyo respecto expuso que el ejercicio de la tutela preventiva de oficio (art. 1713 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) en cuanto a las instalaciones seguras, resistentes, alejadas de la vía pública y la señalización, de ninguna manera son irrazonables, sino que las medidas (el medio) lucen proporcionadas para obtener el fin (evitar que se repitan trágicos sucesos como el de este caso), por lo que señaló que ese agravio debe ser rechazado parcialmente.

En lo que hace a la fijación de la indemnización sostuvo que las circunstancias del hecho que refirió la parte demandada sí fueron tenidas en cuenta por la resolución solo que no se tomaron en cuenta a su favor, además de otras que son desfavorables a la demandada. Aclaró que, la circunstancia de dejar solo en la calle al

Caniche como dice la parte demandada, no es cierta, que el Caniche se cruzó de vereda al ver a los Pitbull como se consideró acreditado testimonialmente (considerando 3.3); además se tuvo en cuenta que el Sr. Rivadeneira, esposo de su defendida, actuó por ella y se hizo cargo del Caniche y lo puso en una caja (considerando 3.3); también se tuvo en cuenta que el Caniche fue quien atacó al Pitbull (cfr. considerando 3.3); sin embargo eso se valoró con la normativa aplicable al caso concreto sobre responsabilidad y sobre peligrosidad de los perros que se incumplió por la parte demandada (considerando 6). Alegó que la resolución debe verse como un todo único e integral, y concluyó diciendo que la resolución ponderó correctamente todos los hechos del caso al momento de fijar la indemnización.

Luego, a diferencia de lo expuesto por la recurrente, refirió que la resolución, en cuanto reguló honorarios al Defensor Oficial se encuentra conforme a derecho. Argumentó que la actuación de los Defensores Oficiales sí genera costas. Indicó que los Defensores Oficiales son miembros del Ministerio Pupilar y de la Defensa (art. 160 quáter de la Ley 6238) y los honorarios que se devenguen y perciban por su actuación profesional tienen un destino específico (art. 160 novies de la Ley 6238); que el razonamiento es sencillo: a) Los Defensores Oficiales son integrantes del Ministerio Pupilar y de la Defensa (MPD); b) Los honorarios de los integrantes del Ministerio Pupilar y de la Defensa tienen un destino previsto en la ley; c) Por ende, los integrantes del Ministerio Pupilar y de la Defensa pueden devengar y percibir honorarios por su actuación profesional; d) Los honorarios forman parte de las costas; e) Los Defensores devengan costas. Hizo referencia a la cita doctrinaria y jurisprudencial mencionada por la contraria para concluir que la real fuente de tales citas es el libro de los letrados Alberto José Brito y Cristina J. Cardozo de Jantzón, escrito hace veinticinco años, y que, por ende, no pudieron tener en cuenta una norma como la del art. 160 novies de la Ley 6238, que cambió la interpretación que debía realizarse del art. 4 de la Ley 5480; que ese art. 4 regula los honorarios profesionales de los abogados y procuradores con asignación fija o en relación de dependencia en los procesos judiciales en los que actúan en dicha representación, solo pueden cobrarle hono-

rarios a la parte contraria si esta es condenada en costas. Adujo que en el caso se cumplen los requisitos de la norma: a) hay profesional en relación de dependencia o con asignación fija; b) actúa en cumplimiento de la representación correspondiente; c) la parte contraria es la condenada en costas.

Afirmó que no existe competencia desleal ni evasión impositiva alguna, sino confusión entre los integrantes del ente (Defensores) y el ente (Ministerio Pupilar y de la Defensa). Señaló que el destino de los honorarios, tal como está establecido en la Ley 6238 no es el enriquecimiento de los Funcionarios Constitucionales que llevan a cabo la defensa de las personas vulnerables en razón de su pobreza, sino justamente el mejoramiento de las prestaciones de ese servicio, por lo que la finalidad de la norma está orientada al beneficio de los defendidos y no de los defensores; que el art. 160 novies de la Ley 6238 dispone que los honorarios que se devenguen y perciban por la actuación profesional de los integrantes del Ministerio Pupilar y de la Defensa ingresarán a una cuenta especial del órgano, destinada prioritariamente al mejoramiento de la calidad de las prestaciones del servicio, conforme se reglamente y que en esa línea, el Ministro de la Defensa dictó la Resolución 20/2020 (BO del 19/10/2020) que dispuso en el punto 5 de su Anexo el destino de los fondos para la capacitación de los agentes del MPD.

Señaló que los “argumentos” de que los Defensores Oficiales no iban a Tribunales a presentar escritos, no siempre iban a audiencias y que delegaban funciones en subalternos a diferencia de los abogados en ejercicio libre de la profesión son claramente improcedentes e irrelevantes; que la asistencia a las audiencias se rige por la normativa vigente (cfr. art. 160 quaterdecies de la Ley 6238 y Resolución del Ministro de la Defensa N° 29/18). En cuanto a los abogados en ejercicio libre de la profesión, indicó que no es raro que un abogado de un estudio jurídico presente la demanda y otro asista a las audiencias. Es más, uno puede patrocinar la causa y otro como apoderado asistir a las audiencias del proceso. Añadió en cuanto a la presentación de escritos, que así como los abogados en ejercicio libre de la profesión tienen pasantes de pluma, las Defensorías tienen empleados que pueden presentar los escritos en papel (lo que hoy con

el expediente digital es claramente un viaje al pasado). En relación a la cita del art. 16 de la CN indicó que es incomprensible.

Argumentó a favor de lo resuelto, que igualmente la Cámara en lo Civil en Documentos y Locaciones y en Familia y Sucesiones se pronunció en igual sentido en las sentencias del 06/11/2018 en el proceso “M., A. M. c. C., E. R. y C., R. R. s/ alimentos”, del 13/11/2018 en el proceso “L., M. J. c. A., S. D. s/ alimentos” y del 22/11/2018 en el proceso “C., A. E. c. D., A. A. s/ protección de persona”, entre muchas otras que se dictaron con posterioridad; que la sentencia de este Tribunal del 17/12/2019 en el proceso “Mérida, José Humberto c. Rodríguez, Raúl Eduardo s/ Daños y perjuicios” cuando rechazó el recurso de apelación en contra de una sentencia de caducidad a favor de la parte representada por el Defensor Oficial, impuso las costas de ambas instancias a la parte contraria perdedora y reservó la regulación de honorarios para su oportunidad, con lo que reconoció que correspondía la regulación; en tercer lugar, citó lo resuelto por la Excm. Corte Suprema de Justicia de Tucumán en la sentencia del 30/09/2020 en el proceso “Fernández, José Domingo c. Caja de Seguros SA s/ cumplimiento de contrato” que revocó la decisión de esta Cámara que había impuesto las costas por su orden con la excusa de que los Defensores Oficiales no generaban costas e impuso las costas al vencido y reservó la regulación de honorarios para su oportunidad. Concluyó que la regulación de honorarios es acertada de acuerdo a la normativa aplicable.

3.- Antecedentes relevantes de la cuestión a resolver:

El Defensor Oficial en lo Civil y del Trabajo, con carácter itinerante, con jurisdicción en los Centros Judiciales Concepción y Monteros, inició demanda (fs. 21/23) en representación de la Sra. Lazarte Emilia Clementina, en contra de Alejandro Jesús Jerez, por la suma de \$25.000 con más los intereses correspondiente desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago.

Expuso que su mandante y la parte demandada son vecinos en la localidad de Lamadrid, que les gustan los animales, especialmente los perros, que sin embargo, mientras su representada tenía un ejemplar de la raza Caniche,

pequeño e inofensivo, el demandado poseía a la fecha de la demanda dos ejemplares de raza Pitbull, que son especialmente peligrosos como lo considera la Ley N° 8129 en su art. 2; que el día 01/01/2018 los dos perros Pitbull de propiedad del demandado atacaron juntos al perro Caniche de propiedad de su mandante causándole la muerte por las heridas sufridas a raíz de la pelea; que ante ello, su mandante realizó la correspondiente denuncia en la Comisaría de Lamadrid que oportunamente giró las actuaciones sumariales a la Fiscalía de Instrucción de la IIIª Nominación de este Centro Judicial (sumario N° 150/200). Explicó que el perro de propiedad de su mandante no era uno más, sino que tenía uso terapéutico por la situación delicada de salud en la que se encontraba su representada, por lo que debió realizar gastos farmacéuticos y médicos para afrontar tan traumático evento. Citó derecho. Reclamó indemnización por consecuencias no patrimoniales (art. 1741 Cód. Civ. y Com. de la Nación), que el Código velezano trataba como “Daño Moral”, que surgen *“in re ipsa”* como dice la jurisprudencia o notorio de los propios hechos, en la suma de \$23.000, procurando satisfacer sustitutivamente o compensatoriamente el dolor producido por el hecho. También demandó indemnización por consecuencias patrimoniales (art. 1737 y concordantes del Cód. Civ. y Com. de la Nación), rubro conocido como “Daño emergente”, aclarando al respecto que este reclamo se compone de lo que su mandante perdió producto del hecho, de su perro y por los gastos médicos-farmacéuticos en lo que incurrió, producto de la afectación de su salud, que ascienden a la suma de \$2.000 y/o lo que en más o en menos se fije según el prudente arbitrio judicial a tenor del art. 267, segundo párrafo procesal. Reclamó asimismo intereses desde la fecha del hecho, cuando se produjo el perjuicio, según el art. 1748 Cód. Civ. y Com. de la Nación.

El Sr. Alejandro Jesús Jerez, al contestar la demanda (fs. 66/71) solicitó su rechazo, con costas.

Opuso la defensa de fondo de falta de legitimación pasiva o falta de acción, por no ser el accionado sujeto de la relación jurídica sustancial, señalando que la propietaria de los perros que supuestamente causaron el daño que se pretende sea resarcido, es su conviviente, Sra. Gina Ce-

leste Quintana, como lo reconoció la actora en su primera denuncia. Afirmó que su parte no es propietario ni guardián de los Pitbull.

En subsidio, contestó la demanda, negando todos y cada uno de los hechos expuestos por la parte actora, que no fueran motivo de un reconocimiento expreso. Con respecto a la Ley N° 8129 “Razas peligrosas” que crea para Tucumán un marco de regulación de cría y tenencia de perros considerados potencialmente peligrosos, aclaró que no está reglamentada; que fue aprobada en 2008 por la Legislatura, pero el Ejecutivo la vetó parcialmente, por lo que dicha ley no se encuentra vigente. Citó doctrina sobre el comportamiento animal; expuso que esa ley solo desalienta la adopción de perros considerados potencialmente peligrosos, al asociarlos a la noción equivocada y sin basamentos científicos de que representan un peligro para la integridad física de las personas. Impugnó la prueba instrumental acompañada por la parte actora. Bajo el título: “verdad de los hechos”, señaló que el día 01/01/2018 en horas de la tarde, aproximadamente 20 horas, mientras se encontraba en la vereda de su domicilio lavando la moto, el perro de propiedad de Gina Quintana (Aquiles) estaba desesperado por salir a orinar, por lo que le permitió salir, siempre bajo su supervisión; mientras se encontraban olfateando la vereda de su casa y orinando, lo que es común en los perros ya que es la manera de marcar su territorio, el Caniche de propiedad de la actora salió de su casa, se encaminó hacia la cuadra siguiente, orinó en la vereda y se dirigió directamente donde estaban los Pitbull para atacarlos, mordió en la pata trasera a la perra, quien se encontraba de espaldas al Caniche, inmediatamente la perra se defendió y lo mordió, acto seguido el perro Aquiles, también salió en defensa de su compañera. Aclaró que esa reacción fue instintiva, instinto de supervivencia, que es común en todas las especies, y que, obviamente por las características físicas propias de ambas razas, el Caniche no tuvo la posibilidad de salir ileso y que ello ocurrió en cuestión de segundos en la vereda de su domicilio. Expresó que al sentir la pelea, el Sr. Julio Rivadeneira, marido de la actora, fue a levantar al Caniche, lo llevó a su domicilio y buscó una caja para ubicarlo, eso mientras su parte metía los perros nuevamente adentro de su domicilio; Teo —perrito Caniche— estaba con vida, por lo que le ofreció sacar la camio-

neta y llevarlo urgente a una veterinaria (si era necesario a San Miguel de Tucumán) a fin de que recibiera la atención correspondiente, pero la reacción de la parte actora fue la de llevar el perro a la comisaría. Señaló que la accionante no acreditó que Teo tuviera un plan sanitario, en tanto que los ejemplares de raza Pitbull están en perfecto estado de higiene y salud, no son víctimas de malos tratos y cuentan con espacio necesario para su desarrollo. Afirmó que el Caniche de la actora no era un perro terapéutico. Sostuvo que en el caso de autos se da el supuesto del art. 1722 Cód. Civ. y Com. de la Nación última parte, porque hubo negligencia de la parte actora en el cuidado del perro, por lo que debe ser eximido de responsabilidad. Impugnó y desconoció todos y cada uno de los rubros y montos reclamados por la actora en el escrito de demanda, en virtud de que exige montos sin ningún fundamento que los justifiquen o permita conocer como arriba a ellos.

En la sentencia apelada, el Sentenciante para resolver como lo hizo, atento los términos de la demanda en la que se reclaman daños causado por dos perros de raza Pitbull que atacaron al perro Caniche de propiedad de la parte actora el 01/01/2018 ocasionándole la muerte, encuadró el caso en los arts. 1759, 1757 y 1758 de responsabilidad objetiva, fundado en el riesgo creado, por lo que destacó que la culpa o negligencia no son exigidas para hacer la imputación, y que se presume la responsabilidad del dueño y/o guardián. Refirió que ser propietario de un animal implica una situación de peligro, porque se trata de una cosa animada que en oportunidades no puede ser controlada, por lo que esa imposibilidad de vigilancia y autoridad sobre el animal crea un riesgo, lo que conduce a proteger a los damnificados por el hecho que produzca.

Analizó y rechazó la defensa de fondo de falta de legitimación pasiva opuesta por el Sr. Jerez, demandado en autos, conforme lo normado por el art. 1758 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que determina que la responsabilidad recae sobre el dueño y el guardián de la cosa. A tales efectos, interpretó que de las pruebas arriadas por la parte demandada, específicamente en los cuadernos de vacunación de ambos animales, surge que son responsables de los canes tanto la Sra. Gina Celeste como el demandado en autos, ya que en uno de los papeles otorgados por la

Médica Veterinaria, C. A., también figura el Sr. Jerez como responsable de los dos perros en cuestión y aunque el demandado sostenga que la Sra. Gina es la propietaria, el día que se produjo el suceso, él estaba supervisando a dichos animales, actuando como guardián de los mismos.

Seguidamente analizó las pruebas con el fin de determinar cómo se produjo el suceso y la responsabilidad de las partes. Puso de resalto que como consecuencia del siniestro, la actora realizó una denuncia ante la Comisaría de Lamadrid, la que oportunamente remitió las actuaciones sumariales a la Fiscalía de Instrucción de la IIIª Nom. de este Centro Judicial de Concepción - expediente N° 1402/18, en la que a fs. 15, por proveído del 19/03/2018 se ordenó el archivo de las actuaciones, ya que a criterio del Ministerio Público no constituía la denuncia de la Sra. Lazarte delito alguno. Refirió el Sentenciante que del acta de presentación por denuncia de fecha 24/02/2018, surge que la actora en autos denunció al Sr. Jerez por tener dos perros Pitbull; que siempre los larga a la calle; que son peligrosos para todas las personas que circulan por el lugar y que muchos perros, tanto callejeros y de vecinos, fueron muertos por esos canes. Destacó que aunque en ningún momento hizo referencia a que los perros del Sr. Jerez atacaron al perro de propiedad de la denunciante, y por ende, no brinda datos de importancia con respecto al hecho que motivó la demanda, sin embargo, señaló que no por ello es menos significativa para formar la convicción acerca de las circunstancias que pudieron dar cabida al perjuicio reclamado en estos actuados. De dicha causa penal, igualmente, valoró el testimonio del Sr. P. M. P., quien manifestó que el demandado Jerez tiene en su domicilio dos perros de raza Pitbull, que son muy peligrosos, que siempre los está soltando a la calle sin bozal y quieren morder a las personas que pasan por el lugar. También señaló que obran en dicha causa penal tomas fotográficas que acreditan la permanencia de tales animales en la vía pública. Señaló que tales afirmaciones, si bien en parte fueron contradictorias con las expuestas por el mismo testigo en el marco de este proceso civil, no por ello amengua su carácter de instrumento público, conforme lo dispone el art. 289 inc. b del Cód. Civ. y Com. de la Nación y que, por ende, gozan de una presunción de autenticidad mien-

tras no se declaren nulas dichas actuaciones, y más aún dado que tal testigo solo se limitó a quitar fuerza probatoria a la nota vecinal adjuntada por la accionante pero nada dijo de sus declaraciones en sede policial, máxime en un caso como el de autos en que nada lleva a pensar que hubo irregularidades en torno a la recolección policial de esas pruebas.

Luego analizó el informe del negocio “Acuario Piscis” (fs. 201) en el sentido de que el precio de un Caniche Toy sin pedigree, al 18/10/2019, era de \$3.200 al contado. En cuanto a los informes de fs. 217 (acta de inspección ocular) y fs. 218 (acta de información sumaria vecinal), expresó que solo tienden a probar que los canes Pitbull tienen su lugar de cuidado dentro de la propiedad del accionado pero en nada desvirtúan que al momento del hecho de marras los mismos se encontraban sueltos y en la vereda del domicilio de su propietaria y cuidador. Analizó, asimismo, los testimonios de P. M. P., W. G. G. y C. D. P., de los cuales, y atento a que tanto el Sr. P. como el Sr. P. no fueron testigos presenciales, solo consideró relevante el realizado por el Sr. W. G. G., respecto del cual, desestimó la tacha formulada por el Sr. Defensor Oficial. Relató que el testigo G. expuso que en la fecha y hora y lugar que consta en autos de sucedido el hecho a investigar, el demandado se encontraba en su casa, más específicamente, en su vereda lavando una moto que este posee, y que los perros Pitbull se encontraban ahí con él, olfateando; que de repente vio que el perro Caniche de la actora se cruzó de vereda, dirigiéndose hacia donde estaban esos perros Pitbull y mordió a uno de ellos que se encontraba de espalda, y ante la mordida por parte del perro Caniche, el perro Pitbull se dio vuelta y lo atacó, repentinamente se acercó el otro perro Pitbull; que luego observó que el Sr. Jerez sacó a uno de los can Pitbull y su pareja (Gina) al otro, en que el Sr. Guido Rivadeneira, propietario del Caniche, se acercó a ver, dejándolo en el lugar al Caniche, que en ese momento el Sr. Jerez sacó su camioneta como para llevarlo al veterinario al perro de la Sra. Lazarte, pero el Sr. Rivadeneira trajo una caja, lo puso ahí y lo llevó a su vivienda. Luego, hizo lugar a la impugnación formulada por la demandada en relación a la nota presentada por la parte actora firmada por vecinos sin fecha, con solo la indicación del año (2018) (fs. 15/16) señalando que se trata de un instrumento privado, que no hace

al fondo de la cuestión. Asimismo, atento a las contradicciones del testigo J. A. P. en relación a lo declarado en las actuaciones sumariales con las realizadas en autos, y pudiendo importar un hipotético delito de falso testimonio, dispuso que se remitan copias autenticadas por Secretaría de las declaraciones del referido testimonio a la Fiscalía de Decisión Temprana del Centro Judicial de Concepción.

Concluyó que el suceso se produjo en la calle 25 de Mayo esquina Independencia de la Localidad de Lamadrid, Dpto. de Graneros, provincia de Tucumán, en la vereda del domicilio del demandado de autos, conforme al testimonio del Sr. W. G. y por el demandado en su responde al afirmar a fs. 69 vta. “...mientras me encontraba en la vereda de mi domicilio lavando la moto, el perro de propiedad de Gina Quintana - Aquiles - estaba desesperado por salir a orinar. Le permití salir, siempre bajo mi supervisión; mientras se encontraban olfateando la vereda de mi casa...”

Tuvo presente asimismo, que la cría y tenencia de perros considerados peligrosos en nuestra provincia está regulada por la Ley 8129, que considera potencialmente peligrosos a los canes de la raza Pitbull, y establece la obligatoriedad que en el supuesto de encontrarse tales animales en la vía pública, deban tener el uso de cadenas (collar fijo) y de bozal canasta; que el incumplimiento a tal exigencia dará lugar a las sanciones que establezca la reglamentación. Refirió que aun cuando tal normativa no fue reglamentada es posible que el juez supla la demora del Poder Ejecutivo, o del organismo a cargo de reglamentar la ley, y la aplique directamente.

Por ello, consideró que el accionado es responsable en tanto cuidador de los animales causantes de la muerte del Caniche, toda vez que el hecho ocurrió en la vía pública adonde los mismos se encontraban sueltos sin cadena y sin bozal y que tal circunstancia lo fue por propia decisión del demandado quien optó por liberar a los Pitbull sin el cuidado necesario. Aclaró que tal imputación objetiva de responsabilidad reposa en la idea del riesgo que entraña la tenencia de tales animales y que para tener como eximente de responsabilidad —excitación por un tercero, liberación o extravió sin culpa, fuerza mayor o culpa de la víctima— que sin dudas debe ser acabadamente acreditada, deriva

de la propia normativa del art. 1757 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y de la expresa violación a la normativa de la Provincial, Ley 8129.

Fijada la responsabilidad del demandado, abordó el tratamiento de las cuestiones referidas a la procedencia y cuantía de los rubros indemnizatorios reclamados. Señaló que la actora reclamó la suma de \$23.000 (y/o más o menos se fije según el prudente arbitrio judicial) en virtud del art. 1741 Cód. Civ. y Com. de la Nación como “indemnización por consecuencias no patrimoniales”, rubro más conocido como daño moral. Hizo mención a las circunstancias que configuran el mismo, a su finalidad, y en lo que hace a la cuantía, aclaró que lo no patrimonial no tiene traducción dineraria, citó doctrina e indicó que el art. 1741, última parte, del Cód. Civ. y Com. de la Nación, es utilizable como pauta interpretativa; que si bien el cálculo del dolor se presenta como una tarea de dificultosa realización, nada impide apreciarlo, con criterios de razonabilidad y justicia, en su intensidad y grado, para de esa manera estar en condiciones de definir una cuantía que resulte idónea o suficiente para compensar las angustias, tristezas y toda clase de padecimientos derivados del evento dañoso, con la adquisición de bienes y contratación de actividades sociales, culturales y de esparcimiento o recreación en general, aptos para posibilitarle al damnificado situaciones de disfrute, distracción y deleites suficientes para alcanzar los objetivos que expresa el dispositivo. Agregó que vivir con un perro te cambia la vida, no solo es una gran responsabilidad, sino que es una fuente inagotable de enseñanza y bienestar; que compartir gran parte de la vida con animales aporta innumerables beneficios, por lo que dio procedencia a ese rubro por la suma reclamada de \$23.000. En cuanto al reclamo de la actora de \$2.000 en concepto de indemnización por consecuencias patrimoniales, más conocido como daño emergente, consideró que si bien la actora acreditó una serie de gastos farmacéuticos no logró acreditar el uso terapéutico del Caniche, razón por la que rechazó el reclamo por ese rubro.

Aclaró en el punto 8 de los considerandos de la sentencia que el rubro por el cual prospera la demanda, deberá ser actualizado (en realidad se trata de adicionar intereses) desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago según la

tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días que fija el Banco de la Nación Argentina (art. 1748 Cód. Civ. y Com. de la Nación). Impuso las costas a la parte accionada. Aclaró entre paréntesis que la fecha del hecho es el 25/09/2018.

Al respecto se advierte un error material, por cuanto la fecha indicada entre paréntesis por el Sentenciante (25/09/2018) corresponde a la fecha del escrito presentado por el Sr. Defensor Oficial a fs. 29, en el que, habiendo adjuntado el acta de cierre de mediación sin acuerdo, requería que se provea el escrito de demanda, fecha utilizada también a los fines de la regulación de honorarios, como surge del cálculo de la base regulatoria en la que indicó esa fecha como inicio del cómputo de los intereses, como surge de los considerandos 8 y 10 de la sentencia referida. Sin embargo, la fecha del hecho es el 01/01/2018, como surge de lo expuesto en la demanda (fs. 21/23 vta., en especial, fs. 21 vta.) y de la contestación de la demanda (fs. 66/72, en especial, fs. 69 vta., último párrafo). Por otra parte, el art. 1748 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, citado por el Sentenciante, establece que: “Curso de los intereses. El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio”, y el perjuicio se produjo el día del suceso. Por ello, es que cabe rectificar la sentencia en ese sentido, pues, conforme se resolvió.

Además de la responsabilidad de reparar el daño que emerge de tal conducta, dispuso medidas de tutela preventiva de oficio (art. 1713 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) ante el potencial peligro que conlleva la tenencia de tales perros, y de conformidad a los principios de la sana crítica, considerando los cientos de casos reales que nos informa nuestra realidad, de los diversos ataques que estos perros han producido a personas adultas y menores (niños) en las que en algunos casos cobraron hasta la vida misma de la víctima. Por ello, en función de una jurisdicción activa y garantizando la protección de los derechos fundamentales y la prevención de la actividad dañosa atañe, ante la hipotética amenaza que implica la posible reiteración de la conducta ilícita de permitir la salida de tales perros sin el cuidado responsable de sus propietarios y/o guardadores, la realización de acciones que eliminen un riesgo injusto de lesión, dispuso que: “Para poder salir a la vía pública

los perros Pitbull (Aguiles, —color atigrado con blanco— y Caty, —color canela —) considerados potencialmente peligrosos, deberán contar con los siguientes elementos de seguridad: a) llevar puesto una correa o cadena corta y bozal proporcional al tamaño y resistencia a la conformación física del animal; b) el desplazamiento de los animales descriptos supra, por la vía pública deberán hacerlo con una persona mayor de 16 (dieciséis) años; y c) los propietarios de dichos animales, deberán contar con la certificación que identifiquen a los mismos (carnet de identificación), debiendo a sus efectos ser registrados ante la institución “Tucumán Mascotas” a través del correo electrónico [mascotas@tucuman.gov.ar](mailto:mascotas@tucuman.gov.ar) —División Zoonosis (San Miguel de Tucumán) Mate de Luna 1935— a los efectos de requerir la entrega de una chapa con el código que deberán tener los perros en su collar y un carnet —tipo DNI— con los datos del animal. A sus efectos se otorga un plazo de 30 días corridos a partir de quedar firme el presente resolutorio para acreditar ante este Juzgado el cumplimiento de tal exigencia; d) Los mencionados perros en este resolutorio deberán ser albergados en instalaciones seguras y resistentes que impidan su huida y se encuentren alejadas de la vía pública de modo tal que las mismas no signifiquen un peligro inminente para las personas, animales o cosas que se encuentren en las inmediaciones del lugar de residencia de estos animales. El lugar deberá estar señalado con la inscripción “Perro Peligroso”. A sus efectos en el plazo de 10 días, se oficiara al Juzgado de Paz de la localidad de permanencia de tales animales a los efectos de constatar el cumplimiento de tales exigencias.”

En esa misma sentencia, procedió a regular honorarios. Fijó para ello la base regulatoria, tomando el monto de la condena de \$23.000, adicionó intereses desde la fecha de la presentación de la demanda hasta la fecha de la resolución, arribando a la suma de \$45.352,20 ( $\$23.000 \times 97,18\% = \$22.352,20 + \$23.000 = \$45.352,20$ ).

Sobre dicha base, aplicó el porcentual fijado por el art. 38 de la Ley 5480, por estar cumplidas las tres etapas que refiere el art. 42 de la Ley Arancelaria. Efectuados los cálculos pertinentes conforme a las escalas legales y el carácter de la actuación de los profesionales, indicó que correspondería regular al Dr. Agustín Eugenio

Acuña, Defensor Oficial Civil y del Trabajo, con carácter itinerante, con jurisdicción en los Centros Judiciales Concepción y Monteros, la suma de \$ ... y a la Dra. Liliانا Beatriz Farach, como abogada patrocinante por la parte demanda, la suma de \$ ... Por ello, y dado que tales emolumentos profesionales, inferiores a una consulta escrita del Colegio de Abogados del Sur, es que reguló los honorarios en el mínimo legal establecido en el último párrafo del art. 38 de la Ley 5480, es decir, la suma de \$ ... a cada uno de los letrados.

4.- a) Previo a todo es menester analizar el pedido de la parte actora de que se declare desierto el recurso de apelación deducido por la parte demandada.

Al respecto cabe señalar que dicho pedido debe ser desestimado, pues como ya se ha resuelto en diversos fallos, estamos a favor de la doctrina del agravio mínimo, en virtud de la cual, y a los fines de no recaer en un excesivo rigor formal, se aplica un criterio restrictivo en cuanto a la declaración de la insuficiencia en la fundamentación, todo ello teniendo en consideración la consecuencia fatídica que atraería aparejada la adopción de un criterio más abarcativo. Por ello y reuniendo el escrito de expresión de agravios del actor los requisitos del art. 717 procesal, cabe desestimar la deserción invocada.

4.- b) Conforme queda planteada la cuestión, surge que concretamente, la parte actora se agravió de la falta de reconocimiento en el reclamo de “indemnización por consecuencias patrimoniales” (daño emergente) en relación al valor del perro Caniche de su propiedad que resultó muerto como consecuencia del ataque de los perros Pitbull cuya guarda al momento del hecho la tenía el demandado. A su turno, el demandado se agravió por el reconocimiento de la suma fijada en concepto de sanción resarcitoria por el daño extrapatrimonial a favor de la parte actora, como por las disposiciones ordenadas por el Sentenciante como tutela preventiva en los puntos c) y d) del punto siete de los considerandos de la sentencia apelada; porque no se atenuó el monto fijado en base a la equidad y porque se regularon honorarios en favor del Sr. Defensor Oficial.

Consecuentemente, quedó firme en esta instancia por falta de agravios, lo resuelto en cuanto al rechazo de la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por la parte demandada y las conclusiones en materia de responsabilidad. Al respecto cabe tener presente que el tribunal de apelación se encuentra limitado por el alcance de los recursos interpuestos (cfr.: Loutayf Ranea “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, T. 1, edit. Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 181/182). En efecto, el art. 717 último párrafo del Cód. Proc. Civ. y Comercial, prescribe: “Los agravios darán la medida de las facultades del tribunal con relación a la causa, quien no podrá pronunciarse sobre cuestiones no incluidas concretamente en ellos”.

4.- c) Encontrándose firme la sentencia en lo resuelto en materia de responsabilidad, trataré en primer término los agravios formulados por la parte actora.

La accionante se agravió por el no reconocimiento del daño patrimonial reclamado por la pérdida del perro Caniche, respecto al cual, destacó que el Sentenciante omitió pronunciarse. El demandado, al contestar los agravios, estimó que corresponde rechazar el recurso por dos razones: 1°) porque el animal (perro Caniche) es sujeto de derecho no humano, por ende, no es cosa, ni forma parte del patrimonio de la actora y, 2°) el reclamo no fue formulado oportunamente.

Por ello, a fin de ingresar al estudio del recurso planteado por la parte accionante, corresponde que analice la naturaleza jurídica de los animales, por cuanto si bien el tema recién fue introducido en la Alzada por la demandada al contestar el recurso de la parte actora, involucra una cuestión de derecho.

El tema del reconocimiento de personas no humanas no es pacífico. Señala Lorenzetti que “hace ya varios años se planteó en el Derecho estadounidense la tesis de los derechos de los animales señalándose que estos deben ser protegidos por sí mismos y no por su utilidad para los hombres, y que los perjuicios que sufren deben ser indemnizados” (cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, “Las normas fundamentales de derecho privado” ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 248). El mismo autor expresa que el De-

recho se ha construido a partir del individuo y por lo tanto es “antropocéntrico” y que el paradigma ambiental tiende a cambiar esa visión, evolucionando hacia concepciones “geocéntricas”, que tengan por sujeto a la naturaleza” (cfr. “Lorenzetti, Ricardo Luis, “Teoría de la Decisión Judicial - Fundamentos de derecho”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 426).

Aun cuando existen diversos pronunciamientos que se muestran como antecedentes jurisprudenciales que potencian la consolidación de la doctrina animalista, solo haré referencia al caso resuelto por la Cámara Federal de Casación Penal, de la CABA, en sentencia del 18/12/2014, citada por la demandada, en el que se consideró que una orangutana de nombre Sandra es sujeto de derecho. En noviembre del 2014, un abogado, presidente de la Asociación de Funcionarios y Abogados por el Derecho de los Animales (AFADA) había presentado un recurso de hábeas corpus ante el Juzgado de Instrucción N° 47 de la ciudad de Buenos Aires, a favor de una orangutana llamada Sandra, que habitaba en el zoológico de la ciudad de Buenos Aires, aduciendo que el animal fue privado ilegítima y arbitrariamente de su libertad por parte de las autoridades del zoológico, y que su estado de salud físico y psíquico se hallaba profundamente deteriorado, con evidente riesgo de muerte, razón por la cual requirió su urgente liberación y su posterior e inmediato traslado y reubicación en el santuario de primates de Sorocaba, ubicado en el Estado de Sao Paulo, República Federativa del Brasil. El pedido fue rechazado por la Sra. Juez Penal de Instrucción. Esta medida fue luego apelada ante la Sala VI de la Cámara del Crimen, y también rechazada. El representante de la Asociación de Derecho de los Animales interpuso recurso de casación. La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en una sentencia interlocutoria, se declaró incompetente y dispuso remitirlas actuaciones a la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (competente en los términos de la Ley 26.357), a los efectos correspondientes. Aún sin ingresar al fondo de la cuestión, introdujo un breve párrafo en donde afirmó: “Que, a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se im-

pone su protección en el ámbito competencial correspondiente”. Seguidamente se citó, en sustento de esa afirmación, dos libros del Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni.

Tradicionalmente se ha señalado que cuando se protege a los animales contra la crueldad eventual de los hombres, se lo hace en miras de estos para corregir o rectificar los malos sentimientos. Cuando se veda la caza o la pesca en ciertos lugares y épocas se lo hace en resguardo de intereses económicos, siempre humanos, que podrían resultar afectados por un exterminio sin tasa. Igualmente la prohibición de corridas de toros no se propone el bien de estos animales, sino impedir en los espectadores el desarrollo de sentimientos de crueldad, por juzgarlos inmorales o socialmente peligrosos (cfr.: Llambías, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil - Parte general” Tomo I - Nociones fundamentales. Personas”. Séptima edición actualizada, edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1978, p. 248, N° 318).

Lorenzetti afirma que en nuestro Derecho los animales son cosas susceptibles de apropiación y no tienen derechos. Sin embargo, agrega, se les concede un status especial al proteger ciertos bienes jurídicos como algunas especies en extinción o bien los malos tratos, y nada permite afirmar que el proceso se detendrá allí, atento al activismo que muestran las entidades defensoras de los derechos de los animales, señalando como una de las vías de mayor auge en la protección de los mismos, su caracterización dentro de la temática de la defensa del medio ambiente. Explica que ha sido importante en este sentido la Ley 22.344 referida a la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre, que responde a la noción de medio ambiente humano, que influye también a la naturaleza como elemento indispensable para el hábitat (cfr.: Lorenzetti, Ricardo Luis, “Las normas fundamentales de derecho privado” ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 247).

Picasso, a quien sigo en el tema, destaca en criterio que comparto, que es preciso poner coto a la explotación desenfrenada que el hombre viene realizando de la naturaleza, y que eso significa, en lo referido a los animales, que debe protegérselos eficazmente contra los ma-

los tratos, controlarse que la apropiación, la cría y el tratamiento de los animales destinados a la alimentación del hombre —o para otros propósitos, como los experimentales— se realice respetando límites precisos y en condiciones que eviten todo sufrimiento innecesario, y preservar la fauna silvestre.

El autor mencionado, formula los siguientes planteos: En primer término, si en el derecho vigente en la Argentina, es posible afirmar que los animales son sujetos de derecho. En segundo término, y cualquiera sea la respuesta a esa primera pregunta, sostiene que cabe preguntarse si el recurso de conferir personalidad jurídica a los animales tiene sentido, si de ese modo puede lograrse efectivamente incrementar su protección, y si el balance entre los beneficios y los problemas que tal solución puede traer aparejados arroja, a la postre, un resultado positivo.

A la primera cuestión: ¿En el derecho vigente en la Argentina, es posible afirmar que los animales son sujetos de derecho? interrogante que hace al tema planteado por la demandada, respondió en criterio que comparto y reproduzco a fines ilustrativos, que el Cód. Civ. y Com. de la Nación clasifica a las personas en “humanas” (arts. 19 y ss.) y “jurídicas” (arts. 141 y ss.), lo cual excluye, la posibilidad de predicar como tales a los animales; aclaró que, por el contrario, el Cód. Civ. y Com. de la Nación considera que los animales son cosas; el art. 227 se refiere a los semovientes, al disponer: “Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa”; los arts. 464 inc. “f” y 465 inc. “i” tratan acerca del carácter propio o ganancial de las crías de los animales; el art. 1759 considera a los animales una cosa “riesgosa” en los términos del art. 1757 (aclaro que este artículo fue referido por el Sentenciante al analizar el tema de la responsabilidad que el recurrente no cuestionó y dejó firme); los arts. 1947 (incs. “a.ii”, “b.ii” y “b.iii”), 1948, 1949 y 1950 se refieren a la adquisición por apropiación del dominio de los animales; los arts. 2130, 2141 inc. “a” y 2153 se ocupan del usufructo constituido “sobre un conjunto de animales”. Agregó Picasso que los arts. 167 ter a 167 quinquies del CP se ocupan del delito de abigeato (apoderarse ilegítimamente de cabezas de ganado ajenas), y el art. 183 de ese mismo cuerpo legal reprime como autor del delito de daño a quien “destru-

yere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno”. Por lo demás, en tanto cosas que son, el apoderamiento ilegítimo de un animal puede configurar el delito de hurto (art. 162 y ss., Código Penal) o de robo (art. 164 y ss., Código citado). Asimismo, la Ley de Impuesto a las Ganancias se ocupa de la determinación del valor de la hacienda (arts. 52 a 54). El derecho administrativo (o el derecho alimentario) contempla los requisitos que deben cumplirse para la elaboración de productos de origen animal, y los controles respectivos (Decreto PEN 4238/1968, y sus modificatorias), etc. Por ello, refiere que es indudable entonces que en nuestro país existe una profusa y concorde legislación que niega a los animales el carácter de sujetos de derecho y los considera como objeto de diversos derechos cuyos titulares son los seres humanos. Claro que los derechos no son absolutos, sino conforme las leyes que reglamentan su ejercicio (arts. 14 y 28 CN).

Ello no cambia por el hecho de que algunas de esas cosas tengan un estatus especial, como cuando se veda la caza o la pesca en cierta época, o cuando se dictan normas para evitar la extinción de ciertas especies, o se prohíben los malos tratos a los animales.

Es que, según los casos, esas normas protegen intereses económicos humanos —afectados por los abusos de prácticas deportivas o lucrativas— o combaten prácticas consideradas inmorales o socialmente peligrosas o inconvenientes.

Así, la Ley N° 14.346 sanciona con la pena de prisión a quien tuviere malos tratos o actos de crueldad con los animales. En el Derecho ambiental la Ley 22.421 define a la fauna como los animales que viven libres e independientes del hombre, en ambientes naturales o artificiales, los bravíos o salvajes que viven bajo el control del hombre o semi cautividad, los originariamente domésticos que por cualquier circunstancia vuelven a la vida salvaje. Ello debe interpretarse en armonía con el resto del ordenamiento jurídico y no ponerla en contradicción con él (CSJN, Fallos: 278:62).

En base a estos argumentos, no comparto lo expuesto por el demandado. Por ello concluyo que el perro Caniche de la accionante era una

cosa que integraba su patrimonio y su pérdida debe ser resarcida.

Sin perjuicio de ello, estimo necesario continuar con las reflexiones del autor al que sigo. Así, a la segunda cuestión: ¿El recurso de conferir personalidad jurídica a los animales tiene sentido? Picasso poniendo el acento en las herramientas concretas que la ley prevé para frenar los malos tratos, los actos crueles, o la explotación desenfrenada, señala que, más que pretender soluciones tan generalizadoras, es preciso continuar desarrollando una compleja trama normativa que tome en cuenta las variadas situaciones que de hecho se presentan (v.g., los distintos tipos de animales) y determine niveles de protección. Señaló que el “acreedor” de los deberes de esas normas (las ya existentes, y las que puedan dictarse en ese sentido) es y será el Estado, que encarna, en este punto, el interés humano —cada vez más arraigado en las sociedades actuales— en tutelar a los animales en tanto seres dotados de sensibilidad.

Entre otras consideraciones, señala que una postura “de máxima”, que confriese personalidad jurídica plena a los animales, las plantas, los ríos, las piedras, etc., se toparía con serios inconvenientes ante la variedad del reino animal. ¿Sería persona tanto la ameiba como el mono, la pulga como el elefante?, el mosquito (lo me hace pensar en el *Aedes Aegypti* portador del virus del dengue). Agrega el autor que el problema se potenciaría si entre esas nuevas personas se incluyese a los vegetales y los minerales. Continúa explicando que otro problema es la posibilidad de dar muerte a los animales para emplearlos como alimento, o con su uso con fines experimentales (lo que me lleva a pensar en su utilización para obtener vacunas en contra del Covid 19). Sigue el autor diciendo que si todos esos entes son personas, entonces deberían poder hacer valer sus derechos no solo contra los seres humanos, sino incluso frente a otros animales, vegetales o minerales. ¿Podrá el cervatillo acudir a la tutela civil inhibitoria para evitar ser devorado por el león? Añadió que la personalidad jurídica no implica únicamente la existencia de derechos, sino también la de obligaciones, con lo cual cabría preguntarse de qué modo lograríamos que los animales, los bosques o las piedras acaten los mandatos del legislador. Afirmó que a los animales los tienen sin cuidado las normas

jurídicas, y que por más que establezcamos a su respecto derechos y deberes jamás podremos lograr que actúen con arreglo a ese esquema. No parece que los animales tendrían obligaciones, los derechos extrapatrimoniales estarían reducidos a su más simple expresión, y los patrimoniales, afectados al solo propósito de hacer vivir al animal en buenas condiciones. Por lo demás, esa promoción del animal no podría hacerlo salir del comercio jurídico (es decir, seguiría siendo un posible objeto de los contratos y el derecho de propiedad).

Explicó que si se trata de los derechos extrapatrimoniales, limitados a la protección de la integridad física de los animales en la medida de lo posible, ese resultado ya se obtiene con la actual protección penal que reprime los malos tratos y los actos de crueldad, que, en todo caso, habría que desarrollar más ampliamente. Para el eventual crédito alimentario de los animales contra su amo bastaría con establecer una obligación legal (ya existente en Francia a partir del art. 9 de la ley del 10 de julio de 1976) de mantenerlos en condiciones de permitirles una vida conforme a su longevidad natural. Y en cuanto a las liberalidades, los efectos deseados podrían lograrse mediante una donación o un legado hecho a una persona humana con cargo de ocuparse del animal en cuestión, o mejorando los mecanismos de protección que ya existen en la legislación, sin necesidad de crear nuevos sujetos de derecho.

En una posición intermedia, no ya en la personificación de los animales, sino en la instrumentación de una categoría intermedia que, sustrayéndolos del régimen estricto de las cosas, permita el respeto de ciertas particularidades derivadas de su carácter de seres sensibles, y del hecho de que forman parte del ecosistema, se ubica Saux, quien señala que es de la opinión de que la positiva consideración de la necesidad de tutela de la naturaleza en sí misma (como “recurso escaso”, según Lorenzetti) y de algunos de sus elementos (v.g., los animales), que generan nuevos postulados “geocentristas” como superación de los “antropocentristas”, no debería llevar a la distorsión de conceptos (jurídicos) a partir de los cuales el Derecho, tanto históricamente como ciencia, se ha elaborado. Explica que hay elementos naturales o materiales (el medio ambiente, sus partes y su interacción, el

equilibrio cósmico, los animales, las plantas, los recursos naturales básicos no renovables, las cosas en cuanto sean susceptibles de apropiación o utilización racional por el hombre) que los nuevos tiempos requieren que sean protegidos como plataforma esencial de subsistencia del cosmos, del planeta y de todas las especies que lo habitan. Pero, señala, ello no los convierte en “sujetos” de derecho, sino en elementos que pueden ser integrativos de relaciones jurídicas (patrimoniales o extrapatrimoniales, es interesante al respecto como referencia no quizás directamente aplicable al tema ahora abordado, pero sí como categoría jurídica novedosa, la del artículo 17 del Cód. Civ. y Comercial, que reconoce derechos sobre el cuerpo humano o sus partes pero que no tienen valor económico, sino “afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social”). Expresa que es cierto también que en esa línea de interpretación dinámica y evolutiva de tales conceptos basilares existe probablemente la necesidad de pensar estatus jurídicos nuevos en relación con determinados protagonistas del mundo biológico (como lo patentizan las aludidas modificaciones hechas recientemente al Cód. Civil francés, o como lo marca también el alemán), que abandonen la distinción bipolar clásica entre “personas/cosas”, y refieran a cierta categoría de bienes especialmente protegidos. Pero explica que postularlo de otra manera, personificando seres que no son personas, implica una riesgosa distorsión de elementos conceptuales básicos que hacen a la estructura misma de la ciencia jurídica; que los animales —o la naturaleza en sí misma, o la “madre tierra”— no son “personas”, sino elementos que requieren una debida tutela, no siempre o no solo con miras a la subsistencia humana, sino aún de sí mismos, y aunque no brinden un provecho directo o práctico o de utilidad biológica para el hombre (matar una vaca, o un cerdo, o un pollo, o un pez, es operación necesaria para la subsistencia humana, como sucede por otras razones con la eliminación de bacterias o virus riesgosos o agresivos, o la de ciertas alimañas peligrosas, o la de mosquitos transmisores de enfermedades endémicas, como lo vivencia el planeta en estos tiempos). Afirma que si fueran personas, sería delito (volviendo al caso, en ese orden de ideas, la muerte del Caniche podría interpretarse como un delito de homicidio).

El Dr. Saux agrega que resguardar especies en riesgo de extinción, sancionar el maltrato o la crueldad con animales domésticos o salvajes (como se predica, actualmente, con las fiestas taurinas, las jineteadas, la exhibición de animales en los circos o zoológicos, o la caza de especies salvajes por el puro placer de matarlos) es un imperativo ético para el ser humano; que además, personificar ciertos animales y no otros (v.g. los comestibles para el hombre, criterio incluso mutable en culturas y en tiempos, ya que hay tradiciones alimenticias orientales que predicán consumir especies que en Occidente no son comestibles, como los perros, los monos, las ratas, los gatos o las víboras) implicaría admitir una suerte de arbitraria clasificación inconciliable con esos postulados “personalistas” (v.g. un caballo sería persona, o un simio, o un delfín, o un rinoceronte, pero no una rata, o una cucaracha, o un alacrán). Por otra parte añade que si el fundamento (esgrimido por algunos de los que propugnan declarar “personas no humanas” a cierta categoría de homínidos) por el cual se avala tal postura es la afinidad biológica de ciertos grandes simios con el hombre, ¿no se está incurriendo en el mismo enfoque antropocentristas que se critica? ¿Es la inteligencia, o el grado que se tenga de ella, lo dirimente? ¿O lo es la sensibilidad? Responde que no, que la personalidad se vincula a la “humanidad” y como cierre de sus reflexiones, interpreta que quizás la cuestión no pase por un disenso sobre la naturaleza jurídica de los animales, sino por un tema de adecuada categorización (cfr.: Saux, Edgardo I, “Personificación de los animales. Debate necesario sobre el alcance de categorías jurídicas”. Publicado en LA LEY, 06/04/2016, 1, Cita Online: AR/DOC/70472016).

Tobías, por su parte, sostiene que: “se puede incluso afirmar que, sin ser sujetos de derechos ni poder ser titulares de derechos subjetivos, los animales —como todo ser viviente y toda la creación— deben ser respetados: pero ello es consecuencia de deberes impuestos a las personas fundados en razones vinculadas con intereses propiamente de ellas. Así, una vía de protección de especies animales o vegetales —y aun genéricamente de la naturaleza— puede ser ubicada en la temática del derecho ambiental: la Ley 22.344 referida a la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre incluye a la naturale-

za como elemento indispensable para el hábitat humano. De cualquier modo, el tema tiene características jurídicas novedosas e inquietantes. El derecho ambiental exalta la noción de solidaridad y uno de sus principios es el de sustentabilidad cuyo propósito esencial es “intergeneracional”, es decir, no solo resguardar los intereses de las generaciones actuales, sino los de las generaciones futuras. De ahí que el resguardo de los seres de la naturaleza —animados o no animados— puede no poner necesariamente en juego el interés de las generaciones actuales, sino exclusivamente de las por venir. La tutela ambiental, en ese caso, plantea el problema si las cosas de la naturaleza o el interés de las generaciones futuras no requerirían un standard jurídico propio (no necesariamente en la forma de sujeto de derecho) (cfr.: Tobías, José W., “Derecho de las personas - Instituciones de derecho civil, parte general”. Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2009, p. 9).

Siguiendo nuevamente a Picasso, el autor, cuyo criterio —reitero— comparto, señala que “Descreemos de la utilidad de una “vía intermedia” que distinga a los animales del régimen de las cosas y los convierta en una suerte de tertium genus entre los sujetos y los objetos de derecho. Es que nada obsta a que, pese a ser considerados cosas, los animales gocen de un estatuto especial, diferente del de otros entes englobados en esa categoría; de hecho, muchas cosas reciben ya diversos tratamientos legales (v.g., los bosques nativos, protegidos por la Ley 26.331), sin por ello haber perdido aquella calidad, igual, la Ley 22.344 referida a la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora silvestre. Recuerda que el derecho ambiental —en el cual se subsume actualmente buena parte de la problemática animal— ha experimentado en nuestro país un importante desarrollo durante las últimas décadas, sin necesidad de personificar a los animales ni a la naturaleza, o de excluir a aquellos de la categoría de las cosas. Y eso no ha impedido la instauración de una legitimación muy amplia no solo a los efectos resarcitorios sino, incluso, a los fines preventivos (arts. 43, Constitución Nacional, y 30, Ley 25.675). Finalmente, se pregunta si, al pretender “personificar” a los animales, los seres humanos no estaremos llevando a su máxima expresión —paradójicamente— la mirada moderna que pone al hombre en el centro

del mundo y lo erige en amo de la naturaleza. La idea de que para “salvar” a los animales hay que convertirlos en personas, ¿no encerrará, al fin y al cabo, una ilusión narcisista de nuestra especie? ¿Por qué no pensar, en cambio, que respetar a los animales implica, precisamente, dejarlos en paz lo más que se pueda, en vez de incluirlos como involuntarios actores en el teatro del derecho humano? Acaso algún día la ley declare, efectivamente, que los monos, los ciempiés o las comadreas son personas, pero mucho tememos que los destinatarios de tan augusta distinción no se conmoverán demasiado por ella. Porque al fin y al cabo, no serán esas nuevas “personas” quienes podrán expresar sus deseos y necesidades, y pelear por ellos ante un tribunal, sino que esa tarea corresponderá, obviamente, a sus “representantes” humanos. Se pregunta ¿Estamos tan seguros de que ellos sabrán cabalmente lo que sus representados necesitan? Concluye señalado que en realidad, el hombre ha fantaseado desde siempre con convertir a los animales en personas. Los cuentos medievales —muchos de los cuales siguen siendo populares en nuestros días— están plagados de animales que hablan e interactúan con los humanos. Tal vez logramos hacerle pronunciar, en boca de los animales, el lenguaje humano, que lejos de ser un instrumento deliberación, lo es de sumisión y esclavitud. Consideramos necesario que las legislaciones deben tomar medidas contra las personas que dañan la naturaleza y a los animales. Corresponde también una gestión integral, sistemática y global de las cuestiones que ello implica. Asimismo, compartimos la necesidad de limitar los derechos individuales y preservar el medioambiente para generaciones futuras (nuestra posteridad, para usar la terminología del preámbulo de la CN), pero entendemos que ello es así igualmente en vista a los intereses de las personas humanas y que, en definitiva, solo el hombre es persona (cfr. Picasso, Sebastián, “Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda” Publicado en: LA LEY, 16/04/2015, 1 - LA LEY, 2015-B, 950 Cita Online: AR/DOC/1144/2015).

Por ello, compartiendo las reflexiones de Sebastián Picasso, interpreto que en nuestro Derecho los animales son cosas y que la accionante tenía derechos patrimoniales sobre el perro Caniche que murió como consecuencia de la pelea

con los perros Pitbull de propiedad del demandado, razón por la cual es que corresponde otorgar procedencia al reclamo por daños patrimoniales.

Sostuvo la demandada que ese reclamo de la accionante no figura en la demanda, sin embargo, ello no es así. En efecto, a fs. 23 del escrito de demanda se lee: “Indemnización por consecuencias patrimoniales (art. 1737 y concordantes del Cód. Civ. y Comercial). Este rubro antes conocido como “daño emergente”, se compone de lo que mi mandante perdió producto del hecho, su perro y por los gastos médicos farmacéuticos...” (sic), es decir, el reclamo fue por dos conceptos como surge de la conjunción copulativa “y”, a saber: a) por la pérdida del perro y b) por los gastos médicos-farmacéuticos.

La función resarcitoria de la responsabilidad civil regula precisamente el deber de no dañar a otro, que tiene fundamento constitucional (art. 19, CN) y está tratada en el Cód. Civ. y Com. de la Nación al tratar la Responsabilidad civil, en el Libro Tercero (Derechos Personales), Título V (Otras fuentes de las obligaciones), Capítulo I (Responsabilidad civil); la responsabilidad civil es la obligación de reparar todo daño causado a otro sin causa de justificación. El art. 1737 hace referencia al daño estableciendo que se configura “cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto (...) el patrimonio...” y la indemnización comprende (art. 1738) “la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima”. A su vez, artículo 1772 indica que se encuentra legitimado para exigir la reparación del menoscabo a un bien o a una cosa, el titular de un derecho real sobre la cosa o bien y el art. 1740 establece que el resarcimiento debe ser pleno.

Por ello, cabe hacer lugar al recurso atento a que efectivamente, como señala el Sr. Defensor Oficial, hubo omisión de pronunciamiento al respecto en la sentencia apelada, ya que los fundamentos de la misma están referidos al reclamo por los gastos médicos farmacéuticos, que se denegaron, pero nada se dijo sobre el reclamo por la pérdida del Caniche. Consecuentemente, estando acreditado con el informe del negocio “Acuario Piscis” (fs. 201) el precio de una Caniche Toy sin pedigree al 18/10/2019, en la suma de \$3.200 al contado y dado que la suma indica-

da en la demanda (\$2.000) era estimativa, desde que se reclamó “lo que en más o en menos se fije según el prudente arbitrio judicial a tenor del art. 267 del Cód. Proc. Civ. y Comercial” (fs. 23, segundo párrafo), el recurso es procedente por la suma de \$3.200 calculada al 18/10/2019, con más los intereses establecidos en la sentencia apelada desde la fecha del hecho y hasta su total y efectivo pago (art. 1748, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Por otra parte, cabe poner de manifiesto que no existe plus petitio porque la demanda al referir a “lo que en más o en menos se fije según el prudente arbitrio judicial” aleja tal posibilidad.

4.- d) Me referiré ahora al recurso deducido por la parte demandada.

La demandada se agravió porque se hizo lugar al reclamo de la actora de indemnización por consecuencias extrapatrimoniales por la suma de \$23.000, estimando por su parte que resulta improcedente y que en todo caso la suma fijada debió morigerarse por razones de equidad (agravios primero y tercero).

Al respecto corresponde señalar que art. 1737, adoptó un concepto amplio de los daños resarcibles, cuando al definir el daño dispone que: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”. No se puede olvidar que siempre es la persona la que sufre el daño.

Como se ha señalado, “se debe diferenciar que las personas tienen reconocido por la Constitución Nacional y en el mismo Código el derecho a la integridad de su patrimonio y a la integridad psicofísica-social de cada uno de ellos. Es por ello que el art. 1737 regula que el objeto del daño recae sobre la persona o su patrimonio sobre los cuales tiene interés legítimo o derecho reconocido. A partir de ser vulnerada la integridad patrimonial o la psicofísica-social de la persona, se pueden derivar consecuencias de carácter económico o patrimonial como clásicamente se denomina o de carácter extrapatrimonial. Repare el lector que no se dice, ni se equipara, extrapatrimonial con moral y para ello se debe tener en cuenta que actualmen-

te con el avance de la ciencia, daño moral es el menoscabo que sufre una persona en su bienestar psíquico sin que ese estado negativo o disvalioso sobreviniente (tristeza, dolor, amargura, inseguridad, angustia, etc.) llegue a configurar una situación patológica como consecuencia de la vulneración de un derecho o interés generado por una acción jurídicamente reprochable (...) Para cerrar la demostración de viabilidad de esta clasificación, puede ocurrir que se produzca un daño a la integridad patrimonial de una persona porque se destruye intencionalmente un automóvil de su colección. En este caso, además del interés económico que tiene su titular, puede existir un interés afectivo que dé lugar al resarcimiento del daño moral porque le produjo una minoración de su estado anímico que no llegó a ser patológico. Este comentario, que puede ser tildado de extenso, resulta necesario para comprender en su real dimensión el cambio de paradigma que trae el Código, que lo coloca a la vanguardia del pensamiento sobre responsabilidad civil y derecho de daño” (cfr. Pascual E. Alferillo en comentario al art. 1738, en Código en “Código Civil y Comercial Comentado - Tratado exegético, Tomo VIII, arts. 1708 a 1881, Jorge H. Alterini, Director general, Directores del tomo Pascual E. Alferillo, Osvaldo R. Gómez Leo, Fulvio G. Santarelli. Coordinador Ignacio E. Alterini, edit. LA LEY, Buenos Aires, 2016, p. 185/186).

En el caso de autos, se trata de animales, que no obstante el carácter de cosa mueble (semovientes), se tratan de seres dotados de sensibilidad, por lo que es de presumir que si se tiene una mascota como compañía, ella produce gratificaciones, afecto, cariño, y su pérdida, atendiendo a la relación afectiva y vinculación existente entre el dueño y el animal no es irrelevante. Por otra parte, su pérdida, ocasiona un daño que, conforme lo normado por el art. 1744, surge notorio de los propios hechos, dado el sufrimiento psíquico o espiritual e impacto emocional que produce. En consecuencia, debe indemnizarse el daño moral del reclamante, ya que resulta evidente la intranquilidad, mortificación y angustia de la actora al ver lastimado primero y muerto después a su perro Caniche. El daño producido por la muerte del Caniche no está justificado, y la pérdida del animal hace presumir el daño extrapatrimonial. El argumento de que la accionante no fue una cuidadora responsable no resulta procedente al estar firme

el tema de responsabilidad por falta de agravios concretos al respecto. Cabe aclarar asimismo que el reclamo lo hace el dueño de la mascota por derecho propio por el daño infringido a un bien de su patrimonio, no un daño extrapatrimonial como derecho de la mascota, como argumentó el demandado con la finalidad de no responder por las consecuencias del hecho que motiva las presentes actuaciones. Resultan innegables los vínculos de cariño que se crean entre los seres humanos y los animales y sostener que la muerte del animal no origina en el ser humano un sufrimiento en sus intereses extrapatrimoniales, máxime si la muerte fue violenta, inesperada e injusta, es cerrar los ojos ante una realidad que los jueces no pueden desconocer. Por otra parte, la suma fijada por el Sentenciante luce razonable y no se advierten razones que lleven a disminuir su monto por razones de equidad.

El demandado se agravio igualmente de los ítems c) y d) impuestos en la resolución apelada, en el capítulo “Responsabilidad civil preventiva”.

Del punto c), referido a la exigencia de que los propietarios de dichos animales, cuenten con carnet de identificación, y procedan a su registro ante la institución “Tucumán Mascotas” a través del correo electrónico [mascotas@tucuman.gov.ar](mailto:mascotas@tucuman.gov.ar) División Zoonosis (San Miguel de Tucumán) Mate de Luna 1935, el recurrente, luego de señalar la finalidad del “Programa Provincial Tucumán Mascotas” y del “Registro único de mascotas”, explicó que actualmente ese registro no se está haciendo por la situación de público conocimiento (pandemia) y porque no cuentan con las chapas por falta de insumos; agregó que esa exigencia nada tiene que ver con las reglas de prevención del daño que de oficio decidió imponer el Sr. Juez *a quo*. Destacó asimismo que la Dirección de Zoonosis (San Miguel de Tucumán) Mate de Luna 1935, no tiene relación con el Programa Provincial Tucumán Mascotas, ya que la Dirección de Zoonosis, depende de la Municipalidad de San Miguel de Tucumán. Manifestó que además de inadecuada para la finalidad preventiva, la medida impuesta es de imposible cumplimiento.

Al respecto cabe hacer lugar al agravio, especialmente teniendo en consideración la si-

tuación actual de pandemia y las medidas dispuestas en cuanto al distanciamiento social, como consecuencia de la emergencia sanitaria, decretada en todo el país con motivo de la pandemia de coronavirus (Covid-19), por los Decretos del Poder Ejecutivo Nacional N° 260/20 y sus modificatorios; el Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 1/1, entre otras normativas de emergencia, por lo que se deja sin efecto la medida dispuesta.

Se agravio igualmente porque la sentencia impuso como obligación de hacer, que: “Los mencionados perros en este resolutorio deberán ser albergados en instalaciones seguras y resistentes que impidan su huida y se encuentren alejadas de la vía pública de modo tal que los mismos no signifiquen un peligro inminente para las personas, animales o cosas que se encuentren en las inmediaciones del lugar de residencia de estos animales. El lugar deberá estar señalizado con la inscripción “Perro Peligroso”. Arguyó que los animales de compañía en cuestión nunca significaron un peligro ni para las personas ni para las cosas, y que resulta irrazonable la obligación que se le impuso de poner una señalización en su domicilio con la inscripción “Perro Peligroso”, ya que no tuvo en cuenta criterios de menos restricción posible y por afectar derechos fundamentales, como ser el derecho de propiedad.

Al respecto cabe señalar que la medida dispuesta resulta razonable de conformidad a lo normado por el art. 1713 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. La calificación de “perros peligrosos”, está dada por la Ley Provincial 8129 (texto consolidado), en su art. 2, en cuanto, en el segundo párrafo prescribe expresamente: “Asimismo se consideran perros potencialmente peligrosos los pertenecientes a las razas, cualquiera sea su edad (...) Pitbull (...) sean puros de pedigree, puros por cruce o mestizos”.

Cabe señalar que desde el punto de vista axiológico la función de la responsabilidad civil más importante es la preventiva; el 1708 se coloca en el ex ante, antes de que ocurra el hecho, y a veces, ocurrido el hecho, para evitar que ese daño se agrave, es decir que ese daño cobre una nueva magnitud o para tratar de que ese daño disminuya.

Se ha dicho que “se ha vuelto frecuente ver a los dueños pasear a sus perros totalmente sueltos por la calle y la vereda, ejemplares de razas mayores y poderosas que meten miedo al verlos. La muletilla “no hace nada” o “es mansito” es igualmente pecaminosa; ante cualquier estímulo o la eventual agresividad de otro can, incluso un humano, no habrá nada que controle el desmán y, por ello, esa circunstancia exige la anticipación regulatoria y sancionatoria in situ (...) El animal no piensa, es bestia y como tal actúa. Es puro instinto; ataca cuando cree estar en peligro y esa “creencia” que explican mejor los veterinarios puede obedecer a cualquier estímulo, acto reflejo, memoria, perturbación de conducta, cansancio, hambre, falta de espacio, alimentación inadecuada, etc. que, luego, se transforma en un ataque a muerte o en el mejor de los casos, en un verdadero “acting” del can que no lo diferencia del supuesto anterior, pues la consecuencia es la misma. Da igual que muerda para agredir o que lo haga para demostrar su superioridad, su territorio, igual es una mordedura” (Cfr.: Castelo, Adriano C., “Problemáticas de la tenencia de perros violentos”, Publicado en Thomson Reuters - LA LEY, 18/05/2011,1 Cita Online: AR/DOC/793/2011).

De las fotografías agregadas a fs. 8/10 de la causa penal surge que los perros de raza Pitbull están sueltos en la vía pública sin cadena y sin bozal. También surge de la contestación de demanda que el demandado dejó salir a sus perros y mientras él los miraba, es decir en su presencia, atacaron al perro Caniche de propiedad de la actora, por instinto como respuesta a que el Caniche le mordió la pata a uno de ellos y luego se acercó el otro también. En igual sentido declaró el testigo W. G. G. en oportunidad de la audiencia celebrada el día 19/02/2019, declaración grabada mediante el sistema de videograbación implementado por Acordada N° 1709/2018, que tengo a la vista, de la que se dejó constancia a fs. 192. Ello refuerza lo expuesto por el Sentenciante en cuando consideró: “...los cientos de casos reales que nos informa nuestra realidad, de los diversos ataques que estos perros han producido a personas adultas y menores (niños) en las que en algunos casos cobraron hasta la vida misma de la víctima; es por ello que en función de una jurisdicción activa y garantizando la protección de los derechos fundamentales y la prevención de la actividad dañosa, atañe ante la

hipotética amenaza que implica la posible reiteración de la conducta ilícita de permitir la salida de tales perros sin el cuidado responsable de sus propietarios y/o guardadores, la realización de acciones que eliminen un riesgo injusto de lesión”. Por lo expuesto el agravio no puede prosperar.

En cuanto a los honorarios del Defensor Oficial, he participado del criterio de que no correspondía regular honorarios por la actuación del Defensor Oficial, no obstante un nuevo estudio del tema, ante las modificaciones normativas al respecto, estimo que asiste razón al Sr. Defensor.

En efecto, atento a que el derecho es dinámico y la ley es estática, al analizar la finalidad de la ley no se corresponde realizar una interpretación histórica u originalista, sino que deben considerarse las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación, de modo armónico, conformando una norma con el contenido de las demás de modo coherente, buscando no alterar el equilibrio del conjunto.

Hoy conforme la Ley Orgánica de Tribunales, se modificó el esquema del Poder Judicial, al establecer en el art. 91, primera parte que: “El Ministerio Público Fiscal, conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia, con atribuciones orgánicas, independencia y autonomía funcional, administrativa y financiera; y el art. 160 bis, primera parte al referir al Ministerio Pupilar y de la Defensa, prescribe que “conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia, con atribuciones orgánicas, independencia y autonomía funcional, administrativa y financiera”; asimismo, el art. 160 novies, incorporado por Ley 8983 (BO 22/02/2017), establece, bajo el título de “Honorarios” que: “Los honorarios que se devenguen y perciban por la actuación profesional de los integrantes del Ministerio Pupilar y de la Defensa ingresarán a una cuenta especial del órgano, destinada prioritariamente al mejoramiento de la calidad de las prestaciones del Servicio, conforme se reglamente”. Ello, da un nuevo sentido interpretativo al 4 de la Ley 5480, en cuanto establece que: “Los profesionales con asignación fija o en relación de dependencia no podrán invocar esta Ley respecto de su cliente, cuando efecturen

trabajos que tengan vinculación directa con el objeto de la relación profesional. En los procesos judiciales en que actuaren en dicha representación, si mediare condenación en costas a la parte contraria, tendrán derecho al cobro solo contra esta”.

La Excm. Corte de Justicia Corte Suprema de Justicia, en los caratulados “Fernández, José D. c. Caja de Seguros SA s/ ordinario” - Expte. N° 30/18-I4, sentencia N° 171 del de octubre de 2020, si bien distinguió el tema de las costas de la regulación de honorarios, ha modificado —aunque parcialmente— el argumento seguido por este Tribunal basado en que la remuneración de la Defensa Oficial resulta inválido, y dispuso que no se debe apartar por tales argumentos de lo dispuesto por el art. 105 del Cód. Proc. Civ. y Comercial. Así sostuvo que: “La parte actora fue vencedora en autos y, en su mérito, corresponde que las costas del proceso sean impuestas a la demandada vencida, en virtud del principio objetivo de la derrota (cf. art. 105, CPCCT), a menos que se hubiera invocado, fundadamente, una causal de excepción (art. 105, incisos 1°, 2° y 3°, CPCCT). Al respecto, la Alzada para apartarse de esta regla y distribuir las costas, de ambas instancias, por el orden causado, sostuvo que “la actuación de los Defensores Oficiales del Poder Judicial no genera costas, por cuanto sus honorarios han de ser afrontados por el Estado, es decir que en los hechos, el Sr. Defensor por su intervención percibe una remuneración con cargo al presupuesto del Poder Judicial”. En este contexto fáctico y jurídico, se observa que la crítica de la parte recurrente en su recurso de casación, resulta acertada, puesto que el fundamento por el cual la Cámara no aplica en autos el principio objetivo de la derrota, se asienta, exclusivamente, en su criterio basado en la improcedencia de la regulación de honorarios a un Defensor Oficial del Poder Judicial, cuestión esta ajena a la materia vinculada con la imposición de las costas, la cual puede contemplar, según el caso, otros gastos irrogados durante la tramitación del proceso más allá de los honorarios profesionales. En ese entendimiento, la temática atinente a si es procedente o improcedente regular honorarios al Defensor Oficial, debe ser analizado ante un pedido concreto de la parte interesada y en la etapa procesal oportuna. Por lo tanto, no corresponde su estudio al momento de imponer las costas del proceso, ni

mucho menos ser considerada como justificativo para apartarse del principio objetivo de la derrota. Más aún, si se tiene en consideración que el citado funcionario actúa en representación del actor, quien fue el verdadero vencedor del pleito ante la firma demandada, por lo que cabe que ella sea quien soporte las costas del litigio, con independencia si resulta admisible o inadmisibles, en una etapa procesal ulterior, regulación de honorarios de algún representante legal de las partes. De ese modo, lo sostenido por la Alzada para distribuir las costas por el orden causado y dejar de lado el principio contenido en el art. 105 del CPCCT, carece de fundamentación y violenta las reglas de la lógica” (Corte Suprema De Justicia - Sala Civil y Penal - s/ contratos (ordinario) - Expte. N° C30/18-I2 - sentencia N° 713 de fecha 30/09/2020 - Dres.: Sbdar (en disidencia parcial) - Posse - Leiva - Rodríguez Campos - Registro: 00059489-01).

En esa misma línea, y avanzando, por resolución N° 20/2020 del 13/10/2020, el Ministerio Pupilar y de la Defensa, instruyó a los Sres. Defensores Oficiales de procesos civiles que soliciten regulación de honorarios cuando la condena en costas recayere en la parte contraria (punto I) y dispuso que los fondos depositados en concepto de honorarios serán destinados a la Escuela de Capacitación y Concursos, dependiente de la Secretaría institucional de ese Ministerio (punto VI).

En base a ello, interpreto que resulta acertado el pronunciamiento sobre costas y además la regulación de honorarios practicada al Sr. Defensor Oficial en la sentencia apelada y por lo tanto, corresponde el rechazo de los agravios.

4.- e) Ahora bien. Surge del punto 8 de los considerandos de la sentencia apelada que el Sentenciante dispuso que el rubro por el cual prospera la demanda, deberá ser actualizado (en realidad se trata de adicionar intereses) desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días que fija el Banco de la Nación Argentina (art. 1748 Cód. Civ. y Com. de la Nación), e impuso las costas a la parte accionada, y aclaró, entre paréntesis, que la fecha del hecho es el 25/09/2018.

Al respecto se advierte un error material, por cuanto surge evidente de la compulsa de autos que la fecha del hecho es el 01/01/2018 y no la fecha indicada entre paréntesis por el Sentenciante (25/09/2018), ya que esta corresponde a la fecha del escrito presentado por el Sr. Defensor Oficial a fs. 29, en el que, habiendo adjuntado el acta de cierre de mediación sin acuerdo, requería que se provea el escrito de demanda, fecha utilizada también a los fines de la regulación de honorarios, como surge del cálculo de la base regulatoria en la que indicó esa fecha como inicio del cómputo de los intereses (considerandos 8 y 10 de la sentencia referida).

Sin embargo, la fecha del hecho es el 01/01/2018, como surge de lo expuesto en la demanda (fs. 21/23 vta., en especial, fs. 21 vta.) y en la contestación de la demanda (fs. 66/72, en especial, fs. 69 vta., último párrafo). Por otra parte, el art. 1748 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, citado por el Sentenciante, establece en relación al “Curso de los intereses”, que: “El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio”, y el perjuicio se produjo el día del suceso.

Por ello, es que cabe rectificar la sentencia en ese sentido, pues, conforme resolvió la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Provincia corresponde distinguir los errores de volición del juzgador —los cuales no pueden ser enmendados después de fallado un litigio— y (que es a lo que apuntaba el recurrente en su planteo), de los errores de expresión de aquella voluntad, que pueden ser aclarados o corregidos por el mismo juez pues en este caso no se modifica la sustancia del pronunciamiento, puesto que la voluntad sigue siendo la misma; la corrección se limita a enmendar un error de expresión a fin de que esta traduzca verdaderamente la voluntad del magistrado. Con ello, lo que se modifica no es la esencia del fallo sino que se elimina la discordancia entre lo que se ha querido decir y lo que ha dicho” (cfr: CSJTuc, sentencia N° 163 del 27/04/1994). Cabe señalar que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló sobre la temática que: “Los jueces deben determinar la verdad sustancial, pues solo así se presta adecuado servicio a la justicia. Desde esta perspectiva, se verifica que el agravio prescinde del contenido integral del fallo impugnado”. Asimismo, la Excma. Corte Suprema de Justicia

en los autos: “Lazarte, Raúl H. c. Vicente Trapani SA s/ cobro de pesos”, en sentencia N° 236 del 09/04/2007, resolvió que: “...el error material no debe confundirse con los vicios de juzgamiento, puesto que se trata de un defecto de expresión y que, por ende, no es ni conceptual ni intelectual; además debe ser evidente, es decir resaltar a simple vista, sin necesidad de una investigación profunda. Hacen a la manifestación escrita por medio de la cual aparece una incoordinación entre lo que el juez quiso decir en su fallo y lo que quedó consignado en el mismo. La posibilidad de rectificar errores materiales se extiende sin otro límite temporal y procesal que los determinados por la definitiva consolidación de la situación jurídica, es decir por el pago de lo adeudado, respecto de lo cual el proceso que así culminare no se encuentra habilitado para albergar trámites rectificatorios de lo que está consumado. Un criterio distinto sobre la base de un error material importaría tanto como desconocer la unidad de las sentencias judiciales, así como amparar el predominio de una solución formal que contradiría sustancialmente el claro resultado a que arribó la sentencia (CSJN, Fallo N° 78.438 del 12/02/1980; LA LEY, 1980-C, 66), más aún que en los conceptos de la Corte local, no existe para las partes derecho adquirido frente al error puramente material, numérico o de otra especie que pueda corregirse hasta el momento de la extinción del pleito (cfr. CSJT, sentencia N° 966 del 09/12/1999)”. Conforme lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el error nunca puede ser fuente de derechos o lesión de ellos (cfr. CSJN, Fallos: 313:1024, “Alcaraz, Pascual y otra c. Bertoncini Construcciones SA”, 09/10/1990, publicado en: LA LEY, 1991-B, 373; ED, 141, 578; DJ, 1991-2, 313, cita Online: AR/JUR/1017/1990. En igual sentido, en los conceptos de la Corte local, no existe para las partes derecho adquirido frente al error puramente material, numérico o de otra especie que pueda corregirse hasta el momento de la extinción del pleito (cfr. CSJT, sent. N° 966 del 09/12/1999), criterio que es seguido por esta Cámara (cfr. sentencia N° 2 del 11/2/2014 en autos “Unión Cañeros Azucarera Ñuñorco Ltda. SA s/ quiebra (incidente de verificación tardía promovido por el CPN Gregorio Alfredo Perdiguero” - Expte. N° 530/1980-I-34).

4.- f) Conforme a lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso deducido por el Sr. Defen-

sor Oficial en lo Civil y del Trabajo, con carácter itinerante, con jurisdicción territorial en los Centros Judiciales Concepción y Monteros, Dr. Agustín Eugenio Acuña, por la parte actora (fecha 14/08/2020 - SAE) y consecuentemente condenar al demandado a abonar a la parte actora la suma de \$3.200 calculada al 18/10/2019, con más los intereses establecidos en la sentencia apelada desde la fecha del hecho (01/01/2018) hasta su total y efectivo pago, en concepto de indemnización por consecuencias patrimoniales por la pérdida del perro Caniche. No hacer lugar al recurso del demandado Alejandro Jesús Jerez interpuesto el 24/08/2020 - SAE, salvo en cuanto al ítem c) impuestos en la resolución apelada, en el capítulo "Responsabilidad civil preventiva," que se deja sin efecto. Aclarar que la fecha del hecho es el 01/01/2018, y no como erróneamente se consignó en la sentencia apelada.

4.- g) Ahora bien, atento la modificación del monto de condena fijado en la sentencia apelada (\$23.000) como consecuencia del reconocimiento del daño patrimonial realizado en la presente sentencia (\$3.200), que implica su elevación a \$26.200, cabe realizar nuevos cálculos a fin de verificar si ello incide o no en los honorarios regulados a la fecha de la sentencia de primera instancia, en consonancia con lo normado por el art. 713 procesal que en su última parte, prescribe que: "...Cuando la sentencia fuera (...) modificatoria de la de primera instancia, el tribunal adecuará las costas y el monto de los honorarios al contenido del pronunciamiento, aunque no hubiera sido materia de recurso".

Por otra parte, cabe señalar que si bien la conformación de la base regulatoria efectuada en la sentencia de primera instancia oportunamente apelada no sufrió embate alguno por las partes, de las constancias de autos se desprende que atento al error advertido en cuanto a la fecha de inicio del cómputo de los intereses, ello incide en la conformación de la base regulatoria, por lo que deben ser rectificadas en razón de la doctrina legal de Nuestro Tribunal Címero según la cual "los errores puramente numéricos en que incurra una sentencia definitiva son subsanables en cualquier momento del proceso, sea a pedido de parte o ex-officio, so pena de incurrir, el órgano judicial en grave falta consistente en tolerar que se genere o lesione un derecho que solo reconoce como causa el error (CSJTuc.,

*in re* "Gómez, Carlos A. c. Christie SA s/ indem. por despido sentencia N° 163 del 27/04/1994; ídem "Centeno, Víctor E. c. Municipalidad de Concepción s/ enferm. - accidente" sentencia N° 141 del 22/04/1994; sentencia N° 111, 06/03/2001, "Cía. Azucarera y Alcoholera Soler SA s/ concurso preventivo (hoy quiebra) inc. de impug. alinf. ind. de sindicatura prom. por Banco de la Ciudad de Bs. As. Leg. 171/3"). En este mismo sentido se expidió la Corte Provincial en los autos "Banco Macro SA c. Sanatorio Modelo SA s/ ejecución hipotecaria", sentencia N° 1050 del 01/08/2018 y sentencia N° 163 del 27/04/1994). En consecuencia, dado que la base regulatoria calculada en la sentencia de primera instancia contiene errores aritméticos comprobados, se justifica que por excepción se proceda a rectificar la misma corrigiendo los errores vinculados con la fecha de inicio del cómputo de los intereses.

Por ello, a la suma de \$23.000 se le deben adicionar los intereses calculados con la tasa activa del Banco de la Nación Argentina desde la fecha del hecho (01/01/2018) a la fecha de la sentencia de primera instancia (13/08/2020), es decir, la tasa de interés del 119,355%, con los que se arriba a la suma de \$50.451,65. En tanto que la suma de \$3.200, con los intereses desde el 18/10/2019 al 13/08/2020 (32,8923%), nos da la suma de \$4.252,56. Sumados ambos importes, se determina la base regulatoria al 13/08/2020 en la suma de \$54.704,21.

A dicha suma se aplican los porcentajes fijados en la sentencia de primera instancia, ante la falta de recursos al respecto, es decir, 15% para el ganador y 12% para el perdedor, por las tres etapas del proceso. Al 15% de la escala del art. 38 (\$ ...) se le suma el 55% por la actuación en el doble carácter que refiere el art. 14 (\$ ...), lo que nos da \$ ... para el Defensor Oficial; en tanto que para la Dra. Liliana Beatriz Farach, se tiene en cuenta su actuación como patrocinante, se aplica el 12% de la escala, lo que nos da la suma de \$ ... Por ello, atento a que aún con la base regulatoria rectificadas en más, no se altera lo considerado en la sentencia de primera instancia en cuanto a que corresponde aplicar el último párrafo del art. 38 de la Ley Arancelaria, es que se mantienen los honorarios regulados en la instancia anterior.

5.- Las costas de la Alzada se imponen a la parte demandada vencida (arts. 105, 107 procesal).

6.- Por razones de economía procesal corresponde regular honorarios por las actuaciones profesionales de segunda instancia, esto es, por el recurso de apelación deducido por el Sr. Defensor Oficial en lo Civil y del Trabajo, con carácter itinerante, con jurisdicción territorial en los Centros Judiciales Concepción y Monteros, Dr. Agustín Eugenio Acuña, por la parte actora (fecha 14/08/2020 - SAE), quien expresó agravios en fecha el 16/09/2020 que fue contestado por la parte demandada el 05/10/2020 y por el recurso de apelación interpuesto por el demandado Alejandro Jesús Jerez, el 24/08/2020 - SAE, quien expresó agravios el 21/10/2020, que fueron contestados por el Sr. Defensor Oficial en lo Civil y del Trabajo, con carácter itinerante, el 26/10/2020.

Para la determinación de los honorarios correspondientes a esta instancia conforme dispone el art. 51 de la Ley 5480, se utiliza la base regulatoria de \$23.000 se le deben adicionar los intereses calculados con la tasa activa del Banco de la Nación Argentina desde la fecha del hecho (01/01/2018) hasta el 10/11/2020 (tasa del 127,9467% = \$29.427,75) lo que nos da \$52.427,75 y de la suma de \$3.200, desde el 18/10/2019, al 10/11/2020 (tasa del 41,4841% = \$1.32,49), que da \$4.527,49. Por lo que, sumados los \$52.427,75 y \$4.527,49, nos da \$56.955,24, que sirve de base regulatoria. Se efectúa el cálculo de lo correspondiente a primera instancia con el 15% para el ganador, con más el 55% por la actuación en el doble carácter nos da \$13.242,09 y el 12% para el perdedor lo que da \$6.834,62. De esas sumas se aplican los porcentajes que fija el art. 51 de la citada ley para los honorarios de segunda instancia (35% para el ganador y 25% para el perdedor), es decir, \$4.634,73 para el ganador y \$1.708,65 para el perdedor.

Atento a que los montos arrojados son inferiores a una consulta mínima escrita legal vigente, correspondería regular honorarios de conformidad a lo previsto en el art. 38 *in fine*, en una consulta mínima legal que asciende a la suma de \$ ... con más el 55% por su actuación en doble carácter, lo que da un monto total de \$ ..., para el Sr. Defensor Oficial y la suma de \$ ... para

la Dra. Liliana Beatriz Farach, patrocinante del demandado, como perdedora.

No obstante ello, teniendo en cuenta el monto de la condena, y la labor profesional realizada, considero adecuado apartarse del valor de la consulta mínima legal vigente que prevé el art. 38 *in fine* de la Ley Arancelaria local, por aplicación del art. 1255 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (Ley 26.994). Ello pues, conforme se ha resuelto en casos semejantes, constituye una facultad privativa de los jueces de la instancia respectiva quienes en determinados supuestos, pueden apartarse de las disposiciones arancelarias locales, "sin atender a los montos o porcentuales mínimos establecidos en los regímenes arancelarios nacionales o locales" que rijan la actividad profesional, cuando "la naturaleza, alcance, tiempo, calidad o resultado de la tarea realizada o el valor de los bienes que se consideren, indicaren razonablemente que la aplicación estricta, lisa y llana de esos aranceles ocasionaría una evidente e injustificada desproporción entre la importancia del trabajo efectivamente cumplido y la retribución que en virtud de aquellas normas arancelarias habría de corresponder" (cfr. CSJTuc. *in re*: "Colegio Médico de Tucumán c. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán s/ cobro ordinario", sent. N° 395 del 27/05/2002; "Colegio de Bioquímicos c. Instituto de Previsión y Seguridad Social de la Provincia de Tucumán s/ cobro ordinario", sent. N° 450 del 04/06/2002, citados en "Robles Vda. de Ríos Marta Gabriela c. Gómez, Víctor H. s/ daños y perjuicios", sent. N° 842 del 18/09/2006).

Dado que el caso de autos se encuentra aprehendido en el supuesto del art. 1255 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (Ley 26.994), de acuerdo con los conceptos antes expresados, corresponde regular honorarios por la tarea realizada en la alzada resuelta en la presente sentencia a los profesionales intervinientes, al Sr. Defensor Oficial, Dr. Agustín Eugenio Acuña, por la parte actora, en la suma de \$ ... y a la letrada Liliana Beatriz Farach, patrocinante de la parte demandada, en la suma de \$ ...

Para la fijación de esos porcentuales se consideran los preceptos contenidos en los arts. 14, 15, 19, 20, 38, 39, 41, 42, 51 y concordantes de la Ley 5480 (texto consolidado) y art. 1255 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (Ley 26.994).

Es mi voto.

El doctor *Leal* dijo:

Que por estar de acuerdo con los fundamentos del voto de la Sra. Vocal preopinante, vota en idéntico sentido.

Visto el resultado del presente acuerdo, se resuelve: I. Hacer lugar al recurso deducido por el Sr. Defensor Oficial en lo Civil y del Trabajo, con carácter itinerante, con jurisdicción territorial en los Centros Judiciales Concepción y Monteros, Dr. Agustín Eugenio Acuña, por la parte actora (fecha 14/08/2020 - SAE) y consecuentemente condenar al demandado a abonar a la parte actora la suma de \$3.200 calculada al 18/10/2019, con más los intereses establecidos en la sentencia apelada desde la fecha indicada y hasta su total y efectivo pago, en concepto de indemnización por consecuencias patrimoniales por la pérdida del perro Caniche. II. No

hacer lugar al recurso deducido por el demandado Alejandro Jesús Jerez el 24/08/2020 - SAE, salvo en cuanto al ítem c) impuestos en la resolución apelada, en el capítulo "Responsabilidad civil preventiva", que se deja sin efecto. III. Aclarar que la fecha del hecho es el 01/01/2018, y no como erróneamente se consignó en la sentencia apelada. IV. Costas, a la parte recurrente vencida. V. Regular honorarios por lo actuado en segunda instancia, al Sr. Defensor Oficial en lo Civil y del Trabajo, con carácter itinerante, con jurisdicción territorial en los Centros Judiciales Concepción y Monteros, Dr. Agustín Eugenio Acuña, por la parte actora y como ganador, en la suma de \$ ...; y a la Dra. Liliana Beatriz Farach, patrocinante del demandado y como perdedora, en la suma de \$ ... VI. Notifíquese a la Caja de Previsión y Seguridad Social para Abogados y Procuradores de la Provincia, de conformidad al art. 35 Ley 6059. Hágase saber. — *Mirtha I. Ibáñez de Córdoba*. — *Mario R. Leal*.

# COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

---



# Curso de Derecho Civil. Obligaciones

**Autor:** Domingo Jerónimo Viale Lescano

**Datos editoriales:** Mediterránea, Córdoba, 2019, 1300 ps.

---

Reseña de

Rubén H. Compagnucci de Caso

El libro que tengo el gusto de presentar pertenece en plena autoría al Dr. Domingo J. Viale Lescano, un joven profesor de la ciudad de Córdoba que ha desarrollado en dos volúmenes toda la materia vinculada a las “obligaciones civiles y comerciales”.

El Dr. Viale Lescano tenía y tiene valiosos antecedentes en trabajos de investigación jurídica que presagiaban que sus tareas se verían incrementadas de manera cualitativa en el futuro próximo.

El *Curso de Derecho Civil* asociado estrechamente a las obligaciones, está escrito en lenguaje claro y preciso, en dos volúmenes muy bien presentados, y difunde la espinosa materia en aproximadamente mil trescientas páginas. Allí trata *in extenso* todo el contenido de esta porción del derecho privado, tal como está en el nuevo Código Civil y Comercial. De ese modo también se enseña en la mayoría de las universidades del país, y es un remedo de lo que se muestra en las mejores y más prestigiosas casas de estudio de la Europa continental.

El primer volumen contiene quince capítulos rigurosos y concisos, en los cuales el autor, en precisa síntesis, se ocupa de la relación jurídica como precedente inmediato de la obligación, del concepto de la figura principal y sus elementos. Es interesante y digno de destacar el haber traído un amplio desarrollo de las fuentes en referencia al Código Civil de Vélez que, a más de las difundidas, como el *Digesto* romano, el “Code” Civil francés, el derecho canónico y el Esboço de Freitas, aparecen otras no tan difundidas, como el Código Civil de Luisiana (con parentesco inmediato con el francés), el Albertino,

el del Reino de las Dos Sicilias, el de Prusia, etc., etc. Todo lo cual es una muestra de las inquietudes del autor en profundizar los alcances de la vieja ley civil, a la vez que confirma la sabiduría del codificador del siglo XIX.

Este primer tomo se completa con la intrincada clasificación de las obligaciones, el tratamiento de las denominadas “obligaciones concurrentes” que surgen como novedad legislativa en el nuevo Código y, también, los derechos del acreedor y el ejercicio de acciones que llevan al cumplimiento de la prestación objetivo de la relación jurídica (acción forzada de cumplimiento, directa, subrogatoria, etc.).

Concluye este primer volumen con lo que el autor llama “modificaciones de la obligación”, e incluye la mora *debitoris*, el incumplimiento, las causas que lo justifican (caso fortuito, fuerza mayor, estado de necesidad, etc.), y el importante caso de la “cláusula penal” que integra una fórmula muy difundida y desarrollada por los teóricos y prácticos del derecho privado. En el final se analiza lo que cualifica como “medios extintivos no legislados”, y el supuesto central del cumplimiento natural o corriente, como lo es el pago.

En el segundo tomo, se desarrollan dos supuestos del pago que contienen características muy particulares, el que se concreta mediante la consignación (judicial y extrajudicial, lo que el autor califica como “consignación notarial”) y el cumplimiento mediante subrogación a favor del *solvens*.

Este volumen contiene el resto de los medios de extinción de la obligación, donde sobresale la prescripción extintiva o liberatoria, por su mi-

nucioso desarrollo. Es interesante todo el estudio que hace el Dr. Viale sobre los intereses y los intrincados problemas que presenta el inicio y curso de la prescripción de esa obligación accesorio. Mas luego, en el Cap. XX, se altera el método tradicional y aparece el delicado estudio de las fuentes, incluido el tema de la “causa” que desde siempre fue una cuestión debatida, problemática y cuestionada.

Concluye este volumen con lo que Josserand, con gracia verbal, llamó la *vedette* del derecho privado, es decir, la “responsabilidad civil”. El estudio es minucioso y no solo se ocupa de los elementos que la generan, sino que se analiza lo que corresponde a las personas jurídicas, del Estado, establecimientos educativos, sus acciones y demás cuestiones vinculadas a la temática central. Y para el cierre quedaron las denominadas “fuentes modernas de la obligación”, es decir, el enriquecimiento sin causa, con sus sub-especies: el pago de lo indebido y la gestión de negocios ajenos; y la “voluntad unilateral”, donde se incluyen “la promesa pública de recompensa” y el “concurso con premio”.

Entiendo que en la enumeración de las cuestiones que fueron objeto de buen desarrollo en el libro, he pecado en el puntillismo, pero me pareció que era necesario mostrar, aunque mas no fuera en el enunciado, el importante tratamiento a todos los temas vinculados con el derecho de las obligaciones, y de allí destacar la ímproba tarea del autor.

A más de todas estas buenas cosas, debo agregar que el libro trae en sus referencias lo mejor

de la doctrina nacional clásica y contemporánea, y también la atractiva y siempre enriquecedora cita de los autores franceses, desde los clásicos del siglo XIX, que integraron la Exegesis, a los actuales, como es el caso en la cita de la obra del profesor Larroument, quien tantas veces tuvo la deferencia de su visita personal a este país; asimismo, y en muchas citas, se puede ver la referencia a importantes autores españoles. La cita jurisprudencial no aparece ajena en la obra; por el contrario, cuando fue necesario estuvo al pie de página para ilustrar y ayudar a la idea doctrinaria. La referencia de los fallos de los tribunales del país es abundante y muy bien seleccionada.

Se trata de una obra que será de suprema utilidad para el estudiante de Derecho que hace sus inicios, para el abogado que debe ejercer su profesión con ahínco, y aún más, para el profesor de estos temas que esté dispuesto a interesarse en nuevas ideas y referencias útiles, a fin de dar mayor abrigo a sus conocimientos.

Ello me impone sostener que el libro merece el elogio y reconocimiento valorativo de su contenido. Un destacado aporte a la ciencia jurídica privatística, que viene a enriquecer la doctrina autoral nacional.

A todo y para concluir, merecen un párrafo aparte los agradecimientos y el prólogo de su pertenencia. Lo primero muestra la persona y el alma del autor, unido a sus reconocidos afectos; y lo segundo, su cercanía con la buena doctrina y su conexidad con lo que a continuación va a desarrollar con enjundia y profundidad.