

Me negarás tres veces (los militares y los infortunios)

Horacio Fernández Madrid *

He tomado como hipótesis de trabajo la situación de los militares (me refiero tanto a los que componen el cuadro permanente, como a los soldados conscriptos) frente a las adversidades señaladas en el encabezado, respecto de los cuales se observa, en los últimos años, líneas jurisprudenciales encontradas en nuestro Máximo Tribunal.

Intento aquí poner de relieve esa nota y doy mi visión del asunto, tanto desde la perspectiva que, creo, surge de los fallos de la Corte -exégeta final de disposiciones federales-, como desde mi óptica personal.

En una primera aprehensión podría pensarse que la situación de quienes no se han sometido intencionalmente a la carrera militar (soldados conscriptos) debería ser diferente de aquellos que espontáneamente decidieron abrazar las Fuerzas Armadas o de Seguridad. Sin embargo, hasta el año 1986 (casos “Gunther” y “Luján”) la Corte Suprema de Justicia de la Nación vedaba al personal que revestía “estado militar”, los reclamos con fundamento en el derecho común. Ello así, con el alegado fin de evitar la acumulación de beneficios que, en la interpretación corriente entonces, respondían a la misma finalidad “resarcitoria” del daño producido;¹ esto era considerado impropio, a menos que una ley lo autorizara. Va de suyo que en este esquema se asignaba a la pensión o al haber de retiro, una función compensatoria.²

No es ocioso acotar que en el ámbito de la ley 19.101 los soldados conscriptos también tenían status militar.³

Tradicionalmente reputó la Corte que las relaciones de los hombres que integran las filas militares, entre sí y con la Nación, se gobiernan por los respectivos reglamentos que al efecto dicte el Congreso y en la medida y extensión que éste lo establezca,⁴ sin computar, como ya señalé, el consentimiento prestado. Todo esto, en virtud de haberse juzgado que en esos casos la responsabilidad del Estado ha sido especialmente legislada por una normativa especial, que contiene y agota la reparación de los daños sufridos por el personal militar.

Dijo concretamente la Corte, que la omisión de regulación de situaciones particulares no puede ser suplida transportando la solución del caso al campo del derecho común.⁵ Ello, claro está, en tanto se trate de actos de servicio y que el reclamante tenga estado militar,⁶ ya que así resultan aplicables las leyes sobre la materia; de otro modo, se desencadena la responsabilidad extracontractual del derecho común a la cual el Estado Nacional no es inmune.

* Abogado, alumno de la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo.

1. Fallos 291:280.

2. Conviene retener este concepto, porque es uno de los ejes en torno del cual se produjo un vuelco notable en la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre el tema que nos ocupa.

3. Art. 6°.

4. Fallos 184:378; 204:428; 207:176; 291:280.

5. También es útil hacer un alto en esta definición, posteriormente reexaminada.

6. Fallos 204:428.

Si bien en la actualidad se ha eliminado el Servicio Militar Obligatorio, de modo que ahora los integrantes de la milicia adhieren libremente al estado militar, el tema que incumbe a los ex soldados conscriptos todavía tiene vigencia en la medida en que aún tramitan juicios promovidos por ellos.

Hecha esta digresión, continúo con la evolución de la jurisprudencia sobre el tema que motiva este trabajo.

En el caso “Gunther”⁷ la Corte viró 180° y revisó su posición inveterada sobre el tema. En efecto, por un lado dijo que el principio enunciado como *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes, no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.

Este punto de vista fue apuntalado al sostener que la relación de derecho público administrativo con el Estado, no inhabilita el mecanismo de las reglas de la responsabilidad extracontractual cuando no sólo la ley especial no contiene disposición prohibitiva o limitativa que impida su aplicación, sino que, además, otros ordenamientos legales atinentes a esta materia, incluyen al Estado como destinatario de aquélla (por ejemplo, art. 2° de la ley 9688 hoy derogada, pero vigente en la época de este precedente).

Recordemos que tradicionalmente, con distinta integración, la Corte argumentó la posición contraria al sostener que la exclusiva sujeción de los militares a las reglamentaciones específicas está condicionada a la inexistencia de una disposición legal que disponga lo opuesto; es decir que aun bajo la óptica de la tesis restrictiva anterior, se admitía la aplicación supletoria de normas de derecho común en ausencia de una legislación propia en el campo del derecho público que prescribiera el modo de establecer la indemnización debida; pero, como regla, ésta se consideraba adecuadamente satisfecha en las diversas disposiciones de la ley 19.101. Con el nuevo punto de vista el razonamiento es al revés: antes, ante la falta de una previsión legal que permitiera otro tipo de reparación, solo cabía ceñirse a lo dispuesto por las leyes militares, no pudiendo buscarse otra solución fuera de ellas. A partir de “Gunther” y “Luján” se interpretó que la relación de derecho público administrativo con el Estado, no invalida el funcionamiento de las reglas propias de la responsabilidad extracontractual, siempre que no haya una norma que lo impida.

Para completar la explicación, se concluyó que los vocablos “retiro” y “pensión” no se asocian con la idea de resarcimiento, reparación o indemnización sino que poseen una notoria resonancia previsional, y no cabe asignarles una función resarcitoria del daño. Esta exégesis posibilita superar la valla resumida en la máxima latina *non bis in idem*, al brindar un marco lógico-jurídico en el

7. Fallos 308:1118. Gunther era un conscripto que se cayó del techo de la cantina del batallón del que formaba parte, mientras orientaba una antena de televisión. A consecuencia de ello, sufrió seccionamiento de la médula y parálisis de la mitad inferior de su cuerpo. El ejército encuadró el hecho como un acto de servicio; le reconoció una incapacidad de 100% de la total obrera y le otorgó el haber de retiro previsto por los arts. 77 y 78 de la ley 19.101, consistente en la percepción, de por vida, del sueldo y suplementos generales del grado de cabo. El mismo día (5.8.86) la Corte decidió el caso “Luján”, relativo a un cabo de la Policía Federal, remitiendo a los principios sentados en “Gunther”.

que no hay superposición de ventajas que atiendan un mismo propósito: pensión y haber de retiro por un lado, y reparación de los daños según las reglas del derecho común por otra parte, apuntan a diferentes finalidades.

Este criterio fue extendido a todos los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, con los mismos argumentos (caso “Luján”, decidido el mismo día que “Gunther”).⁸

Posteriormente, en la causa “Valenzuela” (agosto de 1992),⁹ nuestro Máximo Tribunal, con otra integración, reconvirtió su postura y retornó a su jurisprudencia anterior, respecto de los integrantes voluntarios de las Fuerzas Armadas o de Seguridad (Valenzuela era un Sargento Ayudante) al decidir que éstos únicamente tienen derecho a la reparación del daño conforme con las normas que reglamentan la actividad, a las cuales asignó función resarcitoria. Volvió así sobre los pasos de “Luján”.

En la época de este precedente, la Corte ya estaba integrada por 9 miembros. Dicho decisorio recibió la adhesión de 5 de ellos (Levene - Barra - Fayt - Nazareno - Moliné O'Connor); 2 votaron en disidencia, remitiéndose a los precedentes “Gunther” y “Luján” (Belluscio y Boggiano), y otros 2 (Petracchi y Cavagna Martínez) no suscribieron la sentencia.

Luego se fallan una serie de causas atinentes a soldados conscriptos. Así en el caso “Bertinotti”,¹⁰ decidido unos meses más tarde (octubre de 1992);¹¹ la Corte introdujo una variante: dijo que el art. 76 inc. 3 ap. c) de la ley 19.101 (texto según ley 22.511) es aplicable a los supuestos en que los conscriptos presenten una disminución de su capacidad *menor que 66%* (el resaltado no está en el original) para el trabajo en la vida civil. Sostuvo que dicha norma busca establecer un *resarcimiento* y no un *haber de carácter previsional*, lo que se compadece con lo expresado en la nota de elevación del proyecto de la ley 22.511, según la cual se persigue la sustitución del retiro por una adecuada indemnización al personal de la reserva incorporada y de alumnos de escuelas militares que sufran una mengua de aptitudes como producto de actos de servicio.

Esta postura fue defendida incluso por los jueces Belluscio y Boggiano, tradicionalmente apegados a “Gunther”. Es que a mi modo de ver, no hay contradicción en la medida en que la doctrina que admite la aplicación supletoria de normas de derecho común, tiene como presupuesto la falta de una legislación propia en el área del derecho público que determine el modo de establecer la *indemnización* (el destacado es mío) debida, supuesto que no concierne a los conscriptos que al ser dados de baja presenten una minoración en las condiciones ya señaladas, toda vez que en esos casos la normativa citada establece un resarcimiento tasado (hasta 35 haberes mensuales del grado de cabo o cabo 2º) y no un crédito de carácter previsional.

Este criterio fue refirmado luego en la causa “Perrotta” del 22.12.94 a la que haré referencia a continuación, “Fiakosky”, del 24.8.95, “Cañete” y “Mengual” -sobre ésta también me detendré especialmente- ambas del 19.10.95.

8. Fallos 308:1109

9. Fallos 315:1731.

10. Conscripto que perdió la 2da. falange del pulgar derecho. Reclama por el derecho común.

11. Fallos 315:2207.

Perrotta era un conscripto que fue herido de bala en una pierna durante el ataque al Regimiento de la Tablada, de la que resultó una incapacidad de 45 %. Este porcentaje motivó que la Corte estableciera que le correspondía únicamente la indemnización que referí cuando mencioné la causa “Bertinotti”. El fallo fue suscripto por 8 de los 9 integrantes del Tribunal (el Dr. Nazareno no lo firmó), quienes se remitieron a los distintos votos emitidos en “Bertinotti”, excepto el Dr. López que, además, sostuvo que el supuesto se diferenciaba de esa causa y de “Gunther”, debido a que se trataba de perjuicios causados por 3os. extraños por los que el estado no debe responder. Dijo además que si los daños se producen en el contexto del cumplimiento del cometido específico de la fuerza a la que pertenece la víctima -esto es, lesiones sufridas en acciones bélicas o en la lucha contra el delito- falta el elemento esencial que habilita la imputación jurídica al estado, salvo que concurren los recaudos establecidos en los arts. 1112 o 1113 del Código Civil.¹²

La aclaración del juez López, como así también el voto de los jueces Nazareno, Petracchi y Bossert en la causa “Mengual” que refiero enseguida, resultan útiles a la labor del intérprete de hallar una secuencia en la línea jurisprudencial de nuestro Más Alto Tribunal, que permita algún grado de previsibilidad sobre la solución que corresponde a determinadas categorías de casos.

Así las cosas, resulta que Juan Roberto Mengual se desempeñaba como voluntario de segunda cuando recibió varios impactos de bala en su pierna derecha durante el transcurso de la instrucción sobre el uso de ametralladora, que motivaron la posterior amputación de ese miembro, habiéndose determinado una incapacidad parcial y permanente de 80%.¹³

Es oportuno recordar que el caso “Valenzuela”, como dije antes, significó el abandono de la doctrina de “Luján”; y que en ese esquema, vigente el 19 de octubre de 1995 (fecha en que se firmó “Mengual”), el damnificado hubiera debido atenerse al standard imperante que, como regla, excluía el derecho privado. Pues bien, en esta causa la corte efectuó un nuevo examen de la cuestión (así lo dijo explícitamente, conf. cons. 8º), y rectificó su jurisprudencia por 3ra. vez, al recalcar de nuevo en la doctrina “Gunther-Luján”; por ende repitió el concepto de que la percepción de un beneficio previsional no deviene incompatible con el reconocimiento simultáneo de una reparación fundada en normas del derecho común (cons. 11).

Resulta valioso y no puede soslayarse el hecho de que el juez Petracchi, que en su oportunidad suscribió las sentencias recaídas en las causas “Gunther” y “Luján”, en un caso posterior (“Román”, fallado cuando la Corte todavía era de 5 miembros¹⁴ relativizó los términos estereotipados de esos precedentes, al señalar que corresponde distinguir supuestos en que la lesión reconoce un origen “típicamente accidental”, en cuyo resarcimiento resultan de aplicación -a falta de régimen indemnizatorio federal específico- las normas de derecho común que rigen a los restantes agentes de la administración, de aquéllos en que la lesión es derivación del cumplimiento de misiones específicas de las Fuerzas Armadas o

12. Art. 1112: obrar irregular de los funcionarios públicos. Art. 1113: responsabilidad objetiva por vicio o riesgo de la cosa. Responsabilidad por el hecho de los dependientes.

13. El Estado fue condenado a pagar \$ 80.000.- por daño material y \$ 130.000.- en concepto de daño moral.

14. Fallos 312:989.

de Seguridad, característicos de la prestación del “servicio público de defensa”. Sólo en el primero estarían vigentes los principios acuñados en “Gunther”.

En “Mengual” recordó esa postura y fue acompañado por los jueces Nazareno y Bossert.

Los jueces Fayt y Moliné O’ Connor votaron en desacuerdo. El primero de los nombrados, coherente con su discrepancia de “Gunther” que conduce a cerrar la vía indemnizatoria civil incluso a los soldados conscriptos. El segundo se remitió a su voto en “Valenzuela”.

Los Dres. Belluscio y Boggiano suscribieron la posición de la mayoría, sin aclarar o ampliar fundamentos, lo cual resulta consecuente con su actitud adherente a la doctrina de “Gunther-Luján”. También abonaron el voto principal, los jueces Levene (hoy reemplazado por el Dr. Vázquez) y López.

Resumiendo, advierto las siguientes categorías de casos:

1) Ex conscriptos incapacitados en menos que 66%,¹⁵ sólo tendrían derecho a un monto que no puede exceder la suma de 35 haberes mensuales del grado de cabo o cabo 2º, ya que así resulta de la ley específica (art. 76 inc. 3 ap. c) de la ley 19.101 -texto según ley 22.511-) que establece el resarcimiento pertinente y lo agota. Esto no sólo por “Bertinotti”, sino por “Perrotta” y otros fallos posteriores.¹⁶ Sobre el punto, existe una posición coincidente de los miembros del Tribunal.

Aclaro que no conozco hasta la fecha de redacción de esta nota¹⁷ la postura del Dr. Vázquez sobre el tema, como integrante del Supremo Tribunal, pero en atención a cómo se han ido agrupando los votos de sus colegas, cualquiera sea su sentido, cabría asignarle valor doctrinario ya que no incidiría en la formación de mayoría en las diferentes soluciones.¹⁸

15. También personal superior y subalterno del cuadro permanente que pase a situación de retiro por inutilización no producida por actos de servicio y no tuviere computados 15 años de servicios simples militares, y el personal de la reserva (no procedente del cuadro permanente) que estando incorporado y como consecuencia de actos de servicio resultare con una disminución similar a la correspondiente a los conscriptos, que le impida continuar prestando servicios en actividad; art. 76 inc. 3 aps. a), b) y c) de la ley 19.101 -texto según ley 22.511-.

16. Sena, A. c/ Estado Nacional del 5.3.96; Pappalardo, J. c/ Estado Nacional de la misma fecha; Villaverde, G. c/ Estado Nacional del 26.3.96.

17. Marzo/96.

18. Con fecha 20.8.96 se expidió en una causa promovida por un marinero de primera con fundamento en la ley de accidentes del trabajo en virtud de un accidente calificado por la autoridad administrativa como “acto de servicio”. Como señalé, cabe asignarle valor doctrinario, ya que la postura expresada -contraria a que el personal “voluntario” obtenga reparaciones que se sumen al beneficio previsional- no contó con el número de votos necesarios para formar mayoría. En efecto, nuestro Más Alto Tribunal reiteró los principios establecidos en “Mengual” en el sentido de que no existe óbice para otorgar una indemnización basada en normas del derecho común a integrantes de las Fuerzas Armadas o de Seguridad, cuando las normas específicas que rigen a esas instituciones no prevén una indemnización sino un haber de retiro de carácter previsional. Este fallo lleva la firma de los Dres. Nazareno, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López y Bossert. No fue firmada por los Dres. Fayt y Moliné (recuérdese que ellos no comparten esta postura) y el Dr. Vázquez, como ya expuse, votó en disidencia. En esta ocasión, solo mencionaré dos conceptos que introduce el Ministro Vázquez: uno, consiste en asignar carácter polivalente (previsional y resarcitorio al mismo tiempo) a los beneficios acordados por el régimen específico; el otro, está dado por tomar como pauta distintiva de casos, la previa determinación de si el siniestro es consecuencia del riesgo propio de la actividad militar o de seguridad (hay que establecer si las causas responden a un agravamiento culposo o doloso del mencionado riesgo, originado en una conducta imputable a un miembro del arma), que luce muy valioso para determinar la responsabilidad al Estado cuando se trata de discernir estos supuestos.

2) Si la incapacidad de los ex conscriptos es mayor que 66%, o cualquiera sea el grado de minusvalía (mayor o menor que esa cifra) si se trata de oficiales y suboficiales,¹⁹ corresponde analizar los hechos que ocasionaron los daños y reflexionar sobre la posible decisión de la Corte, porque en atención a la variedad de matices que ofrece la realidad y lo controvertido de la materia, parece más apropiado hablar de “mayoría circunstancial respecto de hechos puntuales”, que de “Corte en su actual composición”.

a.- Si son lesiones “típicamente accidentales”²⁰ nuestro Más Alto Tribunal, por mayoría, acordaría una reparación fundada en el derecho común, sin perjuicio del beneficio previsional pertinente. En efecto, los jueces Belluscio y Boggiano porque se sujetan rígidamente a “Gunther-Luján” que, como ya expuse, acepta la tesis amplia. Los Dres. Nazareno, Petracchi y Bossert porque así lo precisaron al votar en “Mengual” señalando que corresponde atenerse a los acontecimientos para discernir los supuestos en que la lesión es consecuencia del cumplimiento de misiones específicas, características de la prestación del servicio público de defensa. Asimismo, recordemos que el Ministro López votó en sentido análogo en “Perrotta” bien que aclarando que la indemnización igualmente correspondería si concurren los recaudos establecidos en los arts. 1112 o 1113 del Código Civil.

Suman así 6 las opiniones proclives a conceder una reparación sustentada en normas del derecho civil en estos casos, con lo cual se obtiene la mayoría necesaria para darle validez a una sentencia: Dres. Belluscio, Boggiano, Nazareno, Petracchi, Bossert y López. Por ello aquí carece de relevancia práctica que 2 Ministros no compartan el criterio: el Dr. Fayt expresó su discordancia ya desde “Gunther”, y el Dr. Moliné O’Connor propugna la antigua jurisprudencia según expuso en “Valenzuela”.²¹

b.- Es diferente cuando el hecho origina en los ex soldados conscriptos una incapacidad como la señalada (mayor que 66%) o de cualquier entidad en el personal voluntario, si ella fue consecuencia de la prestación del “servicio público de defensa”, y no se aplican los arts. 1112 o 1113 del Código Civil.

Por ejemplo, ese podría haber sido el caso si Pablo S. Perrotta²² hubiera sufrido una incapacidad mayor que 66%, o el de un oficial o suboficial herido en Malvinas; o, yendo a supuestos más actuales y probables, el de un policía herido por delincuentes o un bombero de esa repartición quemado en un incendio.

En el bosquejo -mayoritario en este tema- de los jueces Nazareno, Petracchi, Bossert y López (conforme su voto en “Mengual”) y Fayt y Moliné O’Connor (tradicionalmente adversos a admitir la acumulación de beneficios en cualquier caso) ninguno de los sujetos nombrados podría obtener indemnización con base en el derecho civil.

Quedarían en minoría los Dres. Belluscio y Boggiano.

c.- Si en el transcurso de hechos como los descriptos precedentemente, la lesión encuadrara en los arts. 1112 o 1113 del Código Civil la tesis denegatoria

19. En la medida en que la normativa militar no instituye una indemnización.

20. Retengamos que este concepto fue introducido por el juez Petracchi al votar en “Román” (Fallos 312:989), caso en el que el actor sufrió daños al resbalar de una escalera.

21. Fallos 315:1731.

22. Recordemos que Perrotta era soldado conscripto durante el ataque al Regimiento III de la Tablada y que su incapacidad fue menor -45%-.

de la indemnización seguramente perdería la adhesión del Dr. López, ya que así parece surgir de su voto en “Perrotta” (cons. 9º, 2º párrafo *in fine*). Este integraría la minoría en pro del resarcimiento, junto con los Dres. Belluscio y Boggiano. Continúa la superioridad numérica de la postura restrictiva: Dres. Fayt, Moliné O’Connor, Nazareno, Petracchi y Bossert.

Me pregunto si cabría la posibilidad de que se verificara una lesión “típicamente accidental” durante la prestación del “servicio público de defensa”. Al respecto se me ocurre el caso de un oficial o suboficial que sufriera lesiones graves al resbalarse por pisar un resto de comida en la cantina en la que se hallaba en las Islas Malvinas, cuando se dio un alerta de ataque y se incorporó para ir a su puesto de combate. ¿Podría hablarse de lesión típicamente accidental? A su vez, se aplicaría el art. 1113 del Código Civil porque el accidente fue ocasionado con la intervención de un objeto riesgoso (sobra de alimento resbaladizo ubicada en un lugar de tránsito de personas); o en el supuesto de que un oficial de la Prefectura Naval Argentina resultara con una fea cicatriz al golpear su cara con una escotilla de la embarcación que tripulaba cuando estaba en curso de navegación para interceptar un buque pesquero, todavía distante.

Como hecho anecdótico, destaco que la admisión de reclamos con fundamento en el derecho civil, posibilita que se engrose la cuenta indemnizatoria con el rubro “daño estético”, actitud que parece contrastar con los principios propios de la actividad militar.

EX SOLDADOS CONSCRIPTOS

Dije al principio que intuitivamente podría pensarse que la situación de quienes integran los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas o de Seguridad debería ser diferente de la que corresponde a los ex soldados conscriptos; sin embargo ambos poseen “estado militar”, con las secuelas que ello implicó, según ya describí. Dije también que el interés en el tema excede lo meramente académico porque todavía tramitan demandas promovidas por ex soldados conscriptos.

Pues bien, en mi criterio ambos merecen tratamiento distinto. No sólo por razones extrajurídicas basadas en sentimientos, sino por una interpretación fundada en concretas disposiciones legales.

En cuanto a las primeras, bastaría señalar lo arbitrario que significaba el hecho de que el Estado, es decir, la comunidad, pudiera tomar sano a un joven para cumplir el servicio militar, y devolverlo minusválido a la vida civil. Empero, esta razón tiene connotaciones efectistas, más que reales, si las normas que regulan la cuestión establecen los límites del derecho indemnizatorio.

En lo que atañe a los motivos jurídicos que determinan un tratamiento diferenciado, haré las siguientes consideraciones:

Como señalé antes, la tesis restrictiva admite soluciones fuera de las normas militares, solo en el caso de que una ley lo autorice. En mi opinión, existe tal dispensa legal: la ley 24.028, posterior a la 19.101 y su modificatoria 22.511, contempla expresamente²³ que el Estado Nacional, Provincial y Municipalidades

23. Art. 20.

deban responder por los daños que sufrieran en su integridad psico-física las personas obligadas a prestar un servicio de carga pública, por el hecho o en ocasión del servicio que dicha carga implique.

De este modo, a partir de la entrada en vigencia de esa ley (dic./91), quienes cumplían con la carga pública del servicio militar obligatorio, estuvieron amparados por una disposición que admitía un resarcimiento especial que desplazó al establecido en general para aquellos alistados por mandato legal y no por sometimiento voluntario.²⁴ Tal temperamento, como ya expresé, está formalmente admitido, e incluso es uno de los presupuestos de la postura limitativa.²⁵ En mi criterio, la reparación del infortunio con sustento en la ley 24.028 substituiría también la indemnización prevista para los conscriptos que al ser dados de baja, presenten una incapacidad menor que 66%,²⁶ siempre que los hechos estén comprendidos en el plazo de vigencia de esa norma.

De todos modos, este razonamiento también es merecedor de observaciones, que puedo enunciar así: se trata de un conflicto entre una disposición general (la mención genérica a la “carga pública” hecha en la ley 24.028) y otra especial (la ley 19.101 y su modificatoria n° 22.511); otra es el siguiente interrogante: ¿comprende esa norma las acciones bélicas contra enemigos extranjeros? (Ingleses en Malvinas). El interés práctico de esta pregunta pierde substancia a medida que transcurre el tiempo, ya que las acciones de los ex-conscriptos prescriben a los dos años (el vínculo que los une al Estado es extracontractual),²⁷ el servicio militar obligatorio fue eliminado, y la nueva Ley de Riesgos del trabajo no contempla el supuesto.

PERSONAL INCORPORADO VOLUNTARIAMENTE

Distinto es el caso de quienes se incorporaron espontáneamente a la milicia, respecto de los cuales se dijo -hasta que se falló el caso “Luján”- que estaban sujetos a un régimen distinto al cual habían adherido libremente y sin reservas. Como ya señalé, se consideró que dicho sistema resarce los eventuales daños mediante un régimen específico excluyente del común que consagra el derecho civil; aunque, como describí en esta nota, los últimos pronunciamientos del Alto Tribunal, ciñen la tesis restrictiva a los perjuicios padecidos en el contexto del cumplimiento del cometido específico de la fuerza a la que pertenece la víctima (reitero: esto es, lesiones sufridas en acciones bélicas o en la lucha contra el delito), salvo que confluyan las condiciones exigidas en los arts. 1112 o 1113 del Código Civil (Dr. López) o, más genéricamente durante la prestación del “servicio público de defensa” (Dres. Nazareno, Petracchi y

24. CNFed. Civ. y Com., Sala 2, causa 3830 del 22.2.96 .

25. Téngase presente que la Corte dijo que a falta de disposiciones legales expresas para hacer efectivos los resarcimientos (y este no es el caso que concierne a los ex soldados conscriptos porque una norma -la ley 24.028- contempla expresamente a quienes deben cumplir una carga pública) cabe remitirse a los principios generales del derecho y a disposiciones que rigen situaciones análogas (Fallos 195:66; 274:432; voto del Dr. Fayt en “Gunther”, cons. 6°).

26. Si es mayor, desde luego.

27. Plenario de la Cámara Civil y Comercial Federal *in re* “Cade, R.A. c/ Gobierno Nacional”.

Bossert). Ambos supuestos (recordemos que en ellos no se habilitaría la acción de derecho común) contarían además con el apoyo de los Dres. Fayt y Moliné O'Connor, quienes tradicionalmente han defendido el esquema restringido.

Cuadra añadir que, a diferencia de lo que ocurre con los ex soldados conscriptos, la ley de accidentes del trabajo (antes la 9688 y sucesivas reformas, hoy la n° 24.028) no resulta aplicable en ningún caso. Ello así, porque ésta no ha dejado sin efecto el régimen que para los accidentes vinculados al tipo de personas al que me estoy refiriendo ahora (oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad) prevé en forma puntual la ley especial para ellas, que se han incorporado voluntariamente a la milicia y aceptan sujetarse al régimen cerrado y autónomo que rige en forma específica y excluye la aplicación de normas ajenas.²⁸ Aclaro que para una más sencilla comprensión, he simplificado los casos haciendo alusión a “ex soldados conscriptos” y a “personal voluntario”. Ambos se vinculan a personal damnificado como consecuencia de “actos de servicio”; pero es menester señalar que las normas referidas contemplan asimismo al personal superior o subalterno del *cuadro permanente* que pase a situación de retiro debido a inutilización *no* producida por actos de servicio y no tuviere computados 15 años de servicios simples militares; al personal superior y subalterno del *cuadro de la reserva* (no procedente del cuadro permanente) y a los alumnos de escuelas militares, colocándolos en situación análoga a los conscriptos, en tanto les reconoce una única *indemnización* de hasta 35 haberes del grado de cabo o cabo 2°.²⁹ Tampoco he considerado las distintas alternativas que podrían presentarse en caso de fallarse los casos estando alguno de los integrantes de la Corte en uso de licencia: según de quien se trate y el número de ausentes, podría alterarse la formación de mayoría para decidir casos puntuales.

Las normas que mencioné a lo largo de este trabajo, tienen carácter “Federal”; es decir que los juicios en los que están involucradas pueden llegar a la Corte por vía del recurso extraordinario (art. 14, inc. 3°, ley 48). Dicho Tribunal es intérprete final de esta clase de disposiciones; de modo que su alcance no será otro que el que determine ese órgano y de allí la importancia de analizar sus precedentes a fin de extraer la pertinente *ratio decidendi* que permita establecer determinadas categorías de casos; el hallazgo de enunciados generales que posibilite encuadrar los distintos supuestos.

En la evolución jurisprudencial descrita a lo largo de este trabajo, se puede observar que el denominado “factor temporal” adquirió ribetes

28. Del voto de la Dra. Mariani de Vidal en la causa 6182 del 17.8.94.

29. La ley 19.101, establece definiciones en cuanto al personal que integra las Fuerzas Armadas. Distingue esta norma (arts. 2° y 3°), *cuadro permanente*, de *reserva*. El primero, integrado por el personal que voluntariamente se encuentra incorporado para prestar servicios militares, y está en actividad; la segunda se refiere tanto a la denominada “*reserva incorporada*” (personal no perteneciente al cuadro permanente que se encuentra incorporado para prestar servicios militares), como a la “*reserva fuera de servicio*” (constituida por personal proveniente del cuadro permanente por retiro o por baja que conserve su aptitud para el servicio militar; el que habiendo recibido instrucción, conserva su aptitud para el servicio militar, y está en situación de fuera de servicio; o aquél que sin haber recibido instrucción, sea destinado de conformidad con las correspondientes leyes de la Nación).

dramáticos. Por ejemplo, para quien demandó estando vigentes los precedentes “Gunther-Luján” y durante la tramitación del pleito la Corte cambió esa dirección con “Valenzuela”. A fin de evitar innecesarias repeticiones, me remito a lo ya expuesto cuando mencioné los distintos trastueques.

Como expuse al principio, uno de los argumentos en virtud del cual en su momento se apoyó el cambio jurisprudencial que admitió el resarcimiento de los daños con sustento en el derecho común, consistió en concluir que no hay superposición de ventajas que atiendan un mismo propósito: pensión y haber de retiro por un lado (se asignó a éstos una notoria resonancia previsional, y no función resarcitoria) y reparación de los daños según las reglas del derecho común por otra parte, apuntan a diferentes finalidades.

En contra de esa conclusión, citaré un pasaje de H.W.R. Wade.³⁰ Dice este autor que lo que se pretende es evitar que en caso de accidente los contribuyentes paguen el doble: una vez en concepto de daños y perjuicios, y otra a modo de pensión por incapacidad, a la persona lesionada o a los que dependen de ella.³¹ Es que no puede obviarse el hecho de que el haber de retiro constituye un monto que el Estado Nacional paga a los damnificados de por vida.

En síntesis, más allá de los efectos que se le asigne, dicho haber constituye por su propia naturaleza y por la fuerza misma de la realidad, una indemnización vitalicia del infortunio.³²

Admito que la cuestión es opinable, pero considero que aun a partir de la posición amplia, habría que verificar en cada caso de qué incapacidad se trata, la edad y grado militar que reviste el damnificado, porque en algunos supuestos la pensión podría exceder largamente la indemnización que fijan los jueces en nuestro medio,³³ por lo que me parece claro que el monto percibido y a percibir en concepto de pensión debería ser tenido en cuenta; aunque este temperamento introduciría objeciones de tipo lógico-jurídico en el esquema de “Gunther-Luján”, una de cuyas premisas consiste precisamente en la afirmación de que haber de retiro o pensión no se vinculan con la noción de resarcimiento, reparación o indemnización y no cabe atribuirles cometido resarcitorio.

En este estado, quiero aclarar que aprecio dos circunstancias decisivas en los vaivenes jurisprudenciales: una estuvo dada por el paso de distintos ministros por el Alto Tribunal (recambio de jueces y aumento de miembros). No siendo aquél un órgano con voluntad independiente de sus integrantes, sino un ente complejo en el que sus decisiones se conforman por la compatibilización de las distintas opiniones, resulta inobjetable que los jueces fijen su postura personal, no necesariamente coincidente con la de sus colegas, o con anteriores fallos del órgano que integran.

Por su parte, el tema de la reparación debida a los militares lesionados en actos de servicio, no está exento de controversia; y ello no sólo aquí. Por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica, en diciembre de 1950, la

30. Profesor de la Universidad de Oxford.

31. “Derecho administrativo”, Madrid, 1971, trad. de M. Baena de Alcázar y E. Bardón Fernández, p. 427.

32. CNFed. Civ. y Comercial, Sala 2, causa 6182 del 17.8.94

33. id. nota anterior.

Corte Suprema de ese país falló el caso “Feres, Executrix, v. United States”³⁴ que dio origen a la corriente conocida como “doctrina Feres”, limitativa en extremo. Decidió en esa causa que los individuos en servicio militar activo no pueden demandar al Estado en virtud de daños ocurridos durante su prestación.³⁵ Este concepto está en evolución,³⁶ y su análisis no constituye objeto de este trabajo, pero menciono el asunto porque considero útil la noticia de que también en otras partes el tema dista mucho de encontrarse agotado. En lo que concierne a nuestro medio, quedan varias cuestiones pendientes acerca de las cuales los distintos miembros de nuestro Alto Tribunal no coinciden exactamente, tal como describí a lo largo de esta obra.

Para concluir, quiero compartir una hipótesis: si en un mismo hecho (por ejemplo, la explosión de un artefacto) resultan heridos un soldado conscripto y un oficial del Ejército, determinándose en ambas personas una incapacidad de 60% (menos que 66%, conf. “Bertinotti” y fallos posteriores), el 1º únicamente tendrá derecho a una indemnización de hasta 35 haberes mensuales del grado de cabo o cabo segundo,³⁷ en tanto que el que se enroló voluntariamente tiene la facultad de obtener un resarcimiento por la vía del derecho común. La diferencia, como se puede apreciar, es irritante.³⁸

34. 340 U.S. 135.

35. H.P. Mc. Clure “Liability of Administrative Officials”, *The George Washington Law Review*, vol. 53, n° 1-2, nov. 84/ en./85, p.223.

36. T. E. Szykowny “Duty to warn as an inroad to the Feres Doctrine: a theory of tort recovery for the veteran” *Ohio State Law Journal*, 267; C.W. Howland “The hands-off policy and intramilitary torts”, *Iowa L. Review Rev.* 93. Agradezco a Jenifer Madrid, de NYU, su colaboración para obtener estos antecedentes.

37. Art. 76, in. 3), ap. c), ley 19.101 (texto s/ ley 22.511).

38. Al solo fin ilustrativo, ya que se trata de un % distinto de incapacidad, ver indemnizaciones mencionadas en la nota n° 13.

