En Buenos Aires a los días del mes de del año dos mil catorce reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para resolver en los autos: **“Garat Oscar Ernesto y otros c/ EN -PJN- Cuerpo Médico Forense-Morgue Judicial y otros s/ daños y perjuicios”**; y:

**El señor juez de cámara Dr. Carlos Manuel Grecco dijo:**

 **I.** Tanto el Estado Nacional -sustentando su recurso mediante el memorial de fs. 731/736, cuyo traslado fue contestado a fs. 744/750-, como la actora -fundando el suyo por escrito de fs. 738/742, replicado a fs. 751/753 (E.N.) y fs. 753 bis/755 (co-demandada Sotelo Lago), apelan la sentencia de fs. 699/708 por la que la señora jueza titular del juzgado nº 4 del fuero:

 1. Hizo lugar parcialmente a la acción de daños y perjuicios deducida, condenando al Estado Nacional -Poder Judicial de la Nación (Cuerpo Médico Forense y Morgue Judicial) a abonar a cada una de las tres familias afectadas la suma de pesos veinticinco mil ($25.000) en concepto de daño moral, con más los intereses a devengarse desde la presente y hasta la fecha de su efectivo pago, aplicando un interés equivalente a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina. Con costas.

 2. Desestimó la demanda entablada contra las co-demandadas, Dras. Rosario Alicia Sotelo Lago, Norma Susana Pozzo y Marta Beatriz Maldonado. Con costas.

 **II.** Para así decidir, la señora jueza de primera instancia, sustancialmente, sostuvo que:

 1. Las sras. Modesta Clelia Marín de Garat y Marta Lía Roqué, y los sres. Oscar Ernesto Garat, Enrique Alabi y Raúl Adolfo Nasi -actuando éste último, por sí y en representación de sus hijos Nicolás y Lucía Nasi Medeot-, en su calidad de familiares de víctimas fatales del accidente aéreo de la aeronave B-737-200, Matr. LV-WRZ de la empresa LAPA S.A., ocurrido en las inmediaciones del aeroparque metropolitano Jorge Newbery el 31 de agosto de 1999, promovieron demanda por daños y perjuicios contra el Estado Nacional -Poder Judicial de la Nación (Cuerpo Médico Forense y Morgue Judicial) y las Dras. Rosario Alicia Sotelo Lago, Norma Susana Pozzo y Marta Beatriz Maldonado -en su carácter de profesionales médicos intervinientes en la identificación de los cadáveres de los familiares de los actores-, en virtud del daño moral sufrido a raíz del error en la identificación de los cuerpos que les fueron entregados, debiéndose proceder a la exhumación de los cuerpos oportunamente entregados, y posteriormente al nuevo sepelio e inhumación definitiva.

 2. De las constancias de autos surge acreditada la defunción de los parientes de los actores en el mencionado accidente; asimismo, la primera inhumación de los restos de Silvia Irene Medeot e Ivana Clelia Garat, los días 3 y 5 de septiembre de 1999, respectivamente (confr. contestación de oficio del cementerio parque La Floresta obrante a fs. 335/338 y fs. 77 de la causa iniciada por el cuerpo de auditores de la Corte Suprema de Justicia nº 3660/99) y del sr. Enrique Osvaldo Alabi, el 2 de septiembre de 1999 (confr. contestación de oficio a fs. 339 y fs. 90 de la citada causa nº 3660/99); llevándose a cabo las respectivas exhumaciones por orden judicial el día 13 de diciembre de 1999 (confr. informe presentado por el cementerio La Floresta a fs. 335 y testimoniales a fs. 401/426), y la entrega definitiva de los cuerpos el 23 de diciembre de ese año.

 3. No puede endilgarse responsabilidad al Estado por falta de servicio, por haber adoptado, en el proceso de identificación de las víctimas de una catástrofe de gran magnitud y con un grado de dificultad por el estado en que se encontraban los cuerpos, un método de trabajo con consenso tanto nacional como internacional, poniendo de resalto que el margen de error del método odontológico depende en gran medida de la confección de las fichas *pre-mortem*, por las cuales el Estado no debe responder. El criterio sustentado se encuentra avalado por el informe pericial (fs. 381/388), así como por el informe de auditores judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (confr. causa cit. nº 3660/99).

 4. Los daños padecidos por los actores resultan imputables al Estado Nacional, a pesar de haberse desempeñado lícitamente y en cumplimiento de un deber legal de intervenir, en razón de que la causa adecuada de los daños fue provocada por la entrega de los restos de los familiares de los actores incorrectamente identificados, lo que determinó la necesidad de exhumar los cuerpos para procederse posteriormente a la entrega definitiva, una vez rectificada la identificación de aquéllos.

5. No existe razón válida para que el daño moral quede marginado en un supuesto indemnizatorio por los daños derivados del accionar lícito del Estado. Dicho padecimiento se encuentra sustentado en los sufrimientos y el desasosiego de los parientes al tomar conocimiento que inhumaron los restos de una persona que no era su familiar, así como la incertidumbre generada desde la exhumación y hasta la inhumación definitiva, con la inevitable consecuencia de revivir dicho acontecimiento tan doloroso en una nueva oportunidad, con el resurgimiento de idénticos padecimientos. Fija el monto por daño moral en la suma de pesos veinticinco mil ($25.000) para cada una de las tres familias afectadas.

 **III.** En sus respectivos memoriales de apelación:

 1. La demandada cuestiona el pronunciamiento de primera instancia, alegando inexistencia de responsabilidad pública y demostración del daño. Por lo demás, sostiene la falta de derecho de algunos actores para obtener la indemnización reclamada.

 2. La actora, por su parte, se queja en lo concerniente al rechazo de la pretensión indemnizatoria por falta de servicio y la extensión de la condena a las tres profesionales co-demandadas. A su vez, critica el monto de la indemnización y la condena en costas.

 **IV.** Reseñada como quedó la cuestión litigiosa, corresponde efectuar una breve síntesis de los hechos relevantes de la causa:

 1. El siniestro de la aeronave de la firma LAPA S.A. B-737 matrícula LV-WRZ, ocurrido el día 31 de agosto de 1999, en las inmediaciones del aeroparque metropolitano Jorge Newbery provocó la muerte de 64 personas, entre ellas Ivana Clelia Garat, Silvia Irene Medeot y Enrique Osvaldo Alabi.

 2. En la causa penal nº 10.450/99 caratulada “sumario averiguación s/ inf. art. 196 C.P.”, el juez titular del juzgado nacional en lo criminal y correccional federal nº 12 informó a la Morgue Judicial que: *“…una vez finalizadas todas las actividades periciales pertinentes y determinada la identidad efectiva de las distintas víctimas que se encuentren en el lugar, se encuentra autorizado a hacer entrega de los mismos a aquellos familiares que se hicieren presentes en la Morgue Judicial y solicitaren la restitución de los mismos…”* (confr. fs. 55 del expte. adm. nº 3660/99).

 3. En cuanto a la identificación de las víctimas, en primer lugar, se dispuso la identificación a través de pertenencias y documentos encontrados, adheridos o próximos a las víctimas a cargo de Prefectura Naval Argentina, comunicando la información pertinente a la Morgue Judicial mediante radiograma de rigor; llegando en algunos casos al reconocimiento del cadáver por parte de los familiares.

 4. En segundo lugar, se llevó a cabo el método de identificación odontológica, a cargo y bajo la responsabilidad de la odontóloga forense Dra. Susana Pozzo y de la odontóloga Marta Beatriz Maldonado. Una vez agotado dicho procedimiento, restaban aún trece cadáveres por identificar, por lo que se recurrió a la metodología basada en la tipificación de A.D.N. Esto permitió identificar a nueve de esas víctimas, quedando cuatro de ellas sin individualización. Esta situación creó la necesidad de confrontar los patrones genéticos de los parientes biológicos de esas cuatro víctimas, verificándose que los cadáveres reclamados por esos cuatro grupos familiares, habían sido entregados con otra identidad.

 5. Los estudios genéticos se practicaron sobre las muestras de tejidos cadavéricos tomadas -inicialmente- para tal fin por los médicos forenses a cargo de las respectivas autopsias, con aquel material seleccionado de los restos por la Dra. Alicia Sotelo Lago y con las muestras extraídas de los parientes biológicos del grado más cercano posible. A través de la confrontación de todos los patrones cadavéricos y de sus respectivos familiares, pudo establecerse la identificación de todas las víctimas del accidente de L.A.P.A. S.A., debiendo efectuarse nueve cambios de cadáveres.

 6. El magistrado interviniente dispuso las exhumaciones de los cadáveres erróneamente individualizados y, tras las rectificaciones de rigor, ordenó la entrega de los cuerpos a los familiares correspondientes a los efectos de la inhumación definitiva.

 7. Los parientes de Ivana Clelia Garat, Silvia Irene Medeot y Enrique Osvaldo Alabi entablaron demanda a fin de obtener la reparación económica del “daño moral” padecido a raíz de la actuación de la demandada.

 **V.** Así las cosas, en primer término, cabe poner de relieve que la queja de la demandada titulada *“falta de derecho de algunos actores”* (fs. 735 vta./736) debe ser desestimada habida cuenta de que, para que dicho planteo pudiera eventualmente tener virtualidad, era al recurrente a quien le incumbía, en el momento procesal oportuno, articular la excepción de falta de legitimación activa para obrar (arts. 346 y 347 del Código Procesal). Por lo demás, aún desde una perspectiva netamente sustancial, tampoco podría prosperar el aludido planteo por no resultar aplicable al caso la limitación del art. 1078 del Código Civil ya que el daño moral que se reclama no es el que padeció el difunto, sino que se trata del daño moral “propio” soportado por los parientes y conviviente, respectivamente, por el hecho de haber tenido que sepultar dos veces a un ser querido.

 **VI.** Dicho esto, y tal como han quedados descriptos los hechos acaecidos en el *sub-lite*, ha de señalarse que no se encuentra controvertido que los deudos de las víctimas del accidente en masa sepultaron los cuerpos de quienes no eran sus parientes respectivos. En efecto, se vieron compelidos a exhumar los cuerpos oportunamente entregados. Finalmente, luego de la rectificación pertinente, y la entrega definitiva del cuerpo del correspondiente familiar, con fecha 23 de diciembre de 1999, procedieron al respectivo nuevo sepelio e inhumación definitiva.

 El daño moral surge *in re ipsa*, ya que es claro que el menoscabo sufrido por los actores se encuentra configurado por haber tenido que sepultar dos veces a un familiar, un hecho traumático fuertemente desequilibrante que hizo resurgir el duelo padecido con toda su integridad original. En definitiva, el daño se traduce por la prolongación del duelo, por saber que se lloró, se recibieron condolencias, se publicaron avisos fúnebres, se veló y se enterró el cadáver de un desconocido.

 **VII.** Cabe entender, ahora, en los cuestionamientos que traen los apelantes en torno a la pertinencia de imputar responsabilidad estatal por el daño cuya reparación demandan los co-actores.

 En ese marco, ha de ponerse de resalto que las profesionales co-demandadas actuantes -médica y odontólogas- no hicieron otra cosa que seguir la práctica habitual para estos casos, consistente en proceder a aplicar la metodología que debía utilizarse para identificar víctimas de grandes catástrofes basada en los protocolos aprobados y los estándares internacionales, *modus operandi* que ha sido respaldado tanto por las conclusiones que emanan de la pericia practicada en esta instancia (confr. fs. 381/388 y fs. 431/438 ), así como el informe elaborado por el cuerpo de auditores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (confr. expte. adm. nº 3660/99), el cual no es ni siquiera mencionado en el memorial de agravios de los actores. Es cierto, por otro lado, que el dictamen pericial emitido en el proceso ha sido objeto de impugnación (fs. 393/396), la que mereció las explicaciones de fs. 431/438 vta. y las complementarias objeciones de fs. 440/444.

 La controversia gira aquí alrededor de una cuestión capital cual es si al no haberse logrado la identificación de todos los cuerpos, se debió recurrir al análisis de A.D.N. antes de la entrega de los cuerpos (ver en tal sentido, memorial de los actores: fs. 740 vta. ap. g) y 741, ap. k), punto en el que las conclusiones del perito oficial y del consultor técnico de la co-demandada -dr. Mariano N. Castex, ver fs. 581- son coincidentes en observar que la actuación de los profesionales intervinientes se ajustó a las reglas del arte dentro de su especialidad y en destacar que el método de identificación utilizado fue el correcto.

 Una eventual atribución subjetiva de responsabilidad cimentada en la culpa sólo podría afirmarse entonces -descartada la hipótesis diseñada en el art. 1074 del Código Civil, ya que no resultaba obligatorio el empleo del A.D.N.-, en la negligencia de los profesionales, es decir, en haber hecho “menos de lo que correspondía” (art. 512 del Código Civil), lo cual, en el particular contexto de la especie, no parece postulable. Si a las circunstancias narradas, en efecto, se añaden, por un lado, la premura -legítima, obviamente, pero premura al fin- de los familiares en la entrega de los cuerpos y, por otro, el hecho de que fueron los propios facultativos del ente oficial quienes alertaron sobre la posibilidad de un error, es inevitable, es este aspecto del debate, la ratificación del criterio establecido en la instancia anterior.

 **VIII.** Es un hecho indiscutible, empero, que el servicio público -expresión que se debe entender en sentido amplio- ha funcionado defectuosamente, sin culpa de los agentes según antes se concluyera, pero ocasionando un daño injusto, en tanto es indudable que los perjudicados no tenían por qué tolerarlo, Por lo demás, el daño no ha obedecido a la concurrencia de causales exonerativas o a la dinámica propia del riesgo de las cosas.

 Estrictamente, aquello que ha fallado fue el método que estaba previsto y que correspondía aplicar, sin que mediara, cabe insistir, culpa de los profesionales y tampoco antijuridicidad, circunstancias que neutralizan la factibilidad de un resarcimiento fundado en la ilicitud del obrar estatal (arts. 1066 y 1067 del Código Civil).

 El resarcimiento no es asimismo viable desde la perspectiva de la responsabilidad por actividad legítima del Estado -como con elogiable intención, pero erróneamente, ha sido decidido en la sentencia de primera instancia- alternativa que hubiese requerido la concurrencia de presupuestos específicos -como del sacrificio especial que revierte en beneficio de la comunidad toda- en el caso ausentes y la posibilidad de acudir a la indemnización de equidad, establecida en el art. 907 del Código Civil, encuentra un obstáculo insalvable en la circunstancia evidente de que no se trata aquí, en absoluto, de un acto involuntario.

 **IX.** Sin embargo, es un principio general vigente, aquél según el cual quien contrae la obligación de prestar un servicio responde de los daños y perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (C.S.J.N.: Fallos: 182:5). Tal principio -que resulta predicable con mayor intensidad en el caso, donde se discute el incumplimiento de una obligación legal a cargo del Estado- traduce una “idea objetiva de la falta de servicio que encuentra aplicación subsidiaria en el art. 1112 del Código Civil (C.S.J.N.: *“Vadell”*, pronunciamiento del 18/12/1984, cons. 5º, Fallos: 306:2030).

 La circunstancia de que la actuación estatal se hubiese ajustado a las exigencias técnicas y normativas no es un factor que obste, en el singular contexto del litigio, a la reparación del perjuicio, pues el concepto de actuación irregular no se agota en el apartamiento de las reglas establecidas, sino que comprende también el resultado defectuoso.

 **Una disímil hermenéutica dejaría sin reparación -como corolario de un razonamiento sesgadamente lógico- el padecimiento anímico espiritual provocado por una acción estatal y prescindiría de que, como ha subrayado VILLAR PALASI (La interpretación y los apotegmas jurídicos-lógicos, Madrid 1975, pág. 249), el ordenamiento jurídico no está constituido sólo por principios lógicos sino por proposiciones valorativas; y cuando la interpretación coherentemente lógica conduce, no obstante, a una conclusión de “iniquidad manifiesta” la lógica debe ceder en favor de la justicia material.**

 **X.** Seguidamente cabe abocarse a tratar las críticas que la actora formula contra el *quantum* indemnizatorio. En esa inteligencia, es de recordar que el daño moral supone una mortificación en los sentimientos, los cuales, de existir, deben ser indemnizados. La reparación cumple así una función de justicia correctiva o sinalagmática, que conjuga o sintetiza a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima y la naturaleza punitoria o sancionatoria para el agente del daño (confr. esta sala, causa *“Kaerger Arturo Otto y otro”*, pronunciamiento del 29/09/2009).

 Debe tenerse presente que en estos casos prima la apreciación prudencial de los jueces (art. 165 del Código Procesal), toda vez que son obvias las dificultades que existen para mensurar en dinero un detrimento de naturaleza no patrimonial, razón por la que ha de tratarse que atienda apropiadamente a la magnitud del menoscabo espiritual a sopesar.

 A la luz de las consideraciones expuestas, resulta prudente reconocer a cada uno de los tres grupos familiares afectados la suma de pesos cien mil ($100.000) en dicho concepto, con más los intereses a devengarse desde el acaecimiento del hecho, el 31/08/1999, debiéndose aplicar, a tales efectos, la tasa pasiva promedio publicada por el B.C.R.A (confr. C.S.J.N., causa *“Y.P.F. c/ Provincia de Corrientes”*, pronunciamiento del 30/03/1992 y esta sala, causa *“Jiménez María Ester Cristina”*, pronunciamiento del 23/08/2012, entre muchos otros).

|  |
| --- |
|  |

|  |
| --- |
|  |

 **XI.** Por último, en cuanto a los agravios planteados por la actora en torno al régimen de los gastos causídicos, ha de señalarse que las singulares circunstancias -fácticas y jurídicas- del caso habilitan la aplicación de la excepción establecida en el art. 68, segundo párrafo del Código Procesal, motivo por el cual, corresponde distribuir las costas de ambas instancias en el orden causado.

 **XII.** Por ello, a mérito de lo precedentemente expuesto, **VOTO** porque se admitan sólo parcialmente los agravios de la actora y, en su consecuencia, modificándose la sentencia apelada:

 1. Se admita el rubro indemnizatorio en concepto de *“daño moral”* por la suma de pesos cien mil ($100.000) para cada una de las tres familias afectadas.

 2. Se distribuyan las costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 68, segundo párrafo, del Código Procesal).

 **La señora jueza de cámara Dra. Clara María do Pico adhiere al voto precedente.**

 En virtud del resultado que informa el acuerdo que antecede, el tribunal **RESUELVE**: modificar la sentencia apelada y, consecuentemente, establecer en la suma de pesos cien mil ($100.000) el ítem en concepto de *“daño moral”*, para cada una de las tres familias afectadas; e imponer las costas de ambas instancias en el orden causado.

 **Se deja constancia de que el sr. juez de cámara Dr. Carlos Manuel Grecco interviene en la presente en función de lo dispuesto por la acordada 16/11 de esta cámara; y, asimismo, que el sr. juez de cámara Dr. Rodolfo Eduardo Facio no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 R.J.N.).**

 Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

**Carlos Manuel Grecco Clara María do Pico**

 **Hernán E. Gerding**

 **(Secretario)**