

Fallo

/nos Aires, a los Once días del mes de octubre de 2006, reunidas las Señoras Jueces de la Sala "J" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a fin de pronunciarse en los autos caratulados: "Hertzriken, Luciano y otro c/ Sanfuentes Fernández, Magdalena s/ daños y perjuicios"

La Dra. Zulema Wilde dijo:

Contra la sentencia de fs. 486/491 se alza la parte actora a fs. 493, quien expresa agravios a fs. 502/510 vta.. Corrido el traslado de ley pertinente, el mismo no fue evacuado. Con el consentimiento del auto de fs. 516 quedaron los presentes en estado de resolver.-

I. La sentencia dictada rechazó la acción interpuesta por entender que no ha sido probado el hecho discriminatorio imputado, ni demostrado con claridad suficiente cuál es el acto o la omisión y las características que evidencien el carácter discriminatorio de los hechos por los que se reclama.-

El comportamiento de la demandada debe atribuirse al "miedo propio de las personas con algunas alteraciones de base". Así como que, "durante más de treinta años ha tenido amigos de origen judío, sin que haya surgido entre ellos ningún tipo de resentimiento y/o controversia".- Por otra parte, se expresa que el requisito de la garantía respecto de la ubicación del inmueble se lo considera habitual en los usos y costumbres.- Por último, se sostiene que no sólo no se ha discriminado sino que ha dispuesto libremente del derecho de propiedad protegido por nuestra Constitución Nacional.-

II. Debo recordar que el juez no está obligado a seguir a las partes en todas las argumentaciones que se le presenten, ni a examinar cada una de las probanzas aportadas a la causa sino sólo las pertinentes para resolver lo planteado (CSJN Fallos 258: 304;; 262:222; 272: 225; 278:271 y 291: 390 y otros más).-

III. Se torna necesario partir desde el problema concreto puesto a consideración del Tribunal como primer paso a cualquier especulación jurídica. En orden a que el manejo de las generalidades surge de la

problemática específica planteada, realidad que genera la búsqueda de una solución acorde con ese basamento.-

La demanda deducida introduce como hechos llamados a ser objeto de prueba, el desistimiento de locar por parte de la propietaria de una unidad funcional determinada, en virtud que la oferta realizada provenía de personas que profesaban la religión judía.-

También se hace mención de la decisión expresada de no hacerlo respecto a personas de determinadas nacionalidades, religión y homosexuales.-

Sin perjuicio de los demás hechos que se relatan, el de la enunciación es caracterizar los que se reputan como principales, sindicándolos como discriminatorios. Estos afectarían la dignidad, el honor y la libertad de conciencia de los actores.-

Si alguna duda cupiera respecto de los hechos alegados como prueba del fundamento de la demanda, la accionada la despeja al afirmar que "los actores la demandan por discriminación en razón de la religión, dicen que los discrimina por ser judíos" (ver fs. 41 vta.).-

Consecuentemente, en un proceso dispositivo como el nuestro, los hechos alegados por los accionantes como base de su acción y las defensas deducidas por la accionada van a constituir la materia del "thema probandum" y posteriormente conforman el "thema decidendum".-

La demanda persigue la satisfacción de los perjuicios esgrimidos como ocasionados por esos actos ilícitos imputados a su contraria en los presentes. A estos debemos aprestarnos, respetando el principio de congruencia.-

IV. Sin perjuicio que en la doctrina nacional y la legislación positiva de otros países se acepte la inversión de la carga de la prueba por la dificultad que tienen los discriminados para abonar el acto, mientras que a "el o la presunta discriminadora" le resulta más sencillo probar la justa causa que la exonera (Kiper, Claudio Marcelo. "Derechos de las minorías ante la discriminación". Ed. Hammurabi. Bs. As. 1998), nuestra ley nada trae sobre el tema.-

Sin embargo, en nuestro caso basta referirse a la llamada "doctrina de las cargas probatorias dinámicas", la que puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funciona adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del "onus probandi" según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, v.gr., en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos." (Peyrano, Jorge W. "Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas", en LL 25/04/96).-

Creo oportuno transcribir un párrafo de Peyrano que ayudara a entender mejor la doctrina de las cargas probatorias dinámicas y que además ayudará a esclarecer el caso en estudio. "Pero también aquí, antes de internarse más en el asunto es preciso expresar dos palabras más sobre las cargas probatorias - ese imperativo del propio interés cuyo cumplimiento no asegura ventajas pero evita la posibilidad de quedar en una situación procesal desventajosa- , que se distribuyen entre actor y demandado según fuera el tipo de proceso(no se reparten igual en el proceso de conocimiento que en uno de naturaleza ejecutiva) y que les imponen probar sus afirmaciones y que sólo cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez. Es que en tal caso, el Tribunal deberá fallar contra quien debía probar y no probó." (Peyrano, Jorge W. Carga de la prueba. Conceptos clásicos y actuales. Revista de Derecho Civil y Comercial N° 13, pag.101).

Por ello la más trascendente pero no la única de la regla de la carga probatoria dinámica es "aquella que coloca en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producir una prueba, la carga de rendirla." (Peyrano, Jorge W., La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba, en Procedimiento civil y comercial", T. 3, p.78 . Ed. Juris, Rosario.1994 y Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. L.L 25-4-96).-

No es ocioso señalar que la expresión "carga probatoria dinámica" obedece al propósito de aprestarse en la medida de lo posible a la realidad del caso, evitando abstracciones genéricas separadas de la situación que se

analiza. Mas que en el caso es la accionada quien cuenta con el mejor conocimiento acerca de cuál ha sido el criterio o los criterios aplicados a la situación, así como si se lo explicitó adecuadamente a la intermediaria inmobiliaria, a fin de concretar la operación proyectada.- Sin duda es la demandada quien cuenta con mejor conocimiento acerca de cuáles han sido los lineamientos informados para aplicar a la contratación en especie.-

V. La documental encabezada con el título de "Recibo de reserva de locación" realizada en papel con membrete de la firma Norma Callegari Propiedades, detalla una serie de requisitos como objeto, plazo de la locación, precio del alquiler, pago de todo tipo de expensas e impuestos y servicios, depósitos de dinero, mensualidad adelantada, como garantía "a satisfacción del propietario".-

Sin embargo, en ella no se establece que el inmueble debería estar en el radio de la ciudad de Buenos Aires.- Si bien la documental fue desconocida por la demandada al contestar la acción, la Sra. Luna, en su testimonio, se refiere a ella (ver fs. 109 vta.). Por otra parte, los restantes signatarios también la reconocen (art. 1026 CC).-

La testimonial brindada por la intermediaria inmobiliaria de la frustrada operación, muestra que la Sra. Sanfuentes había aceptado las condiciones ofrecidas, entre las que estaba un valor distinto por el alquiler. Sin embargo, antes de firmar el contrato, quiso conocer personalmente a los futuros inquilinos.-

En la reunión, se le entregó nuevamente una copia del contrato, al que se le había adjuntado la documentación pertinente: fotocopia del título de propiedad y certificado de dominio, más un memo donde estaban los antecedentes laborales y comerciales de las partes que iban a alquilar.- Acontecido el encuentro, a la mañana siguiente concurrió a la inmobiliaria a comunicarle a la Sra. Luna que cancelara la locación con esas personas, buscando cualquier motivo, "aduciendo que, por el origen de las mismas, ella no quería que en su propiedad viviera gente donde pudieran estar utilizando ropas típicas propias de su origen, porque inclusive su propiedad podía correr

el riesgo de que sufriera un atentado o bomba", "... y que buscara cualquier otro tipo de persona y que por favor tuviera en cuenta para la elección del próximo locatario que no fuera de origen coreano, americano, ni homosexuales" (ver fs. 109).-

A pesar del requerimiento formulado, la testigo le pidió a la propietaria que reflexionara, ya que había aceptado veinticuatro horas antes firmar el contrato, determinándose el lugar y tiempo para hacerlo y no encontraba una respuesta para darle a esa gente. La demandada insistió en que se buscara una excusa para cancelarlo (ver fs. 109 vta.).- En cuanto a la garantía que se había ofrecido, la futura locadora la había aceptado y afirma que nunca exigía con exclusividad inmuebles en la Capital Federal, ya que no lo manifestó como una exigencia única.- Al ser repreguntada la testigo acerca de si hubo una actitud discriminatoria por parte de la Sra. Sanfuentes hacia los futuros locatarios, contestó afirmativamente porque dijo que "no les alquiló por el origen judío, que tampoco el próximo cliente fuera de nacionalidad coreana, americana, y homosexual y agregó que fuera una persona simple, común, de Entre Ríos, una persona como Ud. y yo" (ver fs. 111).-

La parte contraria a quien ofreció el testigo es quien le formuló nuevas preguntas, no cuestionando su idoneidad en ocasión de la audiencia (art. 456 CPCCN).-

Aunque esto no es obstáculo a la valoración oficiosa de la prueba, la demandada, en ocasión de contestar la acción, sólo difirió cualquier observación para el momento de aquélla.- Inclusive, cuando se refiere a la pérdida de la comisión que sufrió la intermediaria, lo atribuye a su falta de calma, no a su carencia de verosimilitud (ver fs. 45 vta.).-

De la testimonial brindada por el asistente técnico del Centro de Denuncias del INADI surge que éste asistió a una entrevista efectuada a la Sra. Sanfuentes por la Licenciada Galli.-

De esa entrevista emerge que, habiendo tomado conocimiento previamente de la denuncia formulada por los actores, la demandada

manifestó que, en razón de la nacionalidad de uno de ellos y de la religión de ambos, no los aceptó como inquilinos.-

Este testigo también fue repreguntado por la actora en la audiencia celebrada.-

Por su parte, la Licenciada Luisa I. Galli relata que la Sra. Sanfuentes "decía que no había discriminado, que eso era seguramente una jugada de la inmobiliaria que así perdía su tanto por ciento, que en ningún momento había pensado en discriminar y que había aceptado en principio alquilar a esa pareja. Y que le pidió a la inmobiliaria conocerlos, que cuando los conoció, la parejita les cayó muy bien y que cuando comentaron que iban a casarse por sinagoga, por un tema de fechas, la denunciada se sintió asustada porque en esta oportunidad dijo que "había pasado lo del 11 de septiembre y estábamos en guerra" (Ver resp. 3º de fs. 114).-

Lo concreto es que la testigo transcribe que la demandada no le alquiló la propiedad, aunque era una lástima, porque eran judíos.-

Los demás detalles que refiere coinciden con lo ya destacado, respecto a los lineamientos de futuro que debían adoptarse para locar su propiedad.-

La parte demandada cuestiona que en la instrucción llevada a cabo por el INADI no se ha respetado la garantía constitucional de defensa en juicio, el tema en sí, no modifica la cuestión analizada.-

El objeto del testimonio lo constituyen los hechos que han caído bajo el dominio de los sentidos de los testigos (Alsina. "Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil". T. III. Pág. 536. Ed. Ediar. Bs. As.; Silva Melero. "La prueba procesal". Revista de Derecho Privado. Pág. 211. T. I, y demás autores citados por Devis Echandia. "Teoría general de la prueba judicial". Pág. 341 nota, T. II; ver Kielmanovich, J. L. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado". T. II, pág. 698. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Bs. As.).-

Consecuentemente, ninguna incidencia tiene en los presentes, lo acontecido en ese procedimiento administrativo, aunque se le reconociera un carácter débil a la decisión adoptada, por la falta de garantías y sin debate.

(Chaumet, Mario y Meroi. "Paradigmas metodológicos del proceso en la Argentina", JA 2001-IV-847 y ss.). Aquí no se trata de valorar esas constancias documentadas sino de la prueba testimonial prestada ante el juez para un proceso concreto, con las debidas garantías del proceso legal (inclusión de las generales de la ley, derecho a repreguntar como se hizo, deber de decir verdad, etc.).-

Es interesante señalar que, inclusive uno de los amigos de muchos años de la demandada, al declarar en los presentes, reconoce que ella tenía miedo porque "podía haber conflicto o atentados con esas personas por ser judíos" (ver fs. 376 vta.).-

VI. La demandada, por su parte, aduce como eximente de responsabilidad que sus dichos fueron expresados en la intimidad, que no tenía intención de discriminar y que fue inducida por su interlocutora - la intermediaria -. Además, alega que tenía miedo porque hacía pocos días que había acontecido el colapso de las torres gemelas.- A poco que se analice esas afirmaciones, se notará que la demandada no se expresó de la manera que lo hizo, en forma exclusiva, ante la intermediaria en la operación inmobiliaria.- La inducción a la que se refiere no ha quedado probada en autos, por el contrario, pareciera que continuó pensando de igual modo con el correr del tiempo, porque había transcurrido un lapso entre la entrevista llevada a cabo con la Sra. Luna y la acontecida con la Licenciada Galli.- Su declarada intención de no discriminar no se visualiza en los hechos reiterativos llevados a cabo. Por otra parte, no es necesario incurrir en dolo, basta que su actitud haya sido imprudente para que incurra en culpa.- Por último, que haya conservado una relación armónica con los declarantes que trajera a estos autos no le exime de negar la dignidad a otro ser humano.- "La dignidad humana es causa de los derechos humanos por cuanto es de ella que se "desprenden", "derivan" o "emanan" los derechos humanos (PIDESC, PIDCP, CTortura II. "La dignidad como causa de Derechos". "Dignidad humana y derechos humanos". Giardino, Rolando E. Estudios de Investigación de Derecho Comparado. Corte Suprema de Justicia de la Nación. T. 2/3 (2002). Pto. V. Pág. 549).-

La definición de discriminación es "dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc." (Diccionario de la Real Academia Española. Página 483 vta.. Decimonovena edición. 1970. Espasa Calpe SA; Diccionario de la Lengua Española Larousse. Pág. 226).-

La posibilidad de elegir (escoger, preferir) (idem) no supone que se excluyan o restrinjan los derechos de las personas, por pertenecer a determinado grupo (artículo 1 de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas Discriminatorias de la Mujer).-

El principio fundamental de igualdad de trato obliga a conceder las mismas ventajas a todos los que estén en iguales condiciones, a menos que se pueda justificar objetivamente su denegación.-
En el caso se vio afectada la igualdad de tratamiento, no se les dio igual oportunidad a esta pareja, comparativamente con otra que profesara la religión católica.-

El derecho de elegir no puede ser ejercido arbitrariamente (Ley 23.592. Art. 1). ("Derecho a la igualdad. Enanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 26 (Naciones Unidas - Francia)". Puede verse en Investigaciones I (1996), pág. 18; Investigaciones I (2002), pág. 7/8. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado. Corte Suprema de Justicia de la Nación. República Argentina. ISSN 1666-3241. "Derecho a la igualdad. Discriminación por razón de la nacionalidad. Seguridad Social. Trabajadores Migrantes. Derecho Comunitario (Comunidad Europea-Italia)" Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 15/1/2002, C-55/00, "Elide Gotardo c. Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS)", en Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del tribunal de Primera Instancia, Luxemburgo, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Parte I: Tribunal de Justicia, 2002, 1 (A), p. 413. . Investigaciones 3 (2001), pág. 382. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado. Corte Suprema de Justicia de la Nación. República Argentina. ISSN 1666-3241. En igual sentido, la Corte Constitucional de Sudáfrica - sentencia del 21/02/2005, en el caso "Volks No y Robinson and others" en <http://www.concourt.com.sa>).-

La arbitrariedad es un "acto o proceder contrario a la justicia, a la razón, o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho" (Diccionario de la Real Academia Española. Página 111. Decimonovena edición. 1970. Espasa Calpe SA).-

Por más que la demandada tuviera miedo, su conducta no tiene justificación; de la confrontación entre la conducta prudente y la llevada a cabo, surge su obrar culposo (art. 909 CC).- Los hechos así lo muestran (art. 512 CC).-

El acto voluntario cumplido fue realizado con discernimiento, intención y libertad, aunque no haya querido las consecuencias nocivas de aquél, su voluntad estuvo dirigida hacia la realización, y, por lo tanto, es responsable de lo acontecido.-

Podríamos decir que actuó precipitadamente o sin prever por completo las consecuencias de su accionar irreflexivo, pero actuó, y con ello produjo daño.- Tomando la distinción que hace Llambías respecto de los diversos conceptos en cuanto a la capacidad y discernimiento, mientras la primera está referida a la aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones "y se sustenta en su madurez, que le permite distinguir lo conveniente de lo inconveniente a sus intereses" (Rivera, J. C. "Instituciones del derecho Civil. T. I. Pág. 366/367. Abeledo Perrot. Bs. As. 1997), el discernimiento es la aptitud de las personas para distinguir lo bueno de lo malo, también basamentado en su madurez y salud mental. De modo que este último concepto, respecto a la voluntariedad de los actos llevados a cabo por la actora, presupone su capacidad como aptitud para generar relaciones jurídicas.-

Prueba de ello es el informe psicológico rendido respecto a la actora, el que muestra la idoneidad de la persona para ser titular de derechos y ejercerlos por sí misma (art. 53 CC).-

En este sentido, cabe remarcar que el informe se encuentra correctamente fundado en principios científicos y técnicos inobjectables por lo que habré de estar al mismo haciendo aplicación de las reglas de la sana crítica (arts.386, 476 y concs., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).-

Por otra parte, el artículo 902 del mismo cuerpo legal exige que "cuanto

mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos".-

La demandada es abogada, no puede invocar válidamente el miedo, para así violar la ley.-

VII. Es "deber y facultad de los jueces aplicar las normas del derecho vigente, de conformidad con la regla "iura novit curia" con prescindencia de los planteos de la partes." (CS, abril 14-975. ED, 64 - 414).- Creo oportuno también analizar las normas emergentes de los pactos internacionales que gozan de jerarquía constitucional en relación al tema. (Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).-

El artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece que: 1.- Los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizan su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

Sin olvidar que el artículo 24 dispone que "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley."

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en las normas contenidas en sus arts. 2, 3 y 26 traen análogas disposiciones. Aún más, el artículo 14.1 amplía el concepto de igualdad al disponer que "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia." No sólo se garantiza la igualdad "ante la ley" como lo dispone la primera parte de nuestra Constitución (art. 16), sino que lo extiende a la aplicación de ella.- "La ley prohibirá toda discriminación y garantizará contra cualquiera de ellas." (Bidart Campos, G. Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo III, pág. 187).-

Tampoco ha de olvidar que nuestro país está obligado por los compromisos asumidos a adoptar las medidas que sean necesarias para modificar las desigualdades existentes.- El artículo 75 en su inciso 19 apartado 3 establece que el Congreso Nacional debe sancionar leyes que consoliden "...la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...". En igual sentido, el inciso 23 del mismo artículo, cuando se refiere al Poder Legislativo.- Nuestro Máximo Tribunal, al interpretar el mencionado artículo 16 de nuestra Carta Magna, dispone que: "La igualdad ante la ley significa que no se deben conceder excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se otorga a otros en igualdad de condiciones." (Fallos 198:112).- He transcripto el fallo con el propósito de reafirmar que no sólo la ley no puede contemplar en forma diferente situaciones iguales, sino que la aplicación que de ella se haga, debe ser consonante con este principio.- La falta de fundamentación coloca a la accionada en una situación dificultosa, porque era ella quien debía estar preocupada por mantener ese principio rector.-

De modo que la falta de fundamentación, al menos muestra, sin perjuicio del análisis que se haga más adelante con mayor profundidad, el descuido en demostrar que ha prestado un trato igualitario a quienes se encuentren en real igualdad de oportunidades, condiciones y circunstancias.-

VIII. Asimismo, no explicitar la fundamentación de su requerimiento con anticipación, no permite tener reglas claras para aplicar a quienes se postulen, a fin de verificar la conducta de aquélla, que debe respetar esas iguales condiciones, circunstancias y oportunidades.- Aún más, deja un cono de sombras sobre la cuestión, que juega en contra de la propia demandada, que era quien ejercía el poder de elegir, al ignorarse con qué parámetros lo hacía.- "La igualdad no tiene que ver exclusivamente con el número de miembros que alcanzan la norma, sino con los criterios clasificatorios empleados para la selección de esos miembros como incluidos o no en la clase en cuestión." (Leonardi de Herbón Hebe. El principio de la igualdad. ED, 149-773).- Conocer cuáles han sido esos criterios es trascendente no sólo para poder rever la justicia intrínseca de lo decidido, sino también para aquellos que

aspiraban a ser candidatos a alquilar, para que pudieran conocer cómo ajustar su conducta a ese postulado. Al no explicitarse, todo el proceder se torna arbitrario, pre y post elección.-

Sin embargo, el supuesto requisito de que el inmueble que fuera garantía tuviera una ubicación geográfica determinada no fue nunca puesto de relieve a la intermediaria; inclusive, genera serias dudas su existencia.- Nótese que el lugar geográfico donde se encuentra un bien inmueble, en principio, no es tan relevante; lo trascendente es el valor del bien, su carencia de gravámenes o embargos u otras limitaciones al dominio, las condiciones personales de quien alquila y de quién se constituye en fiador, sus antecedentes comerciales y bancarios, la magnitud de su patrimonio, su conducta hasta el momento de contratar.-

Si la demandada, después de comprometerse a firmar el contrato con todos los requisitos que aquel tenía, inclusive la garantía con un inmueble en la Provincia de Buenos Aires, supuestamente descubre, al leer la documentación que le fuera entregada por la inmobiliaria, esa circunstancia (ver fs. 376), lamentablemente era ya tarde. Uno de los caracteres distintivos de la locación de cosas es la consensualidad (art. 1140 CC).-

Se ha señalado un argumento genérico y abstracto. Nótese lo insustancial de la mención para una protección igualitaria. (Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc. 473, U.S., 432.439 (1985) citado en US Supreme Court, New York State Club ASSW v. New York City, 487 U.S. 1 (1988) 487 U.S. 1, New York State Club Association Inc. v. City of New York ET AL. APPEAL FROM THE COURT of APPEALS of NEW YORK Nº 86-1836. Argued Febrary 23, 1988, decided June 20, 1988 - FINDLAW).-

IX. Debo concluir recordando unas palabras del Justice Ginsburg, integrante de la Suprema Corte de los Estados Unidos, cuando dice que la justificación debe ser genuina, no hipotética o inventada, post hoc en respuesta al litigio. "The justification must be genuine, not hypothesized or invented post hoc in response to litigation..." See Weimberger v. Wiesenfeld 420 US 636, 643, 648 (1975); Califaro v. Goldfarb 430 US 199, 223-224 (1977) Supreme Court of United States Nº 94-1941; United States v. Virginia States and Virginia Military Institute, decided June 26, 1996).-

X. Empezando el tercer milenio de nuestra civilización occidental judío-cristiana, merituando el entorno en que nos hallamos, tanto desde el plano constitucional como desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, que orquestan parámetros jurídicos obligatorios para nuestro país, así como el sistema axiológico imperante en nuestra sociedad, ha de meritarse en este caso conforme las circunstancias de lugar y tiempo, que elegir arbitrariamente, descartando a alguna o algunas personas sin ninguna fundamentación valedera, sólo porque pertenecen a una fe religiosa u a otra nacionalidad, no concuerda con las pautas igualitarias y antidiscriminatorias a la luz de las valoraciones actuales.-

Esa libertad de elegir a quien se quiera tiene límites, y, además, la intimidad del ámbito donde se expresaron las ideas no puede servir de válido eximente para dejar inmune una violación a la Constitución, ni tampoco para tomar decisiones arbitrarias.-

Sin fanatizar igualitarismos, debe entenderse como arbitrario aquel acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por voluntad o capricho.-

Consagrar una solución adecuada a la luz de las normas y las valoraciones actuales, que tiendan a suprimir resabios, es tratar de lograr una real igualdad de oportunidades y de trato para todos.- Indagar sin prejuicios, las razones y motivaciones de la decisión tomada muestra no sólo la falta de fundamentación sino una interpretación caprichosa o desaprensiva que lleva por el camino de la falta de trato igualitario.-

"Compréndase que el mejor test para escudriñar cada caso radica en la motivación que preside y sirve de base a una medida aparentemente discriminatoria. Se dirá que esa motivación no siempre sale a la luz con objetividad suficiente, y ello es cierto; pero hemos de empeñarnos en descubrir tal motivación..." Bidart Campos, Germán J., "El acceso de las mujeres al Colegio Monserrat", en Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Nº 5, Págs. 4 y 5, Junio de 2001).-

La referencia a la motivación surge de la mayoría de los fallos emitidos por tribunales superiores norteamericanos, inclusive los de la Corte Suprema Federal, durante estos últimos treinta años (Supreme Court of the

United States- certiorari to the United States Court of Appeals for the fourth circuit Nº 94-1941- argued January 17, 1996 - Decided June 26, 1996 (The parties: the United States sued Virginia State and Virginia Military Institute (VMI)), ya citado precedentemente), en los que también se hace mención a la discriminación indirecta que es la que se configura cuando se exige un requerimiento o condición no igual para todos los que aspiran a lo mismo, o cuando la proporción de lo requerido tampoco es la misma.- En conclusión, en razón de que el Estado debe propiciar una protección genuinamente igualitaria y con motivo de todo lo dicho, debo promover la revocatoria de la sentencia y, por ende, el acogimiento de la demanda.- Corresponde entonces, pasar al tratamiento de los diferentes rubros que componen el reclamo indemnizatorio de los actores.-

XI. DAÑO PSICOLOGICO Y GASTOS POR TRATAMIENTO PSICOLOGICO.-

XI. a) Reclaman los actores la suma de \$ 25.000 en concepto de daño psicológico, para cada uno de ellos, y \$ 8.000 en concepto de gastos por tratamiento psicológico, también en forma individual. (Ver fs. 20/21 vta.).-

XI. b) En primer lugar, debe decirse que el daño psíquico se configura mediante una alteración patológica de la personalidad, una perturbación del equilibrio emocional que afecta toda el área del comportamiento, traduciéndose en una disminución de las aptitudes para el trabajo y la vida de relación y que, como toda incapacidad, debe ser probada en cuanto a su existencia y magnitud. Se trata de una alteración o modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica.- Asimismo, es dable recordar que para establecer el daño psíquico se ha de proceder de la misma manera que para determinar el deterioro físico. En el caso de que se probare la existencia de dicho daño, será necesario distinguir entre el que se ha producido como consecuencia directa del acaecimiento del siniestro y aquél que se ha derivado de la situación personal anterior del damnificado.-

La distinción es útil porque el causante del hecho ilícito sólo debe cargar con

las consecuencias derivadas de aquél y paliar esas secuelas exclusivamente, porque las restantes que aparezcan teniendo como etiología una estructura de personalidad proclive a la descompensación y la derivada ampliación del perjuicio no deben ser receptadas.-

Asimismo, en un individuo sano, las perturbaciones podrán conmover o alterar momentáneamente el equilibrio por un lapso, mas lo normal es que pueda evitar el acarreamiento de connotaciones de índole patológica a través de sus propias defensas.-

Desde este punto de vista, habrán de analizarse las probanzas producidas en relación a la cuestión.-

En cuanto a la coactora Sra. Leila Mariel Selem, se dictaminó que "presenta una personalidad conservada, básicamente sana, con buena adaptabilidad, y, prueba de ello lo dan los adecuados ajustes que va institucionalizando en lo personal, familiar, laboral, social y con permanentes proyecciones hacia un futuro promisorio ..." (Ver fs. 205 del dictamen pericial psicológico).-

En cuanto al coactor Sr. Luciano Hertzriken, se estableció que "goza de salud psíquica. Si bien la situación traumática lo preocupó, lo afligió, lo desordenó, pudo manejarla, pudo controlarse él y ayudar y contener a su pareja. Tuvo fuerza y la suficiente plasticidad psíquica como para buscar variables y soluciones (desde una posición teórica y pragmática simultáneamente), y llegar al objetivo: al casamiento en los términos y condiciones previstos. En su vida familiar, social, laboral, no se detectan puntos de desequilibrio. Por el contrario se proyecta positivamente en todas las áreas, con firmeza y autoconvicción" (Ver pericia psicológica a fs. 208).-

De todo ello, cabe colegir que no ha habido daño psicológico en los actores (ver punto b) de fs. 209, fs. 207 y fs. 210).-

Por lo que este rubro deberá ser desestimado.-

En cuanto a los gastos por tratamiento psicológico, es criterio reiterado de este Tribunal que el actor debe recibir una suma para hacer frente a un tratamiento que extinga, o por lo menos disminuya al máximo las secuelas del infortunio.-

Con respecto al coactor Sr. Luciano Hertzriken, la pericial psicológica de fs.200/211, y explicaciones de fs. 230/231 no dictaminó sobre la necesidad de hacer tratamiento como consecuencia de la situación vivida, por lo que tampoco debe acogerse el rubro peticionado por este concepto.-

Con respecto a la coactora Sra. Leila Mariel Selem, la pericial psicológica dictaminó a fs. 219 que considera la posibilidad de tratamiento psicológico con una duración estimativa de seis meses a un año, a razón de una sesión semanal.-

Merituando lo expuesto, se estima que el rubro debe prosperar por la suma de pesos tres mil trescientos (\$ 3.300) a favor de esta última en concepto de gastos por tratamiento psicológico. (Art. 165 CPCC).-

XII. DAÑO MORAL.-

XII. a) Solicitan los actores la suma de \$ 40.000 por este concepto, para cada uno de ellos. (Ver fs. 19 vta./20).-

XII. b) En cuanto al daño moral, debe decirse que este se define como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas, y en general, toda clase de padecimientos, comprendiendo también las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes.-

Es dable recordar que la indemnización por daño moral no configura una sanción al ofensor sino la satisfacción de legítimos intereses de contenido extrapatrimonial que hacen a derechos inherentes a la persona, debiendo evaluársela con la apreciación objetiva del padecimiento, sin que configure fuente de indebido lucro.-

Como ya sostuviera este Tribunal "si por reparación se entiende el restablecimiento del desequilibrio patrimonial y es de contenido pecuniario, los intereses que carezcan de ese contenido deben ser satisfechos, puesto que según el diccionario de la Real Academia, "satisfacer", en una de sus acepciones, significa sosegar o aquietar una queja o un sentimiento, expresión acorde con el sentido de nuestra ley al otorgar a la víctima el derecho a reclamar la reparación, cualquiera sea el grado de reproche que genere la conducta del agente del daño, sin perjuicio de valorar a ésta como

un elemento más para determinar la cuantía indemnizatoria" (autos "Corzo de Torres, C.P. c/ Lumicot S.A. y otros s/sum" del 31.03.81).- Asimismo, en relación a este rubro, debe reconocerse la extrema dificultad que presenta al juzgador su estimación, pues tratándose de vivencias personales, no puede precisar cuánto han sufrido los damnificados a raíz del suceso, pudiendo sólo evaluar la magnitud del dolor que puede provocar el hecho en el común de las personas, valorándolo a la luz de las circunstancias particulares acreditadas en la causa, más cuando en los dos reclamantes no ha incidido de igual manera.- Es por ello que considero que el rubro resulta procedente.-

Ahora bien, en cuanto al monto, teniendo en cuenta las condiciones personales de los reclamantes, y las circunstancias particulares del caso, así como los demás dolores espirituales y sufrimientos padecidos, estimo fruto de una prudente estimación fijarlo en la suma de pesos nueve mil (\$ 9.000) para cada uno de ellos. (Art. 165 CPCC).-

XIII.

INTERESES.-

XIII. a) En cuanto a los intereses, este Tribunal ha resuelto reiteradamente que los mismos comienzan a correr desde la fecha del hecho dañoso, pues es ése el momento en el cual se produce el perjuicio y con el cual nace el derecho del damnificado de reclamar su reparación, con la consecuente mora del deudor. En efecto, la indemnización es un equivalente del daño sufrido y el interés compensa la demora en su reparación, al no haber el responsable cumplido inmediatamente con su obligación de resarcir.- En el caso concreto de autos, el hecho dañoso se exteriorizó en el momento que los actores tomaron conocimiento del acto discriminatorio, lo que aconteció el 24/09/01 (Ver fs. 18, fs. 108/111) En atención a lo dispuesto en el plenario "Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros s/daños y perjuicios", del 2 de agosto de 1993, y la obligatoriedad de la doctrina que emerge del mismo, en razón de la ratificación habida respecto al criterio expresado en aquél, conforme lo resuelto en el plenario "Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios" del 23 de marzo de 2004, y en virtud de lo

dispuesto por el art. 303 del CPCC, corresponde que las sumas de condena devenguen intereses conforme a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina desde la fecha del hecho (24/09/01) y hasta su efectivo pago.-

Las sumas han sido fijadas a valores actuales a la fecha de este decisorio.-

Por otro lado, corresponde puntualizar que la valuación del importe indemnizatorio de los rubros en fecha posterior a la mencionada por el plenario, no necesariamente implica una actualización -vedada por el art. 7º de la ley 23.928, aun en su nueva redacción con las modificaciones introducidas por la ley 25.561, prohibición que ratifica el decreto Nº 214/2002 en su art. 5º-. Es simplemente una estimación "actual", lo cual no es equivalente a una prohibida actualización por índices u otro procedimiento repotenciador de la moneda. Lo que ocurre es que el "valor intrínseco" de la prestación debida también puede variar por diversos factores, como ser la vetustez del objeto o las pérdidas o deterioros que sufra por otras causas, o la incidencia del mercado, etc. Cuando el juez fija la indemnización al "valor actual" no está indexando, sino que en ese instante se produce la "cristalización del valor", es decir se fija o determina el valor que deberá tomarse en cuenta al momento del pago para traducirlo en moneda suficiente para satisfacer la deuda;; y a partir de ese momento no podrá ser reajustado, por imperio de la ley citada.-

Ahora bien, en cuanto al pedido de desvalorización monetaria petitionado en el escrito de inicio (ver fs. 28 vta.), no corresponde hacer lugar al mismo, en atención a las consideraciones precedentemente reseñadas y a la obligatoriedad de la doctrina plenaria ya citada (art. 303 CPCC).-

En consecuencia, doy mi voto para que:

I. Se revoque la sentencia recurrida y se haga lugar a la demanda deducida, condenando, en consecuencia, a la demandada Sra. Magdalena Sanfuentes Fernández a pagar al actor Sr. Luciano Hertzriken la suma de pesos nueve mil (\$ 9.000), y a la actora Sra. Leila Mariel Selem, la suma de pesos doce mil trescientos (\$ 12.300), en el plazo de diez días de quedar

firmé la presente, con más sus intereses, conforme lo dispuesto en los considerandos precedentes.-

II. Se impondrán las costas de primera instancia a la demandada vencida en lo principal. Las de esta instancia, atento a no haber mediado controversia, se imponen en el orden causado. (Art. 68 CPCC).-

La Dra. Marta del Rosario Mattera adhiere al voto precedente.-

Se deja constancia que la Vocalía Nº 28 se encuentra vacante.-

Con lo que terminó el acto, firmando las Señoras Vocales por ante mí que doy fe.-

Fdo.: Zulema Wilde. Marta del Rosario Mattera

//nos Aires, octubre de 2006.-

Y VISTOS: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal RESUELVE:

I. Revocar la sentencia recurrida y se haga lugar a la demanda deducida, condenando, en consecuencia, a la demandada Sra. Magdalena Sanfuentes Fernández a pagar al actor Sr. Luciano Hertzriken la suma de pesos nueve mil (\$ 9.000), y a la actora Sra. Leila Mariel Selem, la suma de pesos doce mil trescientos (\$ 12.300), en el plazo de diez días de quedar firme la presente, con más sus intereses, conforme lo dispuesto en los considerandos precedentes.-

II. Imponer las costas de primera instancia a la demandada vencida en lo principal. Las de esta instancia, atento a no haber mediado controversia, se imponen en el orden causado. (Art. 68 CPCC).-

III. En orden a lo normado por el art. 279 C.P.C.C., déjense sin efecto las regulaciones de honorarios ..-

Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

Se deja constancia que la Vocalía Nº 28 se encuentra vacante.

Fdo.: Zulema Wilde - Marta del Rosario Mattera

