

**EL DAÑO PRESUMIDO Y LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.
¿VIOLACION DE LA LEY O DOCTRINA LEGAL?**

1. El fallo anotado	27
2. La cuestión de fondo. Daño real y daño presumido	53
3. El fundamento de las presunciones legales	54
4. La ayuda económica de los padres a los hijos mayores de edad	55
5. El valor económico de la vida humana para quien no es su titular	56
6. La cuestión procesal. Distinción entre ley y doctrina legal	57
7. La interpretación viola la norma o “la doctrina” que de ella emerge. ¿Caben tales distingos?	58
8. La casación de sentencias de tribunales colegiados de instancia única, con base en discrepancias interpretativas	59

EL DAÑO PRESUMIDO Y LOS HIJOS MAYORES DE EDAD

¿VIOLACION DE LA LEY O DOCTRINA LEGAL?

SUMARIO: 1. El fallo anotado. 2. La cuestión de fondo. Daño real y daño presumido. 3. El fundamento de las presunciones legales. 4. La ayuda económica de los padres a los hijos mayores de edad. 5. El valor económico de la vida humana para quien no es su titular. 6. La cuestión procesal. Distinción entre ley y doctrina legal. 7. La interpretación viola la norma o “la doctrina” que de ella emerge. ¿Caben tales distingos? 8. La casación de sentencias de tribunales colegiados de instancia única, con base en discrepancias interpretativas.

1. EL FALLO ANOTADO

C. Civ. y Com. Rosario, sala 3ª, 12/10/81 - Galliano, Omar A. c. Conde, Francisco y otros.

Rosario, octubre 12 de 1981.

1ª) ¿Es procedente el recurso de apelación extraordinario?

2ª) En su caso: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Primera cuestión. El doctor *Alvarado Velloso* dijo:

1º) En estos autos, Omar Galliano demandó a Francisco Conde y otros pretendiendo resarcimiento por el daño moral y material que sufriera a raíz del fallecimiento de sus padres, ocurrido en un accidente de tránsito en el que fueran embestidos por el demandado.

Tramitada la causa ante el Tribunal Colegiado de Juicio Oral N° 2, se dictó sentencia declarando la culpa exclusiva del accionado en la producción del hecho dañoso, y se condenó a éste a abonar al actor la suma de \$ 50.000.000 en concepto de reparación por daño moral y de \$ 11.188.968 en carácter de resarcimiento por daño emergente correspondiente a la adquisición de dos nichos para sepultar a las víctimas y a la diferencia entre el importe abonado por la aseguradora y el valor real del automóvil que, transportando a los occisos, que-

dó totalmente destruido. Al mismo tiempo, la sentencia inferior rechazó la pretensión de resarcimiento en concepto de daño material —“valor vida”— que sostuviera el actor invocando la ayuda que sus padres le prestaban como contribución al sostenimiento de su hogar. Fundamentando tal rechazo, el tribunal *a quo* expresa que “sobre la procedencia de este rubro, que fuera negado por la demandada, se tiene reiteradamente resuelto... que los hijos mayores (es el caso del actor) no están incluidos en el supuesto contemplado en los artículos 1084 y 1085 del Código Civil”. Se agrega que “si bien la nómina de damnificados indirectos por un homicidio es amplia y se extiende más allá de la vocación sucesoria, del parentesco y del derecho alimentario —alcanzando a todo aquel que sufra por ese hecho un daño cierto en relación causal adecuada respecto de la viuda e hijos menores— la ley crea un régimen especial, edificado sobre la presunción de la existencia del daño patrimonial, extensivo —pensamos— al daño moral. Y en virtud de esta presunción los exime de la prueba concreta del perjuicio sufrido. Pero siendo el daño un presupuesto de la responsabilidad, la presunción es *juris tantum* y no *jure et de jure*, siendo admisible que el legitimado pasivo, deudor del resarcimiento, demuestre que la muerte no ocasionó el perjuicio que se pretende”. A partir de allí, y luego de evaluar la prueba rendida, afirmando que surge de autos que el demandado es mayor de edad, trabaja en YPF y se encuentra radicado en otra provincia con su núcleo familiar donde recibe ayuda de sus padres no con carácter fijo ni periódico sino indeterminada y esporádicamente, concluye que “tal ayuda no alcanza entidad suficiente para encuadrarlo dentro del sector social supuesto y descripto por el tipo legal de la norma enunciada por el artículo 1084, por lo que tampoco procede por esta vía la excepción al principio hermenéutico enunciado más arriba”.

Contra tal sentencia el actor dedujo tempestivamente recurso de apelación extraordinaria alegando que, según la tesis mantenida por el sentenciante, “los artículos 1084 y 1085 del Código Civil, no generan una presunción de daño material para los herederos forzosos del muerto sino sólo para la viuda e hijos menores, debiendo los restantes herederos probar el daño irrogado, situación en la que el culpable puede limitarse a la negativa”. En otras palabras: partiendo de una ausencia de presunción, se juzgó insuficiente la prueba rendida y ello determinó el rechazo de la pretensión.

A base del argumento largamente expuesto y sucintamente transcripto, sostiene que en la decisión de la causa hubo violación de la ley, causal autorizada en el Código Procesal (artículo 564, inc. 2) para determinar la procedencia del recurso deducido.

El Tribunal Colegiado de Juicio Oral N° 2 denegó la impugnación, entendiendo que la “violación de la ley” no es una causal autónoma de admisibilidad, sino que debe ser interpretada en función de lo dispuesto en el Código Procesal (artículo 566, inciso 1): corresponde entender que existe “violación de la ley” o de la “doctrina legal” “cuando la sentencia se funda en una interpretación de la ley que haya influido sustancialmente en su decisión y que sea contraria a la hecha por otro tribunal Colegiado de Segunda Instancia de la Provincia dentro de un lapso no mayor de cinco años”.

Ante tal denegatoria, el actor vino en recurso directo a la alzada, donde logró su apertura con fundamentos decisorios que, sintéticamente, recuerdan “que la jurisprudencia dominante sobre la materia contiene un error interpretativo que debe ser abandonado” y que “tendrá que aceptarse la admisibilidad del recurso, cuando, maguer la inexistencia de precedentes ju-

risprudenciales contradictorios con la sentencia impugnada, se demuestre que ella desconoce la ley en su existencia, validez o significado, o la aplica falsamente cuando medie error en la calificación jurídica de los hechos del proceso o en la elección de las normas que les fueren aplicables”.

De tal manera, en razón de que la interpretación dada por el Tribunal Colegiado de Juicio Oral N° 2 a la norma contenida en el Código Civil (art. 1084) parte del supuesto de limitar los alcances del referido párrafo del Código Civil (art. 1085), a los herederos menores del causante, no obstante que el claro texto legal refiere a los “herederos necesarios del muerto” (respecto de quienes cabe aceptar la existencia de una presunción legal en el sentido de que han sufrido un daño cierto como consecuencia de la muerte del causante) se concluyó que mediaba en la especie un desconocimiento de la ley civil, toda vez que se había otorgado un alcance restringido que no surgía del texto expreso y amplio de la norma.

Radicados los autos en la Sala, presentan sendos memoriales actora y demandado, manteniendo cada uno la posición que ya asumieran en primera instancia en cuanto al fondo del asunto litigioso.

Con tales antecedentes han quedado estos autos en estado de dictar sentencia definitiva.

2º) En primer término, y habida cuenta que el apelado ha deslizado en su memorial argumentos que cuestionan tangencialmente la apertura de la alzada (ver p. 173, párr. 4º), cabe recordarle que no utilizó tempestivamente la vía que le acuerda el Código Procesal (art. 355), de obvia aplicación al caso del recurso extraordinario que vengo tratando, por lo que le está vedado quejarse ahora respecto de una resolución de

admisibilidad recursiva que, por otra parte, es irreversible por haber adquirido definitivo carácter preclusivo.

De cualquier manera, y aunque nada quite ni agregue a lo ya dicho, cabe hacer notar —a fin de agregar nuevos argumentos doctrinales a los que lucen en la ya recordada decisión— que la conceptualización de la “violación de la ley” como causal autónoma de admisibilidad recursoria, diferente de la conocida como “violación de la doctrina legal” no es novedosa en el ámbito doctrinario. Personalmente sostengo tal distinción desde hace varios años, con argumentos expuestos en mayo de 1978 en *Juris* 56-212, en consonancia con lo que, sobre el tema, se legisla para recursos similares en otros ordenamientos procesales (ver. p. ej., caso de la provincia de Buenos Aires).

Y es que, como claramente surge de la letra de la norma contenida en el Código Procesal (art. 564, inc. 2), no cabe confundir institutos obviamente diferentes partiendo de la conjunción “o” utilizada por el legislador, de quien cabe presumir yerró por cuanto uno idéntico tiene cometido en el texto del Código Procesal (art. 132, párr. 2º), al colocar como alternativas circunstancias que son claramente acumulativas para toda la doctrina, para toda la jurisprudencia y para todo el resto de legislaciones procedimentales.

Lo recién expuesto encuentra fácil sustento si se recuerda que el recurso de marras intenta, desde sus orígenes, no sólo mantener la unidad de la interpretación jurisprudencial en el territorio provincial sino que, además y esencialmente, procura brindar extrema garantía de legalidad a la solución del litigio.

Si se acepta —como ya lo hicieran Más y Creus en su conocida obra *Juicio Oral* y los tribunales que adoptaron su tesitura interpretativa— la equipotencia de

los términos utilizados en el Código Procesal (art. 564, inc. 2), resultará cumplido tan sólo uno de los anunciados propósitos del recurso de apelación extraordinario: la uniformidad jurisprudencial, pero se habrá soslayado el relativo al “mantenimiento del orden legal imperante”. Porque si la admisibilidad del recurso debe referirse con exclusividad a la sentencia que se funda en una interpretación de la ley que ha influido sustancialmente en su decisión y que sea contraria a la hecha por otro Tribunal Colegiado de segunda instancia de la Provincia dentro de un lapso no mayor de cinco años... escapan por completo al sistema recursivo claras hipótesis de violación de la ley que, no obstante su notoria “ilegalidad” no cuentan con el precedente jurisprudencial exigido (por ejemplo: la sentencia declara válido el testamento hecho por un menor de 14 años; divorcia vincularmente, restringe a hijos menores una presunción legal que ampara a todos los herederos forzosos, etcétera. Los ejemplos podrían multiplicarse).

Pero además de verse fácilmente que las decisiones recién ejemplificadas no pueden contar con precedentes serios que avalen una queja, cabe acotar que, en nuestra provincia y dentro de la propia economía de la ley, es imposible —o casi— que en la actualidad se hallen precedentes que posibiliten la admisión del recurso. Sucede, simplemente, que la norma comentada rige a partir del 1/2/62 ; desde esa fecha —y hasta el día de hoy— los pleitos incoados ante el Tribunal Colegiado de Juicio Oral perecieron ante el mismo, sin posibilidad fáctica de intervención de la alzada.

Por otra parte, en estos más de 18 años ya transcurridos desde que comenzara la vigencia de la ley 5531, fenecieron también los pleitos que radicaban en segunda instancia por aplicación de la ley 2924; de tal modo,

como puede compulsarse fácilmente en cualquier colección jurisprudencial, no hay antecedentes —y esto es definitivo— dentro de los últimos cinco años en las materias de antigua competencia del Tribunal Colegiado de Juicio Oral (ver Código Procesal, art. 541). De ahí que la norma contenida en el Código Procesal (art. 566, inc. 1), se torne inconstitucional al reglamentar un recurso con condiciones imposibles de cumplir en la realidad social por precisa aplicación —durante largos años— de normas reguladoras de la competencia material. Como puede colegirse, añadido tal argumento a los que ya brindara en otras ocasiones para demostrar la procedencia autónoma de la causal “violación de la ley” en cuanto a la admisibilidad del recurso de apelación extraordinario.

3º) Ha cuestionado el actor la decisión del tribunal inferior, sosteniendo que ha mediado en la especie un completo apartamiento de la norma contenida en los artículos 1084 y 1085 del Código Civil.

Y no puedo menos que acordar razón al apelante habida cuenta que el derecho de percibir la indemnización que prescribe el segundo apartado del artículo 1084 del Código Civil corresponde “al cónyuge sobreviviente y a los herederos necesarios del muerto, si no fueren culpados de delitos como autores o cómplices o si no lo impidieron, pudiendo hacerlo” (art. 1085 del Código Civil).

Parece obvio, a mi juicio, que tan claro texto legal debe interpretarse conforme con su letra expresa y en función de lo dispuesto en el Código Civil (art. 3592):

a) Dentro de la concepción del artículo 1084 del Código Civil, la expresión “...lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto...” constituye una pauta reparatoria y no una limitación al re-

sarcimiento que, por otra parte (art. 1085, Código Civil) se extiende a otros titulares distintos de aquéllos.

Si se hacen jugar armónicamente ambas normas recién citadas, resulta evidente que la segunda parte de ellas contemplan un mismo derecho a indemnización, aunque referido a distintas personas: el artículo 1084 rige para el caso en que el núcleo familiar estuviera constituido por la viuda e hijos a cargo (menores e incapacitados), coincidiendo así —aunque parcialmente— con la opinión mantenida por el tribunal inferior. Por su parte, el artículo 1085 rige para el cónyuge sobreviviente (puede ser el viudo) y herederos necesarios (no necesariamente menores e incapacitados).

De ahí que, a todo evento interpretativo, resulta que en caso de reclamación por parte de viuda que carece de hijos a cargo, tendría ella derecho a resarcimiento por la muerte del marido en virtud del artículo 1085 (“la indemnización de la segunda parte del artículo 1084 sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente...”). Además y he aquí lo importante, tal indemnización pueden reclamarla los hijos que no se encuentran “a cargo” de la víctima y todo otro heredero necesario del causante, sin distinción alguna.

A mi juicio pretender que el derecho consagrado por el artículo 1085 rige únicamente para los herederos necesarios menores o mayores de edad, implica introducir en la interpretación de la norma un elemento discriminatorio no previsto por el legislador, cercenando indebidamente el incuestionable derecho de los titulares.

b) Lo antes expuesto condice, por otra parte, con la interpretación lata que cabe otorgar al artículo 1084, en cuanto dispone que el victimario tendrá que indemnizar “...lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto”, del que ya he sostenido

constituye una pauta reparatoria y no un elemento limitativo o condicionante de la indemnización debida, cuya existencia torne procedente o improcedente la obligación de reparar.

En efecto: el apartamiento de tal concepción mediante una literal y no inteligente interpretación del articulado de marras, conduciría a extremos de injusticia notoria que conspiran ciertamente contra el deseo del legislador. Así, si nada fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, por gozar ellos de una envidiable posición económica que posibilitara aquélla, la obligación de indemnizar por parte del responsable del hecho ilícito no existiría. En otras palabras: tal obligación dependería no de su responsabilidad sino de las circunstancias de poseer o no la viuda bienes de fortuna. Y esto es notoriamente injusto.

Asimismo, la exigencia de un necesario perjuicio económico ocasionado al heredero forzoso para posibilitar la indemnización —cosa que descarto *ab initio*, como luego se verá— resultaría insuficiente para justificar su procedencia en casos de muerte de una persona por nacer (piénsese en el único heredero de un trono europeo), de un niño de corta edad, de un incapacitado o de un septuagenario sin ingresos económicos y devendría así por cuanto no siendo ninguno de los nombrados productores directos de bienes económicos, su muerte no ocasionaría —para los sostenedores del concepto contrario al que propugno— perjuicio económico de naturaleza alguna y ello resulta también notoriamente injusto.

c) Para finalizar, destaco que es pacífica y reiterativa la posición interpretativa que tanto doctrina como jurisprudencia mantienen desde antaño en cuanto a los artículos 1084 y 1085 del Código Civil; ellos

consagran una presunción de daño para cónyuge y herederos necesarios —mayores o menores de edad— por muerte violenta del cónyuge ocurrida por homicidio, aunque, como se verá luego, tal presunción se limita a ciertos rubros reparatorios (ver a título de ejemplo, conclusiones de las *Jornadas de Derecho Civil* organizadas por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de Rosario, junio de 1979, en *Juris* 59 - 391).

d) De lo hasta aquí expuesto surge fácilmente que sostengo que la decisión de la cuestión litigiosa por el Tribunal Colegiado de Juicio Oral N° 2 es violatoria de la ley civil, toda vez que la aplica falsamente —efectuando discriminaciones limitativas que exceden su texto— y la desconoce en cuanto a su contenido presuncional, al afirmar que la prueba rendida en autos no resulta suficiente para encuadrar a la actora en su afirmado carácter de acreedor de indemnización.

Por tal razón, habida cuenta de lo dispuesto en el Código Procesal (art. 570), corresponde casar la sentencia en cuanto ha sido materia de impugnación —rubro costas inclusive— y resolver el caso con la ley cuya aplicación se ha declarado. Así voto.

El doctor *Casiello* dijo:

1º) Coincido con el doctor Alvarado Velloso en cuanto sostiene que ha quedado firme la resolución que admite el recurso de apelación extraordinario y que no caben ahora quejas al respecto.

Pese a lo expuesto, los nuevos argumentos vertidos por mi colega —atento la disidencia que oportunamente formulara— me llevan a insistir en la tesis que expusiera a fojas 41 del expediente que rola por cuerda.

Es cierto que —doctrinariamente— son distintas las concepciones de “violación de la doctrina legal”, pero tal distinción no conlleva como consecuencia necesaria que nuestro legislador haya aceptado la diferencia, ya que muy claramente equiparó ambas hipótesis en el artículo 566 del Código Procesal.

En cuanto a la presunción de yerro a la que alude mi colega, ella no me convence dado que el error cometido en otro artículo (el 132, párr. 2º) no implica que también se haya deslizado uno en éste en estudio. Además en el artículo 132 del Código Procesal no se le dio un significado erróneo a la conjunción “o”, sino que ella fue mal colocada y debe ser reemplazada —como decía el Código derogado— por una “e”; es decir, no hubo error en el sentido que puede tener una letra, sino una equivocación en cuanto a la letra a poner.

Por otro lado el “mantenimiento del orden legal imperante” —a que hace referencia mi colega— no puede fundar la apertura del recurso, si éste no está previsto. Las “claras violaciones a la ley” a las que alude Alvarado Velloso no sólo las podría cometer el Tribunal Colegiado de Juicio Oral, sino también una Cámara de Apelación y sólo cabría, contra cualquiera de esos pronunciamientos, el recurso reglado por la ley 7055.

Tampoco creo que sea inconstitucional el reglamentar un recurso con condiciones que ahora serían de imposible o difícil cumplimiento, ya que la instancia única está prevista en nuestra Constitución para los tribunales colegiados (art. 83, Const. Prov.). Pienso sí, que el Código de Procedimientos reglamentó la apelación extraordinaria con inteligencia, limitándola de hecho en el tiempo, hasta que los Tribunales que creaba superaran la etapa del ensayo y adquirieran la experiencia necesaria para el mejor cumplimiento de sus

tareas. Además, me resulta presuntuoso el pensar que una Cámara de Apelaciones, que hace años que no interviene en los procesos de competencia material de los tribunales colegiados, tenga que calificar y enmendar groseros yerros, que podrían cometer quienes —por ley— son especialistas en los temas expuestos en el Código Procesal, artículo 541.

Y precisamente, el pleito que hoy nos convoca me parece un ejemplo claro de la prudencia con que hay que manejarse en el tema de la apelación extraordinaria, puesto que aquí no se ha dado un desconocimiento de la ley sino que el Tribunal Colegiado de Juicio Oral, en faena que le es propia e irrenunciable, lo único que ha hecho es interpretar la norma aplicable al caso. En efecto: lo sostenido en la sentencia tiene el aval doctrinario de Llambías (ver ED, 51-894), de Abelleyra (LL, 114-959), de Bustos Berrondo (Jus, N° 3, ps. 69 y ss.), de Mosset Iturraspe (*Responsabilidad por daños*, t. 2-B, ps. 163/164) y de Cammarotta (*Responsabilidad extracontractual*, t. 2, p. 692). En cuanto a la jurisprudencia —una rápida recorrida por algunos repertorios— me permite citar en la postura limitativa del Tribunal Colegiado de Juicio Oral a la Cámara Nacional Civil, Sala A (ED 72-135 y 70-221); la misma Sala en LL 1979-C-411 y en ED 80-446, con voto del doctor Vocos; la Sala D (LL 1979-C-181) en forma parcial, pues acuerda indemnización a hijas mujeres mayores de edad —inferior a la que deben percibir los menores— con la disidencia del doctor Raffo Benegas, quien no las encuentra amparadas por la presunción de daño.

2º) Pese a lo expuesto, la ya firme apertura del recurso me lleva al necesario estudio del fondo del asunto, a los fines de ver si procede la casación de la sentencia dictada en autos.

Y, en el tema, me parece claro que los hijos mayores del difunto —salvo que fueren incapaces— no están incluidos dentro de los artículos 1084 y 1085 del Código Civil. En efecto: la primera de las normas citadas establece una presunción de daños a favor de quienes allí se indica —y por eso, como destaca de Abelleyra (LL 114-963)—, ellos tienen “una ventaja... destinada a que se les reconozca el derecho a obtener lo necesario para su subsistencia, sin obligarlos a rendir la prueba concreta del daño experimentado...”, sin perjuicio —por descontado— de que puedan recibir una reparación mayor o más exacta si acreditan la cuantía efectiva del perjuicio.

Pero, de tal derecho deben ser excluidos los hijos capaces pues “las presunciones que sienta el legislador no son antojadizas sino fundadas en lo que sucede de ordinario”.

“Con relación a este asunto una consulta a la experiencia vital indica que la muerte del padre es una fuente de daño patrimonial para los hijos que todavía no se valen por sí mismos y viven a expensas del progenitor, no necesariamente para los hijos que son personas adultas y que, es de suponer, habrán constituido su hogar erigiéndose a su vez en sostén de sus propios hijos menores. Ello no impide que en ciertos casos excepcionales puedan los hijos, ya mayores, experimentar un daño patrimonial por la muerte de un padre maduro o anciano ; pero como ello es anormal, deben justificar, conforme a las reglas del *onus probandi*, por qué motivo la muerte de quien ha sido víctima de un homicidio se traduce en un daño propio suyo. Finalmente adviértase que en esta discusión no se trata de afirmar o negar *in genere* que la muerte de un padre pueda generar un perjuicio patrimonial para sus hijos capaces, sino

de establecer si es de suponer, verosíblemente, que tales hijos serán privados de lo que fuere necesario para la subsistencia (art. 1084), por la muerte del padre, acerca de lo cual no puede dudarse de una respuesta negativa: ciertamente es dable pensar que por ese lamentable hecho no habrá de variar la fuente de los recursos con que atendían sus necesidades elementales, los hijos ya emancipados del amparo paterno" (conf. Llanbías, en ED 51-895).

Pero hay más aún: la presunción que establece la ley no puede ser más que *juris tantum*, puesto que "no habrá ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar..." (art. 1067, Código Civil). Y precisamente en nuestro caso el Tribunal Colegiado de Juicio Oral —analizando los hechos, es decir, en tema de su competencia exclusiva— llega a la conclusión de que la ayuda que recibió el actor de sus padres era tan indeterminada y esporádica, que no alcanza entidad suficiente para encuadrar al actor dentro del Código Civil, artículo 1084.

Insisto en este tema: si la muerte de sus padres no le causa daño al actor, nada puede pretender éste, atento a los claros principios que establece el Código Civil en la materia, pues exige siempre un perjuicio a reparar.

Y en este punto no me parece injusto —como sostiene mi colega— que si nada fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, la obligación de indemnizar no existiría. Es cierto que podría parecer chocante que tal obligación dependa no de la responsabilidad del victimario, sino de la solvencia de la viuda de la víctima; pero tal principio, que no acepta Alvarado Velloso, es el que campea en todas las decisiones jurisprudenciales, cuando varía la indemnización de acuer-

do a diversas pautas, como la edad, la situación profesional, social o económica de la víctima, etcétera. Es decir, que la misma culpa tiene distintas consecuencias; piénsese, por ejemplo, en que alguien por el mismo hecho (un choque) causare la muerte de un reputadísimo cirujano (Premio Nobel, además) que llevaba en su auto, por razones de cortesía, a un vagabundo que vivía de la caridad pública... ¿Sería injusto que se tasaran distintamente ambas vidas, con la natural consecuencia de que también fuera distinta la obligación de indemnizar del victimario?

Párrafo aparte merece “la chance perdida” a que se alude a fojas 152. Pienso que tal pérdida, sólo será resarcible en cuanto importe una probabilidad cierta —no sólo posibilidad— de un beneficio económico, que resultaría frustrado en virtud del hecho del culpable. Coincido entonces con Llambías cuando afirma que “no es dudoso que presentada la contingencia particular de la enfermedad, el accidente o la pobreza, es normal —como dice Borda— que los padres ayuden a sus hijos aunque sean mayores. Pero, de lo que aquí se trata es de apreciar cuál es el grado de probabilidad que tiene la ocurrencia de esos infortunios que puedan arruinar el *modus vivendi* de los hijos adultos... una visión realista y objetiva de la vida humana... muestra que ese grado de probabilidad es bastante remoto, si se contempla la generalidad de las personas que constituyen su propia familia y viven por su cuenta. Y siendo ello así, no cuadra reconocer como daño presunto resarcible, un perjuicio eventual y casi adivinatorio, pues se convertiría a la indemnización en un enriquecimiento sin causa en la casi totalidad de los casos. En suma, el posible perjuicio que alguien pueda sufrir por la falta del auxilio material del padre que pudiera requerir en el futuro, aparece como la pérdida de una chance remota, que no

reúne los requisitos admitidos por la doctrina para que pueda constituir un título resarcitorio" (conf. ED 51-896, nota 59).

Para terminar: no teniendo el actor una presunción legal de daño a su favor, y —más aún— habiéndose demostrado que ningún daño experimentó éste en su patrimonio, creo que la sentencia no debe ser casada. Así voto.

El doctor *Andorno* dijo:

Coincido con mis colegas preopinantes doctores Alvarado Velloso y Casiello en cuanto sostienen que ha adquirido definitivo carácter preclusivo la resolución de admisibilidad del recurso de apelación extraordinario interpuesto a su turno por la actora.

Comparto asimismo el criterio sustentado por el doctor Alvarado Velloso en cuanto entiende que la "violación de la ley" debe reputarse causal autónoma de admisibilidad recursoria, diferente de la conocida como "violación de la doctrina legal" toda vez que la concesión del referido recurso en los términos del artículo 564, inciso 2 del Código Procesal, persigue no solamente mantener la unidad de interpretación jurisprudencial en el ámbito de la Provincia sino también y fundamentalmente, asegurar la legalidad al correspondiente pronunciamiento judicial. Ya he tenido oportunidad de adherir a tal criterio en el fallo recaído en la causa "Río Uruguay Cooperativa de Seguros v. Indo S. A.", tramitada por ante la Sala Segunda de esta Cámara, con fecha 10 de diciembre de 1980.

Tocante al fondo de la cuestión planteada adhiero totalmente a la tesis sustentada por el doctor Alvarado Velloso en su enjundioso y meditado voto. A lo allí expuesto solamente agregaré unas breves consideraciones.

En el presente caso se tiene que la actora se alza contra la postura sustentada por el Tribunal Colegiado de Juicio Oral conforme a la cual “los artículos 1084 y 1085 del Código Civil, no generan una presunción de daño material para los herederos forzosos del muerto sino sólo para la viuda e hijos menores debiendo los restantes herederos probar el daño irrogado, situación en la que el culpable puede limitarse a la negativa”.

Al respecto cabe recordar que en el punto 2º del Despacho de la Comisión N° 1 de las jornadas sobre *Temas de Responsabilidad Civil en caso de muerte o lesión de personas*, organizadas durante los días 28, 29 y 30/6/79 por el Departamento de Derecho Privado —Área Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario— se sostuvo que: “Los artículos 1084 y 1085 del Código Civil no se hallan en contradicción con el artículo 1079 del mismo cuerpo legal, ni constituyen una excepción al mismo. Sólo establecen una presunción *juris tantum* de que los herederos forzosos del extinto han sufrido un daño cierto como consecuencia de su muerte” (*Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, Año I, N° 1, 1981, ps. 91 y ss.).

En un comentario sobre el tema he tenido oportunidad de participar de tal criterio desde que a mi juicio en la presunción legal de los artículos 1084 y 1085 del Código Civil, están comprendidos tanto los hijos menores como los mayores. En efecto, no debe perderse de vista que la ley no hace distinciones al respecto, hablando solamente de “hijos del muerto” (art. 1084) y de “herederos necesarios del muerto” (art. 1085) (*Responsabilidad civil: La legitimación activa “iure proprio” en caso de muerte de personas en el derecho francés y argentino*, JA, 1979-IV-701). En el mismo sentido cabe citar la opinión de Acdeel E. Salas para quien la

presunción de daño emergente del artículo 1084 comprende a todos los herederos necesarios, sin hacerse distinguos acerca de si son mayores o menores (*Código Civil anotado*, t. I, p. 547).

En consecuencia pienso que la interpretación efectuada por el Tribunal Colegiado de Juicio Oral en torno al sentido y alcance que corresponde atribuir a los referidos artículos 1084 y 1085 del Código Civil, significa introducir un distingo no previsto por la ley en perjuicio de los hijos mayores del causante.

Dichos preceptos establecen, a mi criterio, una presunción *juris tantum* de perjuicio a favor de todos los herederos forzosos sin distinciones en cuanto a su edad, recayendo sobre el demandado la carga probatoria orientada a destruirla, que en la especie no se ha producido.

El fallo en recurso debe reputarse injusto en cuanto significa privar al hijo de 21 años, recién casado, de la indemnización del perjuicio económico derivado de la muerte de ambos padres en el accidente motivo de estas actuaciones.

No debe perderse de vista, por ser un hecho de observación en numerosos casos, que en supuestos como el de autos, los padres siguen brindando apoyo económico a sus hijos luego de que hayan llegado a la mayoría de edad y contraído matrimonio, como una prolongación nobilísima del amor paternal que solamente cesa con la desaparición física de los progenitores.

Se impone por tanto en el subjudice acoger favorablemente la reparación del daño material intentada por Omar A. Galliano, jefe a su vez de otro núcleo familiar, derivado de la muerte de sus padres. Así voto.

Segunda cuestión. El doctor *Alvarado Velloso* dijo:

1º) Conforme la votación efectuada al tratar la cuestión anteriormente presentada, corresponde ahora resolver el caso de acuerdo con el texto expreso del artículo 1085 del Código Civil, que —ya se ha visto— comprende a herederos necesarios del muerto. Y aunque se trate en la especie de un hijo único mayor de edad y cabeza de otro núcleo familiar, ello no empece a su derecho para ser indemnizado por la muerte de ambos progenitores en ocasión del accidente de tránsito del que fuera declarado único responsable el condemandado Conde.

2º) Ya he dicho precedentemente que el pronunciamiento apelado privó indebidamente a Galliano de la reparación del daño material, emergente de la muerte de los padres. De ahí que admitida la procedencia genérica del resarcimiento pretendido, quepa aclarar liminarmente el concepto y el campo que comprende el daño material sufrido, para entrar luego en el análisis de su extensión, pues sabido es por todos la grosera imprecisión terminológica y conceptual que existe en este rubro de la responsabilidad civil, donde los autores emplean términos multívocos que dan lugar a toda suerte de especulaciones contradictorias.

Por eso es que me parece fundamental determinar primariamente que el daño material presumido por la ley no se circunscriba a la efectiva ayuda monetaria de subsistencia que prescribe el artículo 1084 del Código Civil. Y esta idea, con diferentes palabras y argumentos, ha sido ya sostenida por innumerables tribunales en todo el país. Así puede verse que la moderna corriente jurisprudencial ha establecido —con palabras que han recibido críticas no desatinadas— que toda vida

humana tiene un valor económico en sí misma con independencia de la prueba de existencia de tal perjuicio por parte de los herederos necesarios. De consiguiente, conforme con esta corriente —que comparto— extinguida una vida como consecuencia de un hecho ilícito, surge para el responsable la consecuente obligación de indemnizar (un rápido muestreo jurisprudencial permite apreciar el número y calidad jurídica de tribunales sostenedores de la tesis expuesta: CNac. Civ.; Sala A, 19/6/64, ED 14-46; íd., Sala B, 30/3/71, ED 38-499; íd., Sala C, 5/8/71, ED 41-709; íd. 29/3/62, LL 106-781, íd. Sala D, 6/10/67, ED 21-641; íd. 12/11/68 ED 25-425; íd. Sala E, 16/6/61, ED 2-775, íd. Sala F, 4/6/70, ED 36-32; íd., 2/4/70, ED 32-151; íd., 23/7/69, ED 35-406; CNac. Fed., Sala Civ. y Com., 5/10/67, ED 21-709; C. 2ª Civ. y Com. La Plata, 30/3/63, ED 3-197; C. Civ. y Com. Córdoba en pleno, 19/12/69, ED 32-798; etcétera).

Asumo, por cierto, que tal posición jurisprudencial no es pacífica en la doctrina, como puede verse en las conclusiones de las Jornadas de Derecho Civil antes mencionadas: 1) Con el apoyo de Mosset Iturraspe, Moisset de Espanés, Kemelmajer de Carlucci, Pizarro, Vallespino, Banchio y Zavala de González, se dijo que “la vida humana no tiene valor económico *per se* aunque encierra, eso sí, un gran valor moral o espiritual. De ahí que la pérdida de la vida humana no justifica por sí sola, el derecho a un resarcimiento en favor de los herederos”. 2) Con la firma de Brebbia, Zannoni, Goldenberg y Orzábal de Fernández Prete, se sostuvo en otro despacho que “toda vida humana tiene, en principio, un valor económico como fuente actual o potencial de bienes. Sólo en casos muy especiales, como ser el de un sujeto totalmente disminuido en su aptitud física e intelectual, podría afirmarse que no existe daño patri-

monial". 3) En despacho votado por unanimidad, se dijo también que "en caso de personas que por su estado físico o mental están impedidas para desempeñar actividad útil alguna —sin posibilidad de recuperación— el daño patrimonial debe descartarse".

En similar postura crítica de la jurisprudencia imperante se colocó Orgaz (*El daño resarcible*, E.B.A., Bs. As., 1952, p. 110) quien, sin embargo, reconoció su razón de ser y el "importante servicio prestado en la vida jurídica práctica del país" al historiar las razones por las cuales los jueces dieron solución tan lata al problema.

Como puede verse a través de tales despachos y de la mencionada crítica, las posturas expuestas no son inconciliables aunque sí se presentan así con la jurisprudencia imperante, exhibiendo un inexplicable divorcio ante el justiciable que no puede alcanzar a comprender cómo la flor y nata de los civilistas argentinos se encuentran alejados de la realidad.

Y es que, a mi juicio, tal divorcio proviene de lo que ya calificara no desatinadamente criticada denominación de "valor vida" que, como tal, es susceptible de discusiones bizantinas: aun cuando resulte valioso discutir filosóficamente acerca de si la vida tiene o no para la víctima un valor que pierde con la muerte, en el campo de lo estrictamente jurídico se requiere la necesaria aparición del "caso justiciable" mediante la presentación de un pretendido acreedor del resarcimiento. Va de suyo que el remanido ejemplo para intentar demostrar que la vida no tiene valor en sí misma en el supuesto de que no haya quien reclame —con lo cual se niega la posibilidad de valoración— excede toda hipótesis susceptible de juzgamiento. En otras palabras y reiterando lo ya expresado: debe considerarse

jurídicamente bizantino discutir acerca de si hay daño sin legitimado para reclamar su resarcimiento, al igual que si la cuestión se relacionara con la pérdida de *res nullius*.

Conforme lo expuesto, la labor jurisprudencial sólo puede cumplirse en torno de caso justiciable, donde siempre habrá —como en la especie— una afirmada relación resarcitoria por reclamante que se dice legitimado. De ahí, entonces, que el problema referido al “valor vida” debe enfocarse necesariamente desde una óptica diversa: cuál es el valor que la vida perdida tenía para el legitimado que pide se lo indemnice.

Se entra así en el campo del daño material indirecto (utilizo la palabra en el sentido que lo hace el artículo 1079 del Código Civil, como daño que experimenta toda persona distinta de la víctima inmediata) que, obviamente, no puede limitarse a la privación de subsidios o al daño puramente alimentario, pues repugna toda la filosofía de la ley civil y al propio hombre argentino limitar el concepto de daño material a la exclusiva privación de ventajas económicas proporcionadas por el muerto.

Sin perjuicio de adelantar que tal cosa será una pauta más de las que tome en cuenta el juzgador en su tarea de resarcir, deben agregarse en la conceptualización del daño —como lo destaca el propio recurrente— los perjuicios de asistencia personal y definitivamente irreemplazables que, en el caso, pueden prestar ambos padres al hijo. De ahí que me parezca conveniente denominar al “valor vida”, como valor por “privación de vida”, con vocablos que expresan mejor la idea de que en ocasión de homicidio del padre, el hijo puede reclamar —con presunción de daño sufrido— por la mera

pérdida de la vida sin limitar su pretendido resarcimiento a condiciones económicas.

Si la vida es para todo hombre el más precioso de los bienes de su patrimonio y el que sirve de sustento a todos los demás; si como dicen Mazeaud y Tunc, es el bien que más aprecia el más miserable de los hombres por ser comprensivo de todos los aspectos vitales; si, como dice André Malraux, “una vida no vale nada, pero nada hay que valga una vida”; si se advierte que esa vida no sólo fue privada al muerto sino también al círculo de personas que la ley legitima y cuantifica, quienes pierden para siempre la posibilidad de presencia, compañía, consejo, asistencia, apoyo y ayuda de toda índole o, más fácilmente, de tener vivo al familiar desaparecido —¿qué no daría cualquier humano sensible y no descastado por gozar siempre y materialmente de la presencia de sus padres!—, creo que puede —y debe— abandonarse la mezquina tendencia que reduce todo el concepto a determinar si existe una mayor o menor fuente de recursos económicos.

Por cierto que tal conceptualización no desconoce —y por eso no los identifica— los aspectos puramente espirituales que conciernen a la esfera del daño moral: paz, tranquilidad de espíritu, libertad individual, integridad física, honor, sagrados afectos o, como impecablemente lo define Brebbia (*El daño moral*, E.B.A., Bs. As., 1950, p. 9), “el agravio constituido por la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad”.

Conceptuado así el daño material presumible, entiendo que poco interesa saber —a los efectos resarcitorios— si el acreedor actúa *jure proprio* o *jure hereditatis*, pues el resultado cuantitativo al cual se arriba será idéntico en ambos casos.

3º) Conforme lo que llevo dicho y con el alcance que estimo debe darse al resarcimiento por la privación de vida, cabe entrar ahora al análisis de la extensión del daño que la ley presume ha sufrido Galliano por la pérdida de ambos progenitores, quedando en claro que este rubro —uno de los tantos que puede componer el daño material— concretará un *valor mínimo, susceptible de extenderse igualitariamente a toda vida humana*, con total prescindencia de toda otra reparación cierta que el damnificado pueda acreditar en cada caso concreto.

A partir de la casi unánime aceptación jurisprudencial del concepto de valor vida —o privación de vida— cuya sola invocación por parte del litigante con derecho a su resarcimiento conlleva la obligación de indemnizar por parte del responsable, se ha puesto especial énfasis en afirmar que el arbitrio judicial no reconoce otro límite que la prudencia del juzgador (artículo 1084, Código Civil).

Y esta prudencia pedida al juez por la ley significa que él debe actuar con moderación, discernimiento y buen juicio (*Diccionario de la Real Academia*), exhibiendo en su tarea —si ello es posible— una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello (ídem.).

En un intimista plano personal, debo confesar que muchas veces que he debido actuar “prudentemente” por mandato legal, he sentido temor de excederme, de no lograr el moderado equilibrio, el justo medio que la ley exige del juzgador. Por tal razón, habida cuenta de la importancia de la reparación que se persigue en autos —se trata de la muerte de ambos padres— encuentro atinado sujetarme en principio a las pautas

numéricas que ya brindara la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Fuentes de García, María E. v. Gobierno Nacional”, en sentencia del 13 de diciembre de 1978: se fijó allí, en concepto de “valor vida” la suma de \$ 40.000.000.

Recomponiendo tales guarismos, a fin de llevarlos a valores actuales, encuentro que se convierten, al día de hoy, en la suma de \$ 300.000.000

Queda en claro que con tal cantidad propicio se cubra exclusivamente el valor “privación de vida”—repito que al día de hoy— recalcando que ella representa una indemnización mínima e igualitaria para reparar toda muerte, sin importar al efecto, edad, condición social, ingresos, etc., de la víctima.

Queda en claro, también que lo precedentemente expresado se entiende sin perjuicio del daño material cierto que en cada caso concreto pueda acreditar el heredero de la víctima (distinto será el caso si éste es un modesto obrero jubilado o si es un poderoso industrial, banquero, etcétera), conforme conocidas reglas matemáticas (ver por ejemplo las que emplea la CNac. Trab., sala 5ª en sentencia del 30/4/80, DT. XL-1236) y que no se probó en autos.

4º) Conforme lo que llevo dicho, la muerte de ambos progenitores tendrá que ser reparada con la suma de \$ 600.000.000 en concepto de daño material presumido por privación de la vida, en un mismo ilícito, del padre y de la madre del recurrente.

De consiguiente estimo que corresponde acoger la demanda instaurada en concepto de daño material; con costas en la sede inferior, estableciendo que la condena allí operada debe ser elevada a la suma de \$ 60.000.000. Asimismo y como se resuelve en el citado fallo de la

Corte Suprema, sobre dicha cantidad, se impondrán los intereses pertinentes, el que propugno sea del 7 % anual a contar desde la fecha del evento, todo sin perjuicio y en su caso, de su indexación hasta el día de su efectivo pago. Voto en tal sentido.

El doctor *Casiello* dijo:

Atento a que mis colegas llegan a la conclusión de que la sentencia en recurso debe casarse, expondré ahora mi opinión con respecto al monto de la indemnización correspondiente.

En el tema coincide con el lúcido y novedoso voto del doctor Alvarado Velloso, quien fija adecuadamente el resarcimiento por lo que él llama "privación de vida"; adhiero, en consecuencia, al monto e intereses propiciado por mi colega. Así voto.

El doctor *Andorno* dijo:

Como lo expresara al tratar la primera cuestión, se impone acoger la reparación del daño material intentada por el actor.

Acerca del *quantum* del mismo, estimo equitativa la suma de \$ 600.000.000 propiciada por el doctor Alvarado Velloso en su voto con más los intereses que propugna. Así voto.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se resuelve casar la sentencia inferior en cuanto fuera objeto de impugnación. Acoger la demanda resarcitoria entablada por daño material sufrido y, en consecuencia, condenar a los demandados a abonar al actor, dentro del plazo de 10 días la suma de \$ 600.000.000, con más el interés del 7 % anual sobre dicha cantidad, desde la fecha del evento, sin perjuicio, en caso de in-

cumplimiento, de la actualización de dicha cantidad conforme a los índices suministrados por la Caja Forense confeccionados de conformidad a los proporcionados por el INDEC, con más el mencionado interés del 7 % anual, hasta la fecha de su efectivo pago. Se impone la totalidad de las costas devengadas en 1ª instancia, a la perdidosa (artículo 251 inc. 1 CPr.). *Adolfo Alvarado Velloso. Guillermo Casiello. Luis Andorno* (quien integra el Tribunal por inhibición del doctor Zara) (Sec.: Juan C. Medoux).

2. LA CUESTION DE FONDO. DAÑO REAL Y DAÑO PRESUMIDO

Si es innegable que la responsabilidad civil actual se construye sobre la base de la idea de daño, por lo cual éste ocupa el centro de la temática, también lo es que el perjuicio, detrimento o menoscabo debe ser real y no meramente imaginado, debe existir de manera cierta, sea actual o futuro.

Esta cuestión, que gira alrededor de la realidad o certeza del daño, es particularmente ardua cuando se trata de daños que aún no han ocurrido o sea de daños futuros.

Y es muy posiblemente por esa dificultad de la prueba que la propia ley presume ciertos daños. El legislador concurre entonces en ayuda de ciertas víctimas, haciendo liviana la carga de la prueba, al inferir o deducir, de lo habitual u ordinario, la producción de ciertos perjuicios.

Empero ello no es lo normal; puede afirmarse sin lugar a dudas que es una situación de excepción, puesto que el daño, lo reiteramos, debe probarse, ser cier-

to. De no ser así se vuelve a construcciones ficcionistas, imaginarias o irreales, cuando no a la ruptura de "las reglas de juego" que imperan en la responsabilidad civil.

3. EL FUNDAMENTO DE LAS PRESUNCIONES LEGALES

El tema del daño sufrido viene a nuestra consideración, al comentar la ilustrada sentencia de la sala 3ª de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, con motivo de un caso de homicidio, del cual resultaron víctimas ambos padres del accionante, hijo mayor de edad, radicado en otra provincia con su propio núcleo familiar.

El tema a decidir, el explicitado, es el de la extensión a los hijos mayores de la presunción de daño del artículo 1084 del Código Civil. Si dicha presunción alcanza sólo a la viuda e hijos menores de edad, como lo sostiene la tesis restrictiva, o bien si puede extenderse a los hijos mayores y al viudo, como lo postula el criterio amplio.

Los temas subyacentes, cuya consideración es decisiva para encontrar la solución, a nuestro criterio, son:

- a) el relativo a la índole de la acción ejercitada: si *iure sanguinis* o *iure proprio*;
- b) el atingente al valor económico o patrimonial de la vida humana para quienes no son el privado de ella o sea el muerto; y,
- c) el relacionado con el carácter de tales daños: si daños actuales o daños futuros, daños producidos por la misma muerte o daños que se irán originando con el tiempo, aunque encuentren base en el hecho irreparable.

4. LA AYUDA ECONOMICA DE LOS PADRES A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD

Estamos convencidos que la confusión entre la acción *iure sanguinis* y la *iure proprio* es la que conduce a hacer de la reparación de los hechos originados en el homicidio una construcción excepcional. Y es así porque la indemnización les será debida *iure sanguinis et ex vindicta*, vale decir por el dolor, por las perturbaciones síquicas y por los daños patrimoniales que se presumen irrogados por la pérdida de quienes son cabeza de la familia. Y ello, claro está, sin necesidad de probar daño alguno.

Una concepción semejante, ligada estrechamente a la venganza y a la configuración de la pena pecuniaria como un sustitutivo, no puede merecernos sino juicios de reprobación.

En segundo lugar, coadyuva a una interpretación amplia de los daños presumidos, la confusión entre las acciones *iure hereditatis* e *iure proprio*, emergentes del homicidio. Y estamos convencidos de ello, de la simbiosis entre daños sufridos por el muerto y daños padecidos por sus herederos, cuando observamos que, sobre la base del argumento acerca del valor económico de toda vida humana, cualquiera sea su estado, se concluye sosteniendo que los herederos forzosos, sin consideración a su edad o a pauta alguna, están legitimados para reclamar el daño patrimonial ocasionado por la muerte del causante.

El daño se hace nacer del hecho mismo de la muerte y de la condición de heredero forzoso, se soslaya entonces lo que es principal: se debe un resarcimiento en la medida en que su desaparición conlleva la ausencia

de lo "necesario para la subsistencia", en cuanto acarrea la pérdida de una "chance" de apoyo económico, prudencialmente estimada por el juez

De donde, y para concluir el punto, el resarcimiento no es el equivalente de un daño actual —la pérdida de una vida humana— sino de un daño futuro, constituido por las entradas suprimidas, la ayuda frustrada.

5. EL VALOR ECONOMICO DE LA VIDA HUMANA PARA QUIEN NO ES TITULAR

No puede dejarse de lado que tanto el juez de 1ª instancia, en el caso el tribunal colegiado de instancia única, como el vocal que vota en disidencia, examinaron la prueba producida respecto del daño invocado por el hijo mayor, llegando a la conclusión que la ayuda recibida de los padres fallecidos era indeterminada y esporádica.

Nadie niega que los hijos mayores tienen potencialmente un derecho a alimentos, en virtud de la norma genérica del artículo 367, condicionado a que el pariente que pide alimentos se halle imposibilitado para procurárselos por sus propios medios; sin perjuicio de que el deber de asistencia impuesto a los padres cese con la mayoría de edad de los hijos. Como también es verdad que con la muerte prematura de los padres los hijos mayores ven extinguidas las posibilidades de heredar los bienes que los progenitores pudieron haber adquirido de no darse la trágica coyuntura; empero, una y otra situación, los alimentos y la herencia, requieren una demostración de extremos fácticos que, en la mayoría de las hipótesis, no podrá brindarse.

La cuestión tiene atingencia con el carácter de la presunción, cualquiera sea la extensión de la misma,

la nómina de sus beneficiarios; y es así porque las presunciones legales pueden ser, como es sabido, de dos tipos, de las que admiten prueba en contrario o bien de las que no la admiten, presunciones irrefragables o absolutas. Nada nos permite sostener que la del artículo 1084 sea de las del segundo tipo, más aún, una presunción *iuris et de iure* sería la prueba ilevantable del carácter *iure sanguinis* de la acción, de los daños debidos como venganza familiar y no como verdadera reparación de la privación de una ayuda económica.

6. LA CUESTION PROCESAL. DISTINCION ENTRE LEY Y DOCTRINA LEGAL

Pese al convencimiento que nos asiste acerca de la justicia y equidad de nuestra tesis, creemos que se trata, como es normal en el derecho, de temas opinables. La prueba de ello es la jerarquía y número de doctrinarios y jueces que se alínean en una y otra postura: la restrictiva y la extensiva.

Admitimos incluso que siendo deseable la búsqueda de uniformidad en los criterios judiciales, pueda la controversia acerca del derecho a accionar *iure proprio* de los hijos mayores ser motivo de un plenario o, donde existe, de un recurso de casación.

Pero nada de eso aconteció en la hipótesis que nos ocupa, puesto que, como lo reconoce el tribunal, no se dieron los presupuestos "que posibiliten la admisión del recurso" dirigido a los fines enunciados.

El tribunal entiende en el recurso contra el colegiado con base en la distinción entre violación de la doctrina legal, que a su juicio requiere sentencias contradictorias, y "violación de la ley", entendida como

causa recursoria autónoma, fundada en la necesidad de mantener el orden legal imperante frente a ilegalidades notorias.

Dicho en términos simples, a juicio de la mayoría del tribunal, la interpretación del artículo 1084 en sentido restrictivo, excluyente del viudo y de los hijos mayores, es francamente violatoria de un precepto legal claro y diáfano y, por ello, atenta contra el ordenamiento jurídico.

Y esta conclusión, con el debido respecto a la investidura de los magistrados que hicieron mayoría y a la jerarquía intelectual que indudablemente tienen, nos parece inadmisibile.

7. LA INTERPRETACION VIOLA LA NORMA O "LA DOCTRINA" QUE DE ELLA EMERGE. ¿CABEN TALES DISTINGOS?

En primer término, no alcanzamos a comprender el distingo entre violar la ley y violar la doctrina legal. La ley debe interpretarse e integrarse y esa labor es la que origina la "doctrina legal", que no es sino el sentido y alcance de la ley en consideración a sus palabras y a la mente o espíritu que la inspira. ¿Qué queda entonces para la "violación a la ley"? Si se piensa que tal violación se configura cuando se trasgrede no la interpretación sino el texto literal, como si dijéramos no la dogmática sino la exégesis, se está partiendo de bases falsas, como son la pretensión de conocer la ley sin interpretarla ni integrarla; creer en la diafanidad de las palabras, en la labor que se limita a ser "boca que repite las palabras de la ley".

La ley, para nosotros, no es algo distinto a la doctrina que la interpretación e integración de su texto

suscita o despierta; de donde no puede desdoblarse la violación de la ley de la violación de su doctrina; y, por tanto no puede haber un recurso por violación interpretativa o contradicciones en la interpretación dada por diferentes tribunales.

**8. LA CASACION DE SENTENCIAS DE TRIBUNALES
COLEGIADOS DE INSTANCIA UNICA, CON BASE
EN DISCREPANCIAS INTERPRETATIVAS**

En segundo lugar, nos resistimos a admitir que los distinguidos juristas que comparten la línea de pensamiento a la cual estamos adscriptos, entre ellos el eminente jurista capitalino cuyo reciente deceso aún lloramos, el maestro Llambías, se encuentren incursos en violación de una norma legal diáfana y trasparente.

De ahí que compartamos las apreciaciones prudentes y atinadas del vocal Casiello, cuando afirma enfáticamente que el tribunal colegiado de juicio oral “en faena que le es propia e irrenunciable, lo único que ha hecho es interpretar la norma aplicable al caso”, con abundante apoyo doctrinario y jurisprudencial.

Desde el ángulo procesal juzgamos desafortunada la sentencia en cuanto se desprende de ella una apología de la mera exégesis y un recurso destinado a uniformar la aplicación literal, no previsto en la ley.