

**Causa 6946/2007 – “M. L. E. y otro c/Estado Nacional Ministerio de Justicia Seguridad y DDHH y otro s/daños y perjuicios” – CNCIV Y COMFED – SALA II – 03/09/2013**

En Buenos Aires, a los 3 días del mes de septiembre de 2013, se reúnen en Acuerdo los señores jueces de la Sala II de esta Cámara para dictar sentencia en los autos del epígrafe. Conforme con el orden de sorteo efectuado, la doctora GRACIELA MEDINA dice:

I.- L. E. M. y C. A. D. iniciaron demanda por los daños y perjuicios ocasionados por la muerte de S. S. B., producida por el disparo de arma de fuego reglamentaria del también fallecido agente de la Policía Federal Argentina E. A. J., contra la Policía Federal Argentina, el Estado Nacional -Ministerio del Interior- y/o contra quien resulte civilmente responsable por los daños causados por personal policial con arma provista por dicha institución, con fecha 16 de febrero de 2006.-

L. E. M. relató que el día 16 de febrero de 2006, aproximadamente a las 12.30 hs., su hija S. S. B., de 25 años de edad, se hallaba en el primer piso del local de comidas rápidas “Mac Donalds”, ubicado en Avenida Callao 131 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en compañía del señor E. A. J., sentados frente a frente, presumiblemente almorzando, cuando en un momento, y sin que nada predijese una tragedia, J. extrajo su arma reglamentaria Bersa Thunder calibre 9 mm n° 595.123 dígito 11, otorgada por la Policía Federal Argentina, y disparó a corta distancia en la frente de S. S. B., provocándole la muerte instantánea.-

Agregó que según algunos testimonios rescatados en el local minutos después por personal de la instrucción dieron cuenta de que primero se escuchó un disparo de arma de fuego, y que al mirar los presentes hacia el lugar desde donde provenía el ruido, vieron que su hija caía hacia un costado y que J. la miraba mientras llevaba el arma de fuego hasta su sien para efectuar otro disparo que también le produjo la muerte inmediata.-

Señaló que con motivo de este hecho se instruyó la causa penal n° 10.313/06 en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción n° 35, Secretaría 120.-

Puntualizó que el fundamento de la presente demanda se halla en el obrar antijurídico de J. quien, pese a no estar uniformado en el momento del hecho dañoso, en su carácter de integrante de las filas de la Policía Federal Argentina, portaba el arma reglamentaria que le fuera otorgada por dicha fuerza de seguridad.-

Recordó que conforme surge de la causa penal resulta indiscutible y se encuentra totalmente probado que J. provocó la muerte de S. B. cuando le disparó un balazo en la frente con su arma reglamentaria y que en ese momento no se hallaba en servicio, señalando asimismo que se halla suficientemente probado que con idéntica arma el agente de policía J. se quitó la vida momentos después del deceso de su hija, conducta que, a su juicio, compromete la responsabilidad de la Policía Federal Argentina y del Ministerio del Interior, por cuanto J. era dependiente de dicha institución.-

Citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de nuestra Excma. Cámara en apoyo de sus dichos.-

Reclamó \$ 400.000 por daño emergente y valor vida y \$ 200.000 por pérdida de la chance. Respecto del daño moral se refirió no sólo al dolor que le provocó a ella como madre la muerte de S. B. sino también el que sintió su novio y conviviente C. A. D., con quien planeaba casarse a fin de ese año. Por este concepto pretendió para ella la suma de \$ 250.000 y por el novio \$ 150.000.-

Asimismo solicitó \$ 55.000 por la incapacidad psíquica que le produjo a ella el deceso abrupto de su hija y \$ 25.000 para su novio, a lo que agregó un reclamo por gastos de asistencia psicológica, que en su caso asciende a la suma de \$ 21.600 en concepto de terapia individual sugerida por la experta y de \$ 4.320 por terapia grupal, y en el caso del señor D. la suma reclamada es de \$ 18.000.-

Finalmente precisó el monto total reclamado, el que fijó en la suma de \$1.123.920 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, con más los intereses y las costas del juicio.-

Previo a la exposición de los hechos solicitó se intime a la Policía Federal Argentina para que denuncie los datos de la empresa que la aseguraba a la fecha del hecho dañoso, a fin de proceder a la citación en garantía en los términos del artículo 118 de la ley 17.418.-

II.- A fs. 68/78 vta. contestó la demanda el Estado Nacional -Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, Policía Federal Argentina- oponiendo excepción de prescripción y de falta de legitimación activa, negando, asimismo, todos y cada uno de los hechos invocados por el actor que no fueren expresamente reconocidos por su parte.-

Reseñó los antecedentes del caso, haciendo alusión a las actuaciones sumariales caratuladas: “Homicidio”, labradas en la Comisaría 5°, en las que L. E. M. expuso que su hija S. S. B. vivía con ella, en el domicilio sito en la calle ... de González Catán, Pcia. de Buenos Aires, que se encontraba cursando el tercer año de la Escuela de la Policía Federal Argentina.-

Prosiguió el relato señalando que la actora manifestó, además, que su hija estaba viviendo una situación de noviazgo desde hacía más de once años con C. A. D., pero que no obstante ello sabía por dichos de su propia hija que había tenido una relación circunstancial con un compañero de la escuela de cadetes que se había recibido el año anterior, cuyo nombre era E. A. J., quien era muy sobre protector a pesar de que sabía que la relación no sería duradera a causa de los planes de casamiento de la occisa con D.-

Recordó, asimismo, que la madre expresó que temía que ese joven tomara alguna determinación para intentar evitar la ruptura de la relación, pues se había enterado de que llegó a enviarle a la víctima en un día 40 mensajes de texto a su celular, sin recibir respuesta alguna de ella.-

También se refirió al testimonio brindado por la madre de J., la que manifestó que el día del trágico suceso su hijo desayunó como siempre, sin alteración en su ánimo, y que ante de irse le comentó que iba a realizar unos trámites y a encontrarse con su novia, S. S. B., agregando que a ella le constaba que su hijo mantenía una relación de noviazgo con esa chica dentro de los parámetros normales y habituales, viéndose frecuentemente y manteniendo comunicaciones telefónicas y que, incluso, el día 27 de diciembre del año anterior al hecho ambos habían cenado en la casa de S. por invitación de su madre.-

Precisó que la señora reconoció que la pareja había tenido algunas diferencias, motivadas en el hecho de que S. amenazó con abandonarlo porque no tenía auto y vivía muy lejos y que en otra oportunidad dijo hallarse muy enferma con problemas ginecológicos y hormonales, pero que pese a ello continuaban juntos, por lo que ignoraba la razón por la

cual sucedió el hecho fatal.-  
La demandada expuso que resulta evidente que se trató de un hecho netamente pasional, por lo que no encuentra nexo causal entre la actividad policial y el hecho dañoso, por lo que concluye en que no existe fundamento alguno que permita atribuir responsabilidad al Estado Nacional.-

Aseveró, por otra parte, que el concubino carece de acción para reclamar en las presentes actuaciones, ello por cuanto los casos en los cuales la Justicia le concedió a la concubina el derecho a reclamar por alimentos, lo hizo condicionado a que la concubina probara acabadamente que existía la situación alimentaria y que se sostenía regularmente, situación que, a su juicio, no fue probada en autos.-  
Sintetizó respecto de este tema, que el co-actor D., quien se presenta como concubino, además de no haber ofrecido la prueba pertinente para acreditar tal carácter, no ha probado tampoco recibir de la fallecida S. B. ayuda económica alguna.-  
Impugnó, asimismo, los conceptos y montos indemnizatorios.-

III.- A fs. 80/83 la parte actora contestó el traslado de las excepciones, las que fueron tenidas presentes para su oportunidad (conf. fs. 84).-

IV.- El señor Juez de primera instancia, en su pronunciamiento de fs. 302/307, condenó al Estado Nacional (Ministerio de Seguridad-Policía Federal Argentina) a pagar, en el plazo de veinte días corridos, la suma de \$ 353.440 a L. E. M. y la de \$ 23.440 a C. A. D., con más los intereses a partir del día siguiente al que ocurrió el hecho dañoso (16.2.2006) a la tasa del 6% y hasta que quede firme la sentencia, con excepción del costo por tratamiento psicológico; desde allí en adelante, a la tasa que perciba el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días, imponiéndole las costas del proceso.-

V.- La referida sentencia suscitó el recurso de ambas partes (fs. 313 y fs. 317). La parte demandada expresó agravios a fs. 328/29 vta., cuyo traslado fuera contestado a fs. 341/43 vta. y la parte actora hizo lo propio a fs. 331/39. Median, además, recursos que se vinculan con la regulación de honorarios (fs. 315 y fs. 320), los que serán tratados por el Tribunal en conjunto a la finalización del presente Acuerdo.-  
Las quejas de la demandada se refieren a los siguientes puntos: a) monto del daño patrimonial, b) rechazo de la falta de legitimación activa opuesta respecto del co-actor D., c) punto de partida de los intereses. Por su parte, los agravios de la actora se centran en estos temas: a) monto otorgado a L. M. en concepto de “valor vida”, b) rechazo de dicha indemnización en favor de D., c) sumas otorgadas en el rubro “gastos” por tratamiento psicológico de ambos accionantes, d) rechazo de la pretensión de indemnización por daño moral en favor de D., e) intereses fijados.-

VI.- Aclaro, ante todo, que no obstante haber analizado todas las pruebas de la causa y reflexionado sobre los diversos planteamientos de las partes, sólo volcaré en este voto aquellos fundamentos que considero “conducentes” para la correcta composición del diferendo. Me atengo, así, a la Jurisprudencia de la Corte Suprema que ha juzgado correcta tal metodología (confr. Fallos: 265:301; 278:271; 287:230; 294:466, entre muchos otros) y que es criterio recibido, en orden a la selección y valoración de la prueba, por el artículo 386, segunda parte, del Código Procesal.-

VII.- Trataré, en primer término, la falta de legitimación activa opuesta por la demandada respecto del co-actor D., recordando que hay falta de legitimación para obrar cuando el

actor o demandado no son las personas especialmente habilitadas por la ley para asumir calidades con referencia a la concreta materia sobre la cual versa el proceso (conf. FENOCHIETTO - ARAZI, "CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, COMENTADO Y CONCORDADO", T. 2, P. 228, Astrea, BS. AS., 1985; PALACIO, "LA EXCEPCION DE FALTA MANIFIESTA DE LEGITIMACION PARA OBRAR", "Revista Argentina de Derecho Procesal", 1968, N° 1, P. 78). La legitimación activa supone la aptitud para estar en juicio como parte actora, a fin de lograr una sentencia sobre el fondo o mérito del asunto, que puede ser favorable o desfavorable (Conf. FENOCHIETTO - ARAZI, Op. Cit., p. 229).-

En el caso del señor D., quien ocurre ante los estrados judiciales proclamando su calidad de concubino de la occisa, diré que me parece razonable la conclusión a la que arribó el señor Juez "a quo" al dirimir este tema, en tanto determina que si D. obtuvo una pensión por la muerte de la señorita B., y ello fue debidamente acreditado en estas actuaciones (conf. fs. 9 y 12 y contestación de oficio de fs. 215), parece claro que revestía la calidad de concubino, pues para lograr ese beneficio debió realizar una serie de trámites y acercar determinadas constancias y pruebas que culminaron en el reconocimiento de dicho carácter.-

En tales condiciones, estimo que no le asiste razón al apelante en este punto.-

VIII.- Aclarado el tema de la legitimación del señor D. para actuar en este juicio, analizaré la cuestión de fondo, que se introduce como la primera de las quejas vertidas por la accionada.-

Debo recordar al respecto que el Estado ha de responder en forma directa por los hechos ilícitos cometidos por los miembros de sus fuerzas de seguridad en ejercicio o en ocasión de sus funciones (MOSSET ITURRASPE, J. "Responsabilidad por daños", t. X, "Responsabilidad del Estado", Ed. Rubinzal Culzoni, 2004, p.231). Y si bien en el caso "sub examine" el agente fallecido J. se encontraba franco de servicio y no tenía la obligación de portar el arma reglamentaria, conforme lo dispone actualmente la normativa vigente en la materia (Disposición en la Ordena del Día Pública N° 115 del 16/6/1999), ello no impide que el derecho público extraiga de dicho premisa el fundamento de la responsabilidad del Estado y determine que se trata de una responsabilidad directa, fundada en la idea objetiva de la falta de servicio, aún cuando se considere la falla personal del agente público.-

Y ello es así por cuanto aún cuando J. no se encontraba cumpliendo tareas específicas de su cargo, portaba el arma reglamentaria de propiedad de la Policía Federal Argentina, cuerpo que, como es sabido, debe velar por la seguridad de los ciudadanos y mantener el orden público del Estado.-

En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el daño que motiva el presente juicio tuvo conexidad con el accionar del agente que lo causó aunque no se encontrara cumpliendo las tareas específicas del cargo, pues "basta que la función desempeñada haya dado la ocasión para cometer el hecho dañoso" para que surja la responsabilidad del principal (Fallos 317:1006). El Estado es responsable por el hecho dañoso, aún cuando el autor de los disparos fatales estuviera fuera de servicio, toda vez que la muerte de Ariel Roberto Morales fue consecuencia directa del uso del arma que la Policía Federal Argentina proveyó a uno de sus agentes con la finalidad de mantener el orden público (doctrina de Fallos 327:5295).-

Es que si alguien es provisto de un arma, quien lo provee de ella debe atenerse a los riesgos

que la peligrosidad de la cosa genera, ya que de los servidores públicos que reciben un arma de fuego para el cumplimiento de su misión cabe esperar la serenidad y el equilibrio necesarios para no utilizarla contra sus iguales y protegidos sin motivo alguno. Es indudable que la Policía Federal es responsable de la elección de sus agentes y de su adecuada preparación técnica y psíquica (conf. esta Sala, causa 5053/2007 del 15.3.13 y Sala III, causa 2315/92 del 27.8.96).- En consecuencia, juzgo inatendibles los agravios que vierte la demandada en el aspecto medular de la cuestión.-

IX.- Me referiré ahora a la cuestión que agravia a la a parte actora, relativa al rechazo de la pretensión de D. al cobro de una de indemnización por daño moral, para luego tratar el tema de los montos otorgados en concepto de “valor vida” y por tratamiento psicológico para ambos actores.-

Quiero decir sobre el tema del daño moral que pretende el concubino, que la aplicación rígida del texto del art. 1078 del Código Civil -aparentemente impositivo de otorgar indemnización por daño moral al concubino- estaría marcando una diferencia notoria en el tratamiento respecto del reclamo por daño material. Por lo tanto, a fin de mantener la igualdad de todos los habitantes ante la ley y de no efectuar discriminaciones que afecten a la vida y decisiones íntimas de las parejas (art. 16 de la Constitución Nacional) el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en forma armónica para que no arroje un resultado disvalioso al apartarse de la realidad social.-

En consecuencia debe admitirse la indemnización del daño moral del concubino por la muerte de su pareja, como damnificada directa en los términos del art. 1078 del Código Civil, el que se declara inconstitucional en el caso concreto en cuanto limita la indemnización a los herederos forzosos.-

Cabe recordar que el Art. 1078 del Código. Civil dice: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.-

El art. 1078, segundo párrafo, del Código Civil confiere legitimación a la víctima de un hecho ilícito para demandar una indemnización por el daño moral ocasionado, y si del mismo resulta su muerte, la legitimación para formular tal reclamo es reconocida a sus herederos forzosos.-

Ahora bien, dado que el concubino no reúne esta condición de “heredero forzoso”, se han esbozado desde antaño -doctrinaria y jurisprudencialmente-, dos soluciones distintas: a) la aplicación literal de la norma -que conduce a la exclusión del concubino como sujeto legitimado para demandar el agravio moral por la muerte de su pareja-, y b) la admisión del concubino como legitimado, sobre la base de considerar inconstitucional la limitación bajo análisis.-

Por mi parte me inclino por la segunda de las posiciones, ya que considero que la aplicación del art. 1078 del Código Civil, -en el caso- resultaría lesivo de derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional, como lo son la protección integral de la familia y la igualdad ante la ley, en la certidumbre de que la muerte del compañero ha conculcado en la concubina un derecho legítimo, proveniente de su emplazamiento existencial y suficientemente acreditado a partir de la relación estable a mantenida con la víctima que ha dado lugar a que a ella se le otorgue el derecho a pensión.-

Para llegar a la solución que propicio debe partirse del paulatino reconocimiento que viene teniendo el status del concubino en cuanto al reclamo del daño patrimonial sufrido a consecuencia de la muerte de su pareja, tanto sea a título indemnizatorio como provisional y en cuanto a la extensión de la obra social, derecho a continuar la locación de la vivienda, etc.-

En este sentido parece arbitrario y por lo tanto inconstitucional que tratándose de la muerte de la persona con quien se ha estado unido por lazos de afecto, el daño moral -y la consecuente indemnización- pueda ser presumido en el caso de matrimonio, y negado a quien por no mediar la institución matrimonial, se encuentra en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de una familia.-

De aceptarse el rechazo indemnizatorio, en el caso, parecería más una sanción a una conducta que de hecho no la tiene -la convivencia sin matrimonio-, que una adecuada respuesta en orden al derecho de daños.-

Tengo para mí que la limitación del art. 1078, en cuanto impide la indemnización del daño moral del conviviente, choca con el criterio imperante en materia de daños -reparación plena e integral de quien ha sufrido un daño injusto-, que se encuentra profusamente abonado en la legislación, doctrina y jurisprudencia, a partir de inequívoca normativa: arts. 1068/9, 1071 bis, 1077, 1078, 1ra. parte, 1079, 1080, 1083, 1084/5, 1109 y sgtes. y concs. del Código Civil.-

En este sentido entiendo que la finalidad de la ley al restringir el cupo de legitimados, atendible “prima facie” para no multiplicar el número de los reclamantes comprendidos en la aflicción, no puede llegar al extremo de desconocer el explicable dolor de quien, al igual que el cónyuge superviviente, también ha visto zozobrar su patrimonio espiritual, con clara afectación de los valores de paz, seguridad, tranquilidad, etc.-

Desde hace más de 30 años en doctrina se propugna la ampliación de los legitimados para reclamar el daño moral. Ejemplo de ello fue lo recomendado por las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, en 1984, en el tema VI, punto VI (de lege ferenda), donde se aconsejó ampliar -en una futura reforma del Código Civil-, el ámbito de damnificados indirectos legitimados para el reclamo de la reparación del daño moral.-

Esta solución se ve plasmada en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1998 y en el del 2012. Ambos definen al damnificado indirecto como el “tercero sobre quien repercute el daño que sufre otra persona”, y se les reconoce legitimación para reclamar el daño extrapatrimonial al cónyuge, descendiente o ascendiente y a todos los que convivían con la víctima recibiendo un trato familiar ostensible -art. 1600, inc. d) y art. 1689-

En conclusión y hasta tanto no se reforme la legislación en el sentido doctrinariamente propuesto considero que en situaciones como las que se presentan en el caso corresponde declarar inconstitucional la limitación actual contenida en el artículo 1078 del Código Civil a la legitimación actual del concubino para reclamar el daño moral, porque no resulta razonable en tanto vulnera el trato igualitario que merecen las personas, sin consideración de su condición o estado civil, y porque vulnera la protección integral de la familia. De innegable raigambre constitucional y supranacional Por ello juzgo razonable fijar por este concepto la suma de \$ 80.000 en favor del señor C. A. D.-

X.- Respecto del monto otorgado a la señora M. en concepto de “valor vida”, el que la quejosa considera exiguo, sostengo que para fijar la indemnización por valor vida no han de

aplicarse fórmulas matemáticas, sino considerar y relacionar las diversas variables relevantes de cada caso en particular, tanto en relación con la víctima (edad, condición económica y social, profesión, expectativa de vida, etc.) como con los damnificados (grado de parentesco, edad, educación, etc.). La vida humana no tiene valor económico “per se”, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo inconmutable. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes.-

En este orden de ideas, la muerte de un hijo importa un daño futuro cierto y no eventual, indemnizable si no a título de lucro cesante, al menos como la pérdida de una chance consistente en la ayuda o sostén económico y espiritual en los años de la vejez, en la asistencia material y moral en las enfermedades y contingencias propias de la postrera edad y hasta en el momento de morir.-

Empero, no se debe perder de vista que las perspectivas de una ayuda económica futura se deben considerar con prudencia cuando se trata de la muerte de hijos casados o en situación de convivencia, como en el caso que me ocupa, pues no se debe descartar el posterior nacimiento de hijos, a los cuales los hijos vuelcan sus esfuerzos y su ayuda económica.-

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones estimo justa la suma otorgada por el señor Juez de primera instancia por este concepto.-

La queja referida al rechazo del pedido de otorgamiento de esta indemnización al señor D. cobra otro matiz diferente al reclamo por el daño moral. En efecto, juzgo que debe otorgarse resarcimiento patrimonial al concubino que se considera realmente damnificado, es decir, en tanto se pruebe el daño invocado, situación que, a mi juicio, no acontece en la especie, pues D. no se halla desempleado y no se han aportado pruebas que acrediten que el deceso de su concubina comportó un desmedro patrimonial digno de la reparación que reclama.-

En tales condiciones, me parece justa y razonable la decisión del señor Juez “a quo” al respecto.-

XI.-En cuanto al daño psíquico, que es aquél que se define como las consecuencias traumáticas que devienen del impacto que produce en la integridad de un individuo un hecho súbito, violento e inesperado; vivenciado como un ataque, que desborda la tolerancia del sujeto y sus capacidad de controlar y elaborar psíquicamente el flujo excesivo de excitación, que representa trastornos patológicos por un lapso indeterminado, pudiendo remitirse o no. Este daño debe ser pensado desde una perspectiva estructural y dinámica de la personalidad, considerando al sujeto como una entidad bio-psico-social.-

En este caso en particular, en que la señorita S. S. B. murió en forma abrupta y violenta, contando con tan sólo 25 años de edad y con un futuro personal y profesional truncado a causa del imprevisto accionar de un joven emocionalmente desequilibrado, sólo puedo concluir en que el impacto psicológico tanto para su madre como para su pareja debió haber sido tremendo.-

Ello se tradujo, para la madre de la fallecida, en una incapacidad del 55% (según el baremo neuropsiquiátrico para evaluar incapacidades neurológicas y daños psíquicos Prof. Mariano

Castex) y para su concubino en un 25%, pues el hecho dañoso actuó como una suerte de disparador de una conducta paranoide, cuya predisposición parecía compensada hasta la fecha del trágico suceso.-

Juzgo, pues, razonable confirmar las sumas que por este concepto el señor Juez de primera instancia les otorga a los accionantes, las que en un plano dogmático deben considerarse como parte integrante del daño moral.-

Me referiré ahora a los gastos por tratamiento psicológico, otra de las quejas de la actora, para decir que según el Nomenclador del Ministerio de Salud, el valor de cada sesión alcanza la suma de \$ 102,83 (conf. Resolución n° 2032/11).-

Ello así, juzgo exigua la suma otorgada por el señor Juez “a quo” en favor de la señora M. y del señor D. por este concepto y propongo elevarla a la suma de \$ 19.744 para cada uno.-

Esta suma llevará intereses a la tasa activa promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina para operaciones de descuento a treinta días desde la fecha de notificación de esta sentencia hasta el día del efectivo pago, aplicando un criterio que se condice con el aplicado a gastos futuros (conf. esta Sala, doct. de las causas 4451 del 24.2.87 y 3170/92 del 30.11.95, entre muchas otras).-

XII.- En punto a los intereses, queja vertida por ambas partes, diré en primer término que corresponde desestimar la expuesta por la parte actora. Ello es así por cuanto las normas rituales imponen la carga de expresar el agravio de modo tal que el Tribunal de Alzada pueda evaluar cuál es el perjuicio ocasionado por la decisión, situación que no acontece en el presente caso, en el que la parte actora pretende que se modifique este aspecto de la sentencia exponiendo el mismo criterio establecido por el señor Juez “a quo”, con lo cual no se advierte cuál es el agravio que le ha ocasionado.-

Empero, respecto de la queja vertida por la demandada, y que se ciñe al punto de partida de dichos accesorios, quiero recordar que el verdadero motivo por el cual los intereses deben ser calculados desde la fecha en que tuvo lugar el hecho dañoso es que, en al especie, se ha configurado un incumplimiento absoluto y definitivo de la obligación de seguridad que pesaba sobre la demandada. Por lo tanto, no sería adecuado supeditar la responsabilidad que le incumbe a una exigencia -la constitución en mora- que se tornó estéril por obra de ella misma. En tales condiciones, cabe prescindir de la exigencia de pago y considerar que cayó en mora al consumarse ese incumplimiento definitivo de la obligación y que, desde esa fecha, debe abonar los intereses que derivan de ese estado de mora (conf. esta Sala, causas 3705/2000 del 14.6.2001; 4097/99 del 11.12.2001; 8872/99 del 1.4.03, etc.).-

En tales condiciones, corresponde desestimar esta queja.- Por ello voto porque se confirme la sentencia apelada en lo principal que decide y porque se la modifique respecto del monto de la condena, el que se eleva a la suma de \$ 359.744 en favor de L. E. M. y de \$ 119.744 en favor de C. A. D., con costas de ambas instancias a cargo de la demandada, que ha resultado vencida (art. 68 del Código Procesal).-

El Dr. Ricardo Víctor Guarinoni dijo:

I.-Adhiero al voto de la vocal preopinante por razones análogas a las que expone, con excepción del considerando IX, respecto del daño moral de C. A. D. -concubino de la víctima-, del cual me pronunciaré en disidencia.-

II.- En cuanto al daño moral pretendido por el concubino, tal como lo he venido sosteniendo en mis votos formulados en autos “Rodríguez, Raquel”, “Ruggiero”, “Pérez Ramón Oscar” y “Benitez de Pocarezzi Ángela Ester y Otros” creo que el art. 1078 del

Código Civil no puede tener otra interpretación que la de referirse a los herederos forzosos que revisten ese carácter al momento de la muerte, lo que en el caso excluye al concubino por no reunir dicha condición.-

Ello es así, porque considero que la norma es clara, y las interpretaciones que pretenden ampliar el espectro de los legitimados hacen caso omiso de la voluntad del legislador, con lo que la sustituyen por la del juez, lo cual no puede ser admitido (confr. Corte Suprema, Fallos, 300:700).-

Curiosamente, en el caso se puede hablar casi inequívocamente de la “voluntad del legislador”, entidad que suscita tantos problemas para los teóricos del derecho. En efecto, quien fuera el mentor de la redacción del mencionado art. 1078, Guillermo Borda, en varios trabajos expresa que se debe tener por legitimados a los herederos forzosos efectivos, descartando a los potenciales (ver Borda, La Reforma del Código Civil, Responsabilidad Contractual, ED 29-763; Tratado de Derecho Civil, Perrot, Obligaciones, T. I, pág. 194).-

Aún cuando la cuestión ha merecido una amplia discusión doctrinaria y jurisprudencial, habiendo motivado un fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital, “Ruiz, Nicanor c/ Russo, Pascual s/ daños y perjuicios”, en el cual se sentó, por mayoría, la doctrina contraria a la que sostengo; estimo que la posición correcta es la que emana del voto de la minoría pues el argumento principal de aquella se funda en el carácter de ejercicio de un derecho propio del damnificado, quien no actúa “iure hereditatis”, por lo que no le serían aplicables las normas de derecho sucesorio.-

III.- Sin embargo, este razonamiento olvida que la única forma de determinar quiénes son los herederos forzosos -aún los eventuales- son las normas del derecho sucesorio, a las cuales debe recurrirse directamente, y no por analogía. La referencia a “herederos forzosos” del artículo citado se realiza solamente para establecer quienes se hallan legitimados para demandar indemnización por daño moral cuando se ocasionó la muerte de la víctima. Pero es ineludible acudir a las normas del Libro IV del Código Civil. Esto desmiente asimismo un segundo argumento adoptado por la posición mayoritaria en el plenario de referencia, que es el de resultar complicado formular decisiones acerca de inclusión o exclusión de herederos en medio de un juicio de daños. Las normas respectivas son clarísimas.-

IV.- Con relación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tampoco puede sostenerse que haya doctrina asentada. En el Fallo, in re: “Gómez Orue de Gaete c/ Provincia de Buenos Aires”, que data de 1993, la cuestión se decidió por cinco votos contra cuatro, impugnando los disidentes el criterio de la mayoría en precisamente este punto. En su composición actual, el Máximo Tribunal no se ha pronunciado al respecto, por lo que es aventurado pensar que hay una doctrina establecida.-

De lo expresado se infiere que no existen razones para sostener una interpretación que resulta “contra legem”. Se puede acordar en que el moderno derecho de daños pone el acento en la indemnización integral de las víctimas, pero ello no autoriza a desnaturalizar las disposiciones legales. Nótese que los doctrinarios y jueces que adoptan el criterio aquí criticado también proponen una reforma legislativa, que enumere a los legitimados.-

Ello demuestra que la norma actual dice otra cosa, y resulta forzoso hacerla decir lo que no expresa.-

V.- Por todo lo expuesto, voto por confirmar el fallo de grado, en cuanto rechazó el daño moral solicitado por C. A. D. -concubino de la víctima-.-

El Dr. Alfredo Silverio GUSMAN dijo:

I.- Adhiero al voto de la Dra. Graciela MEDINA, por los fundamentos que brindo a continuación.-

II.- El desgraciado hecho que motiva la pretensión indemnizatoria es fruto de una tragedia pasional, cuando el Sr. J. asesina a la Sra. M. y posteriormente se suicida. El Magistrado de la anterior instancia consideró responsable al Estado Nacional e hizo lugar al reclamo resarcitorio.-

III.- Ahora bien, la representación del Estado en juicio, ha consentido tal atribución de responsabilidad, pues no se agravió sobre el punto (ver escrito de fs. 328/329). En atención a ello, esta Sala se encuentra inhibida de aplicar la doctrina sentada en los autos “Carretini c/E.N.” (del 28/02/2011) -en el que no se hizo lugar a la responsabilidad estatal por un episodio derivado de la intimidad de las personas, ajeno a la función policial-, y por lo tanto carece de potestad para modificar lo resuelto por el “a quo” (arg. arts. 271 y 277 del Código Procesal).-

IV.- Ingresaré al análisis de la cuestión que suscita la discrepancia entre mis colegas, que es la legitimación del Sr. D. para peticionar el daño moral provocado por la muerte de su compañera. Me importa señalar que el Juez de grado, pese a coincidir en la procedencia sustancial del planteo -menciona que en otras causas hizo lugar a reclamos semejantes- no la admitió en autos, por no haber sido solicitada la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil.-

La actitud formalista del colega de la anterior instancia, no puede ser convalidada. Es inaceptable, ante precedentes tan contundentes emanados de nuestro más Alto Tribunal en favor del control de constitucionalidad de oficio, como los recaídos en “Mill de Pereyra” (Fallos: 324:2319), “Banco Comercial de Finanzas” (Fallos: 327:3117), y más recientemente, en el caso “Rodríguez Pereyra”, del 27/11/2012.-

A esta altura, no puede el judicante resignar el ejercicio de una de las tareas más sublimes -aunque también, la más delicada- como es mantener la supremacía constitucional (arg. art. 31 y 116 de la Constitución Nacional), por el mero hecho de que la parte no haya peticionado la revisión judicial de la constitucionalidad de la normativa involucrada en el proceso.-

V.- Ahora bien, en cuanto a la cuestión relativa a la constitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, ya había alzado mi voz disidente a la por entonces postura mayoritaria del Tribunal en los autos “Pérez c/Quiroga” (del 25/08/2010). En dicho precedente, en síntesis, sostuve que dicho precepto no es compatible con los arts. 5.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, ni tampoco con los arts. 19, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Para evitar reiteraciones innecesarias, me remito a las consideraciones allí expuestas.-

En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, esta sala RESUELVE: confirmar la sentencia de fs. 302/307 en lo principal que decide y se la modifica respecto del monto de la condena, el que se eleva a la suma de \$ 359.744 en favor de L. E. M. y de \$ 119.744 en favor de C. A. D., con costas de ambas instancias a cargo de la demandada, que ha resultado vencida (art. 68 del Código Procesal).-

De conformidad con lo establecido por el artículo 279 del Código Procesal, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto y la extensión, calidad e importancia de los trabajos realizados por la doctora Teresita A. Barragán Recalde, en su doble carácter de letrada y

apoderada de la parte actora, fijase el porcentual de sus honorarios en el 25% sobre el monto total de la liquidación final (arts. 6, 7, 9, 10, 19, 37 y 38 de la Ley 21.839, modificada por la Ley 24.432).- Ponderando el carácter de las cuestiones sobre las que debieron expedirse la perito psicóloga licenciada M. V. C. y la consultora técnica licenciada R. E. S., así como también la entidad y mérito de sus respectivos dictámenes, fijase el porcentual de sus emolumentos en el 5% sobre el monto total de la liquidación final para cada una.- Asimismo, por las tareas de Alzada, meritando el resultado del recurso, determinase el porcentual de los honorarios de la doctora Teresita A. Barragán Recalde en el 10% sobre el monto total de la liquidación definitiva (art. 14 del arancel vigente).- Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

Fdo.: GRACIELA MEDINA - RICARDO VÍCTOR GUARINONI - ALFREDO SILVERIO GUSMAN