

ACUERDO:

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 22 días del mes de agosto del año dos mil ocho, se reúnen en acuerdo Ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, Dres. María del Carmen Battaini y Walter Tabarez Guerrero, este último por subrogancia, para dictar pronunciamiento en el recurso interpuesto en los autos caratulados “Silva Bustamante, Erica c/ Saldivia, Jorge Aníbal y otro s/ Daños y Perjuicios - Ordinario” – Expte N° 1061/07 STJ - SR. El acuerdo queda conformado de la manera indicada por haberse excusado el Dr. Carlos Gonzalo Sagastume y por encontrarse vacante la restante vocalía del Tribunal.

ANTECEDENTES:

I. La Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones dictó sentencia a fs. 1213/1239 mediante la cual -en lo atinente al presente recurso- hizo lugar parcialmente a la apelación interpuesta por el Sr. Fiscal de Estado en su carácter de representante de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Para así resolver, el a quo tuvo por verificados los supuestos necesarios para corresponsabilizar a la Provincia por el hecho protagonizado por el codemandado Jorge Aníbal Saldivia -entonces numerario de la Policía Provincial- que diera origen al pedido resarcitorio de la actora.

Tal decisión, se fundamentó en los siguientes puntos:

- a) Contrariamente a lo sostenido por la codemandada, el a quo consideró “...que el hecho de no encontrarse en servicio el agente de seguridad, no puede constituirse en un bill de indemnidad para excluir a la Administración estatal de la responsabilidad con que la invisten el primer y segundo párrafo del art. 1113 del digesto fondal aplicable...” v. fs. 1220vta, 2° párrafo -. En tal orden, se basó en la culpa in vigilando e in eligendo.
- b) Existe relación de causalidad entre el daño que se invoca y la conducta estatal, siendo aplicable la doctrina de la Corte Suprema, en tanto la exigencia legal de portar el arma guarda directa relación con la muerte ocasionada a Cristian Alejandro Silva.
- c) Se desestima la alegada utilización de la cosa riesgosa contra la voluntad presunta o expresa del propietario, por cuanto la sola entrega del arma al dependiente por parte del Estado genera en éste la responsabilidad por los daños que ocasione su uso, aún cuando se la utilizara fuera de servicio o por hechos ajenos a los fines de la institución. Por tal razón, no puede la administración valerse del eximente del tercer párrafo del art. 1113 citado.
- d) Se acoge la existencia de culpa in eligendo e in vigilando, “fundadas en el hecho que no se efectuaron los controles básicos para conocer con la antelación necesaria el estado psíquico del personal de la fuerza, no sólo al ingreso a la misma sino para mantenerlo año tras año en situación de revista”. v. fs. 1226vta, 2° párrafo -. Se tiene por acreditada la negligencia en la fiscalización del estado psicofísico de Saldivia, individualizando la última licencia otorgada por razones médicas, según constancias obrantes en la causa penal.
- e) Ha sido correcta la hermenéutica aplicada por el a quo al atribuir responsabilidad a la Administración Provincial desde el hontanar del derecho privado, resultando bizantino distinguir si tal plexo normativo se hubo de aplicar aun de manera supletoria, por no existir normas específicas pertenecientes al derecho público.
- f) En cuanto al resarcimiento por pérdida de “chance”, “...el nivel socioeconómico y cultural del fallecido a tenor de la prueba producida en estos actuados, lejos se encuentra de resultar idóneos para encuadrar al occiso en los niveles de pobreza como pretende el apelante”. – v. fs. 1233vta, 3° párrafo -. Se hace hincapié

en la pérdida para la actora del apoyo económico futuro de su único descendiente, su condición de madre soltera y la consecuente gravitación en la vejez. Por tales razones, se mantiene el monto fijado en primera instancia.

g) Cuantificación del daño moral: adhiere el Tribunal a su condición resarcitoria e incrementa tal rubro, habida cuenta de la afectación emocional por la pérdida del único hijo a manos de un integrante de la fuerza policial. Agrega a ello, la imposibilidad de la actora de concebir, en razón de su edad. Se incrementó la indemnización hasta alcanzar la suma de ciento ochenta mil pesos (\$180.000).

h) Daño psicológico: se postula su autonomía indemnizatoria y la necesidad de afrontarlo, al margen de su carácter permanente o temporario. Se confirmó el monto establecido en primera instancia.

II. La Fiscalía de Estado interpuso casación a fs. 1246/1281, exponiendo los siguientes agravios:

a) La eventual responsabilidad del Estado que se discute en autos, debe ser analizada desde la perspectiva del Derecho Público, dejando de lado la óptica civilista. En consecuencia, debe determinarse si existe una “falta de servicio”, lo cual aquí no acontece, “...ya que es muy evidente que en el caso no hay falta de servicio alguna, en tanto el homicida no actuó en ejercicio o con ocasión de sus funciones policiales, sino que fue un hecho personal, que nada tiene que ver con su condición de integrante de la fuerza policial”. – v. fs. 1250/1251 -.

b) Cita en auxilio de tal postura el precedente “Barreto” de la Corte Suprema Nacional, sosteniendo que allí se estableció que en este tipo de causas rige el derecho público, y no el civil. Fija como determinante la óptica iuspublicista para apreciar la ausencia de responsabilidad por parte del Estado Provincial.

c) Aún desde la “...óptica civilista utilizada por los Jueces de Cámara” – v. fs. 1254- ap. IV-, correspondía librar de responsabilidad al Estado Provincial, ya que “...la entrega del arma fue una causal absolutamente remota, por cuanto las particulares circunstancias del caso demuestran que el Sr. Saldivia tenía un encono personal con el fallecido, que de todas maneras lo hubiera llevado a cometer el ilícito, aunque fuere con otros medios”. – v. fs. 1255, 4º párrafo -.

d) No se tuvieron en cuenta las especiales circunstancias del presente caso, donde se utilizó el arma contrariamente a la finalidad para la cual había sido entregada. Cita jurisprudencia y doctrina que entiende aplicable al tema.

e) Ausencia de culpa in vigilando de la Administración, “...pues la responsabilidad del Estado se rige por principios propios del derecho público, donde no caben estas ideas de la culpa in eligendo o in vigilando, sino que la cuestión gira sobre la “falta de servicio”, que en el caso no ha sido acreditada”. –v. fs. 1268, ap. V.

f) Al momento en que cometió el hecho, Saldivia se encontraba en uso de licencia por largo tratamiento, lo cual refuerza la comisión del hecho por motivos ajenos a la función policial, no existiendo nexo causal.

g) No existen elementos probatorios que acrediten la errónea elección del codemandado al momento de ingresar a la Policía, razón por la cual el recurso se focaliza en la culpa in vigilando, que tampoco considera demostrada en autos.

h) En relación al punto anterior, no existen certificados médicos, expedientes o testimonios que refieran que al Sr. Saldivia debía retirársele el arma reglamentaria por no ser psíquicamente apto para continuar ejerciendo la función policial.

i) Improcedencia de los rubros indemnizatorios.

- Pérdida de chance: El nivel sociocultural del fallecido era bajo, lo cual se condice con los trabajos que realizaba, con ingresos que no superaban los cuatrocientos pesos (\$400) mensuales. Poco podría haber

aportado para el sostenimiento de su madre en la vejez, ya que aquél habría destinado sus ingresos a su propio mantenimiento. No se tuvo en cuenta que tal suma se percibirá en un solo momento y no mensualmente, razón por la cual debe descontarse una determinada suma en concepto de intereses. Por tales razones, considera que la suma establecida en las instancias precedentes no resulta prudente ni razonable e implica un enriquecimiento incausado de la actora.

- Daño moral: Se ha fijado un monto elevado por tal rubro que, sumado a las cantidades ya otorgadas por los restantes, "...implica realmente un cambio de vida en la situación de la víctima y un enriquecimiento en su persona..." v. fs. 1275, 5° párrafo -. Ergo, solicita la modificación del monto indemnizatorio.

- Daño psíquico: "...no es jurídicamente posible hacer lugar a este rubro en forma separada del daño moral, pues ello implica un doble resarcimiento por el mismo concepto." – v. fs. 1276, 2° párrafo, in fine-. El desequilibrio psicológico debe ser permanente, pues si es transitorio -como se dijo en la sentencia- y por ende reparable con una terapia, sólo se debe indemnizar el costo del tratamiento respectivo a título de daño patrimonial futuro. "Pese a ello, en la sentencia no se explican las razones por las cuales estiman pertinente indemnizar en forma diferenciada el daño psíquico..." -v. fs. 1277, 1° párrafo-. Sólo correspondía abonar el costo del tratamiento. La suma establecida es muy elevada en relación a cualquier terapia, y no se dio una explicación en cuanto a la proporción del monto fijado respecto al seguimiento psicológico.

III. Corrido el pertinente traslado, fue contestado por la actora a fs. 1284/1286. Se apoya en los siguientes argumentos:

a) El agravio expuesto en el Pto III (fs. 1248) del escrito casatorio, no alcanza a satisfacer o cumplir con los requisitos exigidos por el art. 290.1 del CPCCLRyM, limitándose a mencionar la aplicación de las normas de derecho público, "...sin detallar o especificar cuáles son las normas de tal carácter que han sido "infringidas o erróneamente aplicadas" en el fallo recurrido". –v. fs. 1284vta, 1° párrafo -.

b) Lo mismo ocurre con las críticas contenidas en los puntos IV y VI de la pieza recursiva, toda vez que de los mismos se desprende una mera discrepancia interpretativa respecto del fallo recurrido, y constituyen una mera reproducción textual de los agravios vertidos en el recurso de apelación obrante a fs. 1108/1140.

c) Siendo que la recurrente ha repetido agravios de la instancia precedente, se opta por la misma técnica, dando por reproducidos los extremos invocados a fs. 1149/1157 (contestación de agravios e interposición de apelación adhesiva).

d) Respecto al agravio centrado en la culpa in vigilando, dado que a los policías se les confía la seguridad e integridad de la comunidad y que portan un arma, los controles psicofísicos, aptitudinales y de idoneidad no pueden limitarse al de ingreso y los anuales. "Por el contrario, la vigilancia debe ser continua, pero no en el sentido como lo expresa la recurrente "las 24 hs. sobre el dependiente", sino estando atento a los resultados que arrojen los reiterados y continuos exámenes, los que por cierto nunca se hicieron en la medida exigida". – v. fs. 1286, 2° párrafo -.

e) Debería haberse centrado la vigilancia en la peligrosidad que implicaba Saldivia -sumamente capacitado para el uso del arma- con una licencia psiquiátrica de tres (3) meses y con antecedentes de ingesta desmedida de alcohol. No se tuvo en cuenta, entonces, la aptitud requerida para el ejercicio de la función policial.

f) No se tuvieron en cuenta serios y peligrosos indicios que alertaban a compañeros de armas de Saldivia, en cuanto a su notoria depresión, junto al consumo excesivo de alcohol.

g) Demuestra ausencia de vigilancia la nota N° 1445/01 de fs. 1013/1015, por la cual se instruyen directivas para evitar sucesos luctuosos como el presente, pues recién a partir de ese momento se ordenó la retención del arma al personal policial que se encuentre bajo tratamiento psicológico.

h) Carece de entidad la enemistad personal expuesta por la casacionista, pues de testimonios recabados se aprecia que en ningún momento se había observado disputa o enemistad manifiesta entre el occiso y Saldivia.

IV. A fs. 1289/1291 obra la resolución de la Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones que concedió el recurso.

V. El Sr. Fiscal ante esta instancia dictaminó a fs. 1299/1303, sosteniendo que el presente recurso casatorio debe ser desestimado.

El Sr. Juez Dr. Carlos Gonzalo Sagastume se excusó de intervenir en

autos por haber dictado el procesamiento del codemandado Jorge Anibal Valdivia. La inhibición se funda en razones graves de decoro y delicadeza –v. fs. 1304-.

Integrado el Tribunal con el Sr. Juez Dr. Walter Tabarez Guerrero –v. fs. 1305 y 1306- y consentida ésta –v. fs. 1311 y 1312-, se llamaron los autos al acuerdo –v. fs. 1313-.

Efectuado el sorteo del orden de votación y tras deliberar, se decide tratar las siguientes

CUESTIONES

Primera: ¿corresponde aceptar la excusación del Dr. Sagastume?

Segunda: ¿Corresponde hacer lugar al recurso?

Tercera: En su caso ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Battaini dijo:

En un proceso penal en el cual el Dr. Sagastume se inhibió por haber intervenido en el dictado de la sentencia impugnada en casación, invocando para ello la causal prevista en el art. 45, inciso 13 del CPP, dijo el Superior Tribunal:

“Recordemos que "juzgar", en un sentido amplio, significa "formar juicio de una cosa", lo que -desde un punto de vista jurisdiccional- exige, como garantía primigenia para las partes, que los magistrados se desempeñen con una total falta de compromiso anímico o intelectual asumido prematuramente sobre un estado de cosas sometido a su resolución.

“El haber dictado sentencia definiendo la situación procesal de los enjuiciados genera en las partes un fundado temor de parcialidad en el juzgamiento del caso en esta instancia casatoria. La remisión a la doctrina fijada en "Llerena" (ver fs. 759 y vta. in fine) no resulta superflua, pues fue precisamente ese temor de parcialidad el que orientó la resolución adoptada por la Corte Suprema. En autos, ello surge de una circunstancia objetiva indiscutida: la adopción por parte del juez de un criterio determinado respecto del sustento fáctico y normativo de la imputación penal dirigida contra los imputados.

“Como si fuese la otra cara de una misma moneda, el haber dictado sentencia también produce en el magistrado un compromiso anímico e intelectual incompatible con la función de revisar el pronunciamiento en crisis.” (ver autos "CÁRDENAS ALMONACID, José Rolando y otros s/ Robo en poblado y en banda y lesiones leves" -expte. n° 970/06 STJ-SR-, sentencia del 16 de mayo de 2007, registrada en el T° XIII, F° 245/246).

Entiendo, pues, que su actuación en la etapa instructoria de la causa penal vinculada al presente litigio civil constituye motivo grave de decoro y delicadeza en los términos del art. 41.1. del CPCCLRM.

Voto, pues, en sentido afirmativo.

A la primera cuestión el Dr. Tabarez, por compartir los argumentos expresados adhiere, votando en igual sentido.

A la segunda cuestión la Dra. Battaini dijo:

I. Corresponde previamente esbozar, en forma breve, las principales características que gobiernan el recurso de casación.

Se trata de un “medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley substantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio. He aquí expuestos, en la síntesis de la definición, los elementos esenciales de la institución, contemplada desde el exclusivo e inevitable punto de vista procesal: el recurso se refiere únicamente a las cuestiones de derecho, sustantivo o adjetivo, lo cual implica la exclusión de las cuestiones de hecho y, por lo mismo, de todo problema atinente a la valoración de las pruebas...” (Fernando De la Rúa, “La casación penal”, Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 23).

Se persigue, pues, lograr la integridad y validez del acto jurisdiccional con sujeción a las normas de derecho, de fondo o de forma.

Resulta claro, por ende, que no se está ante una tercera instancia cuyo fin sea revisar los hechos establecidos por las instancias de grado.

En orden a lo expuesto, este Tribunal ha dejado sentado que “En cambio, sí es de resorte de la casación controlar que la motivación de la sentencia del juez o tribunal de mérito corresponda o constituya una derivación razonada del derecho vigente con relación a las circunstancias reales y comprobadas de la causa; la validez de las pruebas de que se sirve el sentenciante; la omisión en la consideración de alguna prueba decisiva que hubiera sido legalmente incorporada a la causa y cuya apreciación conduzca a variar el sentido de la decisión final; que sus conclusiones respondan a las reglas del recto entendimiento humano; y que esa motivación resulte bien emitida, con ajuste a las formas prescriptas”. (“Finocchio, Jorge Alberto s/ Pto hurto (Dte. Agustín Vidal Marinkovic)” – expte N° 610/03 STJ-SR – Libro IX, f° 410/417).

II. He de analizar en primer término la interpretación que postula la recurrente respecto a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (21-03-2006; T. 329 P. 759); pues a partir de allí estructura el análisis por el cual avala la ausencia de responsabilidad del Estado Provincial respecto al evento dañoso de marras.

Sostiene la casacionista que de acuerdo a su doctrina la presente causa debe ser analizada sólo a la luz de las normas del derecho público, y siendo que Saldivia se encontraba fuera de servicio al momento de utilizar el arma reglamentaria con la cual disparó al fallecido hijo de la actora, no cabe responsabilizar al Estado Provincial.

Cabe entonces desmembrar el análisis en dos aspectos principales: 1º) Determinar si el alcance dado por la recurrente a tal pronunciamiento es el que en realidad se desprende de su contenido; y 2º) Ya en la cuestión de fondo, establecer si los agravios casatorios logran conmover lo resuelto en la instancia precedente.

El esclarecimiento de la primera de las cuestiones adquiere notable influencia respecto al análisis de la cuestión central: esto es, determinar si cabe imputar responsabilidad civil al Estado Provincial.

Paso al estudio, entonces, del precedente “Barreto”.

El 21 de marzo de 2006, la Corte Suprema resolvió dicha causa, referida a una demanda de daños y perjuicios iniciada por los padres de Gisela Barreto contra la provincia de Buenos Aires como codemandada, a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la muerte de su hija, baleada por un oficial de la policía bonaerense.

El máximo Tribunal Federal, en lugar de analizar el fondo del tema a la luz de su doctrina sentada a partir de la definición de "causa civil"; procedió a reexaminar su competencia originaria con arreglo al supuesto que -entre otros- prevé el art. 117 de la Constitución Nacional, consistente en los casos en que litiga una provincia contra un vecino domiciliado en otro estado local o un extranjero.

Los Jueces que suscribieron ese decisorio y conforman la integración actual del Alto Tribunal, optaron por abandonar la generalizada calificación del concepto de "causa civil" que se venía aplicando desde el pronunciamiento dictado el 6 de octubre de 1992 en la causa "De Gandia, Beatriz Isabel" (Fallos: 315:2309).

En tal pronunciamiento, entonces, la Corte Federal resolvió una cuestión de competencia.

Pero en lo tocante al sub iudice, reviste importancia recalcar que -contrariamente a lo sostenido por la casacionista- lejos de adjudicar un rol excluyente al derecho público en la resolución del presente tipo de causas, la Corte Suprema hizo lo contrario, optando por una interpretación inclusiva de los principios que dimanaban del derecho civil y el derecho público.

En efecto, el Alto Tribunal trazó una simbiosis de ambos sectores normativos en pos del principio *alterum non laedere*. Basta citar los considerandos 11° y 12° para corroborar tal extremo: "11) Que lo expuesto conduce necesariamente —a fin de resolver el caso— al estudio del régimen jurídico administrativo local que sienta las bases del sistema provincial de seguridad pública y que determina las funciones esenciales y obligaciones del personal que lo integra (leyes 12.154 y 12.155, entre otras), interpretándolo en su espíritu y en los efectos que la soberanía provincial ha querido darle, todo lo cual no es del resorte de la Corte Suprema (Fallos 312:606; 319:1407; 322:617).

12) Que no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el sub lite se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos —entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados— aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aun del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate (Fiorini, op. cit., primera parte, págs. 90 y sgtes.).

Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, prima facie, se encuadra el presente caso (Fiorini, op. cit., primera parte, pág. 92 y sgtes.; Fallos: 187:436; 306:2030; 307:1942; 312:1297; 314:620; 315:1231).

Por lo tanto -reitero- del análisis del pronunciamiento transcrito aflora una doctrina de contenido distinto al expuesto por la codemandada, ya que -como señala la Corte Federal- en casos como el sub examine debe emplearse un estudio contemporizador, inclusivo de los aspectos relevantes del derecho de fondo y de las normas que integran el derecho público provincial, en aras de determinar si cabe obligación indemnizatoria respecto al evento dañoso acaecido.

III. Dilucidado el primero de los interrogantes planteados en el apartado precedente, corresponde seguidamente abordar el estudio de los agravios centrales.

Debo aclarar preliminarmente que el análisis de la responsabilidad contenida en el artículo 1113 del Código Civil en función de las especiales características que enmarcan el sub iudice, conducirá indefectiblemente a la interacción de conceptos como el de función policial y arma de fuego como cosa riesgosa, lo cual no empece -e inclusive resulta necesario- en aras de la suficiente y correcta fundamentación decisoria en el marco que dicta la instancia extraordinaria.

Por tanto, creo necesario recalcar que el designio jurisdiccional que indica la resolución de los casos según las especiales características que lo gobiernan, adquiere especial relevancia en el presente. Enfocaré mi

atención en el contexto jurisdiccional previo, con elemental y necesaria sujeción al marco establecido por la ley procesal en orden a la etapa casatoria.

III. A- Se expresa en el recurso que corresponde eximir de responsabilidad a la Provincia, ya que el hecho tuvo lugar en momentos en que Jorge Aníbal Saldivia no se encontraba en ejercicio de su función policial, y que la muerte de Silva se debió a un encono personal que ambos sostenían. Por ende, el arma reglamentaria fue utilizada con una finalidad totalmente distinta a aquella por la cual fue entregada.

En sintonía con tal postura, afirma la recurrente que no se ha probado un funcionamiento anormal, defectuoso, irregular o tardío del sistema administrativo. Ergo, al no haberse acreditado falta de servicio por tratarse de un hecho personal ajeno a la función policial, no cabe responsabilizar al Estado.

Cierto es que determinada jurisprudencia -como la del Superior Tribunal de Córdoba a que hace referencia la casacionista- ha sostenido la irresponsabilidad del Estado por los daños derivados de la utilización del arma reglamentaria fuera de servicio, entendiendo que no recae ningún deber de garantía respecto a la víctima y por tanto no responde en los términos del artículo 1113 (1º parte) del Código Civil. También se sujeta a un criterio amplio respecto a la causal de exoneración contenida en el párrafo final del mismo precepto.

No obstante, considero que la decisión de mérito no merece reparos, pues las circunstancias ya señaladas en cuanto a la falta de control del órgano estatal y el carácter riesgoso del arma han influido de forma crucial en el nexo causal como factor atributivo de responsabilidad objetiva.

Afirma la casacionista que no se ha probado una falta o deficiente control por parte del Estado respecto al agente Saldivia y que su supuesto estado depresivo no era indicador suficiente para declararlo inepto. También sostiene que no existían certificados o estudios médicos que indicaran que Saldivia no era apto para portar un arma. Hace referencia a lo expresado por el Dr. Bet en la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Juicio en lo Criminal.

Carecen de asidero tales afirmaciones, puesto que la prudencia y control necesarios no pueden conducir a retener el arma sólo en ocasión de declarar inepto al numerario policial. Por el contrario, deben arbitrarse controles psicofísicos periódicos y estrictos al personal policial ante el riesgo ínsito en la portación de un arma de fuego. El cuadro psíquico de Saldivia databa de largo tiempo anterior al hecho y ha quedado evidenciado con el otorgamiento de las licencias por razones de salud.

En cuanto a los conceptos del Dr. Bet, deben ser enmarcados en el concepto de culpabilidad conforme la ciencia y ley penal. Por tal razón, esas apreciaciones no pueden socavar el estudio realizado en la causa de marras, gobernado por elementos y fundamentos ajenos a tal materia.

La casacionista expresa que Saldivia se encontraba en uso de licencia por razones de salud (conf. fs. 1269, 2º párrafo y otros pasajes del escrito) al momento del hecho. Recalo aquí en la mención hecha por el a quo a la licencia otorgada por razones médicas antes del hecho de marras prescripta por tres (3) meses (conf. fs. 970), lo cual debe engarzarse con el certificado en copia obrante a fs. 195 del expediente penal, de donde surge que Saldivia presentaba un cuadro de depresión con trastornos de conducta. También se había fijado junta médica en el sector de Salud Mental del Hospital Regional de Río Grande. Corroboran tal extremo, las constancias obrantes a fs. 352vta, 368 y 371 de estos autos.

Es útil la remisión hecha en segunda instancia a lo dicho por el vocal Dr. Pagano Zavalía en la sentencia del Tribunal de Juicio en lo Criminal, cuando al resumir la labor de los peritos forenses y oficiales, indicó que “todos concluyeron y coincidieron en que Saldivia presentaba un trastorno de la personalidad denominado limítrofe a border line...”.- v. fs. 1227 3º párrafo-.

Lo expuesto, evidencia una grave negligencia en cuanto al seguimiento y fiscalización del estado psicofísico de Saldivia.

Como también lo expresó el Tribunal prejuzgante, de la nota N° 1445/2001 del 15 de agosto de 2001 obrante

a fs. 1013, surge que recién a posteriori del hecho de marras, la Secretaría de Seguridad ordenó la adopción de medidas dirigidas a retener el arma reglamentaria al personal que se encontraba bajo tratamiento psicológico. El razonamiento del a quo resulta acertado y esperable; puesto que la adopción de tal medida da pábulo para sostener que la propia Administración percibió la falencia de su propio accionar respecto a la situación de Saldivia, y con tal directiva trató de evitar la repetición de casos análogos al presente.

Respecto a la declaración del Dr. Renzone mencionada en el escrito casatorio, tal elemento probatorio no hace más que ahondar en el extremo abordado en estos pasajes del voto; por cuanto el análisis de una hipotética responsabilidad del profesional resulta totalmente ajena al presente proceso, pero tales conceptos resultan sumamente claros, pues refirió que Saldivia requería de atención psicológica y psiquiátrica y que el paciente le dijo que estaba en tratamiento psiquiátrico, que había tenido episodios de ingesta de alcohol, que no hizo mención específicamente a problemas laborales y que conforme palabras del propio Saldivia, con anterioridad éste se había visto envuelto en un hecho similar al que originó la presente causa. Sin reconocerse especialista en la materia, Renzone declaró que "...Saldivia es un psicótico", por cuanto las personas alcohólicas son proclives a la esquizofrenia (conf. fs. 307/vta de la causa penal).

La comunidad civilmente organizada ha delegado en la policía el monopolio del uso de la fuerza para mantener el orden en aras de la seguridad de las personas y la necesaria paz social dictada por el Estado de Derecho. Este postulado resulta innegable partiendo del principio básico que dimana del "Contrato Social" de Rousseau.

Tal responsabilidad, que se concreta en la autorización para portar y utilizar en caso necesario un elemento de tan alto riesgo como un arma de fuego, amerita de los integrantes de las fuerzas del orden la entereza moral, la salud mental y el equilibrio psicológico acordes a una función de tal trascendencia.

El Estado, debe extremar los medios y recaudos necesarios para evitar que los destinatarios de la protección instaurada por vía de sus instituciones y órganos, se transformen en víctimas de aquellos a quienes justamente se les ha confiado la custodia de sus bienes y hasta de su propia vida. No puede alegarse -tal la postura de la casacionista- ruptura del nexo causal o causalidad remota: de haberse imposibilitado la portación del arma al policía, como dictado lógico el hecho no se habría producido; puesto que con la misma Saldivia segó la vida de Cristian Silva.

Conforme lo ya señalado al analizar el fallo "Barreto", resulta totalmente aplicable lo expuesto por la Corte Suprema en los precedentes mencionados por el a quo ("Panizo y "Cossio"). Tal criterio fue reiterado por el mismo estrado en "Izaurrealde, Roque Rafael c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios"; 31/08/1999, al señalar que "No basta para excluir la responsabilidad de la provincia por las lesiones causadas a quien fuera agredido por un agente policial dependiente de aquella, la circunstancia de que en el momento del hecho el autor del daño se encontrara fuera de servicio, pues el acto imputado sólo aparece como posible en la medida en que derivó de las exigencias propias del cargo, si se advierte que el arma utilizada había sido provista por la repartición en que el autor revistaba y que debía portarla permanentemente." (Sistema Argentino de Informática Jurídica – SAIJ -Nº A0054036).

Considero de importancia recordar conceptos plasmados por la reconocida magistrada y doctrinaria Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci en su voto como Jueza de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en un caso análogo al presente, al señalar que "Poner sobre la víctima la carga de que el Estado no seleccionó bien o no controló bien es, frente a los hechos indubitados de la causa, hacerla cargar con una prueba diabólica. Si como ha dicho la Corte Federal, el Estado debe dar a sus agentes la preparación técnica y psíquica adecuada para preservar racionalmente la integridad física de los miembros de la sociedad y sus bienes, está claro que la carga de la prueba del cumplimiento de este deber recae sobre el propio Estado, que está en mejores condiciones de probar un hecho positivo que se desarrolla dentro de su propio ámbito de actuación. En este sentido, nada había en el legajo personal que mostrara de qué modo el Estado preparaba a las personas que recién entran a la fuerza para que el arma que pone en sus manos sirva para la seguridad y no para el riesgo de los ciudadanos." ("D'Ulivo, Susana c. Ortiz Alvarado, Félix y otro", sentencia del 08/10/2003, LS 329-184, publicada en La Ley Gran Cuyo 2004-190, consultada en

www.laleyonline.com.ar). Cabe señalar que la Dra. Kemelmajer de Carlucci había sostenido igual postura en su voto emitido en el precedente “Solavallol”).

Tales conceptos se condicen con los postulados plasmados en el artículo 1113 del Código Civil y pacíficamente reconocidos por moderna doctrina, según la cual la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente es objetiva. Sólo fluye algún debate en cuanto a cuál es el factor objetivo de atribución -si junto al riesgo conviven otros factores, como ser la equidad, la garantía y la solidaridad, con una nómina abierta; o si sólo se responde con el riesgo creado-.

También es objetiva la responsabilidad por los daños con las cosas riesgosas tanto de las que lo son por las circunstancias, o -como el caso de marras- de aquellas riesgosas en sí mismas cualquiera sea el uso o empleo, donde el riesgo no desaparece por un uso cuidadoso, como ser el caso de las armas de fuego. Estos conceptos guardan consonancia con lo sostenido por doctrina de renombre (Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas, Miguel A., “Código Civil Comentado”, editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 327 y sigs; entre otras obras de reconocidos juristas). En palabras de la Dra. Kemelmajer en su voto citado en el párrafo pretérito, “El arma estaba en poder del agente porque fue proporcionada por el Estado. No se trata de un resultado que pudo ser alcanzado por otra vía que no fuese, justamente, a través del arma, pues está fuera de discusión que la víctima perdió la vida, en forma violenta, por efecto del disparo producido por el agente, durante una discusión mantenida con la víctima (su hermanastro), y que muy improbablemente este resultado se hubiese producido sin un arma.”

Es evidente que la jurisprudencia ha sentado con claridad que el artículo 1113 trata una situación claramente identificada con la responsabilidad objetiva, totalmente ajena al concepto de culpa y este principio no puede ser desvirtuado y menos aún soslayado, pues como bien lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde admitir el recurso extraordinario y descalificar, sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, aquellos fallos que evidencien una interpretación que invierta el curso del razonamiento que impone el art. 1113 del Código Civil y lo desvirtúe hasta tornarlo inoperante, al restringir dogmáticamente el alcance de una disposición cuyo fin es posibilitar la indemnización del daño causado por el riesgo o vicio de la cosa, en las situaciones en que éste se produce, con independencia de toda idea de culpa del sujeto. (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo, en autos 24/04/2001 Contreras, Raúl Osvaldo y otros c. Ferrocarriles Metropolitanos S.A., 24/04/2001, fallos: 324:1344; conforme doctrina plasmada en “Young de Aguirre, Beatriz H. c. Empresa Líneas Marítimas Argentinas S. A”, 04-05-1995 – D.T 1995-B-1549; y “Del Casto Figueroa, Rosario c. Ferrocarriles Argentinos”, 08/09/1998, todos publicados en www.laleyonline.com.ar).

En razón de las consideraciones hasta aquí vertidas, opino que corresponde rechazar el recurso casatorio respecto a los tópicos tratados, por cuanto los presupuestos indicativos de responsabilidad resultan claramente aplicables al Estado Provincial.

IV. Sobre la alegada improcedencia de los rubros indemnizatorios:

IV. A- Pérdida de chance:

Se aduce como excesivo el monto establecido en razón del bajo nivel sociocultural del fallecido, lo cual se condice con los trabajos que realizaba, con ingresos que no superaban los cuatrocientos pesos (\$400) mensuales. Ello así, poco podría haber aportado para el sostenimiento de su madre en la vejez, puesto que Silva habría destinado sus ingresos a su propio mantenimiento. También señala la codemandada que no se tuvo en cuenta que la suma indemnizatoria se percibirá en un solo momento y no mensualmente, razón por la cual debe descontarse una determinada cantidad en concepto de intereses.

No debe confundirse esta indemnización con el lucro cesante. Aquí, lo que se indemniza es la chance en sí misma. No corresponde efectuar cálculos matemáticos para determinar su cuantía, puesto que se deben sopesar las circunstancias que ameritan la posibilidad de que se pueda evitar una pérdida o lograr una ganancia.

El a quo a fs. 1232/1234vta expuso las razones por las que resolvió mantener el monto por este daño establecido en la sentencia de primera instancia. Avaló las apreciaciones allí volcadas con prueba documental -v. fs. 1232vta/1233-. Asimismo, dejó sentado que el nivel socioeconómico y cultural del fallecido, en virtud de la prueba recabada en estos autos, no resulta indicativo de un nivel de pobreza como el alegado por la codemandada. Aclaró asimismo las posibilidades de desarrollo laboral de Silva, que le hubiesen permitido obtener mayores ingresos.

Tal como antes señalé, expone la recurrente que “Tampoco se tuvo en cuenta otra cuestión de suma importancia que fue destacada en la apelación, cual es que la suma fijada no se percibirá mensualmente, como habría ocurrido en vida del hijo de la actora, sino de una sola vez, por lo cual es susceptible de producir una renta que antes del deceso era imposible de obtener”. (fs. 1273, 3º párrafo).

Existe una proporción que necesariamente debe guardar todo monto indemnizatorio, tomando como parámetro su disminución. La indemnización no está destinada a mantenerse en el tiempo, sino a su consumo progresivo en orden a las necesidades que dieron origen a su concesión. En tal orden, la jurisprudencia ha venido señalando como lógico “...que el capital vaya disminuyendo con el transcurso del tiempo hasta que finalmente se agote una vez cumplido el lapso indemnizable. Ello, por cuanto de otro modo, se configuraría un enriquecimiento sin causa...”. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia (Chaco), sala III, 20/11/1995, “Galarza, Irma E. y otro c. Supercemento S.A. y otros”, LLLitoral, 1997-262, con nota de Luis O. Andorno, en www.laleyonline.com.ar).

Si se tiene en cuenta que el interés para depósitos a plazo fijo oscila en el orden del 11% anual, la suma indemnizatoria de cuarenta mil pesos (\$40.000) arrojaría una renta mensual de aproximadamente trescientos sesenta pesos (\$360). Debe considerarse lo ya dicho en cuanto a la ausencia de métodos matemáticos y estrictos respecto de este rubro y las posibilidades de mejora en la situación patrimonial del fallecido a partir de la prueba citada por el a quo. A ello se agrega que la tasa de interés se encuentra fuertemente afectada por la inflación. Ello conduce a señalar que lo percibido en concepto de interés sólo contribuiría a morigerar la desvalorización de la moneda, con escasa incidencia respecto de la chance de beneficios o superación de pérdidas.

Tengo para mí, entonces, que al momento de determinar la indemnización por pérdida de chance, el a quo no incurrió en una arbitraria valoración de la prueba ni se apartó de las especiales características del sub iudice.

IV. B- Sobre la cuantificación de los rubros por daño moral y psicológico:

IV.B-1 El agravio sobre el presente punto, se desdobra en dos líneas argumentales: a) Se objeta por elevado el monto establecido en concepto de daño moral; b) Se sostiene la falta de autonomía del daño psicológico.

Por imperativo lógico, modificaré el orden planteado en el escrito casatorio, tratando primeramente los dichos referidos a la falta de autonomía del rubro psicológico. Ello así, ya que la dilucidación de tal tópico, tendrá directa incidencia sobre el restante.

En tal contexto, es importante recalcar que el "daño psíquico o psicológico" constituye una verdadera lesión orgánica, en tanto que el "daño moral" -por definición- opera en el ámbito anímico-espiritual. Coincido con el criterio sustentado en la instancia precedente: son facetas humanas claramente discernibles las que se ven afectadas en uno u otro caso. Puede suceder que un pesar o quiebre espiritual conlleve una afección psicológica, pero ello no puede conducir a un enunciado científico general. La aflicción, el dolor humano no puede medirse y menos aún quedar fagocitado bajo rigores científicos. Con lo dicho quiero dejar claramente plasmada mi postura en cuanto a la independencia de tales ámbitos indemnizatorios.

De tal manera, ratifico lo dicho en el precedente “Blanchad Alejandro c/ CEMEP y/o González Leonardo s/ Daños y Perjuicios s/ Recurso de Queja” (expte N° 893/05 STJ – SR, 10/05/06, T. XII - F° 186/196), donde se expresara que: “... por sus especiales características, la afectación de la psiquis merece tratamiento como rubro autónomo, en mérito a lo cual resulta hartó difícil determinar si no se encuentra latente en el individuo.

Así, la doctrina ha sostenido que “En nuestra opinión, la inmensa variedad que presenta la semiología en el ámbito psíquico, demuestra que algunos sujetos, para resistir las pérdidas, implementan mecanismos negadores de tipo maníaco o formaciones reactivas. La apariencia esconde, entonces, la intensidad del trauma psicológico recibido, que una evaluación científica adecuada permite detectar. Si la conclusión del experto arroja resultado positivo, en algún momento de la vida de esa persona el dolor se canalizará por alguna vía perjudicial para su salud. Entre tanto, podría ocurrir que los mecanismos psicológicos montados tornen imperceptible su influencia en la capacidad productiva o en la vida de relación, o que incluso aumente esos registros de medición de capacidad”. (Daray Hernán, “Daño Psicológico”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1995, págs. 47/48).

Conforme al principio sentado en la ley de fondo, todo daño debe ser resarcido. En tal inteligencia, surge la procedencia de indemnizar la dolencia psíquica aunque supuestamente no se mantenga en la actualidad; no interesa que se haya realizado o no un determinado tratamiento terapéutico. Tal como expusiera la jurisprudencia: “El daño psicológico transitorio, perjuicio que se configura durante el lapso que media entre el accidente y la finalización de la terapia, resulta resarcible además de los gastos que irroge el tratamiento respectivo”. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 11/07/1996; “Gallardo, Hugo A. c/ Garello, Vicenta”; La Ley 1997-F-960, publicado en la página web de Editorial “La Ley”, también citado en el precedente “Blanchad” antes citado).

La moderna doctrina en materia de daños, los clasifica en dos tipos: a) el daño patrimonial, y b) el daño a la persona, dentro del cual se ubican los menoscabos de tipo moral, psicológico, estético, a la identidad en sus diversas facetas, y otros.

Vislumbro que, inclusive, se podría incluir al daño psíquico o por tratamiento psicológico en el rubro patrimonial. A fin de cuentas sería una cuestión meramente rotular y terminológica, que de ninguna forma podría implicar sustraerse a la cobertura del crédito indemnizatorio.

Expresa la recurrente que la Cámara de Apelaciones ha entendido que se está ante un daño psíquico permanente, cuya reparación no corresponde como tal; y que al ser temporario sólo se debería responder con el costo de la terapia, que considera notablemente inferior a la suma de veinticinco mil pesos (\$25.000) establecida en la instancia de mérito.

En primer término, corresponde señalar que en la jurisprudencia se ha forjado el concepto de “tratamiento psicológico” como rubro autónomo, diferenciándolo del daño o menoscabo psicológico propiamente dicho, el cual, conforme doctrina de la Corte Suprema Federal establecida en “Gerbaudo, José Luis c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, 29/11/2005, T. 328, P. 4175, por su carácter de incapacidad debe ser reparada en la medida en que asume su condición de permanente. Lo mismo había sido dicho en “Valle, Roxana Edith c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”(fallos 326:1299) conforme doctrina de anterior cuño: “En este aspecto debe recordarse que si bien esta Corte ha establecido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes tanto físicas como psíquicas esta incapacidad debe ser reparada, lo es en la medida en que asume la condición de permanente (Fallos: 315:2834; 321:1124; 322:1792)”.

Lo dicho no puede extraviar el enfoque central del agravio. De la pericia obrante a fs. 561/563 surge la existencia de un cuadro depresivo severo en la actora: “Su patología de trastorno depresivo mayor tiene incidencia diaria en la vida de la evaluada, como fuera descripto en puntos anteriores. Es recomendable una asistencia psicoterapéutica con interconsulta psiquiátrica, con frecuencia de al menos una sesión semanal en estados de interepisodios depresivos, duplicando o triplicando la frecuencia en el curso de los episodios más graves (por ejemplo, cuando las probables ideaciones suicidas del cuadro se intensifican)”. – v. fs. 563, últ. párrafo -. Se esgrime imposibilidad de establecer el tipo y costo de medicación. En cuanto a los aranceles por consulta, cita a modo de ejemplo la suma de veinticinco pesos (\$25) abonada por una obra social (OSDE) a los prestadores psicoterapeutas.

Similar conclusión arroja el informe pericial de fs. 1042/1043vta, que señala la presencia de un “duelo

patológico” con distintos tipos de alteraciones psíquicas que se corresponden con un “síndrome depresivo mayor”. Concretamente: “El estado psíquico de la Sra. Silva, interfiere en su vida de relación así como en todas las actividades cotidianas en especial para el goce de sus derechos personalísimos, configurando una secuela por daño psíquico constituido este, por su estado actual que corresponde a un Síndrome Depresivo Mayor (DSM IV F32.2). Entendiendo que se hace necesario una terapéutica por medio del equipo de salud mental, a fines de mejorar su estado actual y pronóstico”. (fs. 1043vta). Aclara la erogación económica que amerita el tratamiento, cuyo tiempo aproximado sería de alrededor de 2 años y sujeto a evolución.

Ante lo expuesto, soy de la opinión que corresponde otorgar una indemnización en concepto de tratamiento, pero no por daño psicológico, ya que no surge de la prueba de autos una incapacidad psíquica o mental de tipo permanente.

En efecto, la suma acordada por “daño psicológico”, no posee sustento en la probanza obrante en la causa. En palabras de la Suprema Corte de la Provincia de Santa Fe con cita de doctrina de la Corte Suprema Nacional, “...si bien la facultad discrecional conferida a los jueces para determinar indemnizaciones no debe vincularse a cálculos matemáticos que, so pretexto de objetivar al máximo el pronunciamiento, también pueden conducir a conclusiones apartadas de las circunstancias fácticas acreditadas en cada caso, esto no los exime de explicitar tan siquiera mínimamente los elementos tenidos en cuenta para fundar su decisión” (Fallos: 307-1858), toda vez que “el ejercicio de una facultad discrecional no constituye eximente del deber de fundar el pronunciamiento” (Fallos: 311-66, cit. en Fallos: 320-451)”. (partes: G., L., M, 11/12/2002, publicado en La Ley Litoral y consultado en la web www.laleyonline.com.ar).

Por lo tanto, propongo al acuerdo tomar como base para el cálculo del presente rubro lo señalado en la última de las pericias referenciadas, según la cual el tratamiento “...producirá una erogación económica de alrededor de 30 a 60\$ semanales (psicofármacos) y 30 a 50\$ semanales de consultas siendo el tiempo aproximado de tratamiento alrededor de 2 años y sujeto a evolución”. (fs. 1043vta, último párrafo).

Considero que la casación debe prosperar parcialmente en este punto. Conforme los aludidos datos, resulta adecuado otorgar la suma de diez mil pesos (\$10.000) en concepto de indemnización por tratamiento psicológico.

IV.B-2. Habiendo sido aclarado que el daño moral y el psicológico constituyen materias claramente diferenciables, he de analizar ahora el agravio concerniente a la cuantificación del primero.

Sostiene la codemandada: “En cuanto al daño moral, si tal cual lo expresé en mi escrito de apelación ya me parecía elevada la suma de \$ 160.000 fijada por el Juez de primera instancia, no sólo se mantiene mi agravio ante la sentencia de Cámara sino que se ha profundizado al elevarse la suma a \$ 180.000.” – v. fs. 1275, 3º párrafo -.

Considero de importancia recordar lo ya dicho por este Tribunal al abordar este tópico: “Mucho se ha escrito sobre la indemnización del daño moral. Destacados representantes de la doctrina argentina y extranjera se extendieron sobre este tema, a lo cual se suma el tratamiento que se le ha dado en el ámbito jurisprudencial.

Sabido es que el principio rector en materia de reparación del daño es el que dicta la necesaria prudencia y mesura del juzgador al momento de establecer los montos indemnizatorios en lo que atañe al daño extrapatrimonial.

La reparación económica, tal como fuera expuesto en reiteradas oportunidades por la doctrina, cumple una función correctiva o sinalagmática de eminente carácter resarcitorio, habiendo quedado totalmente superada la postura doctrinaria que afirmaba su carácter punitivo.

En dicha confluencia de conceptos y factores en directa relación con las características del caso concreto, reside el punto de equilibrio al cual debe arribar el juzgador al momento de establecer el quantum indemnizatorio.

Si bien es cierto que la determinación de la indemnización generada por el daño moral corresponde a la evaluación de circunstancias de hecho en principio ajenas a la órbita casatoria, dicho enunciado cede frente a situaciones en donde surge una desproporción del monto indemnizatorio establecido en atención a las características del caso concreto, que no guarda razonable relación respecto de los valores establecidos en el ámbito judicial.

Así lo ha sostenido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, al afirmar que "Es procedente el recurso de casación por vicios en la cuantificación del daño moral -en el caso, acordado por expresiones lesivas del honor- si el monto de la condena se presenta notoriamente distante de los valores que la práctica judicial tiene instaurados para casos semejantes" (fallo dictado en los autos "B.,L.E. c. Montoto de Spila, Marta; La Ley Córdoba, 2002-56).

Lejos de pretender incorporar una postura economicista sobre la reparación del menoscabo que implica la afectación disvaliosa del espíritu humano, se revela como de vital importancia la aplicación de razonamientos lógicos, prudentes y razonables que se enmarquen dentro de las reglas de la equidad a fin de que la determinación de la indemnización no implique una fuente indebida de lucro.

Así ha quedado expuesto en reiteradas oportunidades en el ámbito pretoriano: "Indudablemente, la muerte de un hijo provoca un dolor tan profundo como indescriptible, pues se altera el orden natural generacional de la vida, llevándose a aquél que todo padre espera que lo sobreviva. Sin embargo, la suma que intente indemnizar este perjuicio, no escapa a la regla de la equidad y justicia que debe primar en las reparaciones civiles, y por lo tanto, debe observarse cuidadosamente que al fijarla no se cree una fuente de indebido lucro". (Cámara Nacional Civil, Sala M, "K.L.c. Lázari, Jorge y otro, fallo de fecha 7 de agosto de 2000 publicado en La Ley - Responsabilidad Civil y Seguros, págs. 709/715).

En efecto, el rasgo caracterizante de la indemnización reside en su fin último: la reparación del daño ocasionado. En el ámbito del daño moral, si bien el menoscabo de índole espiritual y afectiva es de imposible reparación, el establecimiento de un monto indemnizatorio nunca puede desembocar en un cuadro de situación donde, como consecuencia de un daño de dimensión espiritual, se arribe a una desmedida percepción económica, lo cual -obviamente- se contrapone a las reglas de la ética. El daño moral no puede generar un enriquecimiento inmoral.

Por ende, la facultad discrecional de los jueces de establecer la reparación del evento dañoso cede cuando al hacerlo se incurre en un desequilibrio que avasalla el fin único de la reparación, que estriba en imponer la justicia al caso concreto, esto es: asegurar la equidad en la decisión judicial.

Es en razón de lo expuesto, que corresponde focalizar el análisis en las peculiaridades del caso concreto a fin de determinar el monto a indemnizar por daño moral para, de esa forma, arribar a una solución acorde con el criterio establecido en el ámbito judicial, lo cual enmarcará la tutela judicial reparatoria con el necesario grado de razonabilidad.

Resulta sumamente ilustrativo respecto a lo señalado en el párrafo precedente, traer a colación lo expuesto por la Sala A de la Cámara Nacional Civil en el fallo de fecha 12 de noviembre de 1999 dictado en los autos "Pavone, Mario y otro c/ Mineo, Luis R. y otros", publicado en La Ley - Responsabilidad Civil y Seguros - tomo año 2000, págs. 520/527. Allí el Dr. Molteni en su voto al cual adhirieron los demás Jueces integrantes del Tribunal, expresó lo siguiente: "Resulta sin duda difícil graduar la cuantía para enjugar el daño moral, pues el sufrimiento por la pérdida de un hijo para sus padres, es algo inconmensurable, más aún si se ponderan las trágicas consecuencias que, en el particular caso, determinaron un fatal desenlace no inmediato. Sin duda no puedo dejar de ponderar que la edad de la víctima no hacía previsible su muerte, por lo cual esta situación debe haberle generado una afección espiritual de relevantes sufrimientos morales, difíciles de superar. Pero constituye un deber del juzgador fijar una pauta o parámetro que, por cierto, no tiene por qué guardar relación con la entidad de los daños materiales, dado su carácter autónomo. Se trata de medir lo que a primera vista aparece como inabarcable, para lo cual resulta menester objetivar la dolorosa situación, dado

que al ser el sufrimiento humano un elemento netamente subjetivo, relacionado con la sensibilidad de cada persona, podría derivarse en considerables desproporciones. Con esa finalidad resulta de gran utilidad trazar analogías con casos similares, para de esta manera crear cierta uniformidad que no deje librado este importante concepto a variables que dependan de los afectos más íntimos de cada persona".

El fallo comentado en el párrafo precedente, trata sobre el fallecimiento del hijo de los reclamantes que contaba con 25 años de edad y el mismo voto -siempre en referencia al daño moral- prosigue diciendo: "En este sentido deberé ponderar la estrecha relación que unía a los reclamantes con su hijo, el cual convivía en la casa paterna, y sobre todo con su padre, quien lo ayudaba en el mantenimiento y reparación del camión que recientemente había adquirido y, cuando podía, lo acompañaba en su jornada laboral, como así también colaboraba en la construcción de la futura vivienda conyugal del causante que ambos habían emprendido".

En mérito a las aludidas circunstancias, se estableció como indemnización por daño moral la suma de pesos quince mil (\$15.000) para cada uno de los progenitores de la víctima.

La composición de este contexto, lleva a concluir que el carácter inconmensurable del daño moral no obsta a la ineludible necesidad de fijar un parámetro acorde a las características del caso, contemporizando el monto a fijar en concepto de indemnización, con aquellos fijados en los estrados judiciales. La solución que se aparte de dichas pautas, irremediablemente carecerá de razonabilidad". ("Estrada Clider y Navarro Fabio Amilcar c/ Sanatorio San Jorge S.R.L y Cortiglia Bosch Cecilia T. s/ Ordinario" - Expte N° 714/04 STJ – SR, 15/10/04, T X - F° 669/688).

En pos del objetivo contemporizador mencionado, se volcarán datos recabados de la reciente jurisprudencia dictada por las diversas salas que componen la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, señero Tribunal en materia de derecho privado y responsabilidad civil:

a) Caso: "García Teresa Marta c/ Unidad Ejecutora Programa Ferroviaria Provincial". Sala: "B" – Exp. N° 401930. Fecha sentencia: 15/12/2005. Víctima: Edad: 25. Sexo: masculino. Estado civil: soltero. Ocupación: agricultor. Salud: Normal. Reclamante: madre. Ocupación: ama de casa. Monto por daño moral: \$60.000.

b) Caso: "Cabrera, Damiana Mabel c/ Herederos de Jaime Navarro y otro". Sala: E – Exp. N° 403698. Fecha sentencia: 27/02/2007. Víctima: Edad: 28. Sexo: masculino. Estado Civil: soltero. Ocupación: limpieza. Salud: normal. Reclamante: madre. Ocupación: s/d. Monto por daño moral: \$40.000.

c) Caso: "Ledesma Amalia c/ Coop. Ltda. de Seg. B. Rivadavia". Sala "A" – Exp. N° 449148. Fecha sentencia: 02/05/2006. Víctima: edad: 30. Sexo: masculino. Estado Civil: soltero. Ocupación: empleado. Salud: normal. Reclamante: madre. Ocupación: ama de casa. Indemnización por daño moral: \$50.000.

d) Caso: "Mareco, Eva Angélica c/ Edenor S.A y otros". Sala "L" – Exp. N° 402513. Fecha sentencia: 19/09/2005. Víctima: edad: 29. Sexo: masculino. Estado civil: soltero. Ocupación: operario. Salud: normal. Reclamante: madre. Ocupación: s/d. Daño moral: \$80.000.

e) Caso: "Savignano, Aida c/ Giovanelli, Eduardo Oscar". Sala "L" – Exp. N° 59668. Fecha sentencia: 29/11/2002. Víctima: edad: 25. Sexo: masculino. Estado civil: soltero. Ocupación: estudiante universitario. Salud: normal. Reclamante: madre. Ocupación: jubilada. Daño moral: \$80.000.

f) Caso: "Gramont, Susana R. c/ Viera, Domingo". Sala "L" – Exp. N° 319261. Fecha sentencia: 25/09/2001. Víctima: edad: 27. Sexo: masculino. Estado civil: soltero. Ocupación: empleado de comercio. Salud: normal. Reclamante: madre. Ocupación: ama de casa. Daño moral: \$100.000.

g) Caso: "Dittlof, Antonia Josefa c/ Mendez, Juan Héctor". Sala "B" – Exp. N° 301242. Fecha sentencia: 25/09/2001. Víctima: edad: 26. Sexo: masculino. Estado civil: soltero. Ocupación: comerciante. Salud: normal. Reclamante: madre. Ocupación: s/d. Daño moral: \$50.000.

El muestreo se estableció sobre casos que guardan similitud con este proceso, todos se originan en el

reclamo de la madre por el fallecimiento del hijo varón, soltero, de entre 25 y 30 años. Dichos montos no se contraponen a los señalados por el a quo al citar precedentes de la Corte Suprema Nacional y se corresponden con causas falladas con posterioridad al mes de diciembre de 2001, en referencia al cuadro de depreciación monetaria a que se hizo referencia en el fallo de la instancia precedente.

Podría parecer a primera vista, que se pretende tarifar algo medible e inconmensurable como lo es el dolor humano. No es así. Sabido es que esta indemnización estriba en el quiebre del espíritu. Si tal perspectiva se desvía, la consecuencia es el desvanecimiento del fin que guía la existencia de esta reparación, convirtiéndose en un mero medio de enriquecimiento. Debe darse abrigo a la indemnización fundada en el dolor injustamente causado, pero debe evitarse el efecto disvalioso que estriba en el lucro que sobre él pueda edificarse.

En síntesis; la cuantía indemnizatoria por daño moral debe guardar proporción con los criterios de traducción dineraria resueltos en casos análogos, debiéndose evitar que la reparación de daños de esta naturaleza se convierta en una fuente de injustificado despegue económico.

En razón de lo expuesto, considero acorde al contexto que enmarca el sub iudice, establecer la suma de ciento veinte mil pesos (\$120.000) en concepto de daño moral.

En conclusión, me pronuncio por acoger parcialmente al recurso, sólo en lo referente a la cuantificación de los daños psicológico y moral; estableciendo la suma de pesos diez mil pesos (\$10.000) en concepto de indemnización por tratamiento psicológico, y de ciento veinte mil pesos (\$120.000) por el segundo concepto reparatorio.

Así voto.

A la segunda cuestión el Dr. Tabarez dijo:

En primer lugar, me referiré a la cuantificación de los rubros por daño moral y psicológico, en particular a los tópicos tratados en el punto IV.B-1 del voto de la ponente.

Al respecto tengo dicho: "...aunque se reconozca autonomía conceptual al daño psíquico o psicológico por la índole de la lesión que se causa a la integridad psicofísica de la persona, ello no significa que haya de ser individualizado como un rubro resarcitorio autónomo para ser sumado al daño patrimonial o moral..." ("Yutrovic, Inés Carolina c/ Provincia de Tierra del Fuego A.I.A.S. s/ daños y perjuicios" –Expte. N° 3117 del registro de la Sala Civil de la Cámara de Apelaciones, 14/03/2005, T° I, F° 132/144).

Si bien esta posición no concuerda con la sostenida por la distinguida magistrada que me precede en la argumentación –en la que claramente sostiene la independencia de tales ámbitos indemnizatorios- considero que en esta cuestión lo que resulta esencial –para resolver el caso- es la determinación de su progreso o rechazo en función de la permanencia o temporalidad del daño.

En lo atinente a ello, he indicado "...fuerza recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que el daño psíquico o psicológico sólo debe ser reparado en la medida que asuma la condición de permanente (cfr. en lo atinente al ítem en examen, CSJN, 21/05/01, c. C. 1948. XXXII, originario "Camargo, Martina y otros c/ San Luis, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios", consid. 10°; id. 20/03/03, c. L. 114. XXXV, originario, "Lema, Jorge Héctor c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", consid. 8° y sus citas: id. 29/06/04, c. "Coco", cit. consid. 12° y sus citas)...". (Expte. "Yutrovic" ya citado).

Desde esta perspectiva, comparto la argumentación de la ponente al sostener –siguiendo doctrina de la CSJN- que no corresponde resarcir el daño psicológico por no acreditarse una incapacidad psíquica de tipo permanente.

De otro lado, también concuerdo en el otorgamiento de una indemnización en concepto de tratamiento,

aspecto que también abordé en el precedente “Yutrovic”, oportunidad en la que sostuve “...resulta justo, en cambio, reconocer los gastos que demandará el tratamiento psicológico recomendado por la perito...”.

Señaladas estas sucintas precisiones, por compartir respecto de los restantes contenidos los argumentos expresados por la Dra. Battaini, así como las conclusiones a las que arribara, adhiero a los mismos, votando en igual sentido.

A la tercera cuestión la Dra. Battaini dijo:

Conforme lo dicho al tratar las cuestiones anteriores, propongo al acuerdo aceptar la excusación del Dr. Carlos Gonzalo Sagastume y hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur en su carácter de codemandada, sólo en lo concerniente a la cuantificación de los daños psicológico y moral, estableciendo la suma de diez mil pesos (\$10.000) en concepto de indemnización por tratamiento psicológico, y de ciento veinte mil pesos (\$120.000) por el segundo de los referidos rubros. Con costas a cargo de la codemandada, pues resulta sustancialmente vencida.

Es mi voto.

A la tercera cuestión el Dr. Tabarez dijo que comparte lo sostenido en el voto precedente, votando en igual sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 22 de agosto de 2008.

VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1(- ACEPTAR la excusación del Sr. Juez Dr. Carlos Gonzalo Sagastume.

2º.- HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso extraordinario de casación interpuesto a fs. 1246/1281 por la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur en su carácter de codemandada, sólo en lo concerniente a la cuantificación de los daños psicológico y moral, estableciendo la suma de diez mil pesos (\$10.000) en concepto de indemnización por tratamiento psicológico, y de ciento veinte mil pesos (\$120.000) por daño moral. Con imposición de costas a la codemandada vencida.

3(- MANDAR se registre, notifique y cumpla.

Fdo: Dres. María del Carmen Battaini –Juez-; Walter Tabárez Guerrero –Juez Subrogante-;

Secretario: Jorge P. Tenaillon.

T XIV– Fº 502/522.