

En la ciudad de Necochea, a los _____ días del mes de mayo de dos mil cinco, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Garantías en lo Penal, en acuerdo ordinario a efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: "**Salerno, Angela y ot. c/F.E. y ot. s/Daños y Perjuicios**", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Doctores Jorge Horacio Costa, Humberto Armando Garate y Hugo Alejandro Locio.-

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1a. ¿Es justa la resolución de fs. 690/698?.-

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde?.-

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR

GARATE DIJO:

1.-) ANTECEDENTES DE LA CAUSA.

A.-) Los hechos:

La esposa y tres hijos demandan a los menores, autor y partícipe primario en el homicidio de su esposo y padre, hecho cometido cuando eran mayores de diez años, en esta ciudad el 26 de octubre de 1996, y a sus respectivos padres.

Reclaman se les resarzan daños y perjuicios comprendiendo los gastos de sepelio, valor vida, daño síquico y daño moral (ver fs. 44/53).

Constestaron la demanda el menor partícipe primario en el delito de homicidio (fs. 100/109) y sus padres que opusieron excepción de falta de legitimación pasiva (fs. 83/94) y negaron los hechos y daños invocados.

Estuvieron a derecho y respondieron la acción, asimismo, el menor autor y sus padres (fs. 146/147 vta.) negando los hechos y planteando cuestión prejudicial.

Abierta la causa a prueba, producida ésta y certificado el vencimiento del plazo fijado para su producción se dictó sentencia.

B) La sentencia de Primera Instancia: Hizo lugar a la acción y condenó a los demandados a indemnizar in solidum los daños y perjuicios derivados del ilícito que fijó en la suma de pesos ciento tres mil cuatrocientos (\$ 103.400 para la esposa de la víctima y pesos ocho mil para cada uno de los hijos –conforme auto aclaratorio de fs. 701-, más intereses calculados a tasa activa. Impuso las costas a los demandados y difirió la regulación de los honorarios para su oportunidad.

Apelaron los actores (fs. 699) recurso concedido (fs. 702) y fundado (fs. 722/727vta.), obrando (fs. 740/743) su contestación (fs 740/43 y fs.756/757vta.). También apeló la Sra. Defensora Oficial Departamental como representante especial del codemandado autor del hecho (fs. 716) y los padres del partícipe primario (fs. 707) por sí y como curadores del ex menor, recurso concedido (fs. 708) y fundado (fs. 731/738). A fs. 747/754 figura la contestación por la actora y a fs. 758, la adhesión a sus fundamentos por del codemandado allí figurante.

La Sra. Defensora expresó agravios a fs. 759/762, los que fueron contestados por la actora a fs. 764/768.-

2)LOS AGRAVIOS Y SUS FUNDAMENTOS:

Los actores se agravian del monto de la indemnización fijada en concepto de chance que su parte denominara "valor vida".

Manifiestan que se encuentra acreditado, con las declaraciones del testigo Ostrosky (fs. 399/400), Fernández (fs. 406/410vta.), Avaca (fs. 411/414vta.) e informativa de fs. 323, que el ingreso promedio mensual neto de bolsillo del causante rondaba los mil quinientos pesos (\$ 1.500.-). Así como que trabajaba con su taxi catorce horas diarias, habiendo colaborado en la construcción de las casas de dos de sus hijos, en la instalación del negocio de peluquería de su hija y, habitualmente, luego de su jornada de trabajo, en el almacén de su esposa, establecido en el domicilio conyugal.-

Destacan tanto la existencia de clientela fija a la que Salerno atendía antes de concurrir a la "parada", como la calidad de ésta última, considerada una de las mejores de la ciudad, tanto como la circunstancia de conducir personalmente su taxi.-

Añaden que la víctima contaba con sesenta y dos años al momento del hecho, existiendo la posibilidad de conducir más allá de los 75 años.-

Insisten, pues, en la determinación del valor del reparación del valor vida en el monto solicitado inicialmente, de pesos ciento veintemil (\$ 120.000.-).-

En segundo lugar, los actores se agravian del monto establecido en concepto de daño psíquico, por considerarlo insuficiente. Indican que la perito psicóloga ha señalado la

necesidad de terapia psicológica para los actores, especificando que ésta no podrá ser inferior a los dos años y no menos de una sesión semanal, con lo que el costo de la terapia alcanza la suma de pesos dos mil (\$ 2.000.-), debiendo añadirse a ello el costo de desatención de otros trabajos que la concurrencia a la terapia implica, así como los gastos de transporte.

Solicitan se eleve ese monto a pesos cuatro mil para la cónyuge (\$ 4.000.-) y tres mil (\$ 3.000.-) para cada uno de los hijos del causante.-

Se agravan asimismo los accionantes del resarcimiento fijada para el daño moral, solicitando su modificación hasta los valores reclamados en la demanda, de pesos ochenta mil (\$ 80.000.-) para la cónyuge supérstite y pesos cuarenta mil (\$ 40.000.-) para cada uno de los hijos.-

A tal fin, resaltan las disvaliosas consecuencias espirituales que provocara la desaparición del cónyuge víctima del homicidio perpetrado por los demandados, tanto para la viuda como para sus hijos.

Destacan asimismo la profunda unión familiar probada mediante declaraciones testimoniales y refrendada por la perito psicóloga de autos y la existencia de un matrimonio de cuarenta y tres años, a los efectos de la adecuada ponderación del rubro.-

A su turno los codemandados Ferrazzini y Tesoriero cuestionan, en primer lugar, la legitimación pasiva atribuida a su parte. Ello, con fundamento en la circunstancia de que la responsabilidad de los padres se encuentra excluida por el art. 1116 del Código Civil cuando se acredita que les ha sido imposible impedir los hechos dañosos provocados por sus hijos.-

Señalan que el arma con la que se perpetró el crimen fue utilizada contra la voluntad presunta de su parte por el menor Mauricio Benítez, por lo que no deben responder por la reparación civil del homicidio.

Añaden que, habiendo sido diferido el tratamiento de la excepción opuesta para el momento de dictar sentencia, a fs. 155/156, el a quo les atribuyó injustamente una responsabilidad que nunca tuvieron, fundado sólo en la sentencia penal condenatoria y en el art. 1114 del Código Civil, sin hacer referencia concreta a la mencionada excepción opuesta. Por ello, solicitan se los excluya de la condena.

El segundo agravio de los codemandados Ferrazzini y Tesoriero se refiere al monto indemnizatorio para el rubro valor vida, dado que por la edad que tenía el causante, su diabetes demostrada en la testimonial producida, sus solos ingresos como conductor de un taxi de viejo modelo, su condición de jubilado, el hecho de que su viuda litigue con beneficio de pobreza, consideran excesivamente elevado el monto de pesos ochenta mil fijado.-

Cuestionan los mismos codemandados, en su segundo agravio, la procedencia de la indemnización establecida para el daño psíquico en tanto, tal como lo destacaran al oponerse a la producción de la prueba respectiva, al contestar la demanda, los actores no expresaron ningún daño psicológico en la demanda, sino recién al requerir la apertura a prueba. Consideran, además, que el rubro se encuentra subsumido en el de daño moral.-

Respecto de éste último, en atención a la reducción de los restantes montos, que consideran procedente, solicitan su adecuación por encontrarla también excesiva.-

Finalmente, cuestionan los recurrentes la tasa de interés aplicable por considerarla contraria a la doctrina de la Suprema Corte Provincial. Destacan que no se trata en el caso de deudores morosos y desarrollan una exposición comparativa de los montos a que se arriba luego de aplicar la tasa activa o la tasa pasiva con la finalidad de demostrar lo inequitativo de seguir con el criterio adoptado por este tribunal in re "Iglesias c/Issin".-

Por su parte, y con relación a los gastos de sepelio, el codemandado Benítez se agravia en tanto señala que los informes de fs. 508/509 y 511/512 arrojan solamente la suma de pesos mil doscientos veinte (\$ 1.220.-) a la que solicita se reduzca la indemnización por este rubro, ya que la instrumental de fs. 10, relativa a los gastos de construcción del nicho no resulta computable en tanto éste fue construido por el yerno del difunto en el marco de una inmejorable relación de familia.-

En su segundo agravio el codemandado Benítez cuestiona el monto del resarcimiento por la pérdida de ayuda económica de que se ha visto privada la cónyuge a raíz de la muerte de la víctima por considerar que los ingresos principales provenían del comercio de la esposa, mientras el Sr. Salerno colaboraba con los escasos ingresos que obtenía por su trabajo.-

Estima que el ingreso diario de un trabajador del rubro que labora entre ocho y diez horas, lo que el Sr. Salerno no hacía, asciende a diez o quince pesos, por lo que su ingreso mensual estaba por debajo de los trescientos o cuatrocientos pesos (\$ 300 ó \$ 400.-).

Considera que, padeciendo la víctima de diabetes, ésta vería afectada su visión de manera progresiva de manera que podría haber desempeñado su labor accesoria de taxista hasta los 68 o 70 años no ascendiendo por tanto la indemnización a más de pesos Treinta y dos mil (\$ 32.000.-), lo que solicita así se tenga en cuenta.-

Impugna también el mismo codemandado la indemnización por daño moral, requiriendo que, en razón de la reducción peticionada de los montos de los otros rubros se fije la suma que corresponde por daño moral, integrativo del daño psicológico, en la suma de pesos diez mil (\$ 10.000.-) para la Sra. cónyuge y la suma pesos tres mil (\$ 3.000.-) para cada uno de los hijos.-

Solicita, por último, se deje constancia de que su parte actúa con beneficio de litigar sin gastos.-

3)DE LA DECISION:

A) LA LEGITIMACION: Por una cuestión de índole metodológica me referiré primeramente al agravio de los codemandados Ferrazzini y Tesoriero relacionadxo con la falta de legitimación pasiva.

Al respecto diré que ésta puede ser, actualmente, tratada tanto antes como conjuntamente con el tema de fondo en la sentencia.

Si bien su dilucidación constituye una etapa lógicamente anterior a la resolución que define el pleito, la legitimación que se niega en el caso, por la demandada, es la que se vincula con la existencia de una real relación jurídica entre las partes, que habilite la posibilidad del reclamo efectuado por una, a la otra.-

En este sentido, la legitimación sustancial es un requisito de admisibilidad de la acción, y la defensa que se basa en su ausencia persigue contrarrestar la pretensión misma, afectando la relación jurídica (TSJ Córdoba, 28-5-92, Semanario Jurídico, nº 891, p. 238, 2-7-92).-

Por ello, el defecto de legitimación sustancial no puede fundar una excepción de falta de personería, sino de carencia de acción. Incluso, se ha llegado a afirmar, desde la doctrina, que este problema debe ser siempre resuelto en la sentencia sobre el fondo del asunto y no antes, so riesgo de prejuzgamiento (Matilde Zavala de González, Resarcimiento de Daños, vol 3., pág. 32).-

En el marco de tales lineamientos, merece señalarse que el contenido de los acápites I a IV de los considerandos de la sentencia apelada contradice las afirmaciones de los recurrentes respecto de la falta de tratamiento de su defensa de falta de legitimación.

Especialmente, destaco el acápite IV mencionado, en el que el a quo sostiene la responsabilidad de los accionados en calidad de progenitores con fundamento en las prescripciones de los artículos 1114 y 1122 del Código Civil y el acápite III, in fine, en el que el judicante resalta que la obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices según el art. 1081 del mismo cuerpo normativo.

En esas condiciones, y en el ámbito de la regulación citada, los demandados resultan titulares de la relación sustancial en que reposa la pretensión, lo que implica que poseen la legitimación necesaria a los efectos de intervenir el pleito, incluso con prescindencia de que la pretensión que contra ellos se esgrime prospere efectivamente.

Ahondando en la cuestión, el art. 1114 del C.C. establece la responsabilidad indirecta de los padres por los daños causados por sus hijos menores mayores de 10 años, cuando habitan con ellos, presumiendo su culpa por incumplimiento de los deberes de educación y "vigilancia activa" que tienen la obligación de ejercitar sobre los menores.

La aplicabilidad de esa norma requiere el cumplimiento de los siguientes recaudos:

A.)Comision de un ilícito por el menor: Mauricio Daniel Benítez fue condenado por homicidio en ocasión de robo, en la persona de Carmelo Nicolás Salerno, hecho ocurrido el 26 de octubre de 1996 y Esteban Ferrazini como partícipe primario del delito de homicidio (ver sentencia de fs. 11/43 vta. hoy firme).

En síntesis: Mauricio Daniel Benítez y Esteban Ferrazini resultaron autor y partícipe primario de homicidio, así declarado en sentencia hoy firme y pasada en autoridad de cosa juzgada (fs. 11/43 vta.), la existencia del ilícito es prístina.

B.)CALIDAD DE MENORES DE LOS AUTORES DEL HECHO ILÍCITO: Autor y partícipe primario del homicidio eran, al cometerlo, menores de edad mayores de 10 años, materia que no fue discutida.

C.-) **LOS PADRES Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD:** Roberto Eugenio Ferrazzini y Mercedes Tesoriero tenían la patria potestad de E.F. y Jorge Omar Benitez y Marta Zulema Laterza la de M.D.B., circunstancia también indiscutidas en esta litis.

D.) **LOS MENORES HABITABAN CON SU PADRES:** Ambos menores habitaban con sus respectivos padres hecho que también permaneciera indiscutido en este proceso.

Cumplidos esos recaudos (art. 1114 del CC) la responsabilidad de los padres –de atribución subjetiva- debe presumirse desde la falta de vigilancia activa del menor y el incumplimiento de los deberes que emanan de la patria potestad y que les obligan a proporcionar a sus hijos una buena educación, formarles hábitos y comportamientos adecuados para la convivencia social, especialmente fuera del hogar, en la calle, donde no encuentran la natural y lógica protección, evitando que los hijos sean partícipes de hechos ilícitos.

La culpa de los padres aprehendida por el art. 1114 del C.C. consiste en la omisión del consejo oportuno hacia el menor y no en la permanente mirada sobre el hijo.

La “vigilancia activa” que deben ejercitar los padres sobre sus hijos menores no consiste en su efectiva presencia en todos los momentos sino en la educación formativa del carácter y de los hábitos de los menores (arg. art. 1116 ap. Seg. del C.C.; CC, DO, 78665, RSD-308-3, S, 26-6-2003 , Pérez, Ana c/U.E.P.F.P. y otros s/Daños y perjuicios). Resulta insuficiente acreditar que al menor se le proporcionó una buena y sólida educación y que se lo aprecia como sociable, normal, cariñoso, con carisma para eximir de responsabilidad. Aún cuando el padre pruebe que ejerció el debido cuidado y diligencia, demostrando que su comportamiento fue normal, aún no estará libre de responsabilidad civil porque sobre él pesa la presunción de defecto de educación a partir del hecho cometido. Y reprimir las malas inclinaciones es proceso educativo, quizás inacabable, que no se desmiente por lo que pudiera ocurrir en un instante; al paso que la vigilancia activa es conducta que debe observarse sin interrupción, porque es exigencia del momento, y basta un segundo para demostrar que se careció de ella.

Para la Casación *“el fundamento de la responsabilidad de los padres por los daños que cometen sus hijos menores (art. 1114 del C.C.), es subjetivo, erigiéndose la “culpa” en el factor de atribución de dicha responsabilidad. Para liberarse de tal responsabilidad los padres deben probar que ellos han mantenido una vigilancia activa sobre sus hijos (art. 1116 C.C.), lo cual permite afirmar que no se pueden establecer fórmulas rígidas, sino que lo que corresponde es analizar las circunstancias que concurren en cada caso (SCBA, AC 78333, S, 5-12-2001, “Enrique de Ríos, Alicia Noemí y otros c/Di Rocco, Ana Beatriz y otros s/Daños y perjuicios”, DJBA 162, 51; LLBA 202, 643).*

El quejoso, enancado cerradamente en su defensa de falta legitimación pasiva, omitió cumplir una carga procesal vital para su suerte, si pretendía tener éxito: demostrar cómo y por qué no tuvo posibilidades de ejercitar “vigilancia activa” sobre su hijo menor, omitió demostrar la imposibilidad de impedir el daño porque aún desde una perspectiva netamente subjetivista la ley civil compromete a los padres a partir de la presunción de que el hecho sucedió porque omitieron sus deberes de cuidado y educación (arts. 1114 y 1116 CC; CC0100 SN, 970482, RSD-257-97, S, 7-10-1997) .

A mayor abundamiento, la interpretación de la causal de liberación esgrimida es restrictiva: *“las víctima no puede soportar las consecuencias de la desorganización familiar, por el contrario ellas deben ser asumidas por quienes tienen que conducir el núcleo familiar. No basta con acreditar que se dio una buena educación, sino que en ese caso, se hizo todo lo posible para evitar concretamente el daño producido...la sola comisión del hecho ilícito hace presumir que la vigilancia no ha sido suficiente; en consecuencia pesa sobre el progenitor que pretende la liberación, la carga de la prueba de la asunción de todas las diligencias debidas en cuanto a educación y vigilancia..”*(Responsabilidad Civil, Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci, Ghersi, Stiglitz, Pare-llada, Echevesti, Ed. Hammurabi, pág. 352/54).

No puede invocarse que el uso del arma -con la que se materializó el homicidio- lo fue contra la voluntad de los padres como fundamento de la falta de legitimación pasiva. El sublite no aprehende un caso de responsabilidad objetiva (art. 1113 del C.C.) sino diferente: la responsabilidad del padre por los hechos de sus hijos menores que es de naturaleza subjetiva.

No probada causal alguna de exención de la responsabilidad de los padres la excepción de falta de legitimación pasiva debe desestimarse (arts. 345 inc. 3 y 354 CPCC).

b.) **EL DAÑO:** En cuanto a los restantes planteos, la consideración de la queja de los mismos apelantes Ferrazzini y Tesoriero acerca de la indemnización fijada para el rubro daño psíquico, merece también un tratamiento prioritario, por las razones de índole lógica apuntadas

supra, en tanto cuestionan la procedencia de esa reparación apuntando la falta de adecuado reclamo.

1) DAÑO SIQUICO: En este sentido advierto que la pretensión resarcitoria respecto del rubro daño psicológico fue introducida en la demanda a fs. 47 y vta. y 48 y vta. condicionándose el monto reclamado de pesos cuatro mil (\$ 4000.-) para la cónyuge supérstite y pesos tres mil (\$ 3000.-) para cada uno de los tres hijos de la víctima o lo que en más o menos resultara de la prueba a producirse.

Concretamente la demanda alude al daño psicológico, a su autonomía respecto del daño moral, y a sus efectos en el campo patrimonial (fs. 47 y vta.) reclamando diversas sumas para cada uno de los actores. Esa pretensión fue ventilada y de ella se pudieron defender todos los accionados por lo que no existe ofensa al principio de defensa ni al de la congruencia (arts. 18 CN.; 330 inc. 4º y 6º y 163 inc. 6º del CPC).

Asimismo, a fs. 49vta., punto F) del escrito introductorio los actores ofrecieron la prueba pericial psicológica solicitando se remitieran las actuaciones a la Asesoría Pericial Departamental, se designara perito psicólogo único de oficio y se expidiera éste sobre los puntos allí propuestos. A fs. 181 se desestimó la oposición de los recurrentes de fs. 90vta./91, ordenándose su producción .-

En tales condiciones no advierto fundamento para esa oposición, en la que se insiste nuevamente esta instancia, pues la actora insinuó su reclamo por el rubro en cuestión oportunamente y, más allá de los detalles técnicos de su desarrollo, ofreció prueba tendiente a acreditar el daño psicológico de la viuda e hijos derivado del fallecimiento de la víctima, no siendo ésta improcedente o superflua o meramente dilatoria (arts.362, C.P.C.C.).-

Adentrándome ahora al tratamiento del rubro en sí luego de afirmar la procedencia, al menos procesal, del reclamo, diré que, tanto del informe pericial de fs. 556/558 como de las explicaciones brindadas por el experto a las partes, a fs. 572 y vta., 575/576 y 584/586 surge la existencia de un proceso patológico que encuentra origen en el hecho por el que se les endilga responsabilidad a los de-mandados.

Al respecto, la perito psicóloga interviniente manifiesta que la patología es actual, teniendo en todos los casos como factor desencadenante el fallecimiento del padre de familia (ver fs. 575), añadiendo que estas personas tienen que atravesar por un duelo que no han podido hacer sin ayuda psicológica (ver fs. 575vta.).-

Cabe destacar que el informe técnico ha sido elaborado sobre la base de entrevistas individuales y grupales de los actores, la cónyuge supérstite, de 66 años y los tres hijos habidos del matrimonio con la víctima, mayores de edad, de 44, 42 y 35 años, en su carácter de grupo familiar (ver fs. 556vta., 576 y 585vta.).

Asimismo, que el diagnóstico da cuenta, en todos los casos, con las particularidades propias que especifica, de una situación de duelo patológico y estrés postraumático con síntomas tales como sensación de vacío y abatimiento, falta de claridad para tomar decisiones sobre su vida aduciendo no tener nada que esperar de ella, en el caso de la viuda, y depresión, desgano, abatimiento, en unos hijos, e irritabilidad o angustia en otro, todos con repercusión en los diferentes aspectos de la vida de los involucrados.

Al respecto, cabe recordar que el cintero Tribunal Provincial ha dicho que los desembolsos necesarios para la rehabilitación terapéutica resultan consecuencias del hecho dañoso y son imputables al responsable del mismo a tenor de lo dispuesto por el art. 901 y siguientes del Código Civil. Añadiendo que, acreditada la necesidad del tratamiento psicológico, carece de significación el resultado que pudiera arrojar el mismo porque éste, obviamente opera para el futuro pero no borra la incapacidad existente hasta entonces, también imputable al responsable del ilícito (SCBA AC 69476 S 9-5-2001).

En el caso, la indicación por la profesional actuante, de terapia psicoanalítica individual, se sostiene en la posibilidad de reintegrar algunos elementos del hecho traumático al aparato psíquico, acompañando el proceso de duelo, lo que permitiría, en la opinión de la experta, atenuar los padecimientos y la angustia, a lo largo de un tratamiento de una extensión no menor a dos años y con una frecuencia también no menor a una sesión individual semanal, sugiriendo además ésta evaluar la necesidad de tratamiento farmacológico concomitante.

Estimo que el daño está así debidamente acreditado y procede su reparación (art. 1077, 1079 y ccmts., C. Civil, 384, 474, C.P.C.C.).

En cuanto a la oposición subsidiaria de los demandados Ferrazzini y Tesoriero a cualquier indemnización del daño psicológico invocado por los actores por considerar que dicho rubro se encuentra subsumido en el daño moral cabe efectuar algunas precisiones que alcanzan al razonamiento esbozado en igual sentido por el codemandado Benítez.

La primera, acerca de la diferencia existente entre el daño psicológico y el daño moral, estableciendo que ésta no pasa esencialmente por el estado o la función ya que ambos detrimentos los suponen.

Así, el daño psicológico tiene por objeto resarcir el menoscabo producido por el ilícito en los procesos mentales conscientes o inconscientes, con alteración de la conducta y de la voluntad; se trata de un daño indirecto, en tanto mal hecho a las facultades de la persona, de carácter patológico (art. 1068, Código Civil). Puede dar lugar a dos tipos de resarcimiento, uno consistente en los gastos necesarios para lograr, en la medida de lo posible, la restitución de las cosas al estado anterior (arts. 1069, 1086, y su doctr., Cód. Civil), otro, por su proyección limitante para las actividades del diario vivir, incluyendo las de carácter laboral (arts. 1068, 1069, Código Civil).

En cambio, el daño moral supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos, en síntesis y según recuerda autorizada doctrina, "todo lo que se conoce como las afecciones legítimas" a las que aludía el art. 1078 en su primitiva redacción (art. 1078 y nota al art. 2312, Código Civil). El hecho ilícito acarrea agravio moral si afecta el sentir, querer y entender de la víctima o sus derecho habientes. También aquí encontramos que se ha alterado un estado de la persona, pero lo que se resarce no es sólo su situación ante el mundo sino también su actuación en él, debiendo portar injustamente esa carga de angustia y la pérdida de energías a la que da lugar la pérdida de paz interior, proyecciones que son de naturaleza extrapatrimonial.-

En conclusión, sin perjuicio de otras diferencias, dos son los elementos conceptuales diferenciales de estos rubros; en su origen, patológico en un caso y en el otro no, y la entidad del mal sufrido, material uno, inmaterial el otro (CC, 02 SM 47398 RSD-209-00, S 30-5-00).

En el subjuicio se indemnizan los gastos terapéuticos necesarios para recuperar la integridad síquica afectada por el hecho ilícito cuya magnitud resultó indudable: la ejecución del esposo y padre en un homicidio inexplicable y doloroso.

Respecto del quantum del tratamiento debe tenerse en cuenta que, insumirá dos años a razón de una visita semanal cuyo costo es de PESOS CUARENTA (\$ 40.-) y que la indemnización se percibirá adelantada pero será gastada progresivamente (ver fs. 556/558, 572, 575/576, 584/586) lo que originará rentas que deben ser tenidas en cuenta al calcularla de manera que capital y rentas se agoten al finalizar esos dos años.

En base a esas pautas prudentemente, estimo esos gastos en PESOS DOS MIL QUINIENTOS (\$ 2500.-) para cada uno de los actores, propiciando por lo tanto modificar la sentencia anterior en ese aspecto (Doct. arts. 1077, 1079, 1083 y 1086 del CC y arts. 34 inc. 4, 384, 474, 165 del C.P.C.C.).

El fundamento de la solución propuesta rebate asimismo la queja del accionado Benítez tendiente a la reducción de dicho monto indemnizatorio la que debe ser, por tal motivo, desestimada.-

2) VALOR VIDA: Con relación al valor vida, toda persona es, en principio, fuente productora de bienes económicos y potencialmente apta para desarrollar actividades productivas, por lo cual ha de aceptarse que la pérdida de la vida humana acarrea UN daño patrimonial resarcible constituido por la privación de los beneficios actuales o futuros que esos terceros tenían derecho a percibir del muerto (reg. int. 11 (S) 11-4-91; íd. reg. int. 111 (S) 19-11-96; íd. reg. int. 120 (S) 9-9-99).

En ese orden de ideas los terceros pueden reclamar el resarcimiento del daño futuro, representado por los ingresos que habría obtenido el occiso y de los que se hubieran beneficiado, debiendo acordarse una indemnización que deberá estimarse prudencialmente por el juzgador, ateniéndose para ello a que parte de dichos ingresos se hubieran destinado para el sostenimiento del hogar y demás gastos del grupo familiar (reg. int. 111 (S) 19-11-96).

Cuando el delito es homicidio autores y responsables tienen la obligación de pagar lo necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, quedando a la prudencia de los jueces establecer el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla; legitimados activos para su reclamo son el cónyuge y los herederos necesarios del muerto (arts. 1084 y 1085 del CC).

En la especie reclama la viuda que goza de una presunción favorable de resarcimiento cuya procedencia el juez estimará y cuantificará razonablemente.

Empero, la sentencia como acto racional debe fundarse a fin de que permita la reconstrucción del proceso lógico utilizado por el juez para determinar la existencia del daño y su quantum (arg. CSJN, J.A.-II- 19; JA 1994-1-159).

Para cumplimentar ese recaudo –motivación y fundamentación del acto jurisdiccional- de raíz constitucional, deben considerarse las datos fácticos aprehendidos por la litis cuya prueba deberá valorarse conforme las reglas de la sana crítica comprensivas de las de la lógica y de la experiencia de vida del propio juez.

Aplicadas tales reglas al subjuice resulta que la víctima:

A.-) Era una persona metódica, dedicada a su labor de taxista desde horas tempranas de la mañana hasta al anochecer, aproximadamente 20,30 o 21 hs. (ver fs. 384/385, 386/387, 390/391, 392/393vta., 394/396vta., 396/398vta. y fs. 16vta. y 323).

B) Al fallecer tenía 62 años –hecho no negado - (fs. 46vta.), era de estado civil casada, con Angela Salerno, matrimonio contraído el 23 de noviembre de 1953 (fs. 6).

B.-) Angela Salerno era italiana, radicada en el país desde hace 50 años, nacida el 12 de octubre de 1934, ama de casa, aunque explota un pequeño comercio de almacén, “típico de barrio”, de instrucción primaria incompleta, goza de una pensión y reside en un barrio de viviendas sencillas y humildes (fs. 4 y 544/546).

c.-)Respecto de los ingresos de Salerno las partes disintieron, disenso traducido, especialmente, en extensas interrogaciones que se les formularan a los testigos que, las más de las veces, resultaban inconducentes o impertinentes o bien violatorias del ritual (arts. 358 y 441 del CPCC).

En esta cuestión –específicamente- las reglas de la lógica y experiencia (arts. 384, 456, y 474 del CPC) a las que el juez puede hechar mano actuaran como verdaderos hilos conductores en la determinación de esos ingresos.

Es público y notorio que el ingreso de un taxista no es uniforme sino que oscila, especialmente en ciudades que, como Necochea, en el año calendario se distinguen dos temporadas bien diferenciadas, verano -15 de diciembre a 15 de marzo- e invierno. En la primera el turismo cobra importancia e incide en la actividad económica incrementarla sensiblemente.

También es notorio que toda actividad económica –primaria, secundaria o terciaria- origina costos, directos o indirectos, es decir aquellas gastos que son necesarios para su ejercicio.

En el caso de un taxímetro esos gastos están constituidos por las reparaciones, combus-tibles, lubricantes, lavado, engrase, cambios de aceite, seguros, patentes, impuestos, teléfono, verificación técnica vehicular, desinfección y desinsectación del vehículo, hechos que referenciaron algunos testigos (fs. 399vta. resp. a la 6ta. Preg.; fs. 403vta. 404 resp. A la seg. Preg.) pero que repito que además es notorio.

Partiendo de esos presupuestos cuantificaré los ingresos y gastos de Salerno que, indudablemente, influyen sobre el resarcitorio reclamada a título de “valor vida”.

En primer término, como ya adelantara, esos ingresos resultan diferentes para el verano que para el invierno, mayores verano menores en invierno. Esos datos fácticos resultan públicos y notorios y fueron parcialmente referidos por algunos testigos.

El testigo Ostrosky (fs. 399/400vta.) declaró conocer que Salerno era taxista, la cantidad de viajes que hacía un profesional de la actividad y su variabilidad, la proliferación de agencias de remisse, el costo promedio del viaje, la recaudación promedio y, contestando la 10ma. Preg. señaló que él trabajaba para producir y mantener la unidad, que con la actividad no puede dejarse de juntar algún dinero y que cuando el ingreso le alcanza es de Peso mil (\$ 1.000.-), refiriéndose a los gastos de “manutención” de un taxímetro aunque sin precisarlos fundadamente.

El testigo Arias (fs. 403) se refirió (rpta. a la 9ª.pgta.) a los costos de explotación de un taxímetro que recorre 15.000 km. Mensuales diciendo que alcanzaban a un 50% del ingreso pero respecto del remise local no supo precisarlos (fs. 403 y vta.).

Fernández, compañero de Salerno en la “parada” de 83 y 4, relata que: éste trabajaba 12 a 14 horas diarias, no tenía empleados, los ingresos variaban según la temporada, en baja se hacían más o menos 15 viajes diarios, el promedio del viaje era de \$ 3, en temporada alta se hacían 25 a 27 viajes, “resultando en consecuencia casi \$ 90.- por día” (fs. 406vta. resp. a la 8va. preg.), señaló algunos gastos de explotación, que estimó en \$ 300 a \$ 350 aunque sin mayores fundamentos (resp. a la 15ª.prgta.)

Avaca también compañero de Salerno en la “parada” citada dice que: los ingresos en invierno eran de \$ 50 a \$ 60 promedio, que existía “mucho diferencia” entre

invierno y verano, en ésta época un coche trabaja 24 horas y produce de \$ 180 a \$ 190 diarios (fs. 411 y vta. resp. a la 7ma. y 8va. preg.), la “parada” de 4 y 83 era de las mejores en Necochea, los gastos de “mantenimiento” representan un 15% de los ingresos para los modelos más o menos nuevos.

En conclusión: las declaraciones testimoniales concuerdan sobre la actividad que desenvolvía Salerno, la cantidad de horas que trabajaba y la variación del volumen de trabajo que existía entre invierno y verano más no respecto de ingresos y costos. No está demás señalar que nadie indicó al referirlos, con precisión, si eran brutos o netos aunque de algunos cálculos que refieren se desprenden que eran brutos.

Algunos testigos mencionaron que Salerno tenía clientes fijos y viajes permanentes más ninguno los individualizó relata haberlo visto transportando siquiera a uno de esos clientes lo que no deja de llamar la atención (art. 384 CPCC).

Demostrada la actividad económica a la que estaba dedicaba Salerno y sus características resulta indudable que su muerte acarreó un daño para su esposa cuyo estimación debe hacerse en base a los ingresos y costos de esa específica actividad.

En esa faena se deberá ponderar la prueba rendida apreciada conforme la lógica y la experiencia de vida y también de la facultad que me concede el art. 165 del CPCC.

Para la temporada de invierno -15 de marzo a 15 de diciembre- estimo razonable un ingreso diario de \$ 60 y en verano de \$ 90, computando que la víctima trabajaba 12 horas diarias haciendo alrededor de 20 viajes a tres pesos cada uno y para verano 30 viajes al mismo valor (arts. 165, 375, 384, 456, 474 del CPC).

En cuanto a los costos de explotación esta Cámara se ha pronunciado pero para actividades diferentes (reg. 93 (S) del 08/07/04) fijándolos en un 40% del ingreso.

En el subcaso y para su ponderación se debe tener en cuenta que Salerno carecía empleados, trabajaba muchas horas y era prolijo con su vehículo y que los combustibles y lubricantes son costos de significación en un taxímetro, especialmente lo eran hace doce años atrás cuando no estaba un desarrollado el consumo de GNC (art. 384 del CPCC).

En base a esas consideraciones es razonable y prudente establecer los costos de explotación de la víctima en el 35% de sus ingresos brutos (arts. 165 y 384 del CPCC), hecho que tiene incidencia en el resarcimiento del valor vida reclamado (CC, 01,00 SN, 870081, RSD-104-87, S, 28-4-1987 “Previsión y Ayuda Mutua Sos. Coop.de Seguros Ltda. c/Arredondo, Raúl A. s/Daños y Perjuicios”) cuya fijación ha de hacerse evitando enriquecer sin causa a la víctima en detrimento del patrimonio del deudor (arts. 17 CN y 499, 1067, 1069, 1084, 1085 del CC; esta Cámara reg. 93 (S) 08/07/04).

Destaco que la actora –esposa de la víctima- era quien se encontraba en mejores condiciones para comprobar cuales eran los ingresos, egresos y patrimonio del prefallecido (art. 34 inc. 5º del CPC), carga que nace del deber de obrar con lealtad, prohibidad y buena fe, durante todo el proceso y especialment en la etapa de prueba.

Esa carga fue parcialmente incumplida, del plexo probatorio obrante en autos se desprende una notoria orfandad respecto de los egresos de la víctima y en relación a su patrimonio. También respecto a cuales eran los ingresos que se destinaban a la viuda. Esa es la razón para que haya tenido que estimarlos prudencialmente tareas aun no culminada.

La fijación del ingreso bruto exige determinar la cantidad de días probablemente trabajados en forma mensual por Salerno. Los estimaré también prudencialmente, en uso de similares facultades a las que expusiere precedentemente a fin de dotar al cálculo resarcitorio de legalidad, certeza y razonabilidad .

De la prueba testimonial surge que Salerno, como buen inmigrante arribado al país en las primeras décadas del siglo XX, era una persona apegada al trabajo que cuidaba su automotor y, –fruto de mi experiencia- agregare que la profesión de taxista requiere dedicación y continuidad laboral por que resulta agotadora y estresante, exigiendo exigiendo en un descanso que estimo razonable en cuatro días al mes (arts. 375 y 384 CPC).

Ergo es razonable pensar que el extinto promediare 26 días de trabajo mensuales (arts. 375, 384, 456 y 165 del CPCC), alrededor de 234 en invierno y 78 días en verano.

Si los ingresos brutos en invierno eran de \$ 60 diarios y los de verano \$ 90, deducidos los costos resulta un ingreso neto diario, en verano, de \$ 58,50 y en invierno de \$ 39: Finalmente el ingreso neto anual resulta de \$ 16.731.

El resarcimiento de la viuda (fs. 46vta. pto. 2) debe contemplar el efectivo perjuicio económico sufrido (SCBA, Ac 51706, S, 27-9-1994, “Santillán, Carlos y otra c/Larroca, Nelson”) en consecuencia no pueden trasladarse, linealmente, los ingresos netos derminado al monto del resarcimiento. Es que influyen los gastos personales del extinto y los ingresos que ésta

efectivamente destinaba a su cónyuge. En ese aspecto la orfandad probatoria en la litis es total por lo que nuevamente recurriré a su cálculo prudencial partiendo de la presunción de los arts. 1084, 1085 del CC, de la facultad que el art. 165 del CPC y de las reglas de apreciación de la prueba (art. 384 del CPC) así como de los derechos y obligaciones del matrimonio.

No es dable suponer que todos esos ingresos se destinaran a su esposa linealmente ya que toda persona tiene gastos y consumos personales que en el caso nuevamente deberé estimar prudencialmente y que propongo fijar en un 10 % del ingreso neto.

Pero no resulta lógico pensar que la viuda se apropiare de ese saldo (ingresos netos deducidos los gastos personales) y lo recibiere íntegramente, las reglas del régimen patrimonial matrimonial demuestra que, normalmente, los ingresos que producen los conyuges son compartidos por igual o sea a razón de un 50% para cada uno. En mi opinión y conforme lo dispuesto.

De consuno, el homicidio le privó a la esposa de un apoyo económico que, prudencialmente estimado, asciende a \$ 7529 al año (arts. 1084, 1085 y concs CC; arts. 165 y 384 del CPC). Al respecto la casación bonaerense edicta: *"La suma de dinero que fuere necesaria para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto" (art. 1084, C.C.) reemplaza el apoyo económico que el muerto prestaba efectivamente durante su vida a sus familiares. En consecuencia, no se trata de que el obligado indemnice de acuerdo a sus recursos ni que los damnificados perciban de conformidad con sus necesidades sino que la reparación sustitutiva de los aportes sea fiel y verdadera y en tal sentido no resulta desechable la valuación del daño económico realizado con la colaboración de cálculos matemáticos* (SCBA, Ac 39373, S, 13-12-1988, "Retamozo de Segovia, Zunilda Catalina c/ Policía de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios; ED 132, 349 - AyS 1988-IV-550).

Quizás fueren fatigosas las conclusiones precedentes empero me parecieron indispensables para cumplir con el deber de fundar y motivar la sentencia, jurídica y fácticamente y para que las partes cuenten con datos suficientes a fin de reconstruir el cálculo a realizar y con los fundamentos de su resultado y el porqué ese resultado es el más justo (SCBA, L 35857, S, 8-4-1986, "Ghiglioto, Cesar c/ Ducilo S.A. s/ Enfermedad profesional, A y S, 1986 I, 323; SCBA, L 37402, S, 23-6-1987, " Viccini, Juan Raymundo c/ Foppoli, Onorio Alfredo y otra s/ Accidente, A y S 1987-II, 487).

e) La faena cuantificatoria no ha terminado allí ha de ponderarse dos pautas más:

- 1) la vida probable del fallecido y;
- 2) la vida probable de su cónyuge.

La delimitación del resarcimiento me lleva a calcular el plazo de sobrevivencia del fallecido durante el cual su conyuge habría recibido apoyo económico.

En mi opinión, respetando las posturas diferentes que expusieron las partes en la instancia anterior al debatir sobre la salud de Salerno, sus enfermedades, limitación de su vista y fecha de jubilación, la cuestión debe resolverse en base a un dato objetivo: la probabilidad de sobrevivencia de Salerno y de su esposa dato que suministra el INDEC.

El INDEC establece la probabilidad de vida de todos los habitantes del país, probabilidad que a la fecha asciende a 71,57 años (Fuente INDEC, "Indicadores de la dinámica demográfica y de sus componentes". "Total País. Años 1970-2010" en www.Indec.gov.ar (Comp. éste Trib. "Pérez de Medina, María c/Usina Popular Cooperativa Sebastián de María s/Daños y Perjuicios", reg. 129/99).

Salerno contaba, al fallecer, con 62 años por que su probable sobrevivencia era de 9,57 años.

f) Otro dato ha tener en cuenta, el monto del resarcimiento se percibe anticipado y se consume paulatinamente por consiguiente genera rentas capitalizables que deben agotar junto al capital al término de la vida de la beneficiaria.

Esos intereses anualizados pueden estimarse hoy, razonablemente, en un 3% (C.C. 1ª S1, LP, 238. 460, RSD, 140-2-,S, 27.6.-02).

Finalmente, en mi opinión, no influye sobre el resarcimiento a calcular la ayuda que invocan la esposa e hijos que les prestaba la víctima, esa ayuda se funda en los vínculos del matrimonio y en los parentales, en el afecto, esa es la causa que determina la ayuda y no su retribución económica. El esposo y padre ayuda a su esposa e hijos por afecto y no por razones crematísticas, es la asistencia recíproca que se deben entre ellos la que moral y éticamente obliga al padre a colaborar.

Además es evidente que el comercio de la esposa era, según el informe de la asistente social, pequeño, "de barrio", por lo que la colaboración que se invoca no pareciera indispensable para su explotación ni requeriría la contratación de terceros para reemplazar la

del esposo que frustrada el homicidio, circunstancia ésta que ni siquiera fue alegada al demandar.

Además y, desde otra óptica, la jornada cumplida –diaria y semanalmente- por Salerno conduciendo su taxímetros torna improbable y poco significativa esa colaboración además de descartar el ejercicio rentado y permanente de otras actividades como remuneradas (construcción, arreglos y limpiezas) circunstancias (remuneración y permanencia) que no se alegaron al entablar la acción.

Con fundamento en ese plexo argumental –fráctico y jurídico- propongo fijar el resarcimiento por “valor vida” -como lo denomina la demanda - en pesos sesenta y un mil novecientos catorce (\$ 61.914) mas intereses desde el hecho ilícito (arts. 1068, 1069, 1077, 1083, 1084, 1086, su doctr., Código Civil; 165, 384, 34inc. 4), C.P.C.C.). Esos argumentos bridan respuesta a los agravios de actores y demandados que impugnaron de insuficiente o excesiva –respectivamente- la reparación establecida en la instancia anterior sobre “ valor vida ”.

3) EL DAÑO MORAL: Respecto del daño moral la fijación de su resarcimiento no se sujeta a reglas fijas, su reco-nocimiento y cuantía depende -en principio- del arbitrio judicial aunque los jueces deben proceder dentro del mayor grado de equidad posible evitando que se transforme en un ejercicio abusivo del derecho o en una fuente de enriquecimiento sin causa para el reclamante (art. 1071 y 1078 Cód. Civ.) (reg. int. 111 (S) 19-11-96).

La Casación Bonaerense ha ampliado el criterio sobre agravio moral adscribiendo desde el precedente “Toledo” a la postura doctrinaria sostenida por Zabala de Rodríguez y Pizarro (SCBA 19.9.95, L 55728, DJBA, 149-275, Galdos, “Daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires”, en Rev. De Derecho de Daños, “2004-3, “Determinación Judicial del daño”, pág.52.) sostiene: “...:el daño moral constituye toda modificación disvaliosa del espíritu, es su alteración no solamente subsumible en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones , estados de aguda irritación, que exceden lo que por el sentido amplio de dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona, sobre el cual los demás no pueden avanzar; de manera que todo cambio disvalioso de bienes sicológicos de una persona por una acción atribuible a otra configura un daño m oral” (SCBA 23.2.2000, I 63757 Ac65757, en DJBA.158-85), proposición de alguna manera receptada por esta Cámara aunque en materia de responsabilidad contractual (reg. ...Lagheza c. Caja de Ahorro...

Para el cintero tribunal el daño moral es de naturaleza resarcitoria bastando para su admisibilidad la certeza de su existencia por el solo hecho de la acción antijurídica -daño *in re ipsa*- “ *incumbiéndole al responsable del hecho acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya toda posibilidad de daño moral*” (SCBA 20.9.94, Ac. 53110, DJBA 147-299). La estimación por la compensación del daño sufrido queda sujeta al prudente arbitrio judicial, no teniendo por qué guardar relación con el daño material al no depender de éste sino de la índole del hecho generador (SCBA, Ac. 72280, en LLBA 2003-1343).

A su vez la CSN adocina: “*para la determinación del resarcimiento, las normas aplicables confieren a la prudencia de los magistrados un significativo cometido que no los autoriza a prescindir de uno de los requisitos de validez de los actos judiciales, cual es la fundamentación* (CSN, 4.10.94 en JA 1995-II-19.).

Por decirlo de otra manera, el hecho de que se ejercite una facultad discrecional no exime al Juez del deber de fundar su pronunciamiento, en caso contrario se corre el riesgo de que resulte descalificable si al determinar el monto se incurre en generalidades que no permite la apreciación certera del proceso racional seguido por el sentenciante para sus conclusiones.

El alto Tribunal sostiene que: “*la motivación no tiene pautas ´asepticamente jurídicas` sino que al juzgar prudencialmente sobre la fijación del resarcimiento no deben desatenderse las reglas de la propia experiencia y del conocimiento de la realidad*” por lo que se impone al Juez “*el deber de examinar ls pretensiones deducidas, prudentemente, y verificar si se han producido los perjuicios que se reclaman, evitando cuidadosamente no otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones manifiestamente irrazonables..*” (CSN, 24.9.96, JA 1997-III-142).

El acuerdo que nos convoca trata el daño moral que deriva del homicidio como hecho doloso, inmotivado, cruel e injusto, inesperado e inexplicable que troncó la vida del padre, el bien jurídico axiológicamente mayor. Las consecuencias extrapatrimoniales de ese hecho no resulta difíciles de imaginar, esposa e hijos perdieron al compañero (por más de 40 años) y padre siendo lógico que se quebrare su sentir ante un dolor tan grande .

El hecho ilícito, incomprensiblemente dañino, dañó los sentimientos y quebró la integridad sicológica (ver pericia siquiátrica) circunstancia -no subsanada hoy- que requerá de

un largo tratamiento con consultas psicológicas y psiquiátrica que lo recrearán aunque busquen superar los traumas acaecidos.

Se quebró el sentir –que menciona Pizarro- pero también el querer y entender de la familia modificando una vida -hasta allí normal- que se tornó irritable, traumática y dolorosa.

La integridad psicofísica posee valor indemnizable si influye sobre aspectos de la personalidad frustrando el desarrollo pleno de la vida en cualquier ámbito, doméstico, cultural o social (CS, 19-8-1999).

Creo innecesarias otras consideraciones, las características del hecho relevan de ello empero la reparación del daño moral no se constriñe al plano espiritual comprende el querer y entender del damnificado y resulta alcanzada por el principio de reparación integral (art. 1083 C.C.) que demanda evaluar todas las circunstancias relacionadas con la lesión de los sentimientos, afecciones y tranquilidad anímica alteradas por el homicidio.

En el caso, la fijación establecida por la sentencia de grado intenta compensar el dolor moral de la esposa e hijos por el fallecimiento de su cónyuge y padre, en las condiciones en que éste se produjo, teniendo en cuenta también las particularidades de la relación familiar, que por el probado afianzamiento de los lazos genera razonablemente una mayor sensación de pérdida.-

Como contrapartida, la reparación no debe llevar a extremos de provocar el enriquecimiento indebido del perjudicado por el ilícito, siendo cuestión de prudente arbitrio.-

No deja de advertirse que la indemnización de este rubro constituye tan sólo un medio sustitutivo que procura paliar de alguna manera el daño, partiendo de la base de que, seguramente, para los deudos, ninguna suma resultará, en su fuero íntimo, suficientemente compensadora de la pérdida experimentada.

En el marco de tales referencias aprecio que el monto del resarcimiento por daño moral que estableciera la sentencia anterior debe modificarse y fijarse en pesos cuarenta mil para la esposa y pesos cuarenta mil –por partes iguales- para los hijos (art. 1078 del C.C.; esta Cámara reg. 111- S- 19.11.96 “Gutiérrez c. Caparrós; at. 375, 384, y 474 del CPCC).

De tal modo, entiendo deben desestimarse también, y por los mismos fundamentos, los agravios de los demandados respecto de lo excesivo del monto asignado, sobre todo teniendo en cuenta las particularidades del caso que aprecio ya suficientemente descriptas en cuanto a sus dañosas consecuencias, debiendo aclararse que la ponderación del agravio moral padecido, a los fines de su indemnización, no se traduce en una operación matemática de estricta proporcionalidad con el resto de los rubros a indemnizar, como pretenden los recurrentes, constituyendo por sí, como ha quedado expresado más arriba, un rubro autónomo que comprende un aspecto definido e independiente del daño resarcible.

4) LOS GASTOS DE SEPELIO: En cuanto a los gastos de sepelio que cuestiona el codemandado Benítez, cabe recordar que el art. 1084 del Código Civil dispone expresamente que “Si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral..”. Dichos gastos son reputados gastos útiles por los arts. 2306 y 2307.

En consecuencia, explícitamente se prevé la resarcibilidad de tales erogaciones, las que inclusive en ausencia de tales preceptos serían reembolsables, por constituir consecuencias inmediatas del hecho (art. 901, primera parte, Código Civil).

En el marco de lo antes precisado, y a fin de analizar la queja de la demandada respecto de la imposibilidad de trasladar a su parte el costo de construcción de un nicho, efectuada por un allegado al extinto, como consecuencia de una excelente relación de familia y en señal de gratitud, cabe citar a Llambías, quien observa que la obligación de pagar los gastos de funeral del muerto no es objetable con el argumento de que ellos son siempre a cargo de los deudos, a quienes sólo perjudicaría el “anticipo” de tales gastos.-

Destaca el autor que, por el contrario, tal alegación se funda en una especulación puramente conjetural, a saber, que los deudos actuales del fallecido pudieran ser también los que hubiesen tenido que proveer a los gastos de entierro quién sabe cuántos años después, si el homicidio no hubiera adelantado para la víctima la hora de su muerte (Llambías, Personas damnificadas por homicidio, ED, 51-891).-

Así, si bien los gastos funerarios hubiesen sido necesarios en algún momento, no es forzoso que hubiese tenido que asumirlos quien en concreto los ha afrontado, que puede ser cualquier persona y no sólo algún allegado. Incluso cuando el solvens es una persona estrechamente vinculada a la víctima, que hubiera tenido que efectuar tales gastos aún en caso

de muerte natural de ésta, no es cabalmente averiguable si el extinto habría premuerto de no ocurrir el hecho ilícito.-

El fundamento del resarcimiento del rubro, en toda su extensión, es entonces no sólo legal sino lógico, dado que el daño aparece actualmente y de manera injustificada, porque lo es el hecho que desencadena los gastos de sepelio (ver Matilde Zavala de González, Resarcimiento de daños, 2B, pág. 130).-

En definitiva, el hecho de que la cónyuge haya tenido que afrontar los gastos de construcción del nicho (ver fs. 10), aunque éste haya sido construido por un familiar, no altera la necesidad del gasto ni de la tarea que debió realizarse como consecuencia del ilícito.

Cabe recordar además, que aún sin prueba de los gastos funerarios, éstos deben ser ponderados en el ámbito de la facultad-deber prevista por el art. 165 del C.P.C.C. pues dentro del caudal de experiencia y sentido común, ingresa como razonable expectativa el que los restos mortales tengan un destino apropiado, según las convicciones de cada uno, rigiendo para su determinación pautas de normalidad que conduzcan a un costo razonable, sin estricta supeditación a las vicisitudes o características de la situación patrimonial del extinto o la de sus deudos (ver, Matilde Zabala de González, op. Cit., pág. 132).-

Por las razones expresadas, propongo rechazar el agravio respectivo y confirmar la indemnización dispuesta en la instancia de origen para el rubro gastos funerarios (arts 165, 384, C.P.C.C.; 901, 1084, 2306, 2307 y ccmts., Código Civil).

5) LA TASA DE INTERESES: Respecto de la tasa de interés este tribunal ha sostenido que constituye facultad de los jueces de grado determinarla (art. 622 del C. C., "Zunda c/ Re") determinando la aplicación de la tasa activa.

Ello en mérito a lo previsto por el art. 623 del C.C. que le otorga esa facultad a la justicia de grado y en ejercicio de ella deben satisfacerse valores indiscutibles dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como resultan ser la equidad, moral, buenas costumbres, enriquecimiento sin causa, el desaliento del litigio y su extremo alongamiento (Preámbulo, arts. 18 y 33 de la C.N.; 8º del Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, 953, 1071 y cc del C.C.; C.C. Art. 622, ley 23928).

La Casación "in re Venialgo Ramón c/ Diaz, Héctor A. s/ Daños y Perjuicios", (Ac. 60168, DJBA 154-115, 28-10-97), declaró que la fijación de intereses no se encuentra alcanzada por la prohibición del artículo 7º de la Ley 23.928, sino que aparece expresamente autorizado por el decreto, 941/91, como arbitrio librado al criterio judicial. La tasa bancaria es una pauta de comodidad, de certeza mas no obligatoria (arts. 953 y 954 del C.C.).

Desde "Banco Sudameris c/.Bellcam S.A. la CSN (Fallos 307-308) abrió cauce a la postura que adocina que la tasa de intereses a aplicar en los términos del artículo 622 del C.C. por los jueces, queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de ellos, en tanto constituyen intérpretes del ordenamiento jurídico y la misma Ley 23.928, que no impone una versión reglamentaria única, en el ámbito en debate.-

El alto Tribunal "in re S.M.C. c/ Provincia de Buenos Aires y ots." ha ratificado que los intereses deberán liquidarse conforme a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento, continuando la senda de otro precedente importante como lo fue "Fernandez Kulisek e hijos S.R.L. c/ Provincia de Buenos Aires y otro sobre Daños y Perjuicios", pronunciamiento del 23-12-97.

En "Ahumada" el cimero ratificó que: "A partir del 1 de abril de 1991 los intereses deberán calcularse a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento (CS, 25-9-2001, "Ahumada, Lía Isabel c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y perjuicios", "Fallos" 324:2981.

La doctrina de la CSN tiene efecto expansivo respecto de los jueces de grado, aun cuando medie discusión doctrinaria, su obligatoriedad nace de razones sistémicas, de organización constitucional, si el tópico es federal, y por motivos de celeridad y economía procesal cuando el tema no es federal. Es deber de los jueces inferiores acatar esa doctrina por razones de seguridad jurídica y para evitar el dispendio jurisdiccional (SCBA L 80.735).

En mi opinión y por esos fundamentos, la tasa aplicable resulta ser la activa vigente, durante los diferentes periodo temporales que comprenda la mora, para operaciones de descuento no reguladas y a treinta días ("Iglesias c/ Issin", reg. int. 172 –S-, del 2-12-99; **Muzzatti c/....., reg. int.....del 27-2-01; Peralta c/Martitegui reg. int, entre otros.**)

Entiendo pues que corresponde insistir con la postulación jurídica fijada en "Zunda c. Re" y confirmar la sentencia de grado en punto a la tasa de intereses.

En suma, propongo confirmar parcialmente la sentencia de fs. 690/698, modificándola respecta de la valuación del rubro valor vida, que se fija en la suma de pesos.....(\$.....) y daño psíquico.....que se establece en la suma de pesospara la cónyuge supérstite (\$...) y tres mil (\$,,,) para cada uno de los hijos de la víctima, e imponer las costas a las accionadas (arts. 18 y 33, Constitución Nacional, I8°, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica; 622, 623, 901, 1068, 1069, 1071, 1077, 1078, 1081, 1083, 1084, 1086, 1114, 1122, 2306, 2307 y cccts., Código Civil; 34 inc. 4, 68, 165, 345 inc. 3, 354, 362, 375, 384, 394, 401, 456, 474 y cccts., C.P.C.C.)-

A la primera cuestión, con las modificaciones propuestas, voto por la AFIRMATIVA.-

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL DOCTOR GARATE DIJO:

Correspondeconfirmar parcialmente la sentencia de fs. 690/698, modificándola respecta de la valuación del rubro valor vida, que se fija en la suma de pesosy daño psíquico, el que se establece en la suma de pesos para la cónyuge supérstite (\$...) ymil (\$...) para cada uno de los hijos de la víctima, e imponer las costas a las accionadas (arts. 18 y 33, Constitución Nacional, I8°, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica; 622, 623, 901, 1068, 1069, 1071, 1077, 1078, 1081, 1083, 1084, 1086, 1114, 1122, 2306, 2307 y cccts., Código Civil; 34 inc. 4, 68, 165, 345 inc. 3, 354, 362, 384, 474 y cccts., C.P.C.C.)-

ASÍ LO VOTO.