



# EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director: Alejandro Borda

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Pablo María Garat

Luis María Caterina

Martín J. Acevedo Miño

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

## La recusación de los jueces de la Corte IDH: casos, vacíos y propuestas

### Primera parte

por JORGE ALEJANDRO AMAYA y GABRIEL FIDEL

**Sumario:** PRIMERA PARTE: I. LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO LEGAL. – II. EL DEBIDO PROCESO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CORTE IDH. – III. INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD E IMPARCIALIDAD JUDICIAL. – IV. LA RECUSACIÓN COMO INSTITUTO DE GARANTÍA DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL. – V. LA RECUSACIÓN DE LOS JUECES DE LA CORTE IDH: CASOS Y VACÍOS.

#### I. La garantía del debido proceso legal

La garantía del debido proceso legal emerge como derecho sustantivo y garantía constitucional de los artículos 18 y 33 de la Constitución argentina. Sus antecedentes históricos se hallan en la Carta Magna de 1215 y en la V y XIV Enmiendas de la Constitución de Estados Unidos donde se alude a la expresión debido proceso legal (*due process of law*).

El debido proceso, o como lo llama la Corte Interamericana de Derechos Humanos “el derecho de defensa procesal”<sup>(1)</sup>, es una garantía constitucional y convencional que persigue confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de procesos (no solo los de carácter penal), entendido el “proceso” como “aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con reglas preestablecidas, cuyo re-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por ROLANDO E. GIALDINO, ED, 200-903; *Recusación por prejuzgamiento oral y confidencial*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 219-801; *Casística en materia de excusaciones y recusaciones*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 222-928; *Recusación por haber “pleito pendiente”*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 237-351; *Aspecto subjetivo de la garantía de imparcialidad del juez constitucional en el procedimiento civil y comercial*, por MARÍA LAURA PRAXEDIS ZOVAK, ED, 243-1088; *La prohibición de recusar sin causa en ciertos procesos, ¿es constitucional?*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 2008-268; *El derecho a un tribunal imparcial en causas por delitos de lesa humanidad. La teoría de las apariencias*, por LUIS GUSTAVO LOSADA, ED, 270-170; *Recusación por el juez denegar la homologación de un acuerdo preventivo*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 270-430; *El Poder Ejecutivo frente al sistema internacional de derechos humanos y la ejecución de sentencia internacional*, por MARÍA MACARENA ALURRALDE URTUBEY, ED, 280-688; *La República Argentina ante la Corte IDH: año 2018*, por PAULINA R. CHIACCHIERA CASTRO, ED, 283-659; *Recusación por enemistad y prejuzgamiento*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 283; *La revisión de la cosa juzgada nacional frente a las sentencias de la Corte IDH*, por SERGIO NICOLÁS JAUI, ED, 284-919. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(1) Doctrina que emerge de la interpretación jurisprudencial del art. 8 de la CADH.

sultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia) con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso concreto”<sup>(2)</sup>.

Como recuerda acertadamente Gozaíni<sup>(3)</sup>, el debido proceso a partir de la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos se desarrolló en tres grandes sentidos: a) el del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; b) la creación del debido proceso constitucional como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal, y c) el desarrollo del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de las normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores de la Constitución.

Con el advenimiento de los sistemas de protección de los derechos humanos y la jurisprudencia de sus órganos rectores se fomentó una evolución en el concepto del debido proceso, superándose el concepto de proceso legal hacia su auténtica dimensión constitucional como vehículo destinado a preservar y desarrollar los derechos fundamentales.

Este principio tiene recepción expresa en varias declaraciones y tratados de derechos humanos (con jerarquía constitucional en Argentina desde 1994 conforme el artículo 75 inciso 22 CN) como en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (artículo 10); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVIII); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14); y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25).

También consagran este principio otras convenciones regionales de protección de derechos humanos, como la Convención o Protocolo Europeo en su artículo 13, y el artículo 7 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

#### II. El debido proceso desde la perspectiva de la Corte IDH

La Convención Americana de Derechos Humanos en sus arts. 8 y 25 conjuga los principios fundamentales de lo

(2) Arazi, Roland, “Derecho procesal civil y comercial”, 2da. edición, Bs. As., Astrea, 1995, p. 111.

(3) Gozaíni, Osvaldo A., “El debido proceso (estándares del sistema interamericano de derechos humanos)”.

que hoy entendemos por debido proceso legal. El artículo 8 establece que “*Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal (...) o en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*” (el subrayado es propio).

Esta norma ha de interpretarse complementada por el artículo 25, el cual prevé que “*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales*”.

Si bien el debido proceso interesa especialmente en materia penal, la Corte IDH ha efectuado una interpretación extensiva hacia otras materias, conforme el principio *pro homine*, de modo que las reglas contenidas en el art. 8 de la CADH, tanto en su inciso 1 como en el 2, han de ser observadas en todo proceso tendiente a la determinación de derechos de una persona<sup>(4)</sup>.

Más aún, la Corte IDH estableció que su aplicación resultaba imperativa no solo en todos los procesos de determinación de derechos, sino también en todas sus instancias (el subrayado es propio)<sup>(5)</sup>, dejando en claro en el caso “Claude Reyes”<sup>(6)</sup> que el debido proceso es obligatorio para todas las autoridades del Estado, lo que incluye a los tres poderes en el ejercicio de las tres funciones de cada uno de ellos.

En resumen, podemos concluir que para la Corte IDH la garantía del debido proceso legal resulta exigible a “todos” los órganos del Estado en el ejercicio de “todas y cada una” de sus funciones como requisito ineludible para otorgar validez a los procesos de toma de decisiones públicas<sup>(7)</sup>.

Ahora bien, ¿aplica el debido proceso constitucional y convencional al procedimiento ante la Corte IDH? ¿Aplica en iguales términos que ella exige a los Estados? Sin perjuicio de las diferencias que existen entre los procesos enmarcados en los derechos internos de los Estados y el proceso internacional o transnacional, ¿respeto la Corte IDH en el marco del proceso contencioso que se lleva ante sus estrados las garantías que exige puntillamente a los Estados?

El art. 8 de la CADH establece el contenido mínimo de garantías que los órganos decisores de los Estados parte deben respetar para arribar a una decisión justa. La norma en cuestión consta de dos incisos. El primero contiene un

(4) Casos Tribunal Constitucional v. Perú; Camba Campos v. Ecuador; Baena Ricardo v. Panamá, “Paniagua Morales y otro”; López Mendoza v. Venezuela; Gustavo Petro v. Colombia, entre muchos otros.

(5) Cf. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, párr. 123-124.

(6) Cf. Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, de 19 de septiembre de 2006.

(7) Thea, Federico, “Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas”, La Ley, Sup. Adm (junio) N° 11, IL-2009-D-791.

## CONTENIDO

### DOCTRINA

La recusación de los jueces de la Corte IDH: casos, vacíos y propuestas. Primera parte, por Jorge Alejandro Amaya y Gabriel Fidel ..... 1

### JURISPRUDENCIA

#### Civil

**Hospitales y Sanatorios:** Deber de prestar asistencia médica: obligación de seguridad. **Obras Sociales:** Obligación tácita de seguridad: principio de buena fe; función específica. **Daño Moral:** Indemnización: cuantía (CNCiv., sala J, marzo 10-2021) (Conclusión del diario del 8 de junio de 2021) ..... 4

**Notificación:** Traslado de la demanda: domicilio denunciado; barrio o complejo habitacional con hacinamiento popular; diligenciamientos; suspensión transitoria; recomendaciones sanitarias; pandemia Covid-19; utilización de protocolos sanitarios adecuados; comisaría más cercana al domicilio; asistencia; acceso a la justicia; sentencia en tiempo razonable (CNCiv., sala J, abril 28-2021) ..... 3

### DOCUMENTOS Y COMENTARIOS

Presentan un proyecto de ley de objeción de conciencia fiscal ante el aborto, por Ludmila A. Viar ..... 8

### COLUMNA LEGISLATIVA

8

conjunto de reglas que tienden a garantizar que en la sustanciación de cualquier proceso toda persona pueda ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley anterior al hecho y a obtener una decisión fundada en un plazo razonable.

Nos abocaremos, en este trabajo, solo al concepto de *imparcialidad* exigible a los jueces nacionales y, por consiguiente, también a los jueces de la Corte IDH, dado su carácter jurisdiccional en el entendimiento de que la Corte ha dicho que esta es una característica de todo órgano decisor y que “no basta con serlo, sino que también debe parecerlo”, por lo que habrá de entenderse en este doble carácter<sup>(8)</sup>.

Así, desde el punto de vista subjetivo, la imparcialidad comprende la ausencia de prejuicios e intereses personales con relación a las partes de un litigio que pudieran afectar la objetividad y neutralidad del pronunciamiento. Tradicionalmente esta garantía se ha intentado proteger mediante normas procesales que regulan los institutos de la recusación e inhibitoria. A su vez, desde el punto de vista objetivo, la imparcialidad debe ser un hecho que resulte convincente y que brinde confianza a la población en la institución judicial. En este sentido, y tal como lo sostuvo el TEDH hasta las apariencias podrán tener importancia: *Justice must not only be done: it must also be seen to be done*<sup>(9)</sup>.

En tiempos en que existe una extrema preocupación por la independencia de los poderes judiciales nacionales y la imparcialidad de sus jueces, los integrantes de la Corte IDH no deberían estar excluidos ni eximidos de este análisis institucional, sobre todo considerando que su método de designación transita no solo por las exigencias técnicas de la función, sino con gran intensidad por las aristas políticas e ideológicas de los gobiernos.

### III. Independencia, imparcialidad e imparcialidad judicial

El querido maestro y amigo Adolfo Alvarado Velloso<sup>(10)</sup> sostiene que la imparcialidad tiene, en realidad, tres despliegues: la imparcialidad (el juez no ha de ser parte), la imparcialidad (el juez debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio) y la independencia (el juez debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes).

Elementos básicos de este principio implican que las personas juzgadoras deben poseer virtudes tales como: a) ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos); b) independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo; c) no identificación con alguna ideología determinada; d) completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etc.

Por ello, “tanto la imparcialidad de hecho como la apariencia de imparcialidad son fundamentales para que se mantenga el respeto por la administración de justicia”<sup>(11)</sup>.

El deber de abstenerse de actividades extraprocesales incompatibles con la dignidad y la independencia del cargo de juez se complementa con el anterior. Salvo las actividades académicas, al juez se le deberían imponer prohibiciones propias del cargo. Así como su nombramiento conlleva la prohibición de ejercer la abogacía liberal, se vulnera la imparcialidad cuando se participa en actividades políticas partidarias; o cuando se ocupan cargos de gestión académica para una universidad pública o privada; o cargos directivos en asociaciones o fundaciones, con excepción de las relacionadas con la gremialidad judicial.

El criterio de la imparcialidad judicial —en síntesis— exige que todos los individuos deberían ser tratados de la

misma manera, cualquiera sea la circunstancia en el marco del proceso.

Consecuentemente, la afirmación de que el tercero llamado a resolver el litigio ha de ser imparcial permite que las partes consientan someter el conflicto a su conocimiento. Juridicialmente, la imparcialidad limita la actuación de la autoridad encargada de la dirección del proceso, es decir, encasilla el actuar del juez definiendo lo que debe y lo que no debe hacer.

Esta imparcialidad no se equipara con la neutralidad, puesto que al juez se le exige un compromiso con el derecho y la justicia que, a la postre, se expresa en juicios de valor que cuestionan o contravienen la posición de las partes.

Cabe preguntarse, entonces, ¿en qué momento el juez debe ser imparcial? La respuesta es durante el proceso. Así lo reconocen las Constituciones<sup>(12)</sup> y los tratados internacionales que disponen la imparcialidad judicial como nota esencial del debido proceso<sup>(13)(14)</sup>.

(12) En los sistemas constitucionales de los países de la región se protege a esta garantía de forma más o menos expresa. Por ejemplo, la Constitución de la República del Brasil contiene un extenso detalle de los derechos y garantías procesales de las personas, entre ellos, el debido proceso legal, la amplia defensa en todo proceso judicial o administrativo, la legalidad en la designación del juzgador. En el mismo sentido, la Constitución de Chile contiene cláusulas sobre defensa en juicio, debido proceso, garantía de juez competente, entre otros.

Por su parte, la Constitución de la República de Uruguay contiene una referencia directa a la imparcialidad en su art. 324. También, la Constitución del Perú recepta diversos derechos individuales y garantías procesales, además, contiene una cláusula sobre “principios y derechos de la función jurisdiccional” (art. 139), que incluye tuteladas especiales: la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, la prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley, entre otras. En cambio, las constituciones de Paraguay y de Bolivia contienen cláusulas expresas sobre la garantía de imparcialidad del juzgador.

Así, la Constitución de la República del Paraguay expresa: *La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales* (art. 16). En cuanto a la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, establece: *Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa* (art. 120). *La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos* (art. 178).

(13) Proyectando la cuestión sobre el sistema internacional de Derechos Humanos en general y del sistema interamericano en particular, tenemos que son categóricas las normas que tutelan la garantía de juez natural, independiente e imparcial. Mencionemos algunas:

La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone, en su artículo 10: “... Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en la cláusula 1ª del artículo 14, prevé: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...”. La Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos, aprobada por la Asamblea General 53/144 de la Organización de las Naciones Unidas, el 8 de marzo de 1999, consagra en su artículo 9: “A tales efectos, toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido presuntamente violados tiene el derecho, bien por sí misma o por conducto de un representante legalmente autorizado, a presentar una denuncia ante una autoridad judicial independiente, imparcial...”. El Estatuto Universal del Juez, aprobado por la Asociación Internacional de Jueces en la reunión del Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados en Taipei (Taiwán), el día 17 de noviembre de 1999, en su artículo 5, establece: “El juez debe ser y aparecer imparcial en el ejercicio de su actividad jurisdiccional. Debe cumplir sus deberes con moderación y dignidad respecto de su función y de cualquier persona afectada”. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de Estados Americanos señala en su cláusula 26: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”. Finalmente, recordemos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra las garantías judiciales en el artículo 8, tal como lo señalamos antes. El inciso 1º de la norma reza: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

(14) Respecto del tema abordado, ver Picado Vargas, Carlos, “El derecho a ser juzgado por un juez imparcial”, Revista de JUDEX, N° 2,

### IV. La recusación como instituto de garantía de la imparcialidad judicial

El derecho de las partes a un juez imparcial y objetivo está garantizado a través de los institutos de la recusación y excusación desarrollados por las leyes y los códigos procesales, con el fin de garantizar este derecho y evitar que un juez siga conociendo del caso si ha perdido su objetividad o imparcialidad.

Lino Palacio define a la recusación como el “*remedio legal de que los litigantes pueden valerse para excluir al juez del conocimiento de la causa, en el supuesto de que las relaciones o actitudes de aquél con alguna de las partes o con la materia del proceso sean susceptibles de poner en duda la imparcialidad de sus decisiones. La excusación tiene lugar, en cambio, cuando concurriendo las mencionadas circunstancias, el juez se inhibe espontáneamente de conocer en el juicio*”<sup>(15)</sup>.

Los sistemas procesales actuales, en general, contienen previsiones básicas para el procedimiento de recusación. Determinan un momento en el cual puede peticionarse la recusación del juzgador; señalan las causales posibles que la habilitan, y colocan la carga de la prueba a quien invoca una causal.

En cuanto a quien conoce y resuelve sobre la recusación planteada, es habitual que las normas procesales establezcan la distinción entre tribunales unipersonales y colegiados.

En los primeros, la recusación es resuelta por el órgano superior en la organización judicial. En cambio, cuando se trata de la recusación de uno de los miembros de un órgano colegiado es el mismo cuerpo quien juzga la cuestión, pero el juez recusado debe apartarse y, de corresponder, es reemplazado en el procedimiento de recusación<sup>(16)</sup>.

Esta misma solución se aplica en los supuestos de recusación a miembros de la Corte Suprema de Justicia argentina.

En consecuencia, podemos identificar dos pautas que es dable considerar cuando se recusa a un magistrado de un órgano colegiado: (1ra.) el juez recusado debe apartarse del tribunal, es decir, son los restantes miembros del órgano colegiado quienes deciden sobre la recusación de su par, y (2da.) en caso de ser necesario, el tribunal se integra con conjuces (sea uno o más) que son convocados para entender en la recusación.

Ahora bien, ¿cómo ha interpretado y aplicado la Corte IDH el instituto de la recusación?

Para intentar encontrar una respuesta es necesario separar la interpretación del instituto en los casos que le ha tocado conocer en el marco del ejercicio de su jurisdicción internacional de los casos en que se ha recusado a uno de sus miembros. Es decir, la doctrina de la Corte IDH respecto de la aplicación de la recusación a sus propios integrantes.

En relación con el primer supuesto, la Corte IDH se ha pronunciado de forma categórica sobre la importancia de la recusación en el orden procesal como garantía del justiciable. Así lo estableció en “Apitz Barbera y otros vs. Venezuela”<sup>(17)</sup>; “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”<sup>(18)</sup> y “Cantor Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú”<sup>(19)</sup>, entre otros.

En estos precedentes, el tribunal regional sostuvo que la imparcialidad exige garantías subjetivas, de parte del juez, así como garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. En consecuencia, precisó que la recusación es un instrumento procesal que permite proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial.

En el precedente “J. vs. Perú”<sup>(20)</sup>, la Corte IDH citó la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional de Perú: “... como es lógico, no basta que el derecho al juez natural sea recogido por los textos constitucionales, sino que

agosto 2014, p. 34 y ss.; Superti, Héctor, “La garantía constitucional del juez imparcial” en Derecho Procesal contemporáneo. El Debido Proceso, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 328.

(15) Palacio, Lino E., “Manual de Derecho Procesal Civil”, 16ª edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, pág. 164.

(16) Pensemos en el caso habitual en que el órgano judicial está conformado por tres jueces, uno de los cuales es recusado. En principio, son los otros dos jueces quienes conocen en el procedimiento de recusación. Sin embargo, si existe discrepancia de criterios entre los dos magistrados, deberá integrarse el tribunal con un tercer juez. Por otro lado, esta misma solución es factible cuando se recusa a más de un juez del tribunal colegiado.

(17) Corte IDH, sentencia de 5 de agosto de 2008.

(18) Corte IDH, sentencia de 24 de febrero de 2012.

(19) Corte IDH, sentencia de 10 de julio de 2007.

(20) Corte IDH, sentencia de 27 de noviembre de 2013.

(8) Cf. Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, de 2 de julio de 2004, párr. 170.

(9) El adagio fue acuñado originariamente en Inglaterra en 1924 en el caso “R. Vs. Sussex”. Un motorista llamado McCarthy fue procesado por un accidente. El secretario del tribunal resultó ser miembro del bufete de abogados que había demandado al acusado. Los jueces condenaron a McCarthy quien, al enterarse de las vinculaciones del secretario, pidió que se anulara el fallo. Los magistrados debieron jurar que habían adoptado su decisión sin haber consultado ni haber sido influenciados por el secretario. A raíz de ese caso quedó claro que las decisiones de los tribunales, como la mujer del César, no solo deben ser justas, sino también parecerlo.

(10) Alvarado Velloso, Adolfo, “Sistema de Derecho Procesal”, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 237.

(11) Amnistía Internacional, Juicios Justos, San José, CIDH, 2001, p. 87.

es necesario instaurar aquellos institutos que doten a los justiciables de los medios para llevar el uso del derecho al terreno práctico. El instituto de la recusación está destinado justamente a cuestionar la imparcialidad e independencia del juez en la resolución de la causa. Aun cuando exista un abierto reconocimiento constitucional del derecho al juez natural, si se restringiera irrazonablemente la posibilidad de recusar a los jueces del proceso, el ejercicio del derecho no encontraría posibilidad de manifestarse en los hechos”<sup>(21)</sup>.

Es claro que la CIDH ha interpretado que la recusación es una herramienta necesaria para viabilizar la garantía de imparcialidad e independencia del juez.

Sin embargo, en el segundo aspecto que señalamos oportunamente, es decir, observando cómo ha manejado los casos en que se ha recusado a uno de sus miembros, el escenario que se vislumbra es un tanto distinto.

## V. La recusación de los jueces de la Corte IDH: casos y vacíos

La cuestión que anida en este trabajo es en rigor interrogarnos y reflexionar sobre la efectiva aplicabilidad de una herramienta necesaria para operativizar la garantía procesal de la imparcialidad del juzgador en el contexto de un proceso ante la Corte IDH.

¿Hasta dónde la Corte cumple acabadamente con las garantías previstas para que tales derechos se tornen efectivos en los casos contenciosos ante sus estrados? ¿Basta con la admisibilidad reglamentaria de un mecanismo procesal para tornarlo eficaz como herramienta de tutela de la garantía de la parte? ¿O hacen falta mayores esfuerzos en la implementación procesal del mecanismo tutelar?

El primer caso en que se recusó a un juez de la Corte IDH fue “Baena, Ricardo y otros v. Panamá”<sup>(22)</sup> (conocido como “Víctimas de la Ley 25”), donde la República de Panamá planteó una recusación contra el entonces presidente de la Corte Antonio Augusto Cançado Trindade invocando como causal el prejuzgamiento del magistrado que habría mostrado en una conferencia de prensa en la sede del Tribunal.

En aquella ocasión, la Corte al resolver la recusación consideró que, aun cuando ni la Convención ni el Estatuto ni el Reglamento de la Corte previenen causas y procedimientos para la recusación de un juez, es conveniente abrir el expediente respectivo y resolver el planteo.

No obstante, es de notar que en el caso el presidente del Tribunal se excusó de intervenir en este proceso y que se trató de la recusación de un solo magistrado.

La circunstancia de ser uno solo el magistrado recusado se presentó en el siguiente caso: “Penal Castro Castro c/ Perú”<sup>(23)</sup>, donde se recusó al juez Diego García Sayán en razón de haberse desempeñado como ministro de Justicia y de Relaciones Exteriores del Estado peruano al tiempo de la tramitación del caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por considerar que había tenido en ese entonces la responsabilidad como funcionario de las políticas y decisiones del Estado sobre este caso. Es importante notar aquí que el recusante fue la representante legal de las víctimas.

Un escenario bastante diferente (de los dos precedentes mencionados en primer término) se presentó en “Usón Ramírez v. Venezuela”<sup>(24)</sup>, donde sobre el final de una audiencia la Secretaría de la Corte transmitió su grabación al Estado de Venezuela y por error incluyó también la deliberación que los magistrados habían realizado. Después de escuchar la grabación de la deliberación privada, el Estado venezolano presentó la recusación de los jueces Diego García Sayán, Leonardo Franco, Manuel E. Ventura Robles, Margarete May Macaulay y Rhadys Abreu Blondet, y del secretario Pablo Saavedra Alessandri por supuesta falta de imparcialidad.

La novedad en el caso fue que se recusó masivamente a casi todos los magistrados del tribunal. Al año siguiente, el juez Alberto Pérez Pérez –que no integraba la Corte al tiempo de los eventos comentados– resolvió la recusación, expresando: *Declarar manifiestamente improcedente el ataque global a la Corte como tal contenido en el escrito al que se remite el Estado (supra Considerando 6°), rechazar las expresiones injuriosas indebidamente empleadas por el Estado en dicho escrito y advertir que todo escrito que con-*

tenga expresiones de esa índole será devuelto a quien lo haya presentado sin darle trámite alguno. [...] Declarar inadmisibles, por no referirse al presente caso, las consideraciones formuladas por el Estado en relación con la Sentencia emitida en el caso “Usón Ramírez c/ Venezuela”, de conformidad con lo expuesto en el Considerando 5° de la presente Resolución. [...] Declarar que es infundada la alegación de falta de imparcialidad formulada por el Estado.

Durante los años 2010 a 2016, Venezuela interpuso la misma excepción y fue también resuelta en idénticos términos por el juez Pérez Pérez<sup>(25)</sup>.

En el caso “Allan Brewer Carías v. Venezuela”<sup>(26)</sup> la representación de la República Bolivariana de Venezuela presentó sus alegatos donde dedicó un extenso capítulo para detallar y fundamentar la recusación a cinco magistrados de la Corte y a su secretario<sup>(27)</sup>. Esta misma recusación ya había sido formulada en otro caso: “Mercedes Chocrón vs la República Bolivariana de Venezuela”<sup>(28)</sup>. Los motivos de la recusación se remontan a la oportunidad en que se juzgó a la República Bolivariana de Venezuela en el caso del general (r) Francisco Usón Ramírez<sup>(29)</sup>, donde el Estado venezolano alegó que los cinco magistrados y el secretario habrían incurrido en prejuzgamiento por expresar opiniones desfavorables a la posición del Estado antes de que se agreguen todos los elementos de convicción en la causa.

Si bien los fundamentos de las recusaciones que hemos traído a colación fueron planteados mayormente por Venezuela, país que se ha apartado del SIDH en consonancia con la línea de su gobierno autocrático y transgresor de los derechos humanos, lo cierto es que anticiparon una situación que resulta relevante analizar considerando la relevancia que posee en su relación con la independencia judicial y el debido proceso.

La preocupación que manifestamos en este trabajo se ha visibilizado recientemente en el caso “Bedoya Lima vs. Colombia” donde la representación del Estado colombiano planteó la recusación de cuatro de los seis jueces que conforman el Tribunal y llegó a retirarse de la audiencia de juicio<sup>(30)</sup>.

**VOCES: DERECHO PROCESAL - PROCESO JUDICIAL - JUECES - DERECHO INTERNACIONAL - ESTADO - SENTENCIA - ABOGADO - EXCUSACIÓN Y RECUSACIÓN - RECUSACIÓN - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - JURISDICCIÓN - TRIBUNALES INTERNACIONALES - ORGANISMOS INTERNACIONALES - TRATADOS INTERNACIONALES - JURISPRUDENCIA - PODER JUDICIAL**

(25) Casos “Chocrón Chocrón”, “López Mendoza”, “Familia Barrios”, “Díaz Peña”, “Uzcátegui y otros”, “Castillo González y otros”, “Brewer Carías”, “Hermanos Landaeta Mejías y otros” y “Granier y otros”.

(26) Corte IDH, sentencia de 25 de mayo de 2014.

(27) Los recusados fueron los jueces Diego García-Sayán, presidente del Tribunal; Leonardo Alberto Franco, vicepresidente; Manuel Ventura Robles, Margarete May Macaulay y Rhadys Iris Abreu Blondet, y el secretario de la Corte, Pablo Saavedra Alessandri.

(28) Corte IDH, sentencia de 1 de julio de 2011.

(29) La causa se originó con motivo de la Resolución N° DG-21141, del 30 de mayo de 2003, emitida por el ministro de Defensa del Estado venezolano, que ordenó el retiro forzoso del general Usón de las Fuerzas Armadas. Al año siguiente, Usón Ramírez fue invitado a participar en un programa de televisión en donde explicó cómo funcionaba un lanzallamas y los procedimientos que se necesitan en la Fuerza Armada para utilizarlo, y como consecuencia de esas declaraciones emitidas, fue juzgado y condenado a cumplir la pena de cinco años y seis meses de prisión por el delito de injuria contra la Fuerza Armada Nacional. En las instancias superiores, se le negaron todos los recursos por infundados.

(30) Audiencia pública celebrada el 15 de marzo de 2021.

## JURISPRUDENCIA

### Notificación:

Traslado de la demanda: domicilio denunciado; barrio o complejo habitacional con hacinamiento popular; diligenciamientos; suspensión transitoria; recomendaciones sanitarias; pandemia Covid-19; utilización de protocolos sanitarios adecuados; comisaría más cercana al domicilio; asistencia; acceso a la justicia; sentencia en tiempo razonable.

1 – Pendiente la notificación del traslado de la demanda al codemandado, con domicilio denunciado en un barrio o com-

## OBRA COMPLETA

### OBLIGACIONES

Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores

DANIEL BAUTISTA GUFFANTI



Tomo I

Año 2017

ISBN 978-987-3790-3-4

675 páginas



Tomo II

Año 2018

ISBN 978-987-3790-71-3

790 páginas

ESTAMOS ATENTOS A LO QUE NECESITES

Atención al cliente: (011) 3988-3256

Correo Electrónico: info@elderechodigital.com.ar

Redacción: (011) 4349-0277

www.elderechodigital.com.ar

plejo habitacional con hacinamiento popular, por suspensión transitoria de los diligenciamientos de aquellas cédulas que deban realizarse en zonas de riesgo por motivo de la pandemia Covid-19, tanto por la reducción del personal informando por la Dirección Gral. de Notificaciones como por las recomendaciones sanitarias acerca del ingreso a dichos barrios, pero existiendo actualmente protocolos sanitarios adecuados, el diligenciamiento de la cédula en cuestión debe llevarse a cabo adoptando absolutamente todas las medidas de protección sanitarias vigentes y librándose oficio vía correo electrónico a la comisaría más cercana al domicilio en cuestión a efectos de que preste la asistencia necesaria a fin de cumplir con la notificación pendiente en los términos indicados, quedando a cargo de la parte actora la denuncia del correo electrónico correspondiente.

2 – Si no se ha realizado la notificación del traslado de la demanda al codemandado, con domicilio denunciado en un barrio o complejo habitacional con hacinamiento popular, en razón de la suspensión transitoria de los diligenciamientos de aquellas cédulas que deban realizarse en zonas de riesgo, por motivo de la pandemia Covid-19, tanto por la reducción del personal como por las recomendaciones sanitarias acerca del ingreso a dichos barrios y existiendo actualmente protocolos sanitarios adecuados, se impone una solución acorde con los principios constitucionales de modo tal de garantizar el acceso a la justicia, abarcativo de la tutela judicial efectiva, a fin de obtener una sentencia en tiempo razonable, por la que el Estado argentino fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violación de la garantía de plazo razonable y de protección judicial, establecidas en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3 – La falta de notificación del traslado de la demanda al codemandado, con domicilio denunciado en un barrio o complejo habitacional con hacinamiento popular, por suspensión transitoria de los diligenciamientos de aquellas cédulas que deban realizarse en zonas de riesgo por motivo de la pandemia Covid-19, tanto por la reducción del personal como por las recomendaciones sanitarias acerca del ingreso a dichos barrios, podría ser zanjada mediante la notificación espontánea del

(21) TC del Perú, Exp. N° 010-2002-AI/TCLIMA, sentencia de fecha 3/1/2003.

(22) Corte IDH, sentencia de 2 de febrero de 2001.

(23) Corte IDH, sentencia de 15 de junio de 2005.

(24) Corte IDH, sentencia de 23 de septiembre de 2009.

*demandado, quien resulta ser asegurado de la citada en garantía que interviene en autos. Ello así, en el entendimiento de que el buscado éxito del proceso civil es una empresa común a ambas partes, conforme informa el principio de cooperación procesal, el cual cobra mayor trascendencia en la presente situación excepcional que se está atravesando.* M.A.R.

60.705 – CNCiv., sala J, abril 28-2021. – S., M. N. c. A., N. del V. s/daños y perjuicios (acc. trán. c/les. o muerte).

Buenos Aires, 28 de abril de 2021

Y Vistos y Considerando:

I. Vienen estos autos a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto subsidiariamente por la parte actora el día 19 de febrero de 2021 que fue incorporado al sistema de gestión judicial con fecha 24 del mismo mes y año contra la resolución judicial del 12 de febrero de 2021.

Dicha providencia simple proveyó que ante lo peticionado por el recurrente (intervención de la fuerza pública para cumplir con una notificación pendiente), debía estarse a lo dispuesto el 1 de diciembre de 2020, que sólo admitió el carácter urgente de la notificación y desestimó aquella pretensión en el entendimiento que era facultad del Oficial Notificador.

El recurrente funda su recurso en la misma presentación, destacando –en somera síntesis de sus argumentos– que dicha decisión afecta el derecho de acceso a la justicia y a una decisión oportuna en tiempo razonable, de rango constitucional.

II. Ahora bien, con relación a lo expuesto por la Jueza *a quo* en cuanto a que la resolución atacada es consecuencia de otra anterior que se encuentra firme, cabe remitirse a lo expuesto al respecto en el recurso de queja. A mayor abundamiento, cabe destacar que si bien es cierto que el recurrente no interpuso recurso de apelación contra la resolución en cuestión, nótese que evidentemente no consintió la misma y que una decisión en dicho sentido importaría un excesivo rigor formalista, proscripto por la CSJN en diversos precedentes.

III. Establecido ello, corresponde precisar que en el presente caso se encuentra pendiente la notificación del traslado de la demanda al codemandado A., con domicilio denunciado en el Barrio 21 de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, informando la Dirección Gral. de Notificaciones que se encuentran suspendidas transitoriamente, por motivo de la Pandemia Covid-19, los diligenciamientos de aquellas cédulas que deban realizarse en zonas de riesgo, tanto por la reducción del personal como las recomendaciones sanitarias acerca del ingreso a complejos habitacionales con hacinamiento popular.

Frente a esa coyuntura, se impone una solución acorde con los principios constitucionales enunciados por el recurrente, de modo tal de garantizar el acceso a la justicia, abarcativo de la tutela judicial efectiva, a fin de obtener una sentencia en tiempo razonable (art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; CIDH, caso “Fornerón e Hija vs. Argentina”, del 27/4/12; esta Sala, “Chagas Sosa, Brian Edgardo c/ González, Carlos Enrique y otro s/ daños y perjuicios” del 15/10/2020; íd. “Marsili, Francisco José c/ Balbiani, Inés y otro s/Daños y perjuicios” del 18-11-2020).

No puede perderse de vista que hace menos de un año el Estado argentino fue condenado nuevamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violación de la garantía de plazo razonable y de protección judicial, establecidas en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (v. CIDH, caso “Spoltore vs. Argentina”, del 9/6/2020) (conf. CNCiv., Sala M, “Calderón, Natalia B. c/ Zaracho, Jorge D. s/ daños y perjuicios”, 11/03/21).

Lo hasta aquí expuesto lleva a concluir en la necesidad de adoptar una solución que compatibilice la situación de emergencia pública sanitaria y que permita la actuación de la justicia en el caso. En ese orden de ideas, existiendo actualmente protocolos sanitarios adecuados, estimamos prudente que se lleve a cabo el diligenciamiento de la cédula en cuestión adoptando absolutamente todas las medidas de protección sanitarias vigentes, a cuyo efecto se dispone que se libre oficio vía correo electrónico a la comisaría más cercana al domicilio en cuestión a efectos de que preste la asistencia necesaria a fin de cumplir con la notificación pendiente en los términos indicados, que-

dando a cargo de la parte actora la denuncia del correo electrónico correspondiente.

IV. Sin perjuicio de lo resuelto precedentemente, por otro lado, es dable resaltar que la presente cuestión tal vez podría ser zanjada mediante la notificación espontánea del demandado, quien resulta ser asegurado de la citada en garantía que interviene en autos. Ello, en el entendimiento que el buscado éxito del proceso civil es una empresa común a ambas partes, conforme informa el principio de cooperación procesal (conf. Peyrano, Jorge W., “El principio de cooperación procesal”, LL 08/02/2010, 1, LL 2010-A, 1062, La Ley Online, AR/DOC/315/2010), el cual cobra mayor trascendencia en la presente situación excepcional que estamos atravesando.

En mérito a lo considerado, este Tribunal *resuelve*: Revocar la resolución judicial dictada el día 12 de febrero de este año, con costas en el orden causado atento no haber contradicción (arts. 68 y 69 del CPCC). Regístrese, notifíquese por Secretaría, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ac. n° 15/13, art. 4°, CSJN) y devuélvase a la instancia de grado. – *Beatriz A. Verón.* – *Gabriela M. Scolarici.* – *Maximiliano L. Caia.*

## Hospitales y Sanatorios:

Deber de prestar asistencia médica: obligación de seguridad. **Obras Sociales:** Obligación tácita de seguridad: principio de buena fe; función específica. **Daño Moral:** Indemnización: cuantía.

(Conclusión del diario del 8 de junio de 2021)

Es decir, que la conducta del profesional debe representar un actuar diligente y prudente de acuerdo a las circunstancias del caso, en la que el galeno no se compromete a alcanzar un fin determinado, sino que se obliga a cumplir una prestación eficaz e idónea, con ajuste a los procedimientos que las respectivas técnicas señalan como más aptas para el logro de los objetivos del paciente-enfermo.

Por tanto, la omisión de esta carga representa la base fundamental de los llamados casos de “mala praxis”, en los que por un error de diagnóstico o un inapropiado tratamiento clínico o quirúrgico, nace la responsabilidad civil del médico con sustento en el elemento subjetivo de la culpa (conf. Labombarda, Pablo M., “La responsabilidad del Estado por la mala praxis médica en hospitales públicos”, L.L. 07/12/2004, pág. 1).

En cuanto a los establecimientos sanitarios, es claro que, junto al deber de prestar asistencia médica, también asume una obligación de seguridad que no es sino el compromiso de que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación médica prometida, en todo aquello que guarde relación con sus obligaciones propias, salvo en las que no ha podido tener injerencia.

Con relación a la Obra Social demandada se considera que asume una tácita obligación de seguridad, ínsita en el principio genérico de la “buena fe” en el cumplimiento de sus obligaciones y por la eficiencia del servicio de salud a su cargo; máxime teniendo en consideración que la vida y la salud revisten indiscutible interés social, el que trasciende lo meramente privado y se proyecta más allá hasta el ámbito del orden público, dado que lo que está en juego en definitiva es nada más ni nada menos que el derecho a la vida.

En ese sentido se ha establecido que la función específica y obligación primordial de toda “Obra Social” consiste precisamente en la prestación médica integral y óptima, para lo cual cuenta con la afluencia de medios económicos que administra a fin de organizar adecuadamente aquel servicio, y en ello ha de contemplarse la competencia, idoneidad y dedicación de los profesionales que se incorporan al mismo, incluidos los especialistas, así como todo el personal afectado, e igualmente la aptitud de los medios empleados y toda la infraestructura del servicio médico, ya que el adecuado funcionamiento de aquel sistema no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de esos agentes y medios, o con su presencia pasiva o meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere aten-

ción médica pone en acción a todo el sistema, y en un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en lo que hace a la faz de la prestación médica en sí como en la faz sanitaria, sea en el contralor de una y otra, en la medida que pudiera incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso, o más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor (conf. Trigo Represas-López Mesa, ob. cit., t. II, págs. 484 a 487).

Ahora bien, para que la responsabilidad médica pueda configurarse, el paciente está obligado a acreditar que el daño cuya reparación se reclama es consecuencia de un comportamiento culposo positivo u omisivo atribuible a la mala praxis profesional; de modo que el interesado está precisado a demostrar no sólo la culpa sino la relación de causalidad (Calvo Costa, Carlos, “Responsabilidad médica. Causalidad adecuada y daño: una sentencia justa”, LL 2006-D, pág. 69).

Cabe señalar que el vínculo de causalidad exige la concurrencia de una relación efectiva y adecuada entre una acción u omisión y el daño de que se trate. A tales efectos, se hace necesario realizar un juicio de probabilidad, determinando que el daño se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito; en otros términos, que la consecuencia dañosa es la que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas, y la determinación de la existencia de tal nexo causal constituye una cuestión de hecho que debe ser resuelta por los jueces, ameritándose las pruebas arrimadas en autos (conf. C. N. Civ., esta sala, 9/7/2005, Expte. 52.188/99, “Benito Sarmiento, Cristina y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”; ídem, íd., 4/6/2009, Expte. 150.949/95 “Ávila Fernández, Basilia c/ Hospital General de Agudos J. M. Ramos Mejía y otros s/ daños y perjuicios”; ídem, íd., 17/08/2010, “B., E. A. c. S., J. I. y otros s/ daños y perjuicios, E.D. 28/12/2010, N° 12.657”; íd., íd., 31/5/2011, Expte. 117.079/2001 “Salguero de Fratte, Gladys c/ OSDE (Organización Servicios Directos Empresarios) y otros s/daños y perjuicios”; íd. íd., 31/5/2012, Expte. N° 89.973/2007 “Lamas Dora c/ O.S.C.O.M.M y otro s/ daños y perjuicios Responsabilidad Prof. Médicos y Auxiliares”, entre muchos otros).

De modo que se impone analizar si en el caso se encuentra demostrada una conducta jurídicamente reprochable a los nosocomios emplazados, con adecuada relación causal con los daños cuya reparación persigue la demandante.

En casos de mala praxis médica, la prueba que tiene una importancia prácticamente decisiva, es el dictamen pericial médico, en tanto asesora sobre temas que normalmente escapan a la formación profesional del juez (Highton, Elena, “Prueba del daño por la mala praxis médica”, en Revista de Derecho de Daños, n° 5, pág. 63). En materia de responsabilidad médica se acentúa el significado del peritaje, que es evaluado según las reglas de la sana crítica. Cuanto mayor es la particularidad del conocimiento, menor es la posibilidad de apartarse de sus conclusiones (Cipriano, Néstor A., “Prueba pericial en los juicios de responsabilidad médica. Finalidad de la prueba judicial”, en La Ley 1995-C-623).

C). En la especie, el perito médico designado de oficio por el Juzgado, Dr. E. M. C., al explicar el registro de evolución de la actora del día 27/12/15 en la Clínica de la Esperanza, detalló, que “de la internación consta una evolución con firma aparente, sin aclaración, sello ni matrícula que dice: que la herida tiene área eritematosa, necrosis en la parte superior y que sale secreción ligeramente purulenta y maloliente de la misma. Que se cura y deja apósito estéril”. Ante tal escenario, explicó que, “en todos los trabajos, los autores coinciden en que la realización de la toilette quirúrgica debe hacerse a la brevedad” (v. rta. 7 y 8 de los puntos propuestos por la actora) y que los tiempos no fueron los adecuados hasta la decisión del tratamiento quirúrgico (v. rta. nro. 10 de OSPSA). Al contestar el punto pericial de la clínica nombrada en autos expresó que “los médicos de CELSO no actuaron de manera correcta dada la patología que presentaba la actora” (v. rta. 7.3.13). A mayor abundamiento, en sus consideraciones médico-legales, refirió que, es de considerar, que siendo el tratamiento quirúrgico pilar fundamental en estos casos de presencia de necrosis y secreción maloliente de la herida, se llevara a cabo 4 días después de su ingreso. La necrosis estaba presente de inicio según los registros. La exploración quirúrgica y toilette debió hacerse en las primeras ho-



2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al expresar que ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante el pago de indemnización justa. Asimismo, el art. 5 del mismo cuerpo normativo, de jerarquía constitucional, ampara el derecho a la integridad personal al expresar que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad, física, psíquica y moral (Bidart Campos, “Manual de la Constitución Reformada” tº II, pág. 110, Ed. Ediar). El derecho al resarcimiento y a la reparación del daño se encuentra incluido entre los derechos implícitos (art. 33 CN) especialmente si se tiene en cuenta que otras normas como el art. 17 y el 41 CN refieren casos específicos (C. N. Civ., Sala L, 15/10/2009, “L., S. y otro c. Hospital Británico y otro s/daños y perjuicios”, E.D. 09/02/2010, Nº 12.439; íd., esta Sala, 10/8/2010 expte. Nº 69.941/2005 “Gutiérrez, Luis Alfredo y otro c/ Luciani, Daniela Cyntia y otros s/ daños y perjuicios”).

Estos principios fueron receptados en el nuevo ordenamiento, sobre la base de la doctrina y jurisprudencia ya elaboradas y teniendo en mira, precisamente, la incorporación de las normas de rango constitucional y convencional.

Así, el art. 1737 da una definición genérica y abarcativa del concepto de daño: 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.

En particular, el art. 1738 determina que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Específicamente en relación con el principio de resarcimiento integral, el art. 1740 Cód. Civ. y Com. establece que la reparación del daño debe ser plena, restituyendo la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

En concreto, el art. 1746 del nuevo texto legal establece pautas para la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, total o parcial, admitiendo la presunción de la existencia de los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resulten razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad.

Como se señalara, aun cuando esta normativa no se aplique al caso de autos, que será analizado conforme a la ley vigente al momento del hecho dañoso, condensa los criterios ya aceptados en la materia.

Sentado ello cabe señalar que “la incapacidad sobreviniente está representada por las secuelas o disminución física o psíquica que queda luego de completado el período de recuperación o restablecimiento; produciéndose entonces para la misma un quebranto patrimonial indirecto, derivado de las limitaciones que presenta al reanudar sus actividades habituales y al establecerse su imposibilidad –total o parcial– de asumirlas y cumplirlas adecuadamente. La incapacidad económica –o laborativa– sobreviniente se refiere a una merma de aptitudes que sufre el individuo para obtener lucros futuros, sea en las tareas que habitualmente suele desempeñar o en otras, es decir, una chance frustrada de percepción de ganancias...” (Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J.; “Tratado de la responsabilidad civil”, La Ley, Bs. As., 2006, vol. “Cuantificación del Daño”, p. 231 y ss.).

Tal el criterio de nuestra Corte Suprema, que ha sostenido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (C.S.J.N. Fallos: 308:1109; 312:2412; 315:2834; 318:1715; Ídem, 08/04/2008, “Arostegui Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pamental Peluso y Compañía”, L.L. 2008-C, 247).

En relación al daño psíquico no constituye un daño autónomo, sino un aspecto a considerar dentro del rubro incapacidad sobreviniente, pues configura una disminución de aptitudes con repercusión en el patrimonio y la vida

de relación del damnificado (Conf. C. N. Civ. esta sala, 17/11/09 expte. Nº 95.419/05, “Abeigón, Carlos Alberto c/ Amarilla, Jorge Osvaldo y otros s/ daños y perjuicios”; ídem, íd., 11/3/2010, Expte. Nº 114.707/2004, “Valdez, José Marcelino c/ Miño, Luis Alberto daños y perjuicios”; íd., íd., 06/07/2010, Expte. 93261/2007 “Godoy Muñoz, Pedro c/ Villegas, Víctor Hugo y otros s/ daños y perjuicios”, íd., íd., 21/9/2010 Expte. Nº 23679/2006 “Orellana, Pablo Eduardo Alfredo y otro c/ Vargas Galarraga, Jorge Eduardo y otros s/ daños y perjuicios”, entre otros).

Siguiendo la posición de Risso, el daño psíquico es un “síndrome psiquiátrico coherente (enfermedad psíquica), novedoso en la biografía, relacionado causal o concausalmente con el evento de autos (accidente, enfermedad, delito), que ha ocasionado una disminución de las aptitudes psíquicas previas (incapacidad), que tiene carácter irreversible (cronicidad) o al menos jurídicamente consolidado (dos años). La enfermedad psíquica que el perito diagnostique debe dañar de manera perdurable una o varias de las siguientes funciones del sujeto: 1) incapacidad para desempeñar sus tareas habituales; 2) incapacidad para acceder al trabajo; 3) incapacidad para ganar dinero y 4) incapacidad para relacionarse”.

Los sufrimientos psíquicos normales, detectados e informados por el perito, que no han dejado incapacidad psíquica residual, pero que verosímelmente han sido padecidos, también pueden resarcirse, aunque no sea a título de “daño psíquico”.

Atento que, en síntesis, la incapacidad indemnizable es tributaria de la cronicidad, en tanto que el sufrimiento psíquico normal (no incapacitante), que no ha ocasionado un desmedro de las aptitudes mentales previas, si es detectado e informado por el perito, es uno de los elementos que el juez podrá incluir en el ámbito del daño moral (Conf. CNCiv., esta sala, 30/3/2010, “Bisquert, Edgardo Matías c/C&A Argentina SCS y otro s/daños y perjuicios”; ídem 11/2/2010, Expte. Nº 89.021/2003, “Procopio, Fernando Antonio y otro c/ Piñero, Ernesto Emir y otros s/ daños y perjuicios”; ídem íd., 20/5/2010, Expte. 28.891/2001 “Techera Héctor Daniel c/Olivares Claudio Guillermo y otro s/ daños y perjuicios”).

El dictamen pericial –también en el terreno psicológico– es básicamente un informe técnico, con apoyatura científica demostrable, conocida y de amplia aceptación. Pese a la intrínseca insuficiencia de los esquemas diagnósticos para dar cuenta de la complejidad humana, debemos recurrir a baremos consensuados y nosografías consagradas, y valerlos de ellos obligatoriamente. Restringir el daño psíquico a enfermedades mentales, novedosas, incapacitantes y permanentes o consolidadas permite mayor rigor científico en el diagnóstico, otorgamiento de incapacidad y graduación de esa incapacidad.

Sentado ello cabe referirse a los dictámenes periciales obrantes a fs. 304/314 y 342/346 aportados por los profesionales designados en estos obrados.

El perito médico Dr. C. por su parte señala que la incapacidad derivada según la tabla del baremo utilizado es del 40% (según AACS 2012), mientras que desde el punto de vista psíquico la perito Lic. A. B. de G., explica que, la actora cursa un duelo con indicadores de patología en una estructura neurótica que la hace psíquicamente vulnerable, se trata de un daño parcial y permanente que le genera un 5% de incapacidad (ver fs. 346 y aclaración en la audiencia de vista de causa).

Cabe señalar que si bien en materia de procesos de daños y perjuicios, la prueba pericial resulta de particular trascendencia en lo que se refiere a la existencia y entidad de las lesiones por las que se reclama, el informe del experto, no es una mera apreciación sobre la materia del litigio sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos.

En la especie, las impugnaciones formuladas por las partes no alcanzan a conmovir las conclusiones brindadas por las expertas en sus dictámenes, los cuales considero que se encuentran correctamente fundados en principios científicos y técnicos inobjetable por lo que habré de estar a los mismos haciendo aplicación de las reglas de la sana crítica (arts. 386, 476 y concs., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

A los fines de establecer el monto que debe resarcirse por este concepto, deben tenerse en cuenta las condiciones personales de la víctima, así como las familiares y socioeconómicas, sin que el grado de incapacidad comprobado científicamente por el perito médico, traduzca, matemáti-

camente, una cierta cuantía indemnizatoria. Sólo constituye un parámetro de aproximación económica que debe ser conjugado con las múltiples circunstancias vitales que contribuyen a definir razonablemente el monto de la reparación (conf. esta Sala, Expte. Nº 76.151/94 “Taboada, Carlos David c/ Lizarraga, Luis Martín s/ daños y perjuicios” del 10/12/09; ídem, 27/8/2010 Expte. 34.290/2006 “Fridman, Hernando c/ Escalada, Héctor Daniel y otro s/ daños y perjuicios”; ídem íd., 9/9/2010 Expte. 24068/2006 “Agüero, Fernán Gonzalo y otro c/ Arriola, Fernando Luis y otros s/ daños y perjuicios”, entre otros).

Por tanto, encuentro acreditada la incapacidad sobreviniente de orden físico y psíquico, con características de daño cierto y perdurable que amerita resarcimiento en este sentido. Por ello, ponderando la entidad de las secuelas incapacitantes psicofísicas y las condiciones de la víctima a la fecha del hecho –que en el caso se trata de una mujer de 30 años, de profesión enfermera, madre de una niña y en plena edad reproductiva–, y teniendo en cuenta los porcentajes de incapacidad dictaminados por los peritos –como elemento meramente indicativo no determinante del monto a reconocer– y demás elementos que resultan de las presentes actuaciones y del beneficio de litigar sin gastos, considero que la suma fijada en el decisorio resulta reducida, por lo que estimo prudente y razonable elevar el importe resarcitorio a la suma de \$2.400.000 por las dolencias de orden físico y \$200.000 (por las dolencias de orden psíquico (cfr. art. 165 del C.P.C.C.)).

No paso por alto que el monto que aquí se propone excede el reclamo inicial del actor por daño físico (\$2.000.000). Empero, se advierte que ajustó su pretensión a lo que en más o menos resulte de la prueba a producirse (fs. 6 punto 1), de modo tal, que al acreditarse con las probanzas de autos un perjuicio mayor al oportunamente estimado, me persuaden en ponderar un valor indemnizatorio mayor ajustado a su medida y así evitar un excesivo rigorismo ritual que, en definitiva, implicaría arribar a una solución poco equitativa.

#### B) Consecuencias no patrimoniales

En torno a la cuantía del “daño moral”, actualmente denominado consecuencias no patrimoniales –contempladas en el art. 1741 del Código Civil y Comercial– las que se producen cuando existe una consecuencia lesiva de naturaleza espiritual, aun cuando la norma no resulte aplicable a este ilícito, puede ser tomada como pauta doctrinaria orientativa de su cuantificación. Sabido es que el Derecho –desde una concepción sistémica en donde la Constitución constituye el vértice o núcleo– tutela intereses trascendentes de la persona, además de los estrictamente patrimoniales (Tobías, José W., “Hacia un replanteo del concepto (o el contenido) del daño moral” L.L. 1993-E, 1227 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 33; C. N. Civ., esta Sala, 25/02/2010, Expte. Nº 87.802/2000 “Valdez Sandra Noelia c/ Urbano Alberto Daniel y otro s/ daños y perjuicios”; ídem, íd. 15/04/2010, Expte. 114.354/2003 “Rendon, Juan Carlos c/Mazzoconi, Laura Edith daños y perjuicios”, entre otros). Este instituto se aplica cuando se lesionan los sentimientos o afecciones legítimas de una persona que se traducen en un concreto perjuicio ocasionado por un evento dañoso. O dicho, en otros términos, cuando se perturba de una manera u otra la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado, sea en el ámbito privado, o en el desempeño de sus actividades comerciales. Con atinado criterio, se ha expresado que el daño patrimonial afecta lo que el sujeto tiene, en cambio el daño moral lesiona lo que el sujeto “es” (Matilde Zavala de González, “Resarcimiento de Daños”, Presupuestos y Funciones del Derecho de Daños, t. 4, págs. 103, 1143 y “El concepto de daño moral”, JA del 6-2-85; C. N. Civ., esta Sala, 23/6/2010, Expte. 26720/2002 “Pages Mariano José c/ Laudanno Andrés Fabián y otros s/ daños y perjuicios”; ídem, íd., 15/04/2010, Expte. 114.354/2003 “Rendon, Juan Carlos c/Mazzoconi, Laura Edith daños y perjuicios”; íd., íd., 24/06/2010, Expte. Nº 34.099/2001 “Ruiz Díaz, Secundino y otro c/ Guanco, Víctor Manuel y otros s/ daños y perjuicios”; íd., íd., 21/09/2010, Expte. Nº 23679/2006 “Orellana, Pablo Eduardo Alfredo y otro c/ Vargas Galarraga, Jorge Eduardo y otros s/ daños y perjuicios”, entre otros).

Es menester que, además de un eventual desmedro económico, concorra una “repercusión en los intereses existenciales” del sujeto y no se reputa que suceda sólo ante molestias o inconvenientes de relativa entidad (conf. Orgaz, “El daño resarcible”, pág. 259). Lo que se repara es el resultado dañoso, el perjuicio susceptible de apreciación

desde la óptica del entendimiento, de la sensibilidad o de la voluntad de la persona, no la actividad del responsable, hecho ilícito o incumplimiento contractual, etcétera, que ha sido sólo la causa eficiente de aquél (Zannoni, “El daño en la responsabilidad civil”, Astrea, 1982, pág. 1982, pág. 231, C. N. Civ., esta Sala, 11/02/2010, “Solimo, Héctor Marcelo c/ Trenes de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios”; ídem, íd., 22/04/2010, Expte. N° 100.782/2006, “Musumano, María Elena c/ Scheurman, Raúl Ernesto y otros”; íd. íd., 23/06/2010, Expte. 26720/2002 “Pages Mariano José c/ Laudanno Andrés Fabián y otros s/ daños y perjuicios”; íd. íd., 10/08/2010, “Gutiérrez, Luis Alfredo y otro c/ Luciani, Daniela Cyntia y otros s/ daños y perjuicios”, entre otros).

Reiteradamente ha sostenido nuestro Máximo Tribunal que debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de responsabilidad y la entidad de los sufrimientos espirituales causados y por otra parte, que el reconocimiento de dicha reparación no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (conf. C.S.J.N., 06/10/2009, “Arisnabarreta, Rubén J. c/ E.N. (Min. de Educación y Justicia de la Nación) s/ juicios de conocimiento”; ídem, 07/11/2006, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios”, Fallos 329:4944; íd., 24/08/2006, “Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos 329:3403; íd., 06/03/2007, ORI, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos 330:563, entre muchos otros).

El referido art. 1741 del CCyCN *in fine* establece que “el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas” delimitando la actividad jurisdiccional y acentuando sus funciones reparatorias.

En otras palabras, el monto del resarcimiento debe permitir procurarse un placer que compense o sustituya el displacer sufrido, criterio que jurisprudencialmente se viene aplicando de manera inveterada por nuestros tribunales.

En cuanto a su valuación, cabe recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurar satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido.

Señaló nuestro Máximo Tribunal que “Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. El dinero es un medio de obtener satisfacción goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida” (CSJN, 12/4/2011, “Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós) (conf. CNCiv., Sala A 17/7/2014 “R. M. B. c/ Banco Supervielle S.A. s/ daños y perjuicios” del voto del Dr. Sebastián Picasso; Cita: MJ-JU-M-88578-AR | MJJ88578 | MJJ88578).

Asimismo, nuestros tribunales provinciales también reconocieron que el resarcimiento que nos ocupa “Tiene una función satisfactoria para el afectado y no compensatoria como en el caso del daño patrimonial” (S.C.J.M., Sala II, Expte. 107.533 ya citado). Destacando que la tarea en la determinación del *quantum* por el daño moral es “difícilísima”, se sostuvo que “Si bien la ley no puede transformar las lágrimas en sonrisas, ni restablecer la disvaliosa altera-

ción de la subjetividad del damnificado, sí puede imponer una indemnización, haciendo jugar la función de satisfacción que el dinero tiene, como medio de acceso a bienes o servicios, materiales o espirituales” (Conf. 31/5/2018 C. de Apel. en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza “L. P. J. y ots. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ daños y perjuicios” 31-may-2018 Cita: MJ-JU-M-111465-AR | MJJ111465 | MJJ111465).

Siendo hoy el criterio fijado por la legislación de fondo, aun cuando el hecho sea anterior a su vigencia, la cuantía indemnizatoria debe fijarse conforme dicha pauta orientadora.

En virtud de las consideraciones vertidas, y ponderado la entidad de los acontecimientos, por resultar razonable propongo al Acuerdo confirmar la suma otorgada por este ítem (art. 165 del CPCC).

En virtud de ello, ponderando las circunstancias fácticas que rodearon la cuestión sometida a juzgamiento, las afecciones que debió padecer la reclamante, considero que el reclamo es procedente y que el monto fijado en la sentencia es reducido, por lo que propongo al acuerdo su elevación a la suma de \$1.000.000 (cfr. art. 1740 CCyC y art. 165 del Código Procesal).

#### VII. TASA DE INTERÉS

Se agravia la codemandada CELSO S.R.L. por la tasa de interés fijada en tanto considera que enriquece indebidamente a la parte actora y lesiona simultánea y proporcionalmente su derecho de propiedad. Por su parte, la actora cuestiona el interés fijado, pues entiende que de acuerdo al derecho vigente los intereses deben acumularse desde la fecha de la notificación de la demanda, conf. art. 770 inc. b) del Cód. Civ. y Com.

El decisorio de grado, mandó a calcular intereses de acuerdo a la tasa activa, cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco Nación desde el 26/12/2015 y hasta su efectivo pago.

Al respecto, cabe recordar que la indemnización resulta un equivalente del daño sufrido y el interés compensa la demora en su reparación al no haber el responsable cumplido inmediatamente con su obligación de resarcir.

Se trata entonces de una estimación “actual” que el juez de grado ha tenido en cuenta para sopesar la variación patrimonial de la prestación debida, considerando para ello que estamos ante una indemnización de daños que, lejos de resultar una obligación “dineraria” en la que se adeuda un *quantum* y resulta insensible a la variación del poder adquisitivo, importa una verdadera obligación “de valor” en la que se debe un *quid* y, por tanto, sí admite o reconoce las alteraciones sufridas por el poder adquisitivo (Casiello, Juan - Méndez Sierra, Eduardo, “Deudas de dinero y deudas de valor. Situación actual”, LL 28/08/03, pág. 1).

Sabido es que la fijación judicial de intereses para las deudas en mora procura resarcir al acreedor por la demora en percibir su crédito y castigar al incumplidor, quien se apartó de los términos de la obligación asumida en origen, ya que el orden jurídico requiere, como pauta general de conducta, que toda persona cumpla con las obligaciones que legítimamente asume o le impone la ley.

Ahora bien conforme la jurisprudencia y doctrina mayoritaria imperante en el fuero la tasa que corresponde aplicar desde el inicio de la mora y hasta el efectivo pago del capital de condena, es la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina siguiendo la doctrina del fallo plenario del fuero *in re*, “Samudio de Martínez, L. c/ Transportes Doscientos Setenta SA, salvo que su aplicación, en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia, pueda implicar como un efecto no querido, un resultado contrario y objetivamente injusto, produciendo una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido (conf. CNCiv., esta Sala, expte. N° 69.941/2005 “Gutiérrez, Luis Alfredo y otro/ Luciani, Daniela Cyntia y otros s/ daños y perjuicios”, del 10/8/2010, entre otros muchos).

En consecuencia, deberá aplicarse la referida tasa activa en los casos en que la misma no genera o configura un “enriquecimiento indebido” único supuesto fáctico que justificaría apartarse del principio general (conf. C. N. Civ., esta Sala, 15/04/2010, Expte. 114.354/2003 “Rendon, Juan Carlos c/ Mazzoconi, Laura Edith”; ídem 24/2/2017

Expte. N° 51917/2009 “Suárez Adriana Soledad y otro s/ Flecha Manuel Edmundo y otros s/ Daños y Perjuicios”.

En el caso, a mi juicio, no obran en la causa constancias que acrediten que, con la aplicación de la tasa activa desde el día del hecho, se configuraría el mentado “enriquecimiento indebido”; como tampoco existen elementos que siquiera lo hagan presumir, si así fuera e importara una situación excepcional que se apartara de la regla general referida la misma debe ser probada en forma clara por el deudor en el ámbito del proceso (conf. art. 377 del CPCCN), circunstancia que no se verifica en los presentes.

En cuanto al pedido de la parte actora, habré de señalar que tal pretensión resulta improcedente, pues la previsión del art. 768, inc. c), del Código Civil y Comercial de la Nación, no dispone esa solución y asimismo la cuestión no ha sido introducida en la instancia de grado por lo que nada cabe resolver al respecto.

Por todo ello, corresponde desestimar los agravios intentados por la actora y por la parte demandada, debiéndose aplicar al caso la tasa dispuesta en la instancia de grado –tasa activa, cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco Nación– hasta el efectivo pago; empero, tomando como punto de partida para el computo de los intereses la fecha de la primera atención médica, esto es, el 24/12/2015.

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo:

I. Revocar el pronunciamiento de grado, en el sentido que la condena también alcanza al Instituto Médico de Obstetricia S.A. y por tanto, también deberá responder por el hecho de autos. Asimismo, se eleven las partidas reconocidas a la suma de \$2.400.000 en concepto de daño físico, \$200.000 en concepto de daño psíquico y \$1.000.000 en concepto de daño moral. Y establecer el punto de partida para calcular los intereses desde el día 24/12/2015. Por último, confirmar el decisorio en todo lo que demás decide y fuera materia de apelación y agravio, con costas de ambas instancias a las demandadas perdidosas por cuanto no encuentro elementos para apartarme del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC).

La Dra. *Beatriz A. Verón* adhiere al voto precedente.

Y *Vistos*:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el Tribunal *resuelve*:

I. Revocar el pronunciamiento de grado, en el sentido que la condena también alcanza al Instituto Médico de Obstetricia S.A. y por tanto, también deberá responder por el hecho de autos. Asimismo, elevar las partidas reconocidas a la suma de \$2.400.000 en concepto de daño físico, \$200.000 en concepto de daño psíquico y \$1.000.000 en concepto de daño moral y establecer como punto de partida para el cómputo de los intereses el día 24/12/2015. Por último, confirmar el decisorio en todo lo que demás decide y fuera materia de apelación y agravio, con costas de ambas instancias a las demandadas perdidosas en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC).

II. En virtud de lo dispuesto precedentemente y en orden a lo normado por el art. 279 del código Procesal, se procede a adecuar las regulaciones de honorarios practicadas.

En cuanto a los honorarios, se tendrán en cuenta las pautas contenidas en el artículo 16 de la ley 27.423, las que permitirán un examen razonable a los fines de determinar la retribución de los profesionales intervinientes.

Para ello, se considerará el monto del asunto que arroja la sentencia más sus intereses; el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada; la complejidad; la responsabilidad que de las particularidades del caso pudiera derivarse para el profesional; el resultado obtenido; la trascendencia de la resolución a que se llegare para futuros casos; la trascendencia económica y moral que para el interesado revista la cuestión en debate y pautas legales de los artículos 1, 3, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 29, 51, 54, 58 y cc. de la ley 27.423 y acordada 1/2021.

En cuanto a los auxiliares de justicia (peritos de oficio), se evaluará la labor efectuada con arreglo a las pautas subjetivas del artículo 16 de la ley 27.423, en cuanto resultan aplicables a la actividad prestada en el expediente, apreciada por su valor, motivo, calidad, complejidad y extensión, así como el mérito técnico-científico puesto al ser-



# EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

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

ESTAMOS ATENTOS A LO QUE NECESITES

Atención al cliente: (011) 3988-3256

Correo Electrónico: info@elderechodigital.com.ar

Redacción: (011) 4349-0277

www.elderechodigital.com.ar

vicio de las mismas, entre otros elementos; el monto que resulta de la liquidación mencionada precedentemente, lo dispuesto por el artículo 21, y 61 de la citada ley y pautas del art. 478 del Código Procesal.

En consecuencia, se regulan los honorarios del Dr. F. H. G., letrado patrocinante de la parte actora en la cantidad de 210 UMA lo que equivale a la suma de pesos ochocientos once mil veinte (\$811.020), los del Dr. D. M. R., en igual carácter, en la cantidad de 210 UMA lo que equivale a la suma de pesos ochocientos once mil veinte (\$811.020), los del Dr. C. M. I., letrado apoderado de la Obra Social del Personal de la Sanidad en la cantidad de 175 UMA lo que equivale a la suma de pesos seiscientos setenta y cinco mil ochocientos cincuenta (\$675.850), los de la Dra. C. M. C., letrada apoderada de Paraná S.A. de Seguros, en la cantidad de 160 UMA lo que equivale a la suma de pesos seiscientos diecisiete mil novecientos veinte (\$617.920), los del Dr. M. G., letrado apoderado de la misma parte, en la cantidad de 86 UMA lo que equivale a la suma de pesos trescientos treinta y dos mil ciento treinta y dos (\$332.132); los del Dr. A. Q. P., letrado apoderado de IMO; en la cantidad de 310 UMA lo que equivale a la suma de pesos un millón ciento noventa y siete mil doscientos veinte (\$1.197.220), los del Dr. F. E. C., apoderado de Celso SRL, en la cantidad de 200 UMA lo que equivale a la suma de pesos setecientos setenta y dos mil cuatrocientos (\$772.400), los del Dr. E. G. D. P., patrocinante de dicha parte, en la cantidad de 123 UMA lo que equivale a la suma de pesos cuatrocientos setenta y cinco mil veintiséis (\$475.026).

Por otra parte, se regulan los honorarios del perito médico los del perito médico, Dr. E. M. C. en la cantidad de 150 UMA, lo que representa la suma de pesos quinientos setenta y nueve mil trescientos (\$579.300), los de la perito psicóloga, Lic. A. B. de G.; en la cantidad de 150 UMA, lo que representa la suma de pesos quinientos setenta y nueve mil trescientos (\$579.300), los del consultor técnico médico de Celso S.R.L. Dr. J. U. S. P. en la cantidad de 70 UMA, lo que representa la suma de pesos doscientos setenta mil trescientos cuarenta (\$270.340) y los del consultor técnico médico de IMO, Dr. J. E. R.; en la cantidad de 70 UMA, lo que representa la suma de pesos doscientos setenta mil trescientos cuarenta (\$270.340).

Respecto de los honorarios del mediador interviniente, Dr. J. L. D. se fijan a la cantidad de 120 UHOM, lo que equivale a pesos ochenta y cuatro mil (\$84.000) (decreto 1467/11, modificado por los decretos 2536/2015 y 1086/2018 y 1198/2018, anexo III, artículo 2, inc. "G").

En cuanto a las tareas desarrolladas en la Alzada conforme la aplicación de la nueva normativa arancelaria (art. 30 de la ley 27.423) se regulan los honorarios de los Dr. F. H. G., letrado de la parte actora, en la cantidad de 74 UMA lo que equivale a la suma de pesos doscientos ochenta y cinco mil setecientos ochenta y ocho (\$285.788), los del Dr. D. M. R., en igual carácter, en la cantidad de 74 UMA lo que equivale a la suma de pesos doscientos ochenta y cinco mil setecientos ochenta y ocho (\$285.788), los del Dr. C. M. I., letrado apoderado OSPSA en la cantidad de 60 UMA lo que equivale a la suma de pesos doscientos treinta y un mil setecientos veinte (\$231.720), los de la Dra. C. M. C., letrada de Paraná S.A. de Seguros, en la cantidad de 86 UMA lo que equivale a la suma de pesos trescientos treinta y dos mil ciento treinta y dos (\$332.132), los del Dr. E. G. D. P., letrado de CELSO S.R.L., en la cantidad de 113 UMA lo que equivale a la suma de pesos cuatrocientos treinta y seis mil cuatrocientos seis (\$436.406) y los del Dr. A. Q. P., letrado apoderado de IMO, en la cantidad de 108 UMA lo que equivale a la suma de pesos cuatrocientos diecisiete mil noventa y seis (\$417.096).

III. Se deja constancia que la vocalía N° 30 se encuentra vacante.

IV. Regístrese, notifíquese a las partes y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13 art. 4°) y oportunamente devuélvase. – Gabriela M. Scolarici. – Beatriz A. Verón (Sec.: Mariano C. Gigli).

## DOCUMENTOS Y COMENTARIOS

### Presentan un proyecto de ley de objeción de conciencia fiscal ante el aborto

Recientemente el diputado Francisco Sánchez, junto a los co-firmantes Juan Aicega, Hernán Berisso, Gabriel Frizza y David Schlereth, presentó un proyecto de reforma sobre la ley 27.610. Este proyecto, titulado *Ejercicio de la Objeción de Conciencia Fiscal en la ley 27.610 de Aborto*, fue presentado ante la Cámara Nacional de Diputados y se encuentra clasificado con el número de expediente 1597-D-2021 con fecha 21/04/2021.

La propuesta del proyecto se concentra en la constitución de un Fondo Público, con asiento en el Banco Nación, para el financiamiento no solo del aborto sino de las consecuencias que aquel puede acarrear, ya sean físicas o psíquicas.

Cabe recordar que el art. 12 de la ley 27.610 impone a todos los sistemas de salud públicos y privados la cobertura de esta práctica. Con motivo de esa premisa es que el proyecto propone reformar ese artículo, incorporando varios apartados. De esta forma, busca crear un Fondo para financiar todo gasto que demande la aplicación de esta ley en el sistema público de salud, incluyendo a las obras sociales públicas, específicamente a las Fuerzas Armadas, las del Poder Judicial, las del Poder Legislativo, las previstas por la ley 24.741 y las Obras Sociales Universitarias. Por lo que excluye a las entidades privadas. Este financiamiento se ejecutará mediante la constitución del ya referido Fondo, cuyo sustento y composición sería una contribución anual para personas humanas y personas jurídicas cuyo objeto social estuviere vinculado con la práctica del aborto. Para las personas humanas el pago sería de \$15.000 anuales actualizable por el INDEC; para las personas jurídicas representaría el 21% de los ingresos reflejados en el estado de resultados o en cuentas de gastos y recursos.

"Artículo 2° - Incorpórase como art. 12 bis de la ley 27.610 el siguiente texto: Art. 12 bis. - Contribución especial. Sujetos alcanzados. El Fondo estará integrado exclusivamente con una contribución especial y anual, que debe ser abonada por: a) Las personas humanas que tengan domicilio en el país. b) Las personas humanas que no tengan domicilio en el país y que requieran los servicios previstos en la Ley N° 27.610. c) Las personas jurídicas cuyo objeto social o actividad esté vinculado a la promoción del aborto provocado, la identidad de género, la diversidad corporal o los derechos sexuales y reproductivos con perspectiva de género. d) Las personas humanas, jurídicas y cualquier otro tipo de entidades que no estén incluidas en los incisos a), b) y c) de este artículo pero que opten voluntariamente a ser contribuyentes del Fondo creado por esta ley".

Las personas que tengan algún tipo de objeción de conciencia respecto a las prácticas abortivas no serán alcanzadas por el tributo referido. Tampoco lo serán aquellos que carezcan de capacidad económica, pudiendo al mismo tiempo conseguir un certificado de exención a tal fin. El modo de manifestación de esta objeción de conciencia se presume, incluso con el silencio, por lo que no es necesario registrarse o exponer la postura personal respecto del aborto. Las personas jurídicas también están habilitadas a hacer uso de la objeción de conciencia.

El articulado dice:

"Artículo 4° - Incorpórase como art. 12 ter de la ley 27.610 el siguiente texto: Art. 12 ter. - Sujetos exceptuados. Quedan exceptuadas de la contribución especial establecida en el art. 12 bis: a. las personas humanas o jurídicas cuyas convicciones morales, éticas, religiosas o científicas, o ideario institucional resultan contrarias a la aplicación de la Ley 27.610, quienes tienen derecho a la objeción de conciencia. Para el ejercicio de la objeción de conciencia basta la simple manifestación de voluntad por parte del objetor. El silencio se presume como manifestación tácita de la voluntad a los efectos de ejercer la objeción de conciencia; y b. las personas humanas que acrediten la falta de capacidad contributiva, quienes pueden obtener un certificado de exención anual".

El dinero recolectado se distribuirá para la cobertura de los abortos, así como de los planes de maternidad vulnerable:

"Artículo 6° - Incorpórase como art. 12 quinquies de la ley 27.610 el siguiente texto: Art. 12 quinquies - Distribución. (...)

## COLUMNA LEGISLATIVA

### Legislación Nacional

Resolución General 5000 de mayo 31 de 2021 (AFIP) – Impuestos. Régimen de Sostenimiento e Inclusión Fiscal para Pequeños Contribuyentes. Categorización. Adecuación de las normas de emisión de comprobantes (B.O. 2/6/2021).

se distribuirá según las coberturas de abortos que se practiquen y para las acciones de los planes de Maternidad vulnerable, en especial a las de atención a mujeres que hayan sufrido secuelas físicas o psíquicas producto de la realización de un aborto".

De lo dicho hasta aquí se puede llegar a las siguientes conclusiones sobre el proyecto:

1) Busca colocar el peso fiscal de la práctica del aborto en aquellas personas o instituciones que no solo estén de acuerdo con aquel, sino que trabajan para la promoción de esta práctica. Esto podría implicar un desincentivo de aquella, atendiendo a un fin extrafiscal.

2) Coloca el énfasis en el acompañamiento postaborto, para cuyo fin también serviría el Fondo.

3) Reconoce la objeción de conciencia institucional al permitir que otras instituciones puedan manifestarse en desacuerdo y por lo tanto ser sujetos excluidos. Sin embargo, omite que el art. 11 de la ley 27.610 obliga al pago de la práctica abortiva en el caso de una derivación por parte de la institución objetora. Por lo que debería existir una modificación en aquel articulado con el fin de armonizar la modificación propuesta.

4) Pone en evidencia que el aborto nunca es gratuito.

Si bien este proyecto denota un esfuerzo claro por responder a un reclamo que se ha escuchado desde la sanción de la ley, deja abiertas algunas preguntas que quizás se podrían responder con una reglamentación acorde, aunque ello ya pertenece a la esfera del Poder Ejecutivo. Algunas preguntas que surgen son: ¿cómo sería la captación de las erogaciones en el caso de personas físicas que no perciban un salario? ¿Cómo se coparticiparía el Fondo considerando que la norma incluye a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires? ¿Cómo sería la ejecución del gravamen para el caso de una empresa abortiva cuyo tributo impacta en los dividendos percibidos por los accionistas? ¿A esos accionistas se los debe gravar y en tal caso presumir su suscripción al Fondo considerando su actividad?

El diputado Sánchez ya oportunamente presentó un proyecto de ley para derogar la ley 27.610, titulado *Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo y a la Atención Postaborto -Ley 27.610-. Derogación. Modificación del Artículo 85 del Código Penal sobre Aborto* bajo el expediente 0792-D-2021 con fecha 18/03/2021. Este nuevo proyecto que se analiza aquí viene a dar una respuesta a un problema de conciencia que se presenta ante muchos ciudadanos que no quieren colaborar de ninguna forma con el aborto. En este caso, apunta a evitar una colaboración de tipo financiero a través de los impuestos. Sin embargo, aunque se aprobara esta reforma, el problema de la ley 27.610 subsiste por ser una norma injusta e inconstitucional, como ya hemos expresado desde el Centro de Bioética, Persona y Familia en el libro digital *Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27.610* publicado el 15/02/2021 de autoría de Jorge Nicolás Lafferriere.

LUDMILA A. VIAR  
www.centrodebioetica.org  
24 de mayo de 2021

VOCES: BIOÉTICA - HOSPITALES Y SANATORIOS - MÉDICO - SALUD PÚBLICA - ABORTO - LEY - DERECHOS HUMANOS - PENA - DELITO - RESPONSABILIDAD CIVIL - MORAL Y BUENAS COSTUMBRES - JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - MINISTERIOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - SANCIONES ADMINISTRATIVAS - PERSONA - DERECHO PENAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL