

En Viedma a los 4 días del mes de febrero de dos mil trece, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro con asiento en esta ciudad, asistidos por la Secretaria del Tribunal, para resolver en los autos: “CHAZARRETA, GUSTAVO DAVID C/PROVINCIA DE RÍO NEGRO S/ORDINARIO”, en trámite por expediente N° 7454/2011 del Registro de este Tribunal, y previa discusión sobre la temática del fallo a dictar, se decide plantear y votar en el orden del sorteo practicado, la siguiente cuestión:

¿Resultan procedentes los recursos de apelación interpuestos, respectivamente, por la demandada y la actora a fs. 206 y 207 de los presentes contra la sentencia habida a fs. 194/197vta.?

La Dra. Ignazi dijo:

I. Que frente a la sentencia que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios articulada por Gustavo David Chazarreta condenando a la Provincia de Río Negro (en más la Provincia) a pagar al nombrado la suma de \$220.035 en concepto de incapacidad sobreviniente, gastos médicos y daño moral con más intereses a tasa activa promedio hasta su efectivo pago, pero desestimando lo demás pedido (ver fs. 194/197), se alzan tanto la demandada como la actora (ver fs. 206 y 207). De ese modo se pronunció el a quo al considerar que frente a los daños generados por el agente policial Mauro Raúl Calvo, con uso de arma reglamentaria, mediaba la responsabilidad objetiva del Estado provincial aun cuando aquél se encontraba fuera de servicio. Ello, por ser propietario de la cosa riesgosa (arma) utilizada en el hecho dañoso, imponer a sus agentes su portación inclusive cuando se hallaren fuera de servicio y haber omitido efectuar evaluaciones psicológica con posterioridad al ingreso incurriendo en culpa en la elección y control del agente (ver considerandos II y IV)-.

II. La provincia demandada, a través de apoderada nombrada al efecto, luego de manifestar que en el caso se demandó y probó la comisión de un delito por parte del Sr. Mauro R. Calvo, quien disparando un arma de fuego reglamentaria ocasionó lesiones graves al Sr. Gustavo David Chazarreta, por lo que fue condenado en sede penal, asume que resulta erróneo invocar, como lo hizo la Sra. Magistrada actuante, la preceptiva de los arts. 1113 y 1112 del Cód. Civ. para endilgarle a ella responsabilidad. Formula esa crítica a más de entender violentada las disposiciones de los arts. 901, 902, 904 y 906 del citado código, al aplicarse también equivocadamente la teoría de la relación de causalidad adecuada, ya que la decisión impartida no consideró la interrupción del nexo

causal. Así, a fs. 212/220 entiende que la sentencia en crisis conculca el debido proceso y vulnera tanto el derecho de defensa como el de propiedad (arts. 14, 17 y 18 consagrados en la Carta Magna y en el art. 22 de la Constitución de esta provincia) al anular la posibilidad de invocar eximentes de responsabilidad. El a quo, sentencia, optó por el camino más corto, la condena sin más al Estado Provincial.

II. En especial esgrime, primero, que no hubo acto de servicio ni ilícito cometido con motivo de la función ya que el hecho dañoso fue producto de una falta personal ajena al servicio, llevada a cabo por debilidades, pasiones e imprudencias del agente involucrado. Y, segundo, que medió en el caso un supuesto de uso de cosa riesgosa contra la voluntad del propietario dado que el arma de fuego se otorga para el cumplimiento de los fines específicos de la institución y no para cometer un delito. Razón por la cual entiende que corresponde atender en el caso la eximente de responsabilidad contemplado por el art. 1113 del Cód. Civ. Lo contrario, implicaría convertir al Estado en un asegurador de todos los riesgos que genera la vida en sociedad. Finalmente, pone de manifiesto que no ha habido culpa in eligiendo o in vigilando de la Provincia. Esto, en tanto se ha ceñido al procedimiento de selección, capacitación y seguimiento legalmente vigente y no se ha probado que la misma haya omitido alguna obligación a su cargo. Cuestiona el alcance del resarcimiento económico dispuesto y los rubros que lo conforman, esgrimiendo que medió en el caso una errónea aplicación del precedente “Pérez Barrientos”, que los gastos médicos y de tratamientos futuros reconocidos no fueron peticionados, más allá de que les resta entidad al advertir que la actora se atendió en un hospital público y discute el quantum reconocido como daño moral, ya que el mismo resulta excesivo si se atiende que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva y pide que el mismo sea reajustado respetando parámetros de equidad. Deja planteado el caso federal para el supuesto de adoptarse una decisión que mantenga la sentencia recurrida.

En tanto, corrido que fuera el traslado de los agravios de ese modo formulado por la Provincia, la parte actora deja vencer el plazo sin contestarlos, por lo que se le dio por decaído el derecho dejado de usar (ver fs. 250).

III. Por su parte, el actor a fs. 221/233, a través de apoderada nombrada al efecto, expone los agravios que le provoca la decisión adoptada. Y, en ese orden, luego de realizar un recuento de los hechos que enmarcan el caso, orienta su queja al monto que el a quo fija en concepto de incapacidad sobreviniente, daño moral y gastos médicos. En este sentido y más allá de un basto recuento doctrinario y jurisprudencial que se encarga

de transcribir, señala que la sentencia es de una superficialidad inadmisibles ya que no tiene un solo párrafo dedicado a analizar el riesgo que significa el proyectil alojado en la zona paravertebral de Chazarreta. Esgrime que su representado tiene una limitación de orden laboral, producto de la restricción de los movimientos, por ende un obstáculo concreto para superar cualquier examen preocupacional y que esa disminución se extiende a todas las manifestaciones de la personalidad (sociales, deportivas, etc.), a más de que no debe perderse de vista que está sujeto a la evolución de un proyectil que no se extrajo, que si bien de momento no le da complicaciones, nada permite asegurar que el mismo no se desplace y provoque en el futuro lesiones irreversibles. Basada en esta última circunstancia y en la necesidad de control periódico, considera que el monto reconocido en concepto de gastos médicos es exiguo. Ante ello, asevera que cuando, como en el caso, el daño ha sido probado, el damnificado merece reparación sin perjuicio de que no hubiera acreditado disminución de ganancia; el resarcimiento -dice- debe otorgarse con prescindencia de que la víctima ejercite o no actividad lucrativa, o más aún cuando la incapacidad no incida en alguna tarea o labor que desempeña. A su criterio el porcentaje establecido no llega a cubrir las expectativas de vida del recurrente, pese a que difícilmente le va a resultar posible encontrar trabajo acorde a su capacidad física, por lo que solicita que se eleve el porcentual otorgado. También objeta el monto determinado en concepto de daño moral porque entiende que este debe comprender, hacia el pasado, la incomodidad por el riesgo de vida, el dolor físico y la sensación de angustia que hubiera provocado el tratamiento y hacia el futuro la impresión de minusvalía que esa incapacidad le va a provocar el resto de su vida.

IV. Ante los términos de ese recurso la demandada a fs. 245/248 solicita su rechazo deteniéndose en cada uno de los rubros indemnizatorios cuyo quantum fuera objetado por la actora.

V. Que a los fines de evaluar la existencia de los requisitos formales de las apelaciones deducida, dable es recordar los términos tanto de la demanda como los del escrito de responde. En función de ello corresponde señalar que la acción promovida por Gustavo David Chazarreta contra la Provincia de Río Negro en procura del cobro de la suma de \$492.200 en concepto de indemnización de los gravísimos daños y perjuicios que le fueran ocasionados, se soportó en los hechos acaecidos el 10.06.06 a las 06.45hs cuando Mauro Raúl Calvo, empleado policial, empuñando un arma de fuego (calibre 9mm marca Jericho, número 160216) a la salida del boliche bailable denominado “Kachaca” y a la altura de la farmacia “Crisol”, sin decir palabra alguna procede a golpearlo con la

culata del arma reglamentaria y a ejecutar un disparo en su contra. Este con orificio de entrada a dos centímetros por debajo de su tetilla izquierda a escasos milímetros de su corazón y atravesando los pulmones, hígado e intestinos, para finalmente quedar alojada la bala a milímetros de la columna vertebral, por lo que debió ser internado con pronóstico reservado y riesgo de vida. Así, y con soporte legal en los arts. 1077, 1078, 1083, 1086, 1112 y 1113 del Código Civil, considera responsable al Estado por el actuar doloso de sus funcionarios policiales, porque aquél actúa a través de sus órganos, la pistola (arma reglamentaria) utilizada es de su propiedad y se trata del hecho de un dependiente, por lo que demanda la indemnización por daño moral, daño estético, daño psíquico, incapacidad sobreviniente, gastos médicos presentes y futuros y lucro cesante (ver fs. 6/29).

A lo que la demandada a fs. 40/45, a más citar como tercero a Mauro R. Calvo -convocatoria que luego se tuviera desistida (ver fs. 61)- se opuso al entender que no resultaba responsable de los daños sufridos por el actor porque el nombrado no se encontraba en servicio y el uso del arma reglamentaria fue contra la voluntad del Estado. También objetó la indemnización pretendida en lo relativo al daño moral; desestima además el daño estético y la incapacidad sobreviniente, al considerar que no se aclara en qué consisten los mismos, ni cómo afectan la vida laboral. En cuanto a los gastos médicos descarta su procedencia tanto porque no detallan, ni se prueban.. Por último, rechaza la procedencia de reparación en concepto de lucro cesante, por falta de acreditación.

VI. Que en la medida en que quienes apelan en tiempo hábil para ello (ver constancia de fs. 209), endosan errores al decisorio atacado (la actora porque el resarcimiento otorgado no contempla las reales circunstancias de la causa y la demandada en tanto se decide enmarcar el caso en el ámbito de la responsabilidad objetiva, reconoce rubros indemnizatorios no pretendidos al demandar y por montos excesivos) posible es concluir que se encuentra, al menos en forma liminar, satisfecha en el caso la exigencia contenida en el art. 265 del CPCyC. Primero, porque en sendos recursos se constata cumplido el requisito de índole subjetivo -agravio- y segundo, porque, como este Tribunal tiene dicho, es necesario ponderar con cierta tolerancia y flexibilidad la obediencia de los recaudos legales que establece el aludido articulado, a través de una interpretación amplia que los tenga por satisfechos.

VII. Que habiendo superado los recursos llevados adelante tanto por la actora como por la demandada, el examen acerca de su admisibilidad formal, y a poco de advertir que

mientras el de esta última se dirige tanto a cuestionar el reconocimiento mismo de la obligación como su quantum y el formulado por Chazarreta sólo se orienta a colocar en crisis el monto de ese reconocimiento, corresponde atender en primer lugar la vía revisora instada inicialmente por la Provincia. Luego, y dependiendo de su resultado, ingresar -si resultare pertinente- en el tratamiento conjunto tanto del segundo aspecto cristalizado por la accionada como del instado por la actora.

VIII. Que bajo esa línea de trabajo y en aras de resolver la apelación suscitada a partir de los agravios expresados a fs. 212/220 por la Provincia de Río Negro, válido resulta señalar que la misma en primer lugar objeta el fallo en cuanto le atribuye responsabilidad objetiva. De este modo pide la apertura de la instancia revisora a partir de sopesar que no hubo un acto de servicio ni un ilícito cometido con motivo de la función (ver fs. 213vta, último párrafo), que si bien es propietaria del arma, y ésta es una cosa riesgosa, fue usada en contra de la voluntad de su dueño (fs. 214 in fine) y que quedó demostrado que no medió de su parte culpa in eligiendo e in vigilando (fs. 217vta 3er párrafo). A lo que la actora nada contesta, por lo que se le dio por perdido el derecho dejado de usar (ver fs. 250).

Ahora bien, para resolver el planteo de este modo formulado corresponde necesariamente señalar que el a quo le endilga responsabilidad a la Provincia tras juzgar que había incurrido en un actuar culposos sea en la elección sea en control del agente policial autor del hecho dañoso con un arma de propiedad de aquélla. De ese modo se pronunció al constatar que no se realizó ningún examen a Mauro R. Calvo con posterioridad a may/2004 (ver a fs. 195vta. 2do párrafo) y, a esa circunstancia, la enlazó con el hecho de que la citada parte es la que suministró el arma y quien obliga a los agentes policiales a portarlas en todo momento.

En resumidas palabras, entendió que la Provincia al no haber efectuado controles psíquicos sobre el agente Calvo y obligar a los agentes policiales a portar el arma reglamentaria aún estando de franco, debía responder por el riesgo que introducía al suministrarla. La quejosa, para contrarrestar esta premisa, se limita a aseverar que “se ha demostrado que no ha habido culpa de la Provincia...en tanto se ha ceñido al proceso de selección, capacitación y seguimiento vigente y la sentencia no ha dado pauta alguna que refiera a que se ha omitido el cumplimiento de una obligación impuesta” (ver fs. 217vta. 3er párrafo).

Entonces, la pregunta a develar es ¿por qué debe responder el Estado si el daño fue provocado por el agente policial cuando se encontraba de franco? Ese interrogante

encierra uno de los conflictos más latentes en orden a la responsabilidad del Estado y obliga a decidir entre responsabilizar a éste, cuan propietario del arma y proveedor del mismo al agente o incurso en culpa in eligiendo o in controlando, tal como lo hizo la Sra. Juez de grado (ver en igual sentido Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de La Matanza, sala I, sentencia del 17/06/2010 recaída en autos “Gallardo, Julia y otro c. Provincia de Buenos Aires” AR/JUR/28394/2010; Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, sent. del 04/03/2009, dictada en autos “Rossomando, Viviana y otros c. Betanzo Basconcel, Carla Itatí y otra” AR/JUR/21562/2009). O, deslindarlo de toda responsabilidad, tal como lo pretende la recurrente, sea porque el arma reglamentaria no fue utilizada en circunstancias del servicio policial por tratarse de un episodio que no tiene conexión alguna con las tareas propias de la función al haber ocurrido estando aquel fuera de servicio o porque se trata de una “falta personal” que como tal excede el anómalo o irregular funcionamiento de la Administración (ver en similar orden la decisión adoptada por el Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, sala Civil y Comercial, el 21/11/2011, autos “Pallares, Ruben Humberto c. Superior Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero s/ daños y perjuicios - casación civil” AR/JUR/77623/2011).

Puestas de ese modo las principales vertientes jurisprudenciales labradas en torno a este tema, me inclino por aquélla que endilga responsabilidad al Estado por el daño provocado por el agente policial mediante el uso del arma reglamentaria, cuando ésta fue determinante para la entidad del daño sufrido por el particular. Es decir, cuando de no haber tenido ese instrumento aportado por la institución policial, el perjuicio sufrido no hubiera tenido la entidad que finalmente tuvo.

Así, me pronuncio en pos de imponerle a la Provincia la obligación de reparar el daño sufrido por Chazarreta a partir del actuar de Mauro R. Calvo, agente policial dotado de un arma reglamentaria, ya que la exigencia que sobre éste pesaba, como integrante de la Policía de Río Negro por operatividad del art. 34 de la Ley 679, de portar en todo momento y lugar el arma que aquélla le suministrara, se constituyó en determinante de la producción del daño y hace nacer la obligación de garantía que pesa sobre la institución policial en función del riesgo creado con su organización y, va de suyo, sobre la sociedad toda. Tengo en cuenta para ello que lo definitivo no es que los actos se correspondan por su naturaleza con la función encomendada sino que los mismos hayan podido ser llevados a cabo en toda su entidad en razón de ella. O sea, que el autor del daño se haya valido de las oportunidades o circunstancias que le brindaban el hecho de

ser agente policial, tales como portar permanente un arma de fuego.

La circunstancia de que Calvo se encontraba fuera de servicio, mal puede erigirse como relevante de la liberación de la Provincia, cuando no hay duda que el daño en su plena entidad no habría sido posible si no mediara las reglamentaciones policiales que obligan a estos servidores públicos a portarla en forma permanente creando paradójicamente al mismo tiempo seguridad y riesgo. Sopesando esta realidad, claramente se ha dicho, y hoy se mantiene, que “si los agentes policiales están obligados a actuar en cualquier momento a fin de prevenir la comisión de delitos que pongan en peligro la seguridad de la población, y en su consecuencia a portar armas, resulta lógico admitir que los perjuicios que de ello deriven sean soportados por la colectividad en general y no sólo por los damnificados; si la protección pública genera riesgo, es lógico que esos riesgos sean soportados por quienes se benefician con ella” (CSJN, 27/9/74, “Furnier Patricia María c. Pcia. de Bs. As., La Ley 1996-C-558).

Esto es a mi criterio lo concluyente, lo determinante de la responsabilidad del Estado en estos casos, puesto que si la protección pública genera riesgos, lo más justo, lo equitativo, es que estos sean afrontados por todos (Fallos: 327:5295 y 317:1006). La conexidad entre el ejercicio de las funciones y la consumación del ilícito es suficiente para provocar la responsabilidad de la Provincia, toda vez que se configura, al decir del Código Civil de la República Argentina -Explicado- (ver Tomo III, Editorial Rubinzal Culzoni, edic. 2011) “una relación de ocasionalidad necesaria” porque el evento lesivo ha sido posible o de cualquier modo facilitado por el cumplimiento del encargo (pág. 742).

Ello, más allá de que no puede desconocerse que en el supuesto aquí planteado el Estado para cumplir una de sus funciones primordiales (seguridad), de la cual tiene además el monopolio de brindar, se ha valido o patrocinado de un agente que en un corto lapso, prácticamente dos años (may/04-jun/06), ha mostrado su ineptitud manifiesta, y las consecuencias de esa mala elección, sea o no excusable, deben recaer sobre la entidad pública que la ha realizado” (Fallos: 190:312, 317:728, 318:1715 y 327:5295, C. Nac. Cont. Adm. Fed. Sala III en autos "Sayago Horacio Adrián y otro c/ EN -PFA y Otro s/ Daños y Perjuicios", sentencia del 11/10/07, Sala IV en autos "Morales, Laura Elsa y otro c/ E.N.- M° Justicia- P.F.A.", sent. del 1/04/08, entre otros). Valga aclarar aquí que, como bien esgrime la Provincia en su escrito recursivo, la Ley del PERSONAL POLICIAL DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO, N° 679, no contiene una exigencia específica de efectuar exámenes médicos y psíquicos periódicos

a sus agentes, pero ello no puede conducirnos sin más a liberarla, toda vez que, en todo caso, el Estado provincial asumió, y quizás asume constantemente, un riesgo al garantizar la seguridad pública suministrando a su personal policial un arma de fuego, cosa por esencia riesgosa, sin ejercer un control de aptitud médico psicológico más allá del relativo al ingreso operado, en este caso, en may/04 (ver fs. 134).

No se trata aquí de extender ad infinitum el ámbito de responsabilidad del Estado sino simplemente rescatar, tal como señalara esta Alzada en autos “FELTAÑO MARCELA VANESA C/ MOYANO GUILLERMO ALEJANDRO Y OTRA S/ ORDINARIO” (Expte. N° 7260 CAV año 2010), lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Izaurrealde” (Fallos 322:2002), en cuanto a que no basta para excluir la responsabilidad de la Provincia la circunstancia de que en el momento del hecho el autor del daño se encontrara fuera de servicio, pues el acto imputado sólo aparece como posible en la medida en que derivó de las exigencias propias del cargo, si se advierte que el arma utilizada había sido provista por la repartición en que el autor revistaba y que debía portarla permanentemente (ver asimismo, Fallos 300:639, 317:728 y 1006).

Pero más allá de la fuerza de esos precedentes del más Alto Tribunal del País, no puede obviarse que la policía de esta Provincia a estar a su escudo o distintivo tiene un lema, un recordatorio constante para sus agentes “Sustine et abstine”, o sea “soporta y abstente”; de modo que es a ella a quien en todo tiempo le compete que aquéllos, en estado policial, cumplan con esa exigencia, que –indudablemente- va de la mano de la responsabilidad que le genera el incorporar agentes a sus filas y suministrarles un arma a portar en todo momento. Entonces, el hecho de encontrarse Calvo fuera de servicio y haber utilizado el arma para fines no previstos por la normativa, no puede llevar a eximir de responsabilidad a la entidad policial que tenía a su cargo la preparación técnica y psíquica del mismo al momento de suceder el hecho dañoso y más allá de las puntuales horas de servicio.

Nótese finalmente que no se trata aquí de liberar al nombrado de la responsabilidad que en el hecho dañoso le cabe sino simplemente de colocar en cabeza de la Provincia frente al particular la obligación de reparar, pudiendo ésta perseguir de considerar factible su posterior cobro por parte del responsable.

Por lo expuesto, por lo prescripto por el art. 55 de la Constitución de la Provincia de Río Negro en cuanto endilga responsabilidad al Estado (provincial o municipal) por los daños causados por sus agentes con “motivo” de sus funciones -entendiendo por tal la

nota de facilitación del hecho dada por el suministro de arma de fuego-, porque la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños ocasionados a los particulares, nace de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad que establecen los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, por resultar aplicable la jurisprudencia labrada por esta Cámara de Apelaciones en la causa “Feltaño” (ya citado), como asimismo por -como allí se dijo- resultar garante el Estado de la portación de armas de sus agentes policiales y principalmente porque la pretensión de liberarse de la obligación responder al amparo de una "falta o culpa personal" del agente involucrado, no puede tener cabida ante esa función de garantía, corresponde desestimar el agravio en este orden dirigido y, en consecuencia, confirmar el decisorio atacado en cuanto atribuye responsabilidad objetiva a la Provincia de Río Negro por el daño provocado por Mauro R. Calvo a Gustavo D. Chazarreta.

X. Que establecida la responsabilidad emergente del siniestro, se hace necesario ahora analizar el reclamo que formulan tanto la parte actora como la demandada, respecto de la reparación de los perjuicios. En este examen debe tenerse presente que para esta última el resarcimiento económico en concepto de incapacidad sobreviniente adopta un porcentual que no se condice con las constancias de la causa y que no corresponde aplicar la fórmula utilizada en el precedente “Perez Barrientos” del Superior Tribunal de Justicia de esta provincia, por cuanto en este supuesto no se acreditó desarrollo laboral alguno del actor (ver fs. 218 2do párrafo e in fine), a lo que agregó que los gastos médicos y de tratamientos no se encuentran peticionados y que el daño moral acordado resulta excesivo. Asimismo deberá ponderarse que para la primera yerra la Sra. Magistrada al sujetarse a criterios matemáticos para determinación de la reparación de la incapacidad sobreviniente por cuanto ello significa desligarse del desmedro que sufrirá en el resto de los órdenes de la vida (ver fs. 224, 227 y 229). También objeta el quantum fijado en concepto de daño moral, al asumir truncado o destruido su proyecto de vida (fs. 231).

A esa crítica la Provincia respondió que la utilización de fórmula para determinación del monto por incapacidad sobreviniente responde a la aplicación de precedentes jurisprudenciales del STJRN, que los gastos médicos no se observan pedidos y el daño moral fijado resulta excesivo (ver fs. 245/248).

Así puesto el complejo recursivo planteado con relación al quantum indemnizatorio fijado, ha de recurrirse, además de las constancias acreditadas en la causa, a las prescripciones de los arts. 1066, 1068, 1069, 1076, 1077, 1078, 1083 y concordantes del

Código Civil, debiéndose en primer lugar despejar el cuestionamiento formulado en torno al porcentaje de incapacidad utilizado en la sentencia (41%), puesto que para la demandada el mismo debería haberse establecido en un 26%.

Encaminada a esa tarea, debo decir que de la prueba producida en autos (pericial médica 87/89) se siguen las lesiones que le fueron provocadas a Gustavo Chazarreta tanto al sufrir un trauma cefálico -producto del impacto suministrado por Mauro R. Calvo con la culata del arma reglamentaria y la consiguiente caída al suelo que ello generó- como al albergar lesiones producidas por un disparo de arma de fuego. Esto último, con orificio de entrada en íntima proximidad al corazón en hemotórax izquierdo, lo que le causó una ruptura pleural pulmonar izquierda (derrame pleural), una lesión en el hígado del lóbulo izquierdo y arteria hepática, y en el diagrama también izquierdo, generando todo ello la necesidad de incisión quirúrgica urgente de apertura en abdomen ampliada y laparotomía exploradora mediana para observar todas las cavidades y órganos, ocasionando la presencia de una cicatriz queloide, para, en su conjunto, producir una disminución de la capacidad laboral del orden del 53%.

La tarea pericial así realizada fue objeto de impugnación por parte de la Provincia con intervención de consultor médico, no en cuanto a la presencia de las secuelas constatadas sino respecto a su entidad o secuela sobre la integridad física de Chazarreta. Así a fs. 100 con soporte en las consideraciones legales formulada por Hernán Chaher, en calidad de consultor de parte, y tras señalar que todas las lesiones descriptas se encuentran resueltas definitivamente y sin capacidad de agravarse, la representante de la Provincia esgrime que el actor sólo registra una incapacidad del orden del 26%. Cuestiona de ese modo que por la presencia de cuerpo extraño corresponda un 8%, al apreciar que debe computarse sólo un 2%, que por la Laparotomía exploradora y la lesión pleural deba calcularse un 10% en cada caso, ya que a su criterio correspondería en sendos supuestos sólo un 5%, en tanto a la sutura de lóbulo caudado y arteria, ambas hepáticas, le atribuye un 12% y no el 20% como indica el perito, para finalmente a la lesión muscular en pared abdominal endilgarle un 2% de incapacidad y no el 5% que estableciese el experto de actuación.

Por su parte, las objeciones de ese modo formuladas fueron receptadas parcialmente por el perito actuante, al revisar a fs. 104 el grado de incapacidad inicialmente otorgado y establecerlo en el orden del 41%, aunque sin precisar los argumentos que lo llevaron a esa recepción sólo parcial. Puesto que sólo deja constancia respecto del proyectil no retirado que el mismo “no tiene en este momento complicaciones. Lo cual no implica

que en el futuro las haga y necesite de la cirugía”. Frente a esa actuación técnica, la Provincia dice insistir en la integridad de sus impugnaciones respecto de los porcentuales asignados a la Laparotomía exploradora y a la sutura del lóbulo y arteria hepáticas.

Esta postura procesal por su parte, dio razón a una nueva intervención del perito, en la que si bien reconoce que la cicatriz queloide es genuina del paciente, manifiesta que también hay otros factores que facilitan su aparición, entre ellos la técnica quirúrgica, para concluir que lo determinante es que esta cicatriz constituye una señal de que se ha producido una lesión en la piel y que ésta, antes del hecho (disparo de arma de fuego), no existía. A la restante objeción igualmente la descarta al señalar que no hay forma de constatar, salvo a un alto costo, la aseveración efectuada por la impugnante (ver fs. 114).

Finalmente la demandada en oportunidad de alegar insiste en el porcentual (26%) por ella propiciado, colocando en cabeza del a quo la consideración de las circunstancias por ella puestas de manifiesto (ver fs. 188, 3er párrafo). Y, si bien la Sra. Magistrada actuante se desentendió de ese deber, aun a pesar de las prescripciones del art. 473 del CPCyC en cuanto permite efectuar observaciones a las pericias hasta la oportunidad de alegar, lo determinante para convalidar el porcentual del 41% por ésta sostenido es que frente a las explicaciones dadas por el experto a fs. 114 -respecto a que la condición personal no es el único ni determinante factor de una cicatriz queloide y que, para aseverar la pretendida restitución integral de los tejidos dañados, resultan necesarios estudios de alta complejidad y costos (por cierto no ofrecidos realizar)-, la Provincia se limitó a insistir con la crítica anteriormente formulada sin desvirtuar las nuevas aseveraciones.

La superación de esa diatriba, obliga a atender el restante agravio en este aspecto formulado por la demandada de la mano de la falta de acreditación de una actividad laboral por parte de Chazarreta. Y, llegados a este punto es necesario dar también tratamiento al recurso planteado por la actora respecto de este rubro indemnizatorio.

Aquí, una vez más, la actividad recursiva obliga a adoptar una decisión frente a dos posturas netamente contradictorias, esta vez en la búsqueda de tratar de reflejar de la manera más exacta posible el perjuicio patrimonial experimentado por Chazarreta. En este orden debe tenerse presente que para la demandada debe convalidarse el uso de la fórmula matemática efectuado por el a quo, en función del precedente “Pérez Barrientos” del STJRN, en tanto para la actora debe seguirse un criterio flexible,

apropiado a las circunstancias singulares del caso y no ceñirse a cálculos basados en fórmulas matemáticas a fin de valorar la real incidencia del perjuicio en todos los órdenes de la vida en sociedad del damnificado y el hecho de que tiene un proyectil alojado en la zona paravertebral (ver fs. 227).

Así centrado el debate, debo necesariamente decir en lo relativo a la incapacidad sobreviniente, que la entidad del daño no se mide por la disminución sufrida por la víctima para determinado trabajo sino por sus posibilidades genéricas. De modo que el hecho de que no se haya acreditado una merma de ingresos por parte de la actora - porque nunca tuvo o no acreditó haber tenido-, no puede significar que -sin más- no sea procedente la pretensión por tal concepto. Ello, sin perjuicio -claro ésta- de que esa circunstancia deba ser tenida en cuenta al momento de la respectiva valoración. Esto es así porque la misma debe ser entendida como "...la inhabilidad o impedimento o bien la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales..." y es la que se verifica "...luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencia y cuando no se ha logrado total o parcialmente el restablecimiento de la víctima..." (Zabala de González, ob. cit., Tomo 2A, pág.289).

Por esa sola razón, y a diferencia del lucro cesante, "debe ser indemnizada aunque la víctima no tenga actividad remunerada" (Kemelmajer de Carlucci "Código Civil Comentado", Belluscio (director) - Zannoni (coordinador)-, tomo 5, pág. 233), puesto que en estos supuestos el bien jurídico protegido es el derecho a la salud, a la integridad física.

Bajo esa concepción del rubro reclamado, juzgo que el monto en ese orden determinado debe ser confirmado al amparo de los arts 1.068, 1.069,1086 ,1083 y conc. Código Civil y art. 165 CPCyC). De este modo me pronuncio, teniendo especialmente en consideración para convalidar la aplicación al caso la fórmula financiera "Vuoto" rescatada por el STJRN al fallar en la causa "PEREZ BARRIENTOS, DAVID DEL CARMEN C/ ALUSA S.A. Y OTRA S/ SUMARIO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY (sentencia del 30.11.09, considerando 3) aun cuando en el caso el actor no ha acreditado tarea laboral alguna, que en principio la aplicación de estos criterios matemáticos resulta aconsejable porque permite visualizar en forma objetiva una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito. Así me expreso sin desconocer que la CSJN ha dicho que para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas o psíquicas no es necesario recurrir a criterios matemáticos, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de

las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral (Fallos 334:376), pero persuadida de que sendos precedentes deben armonizarse. Ello, de manera tal que la aplicación de fórmulas matemáticas debe ralearse, o si se quiere desplazarse, cuando por su operatividad se arribe a un resultado disvalioso, circunstancia que no se da en el caso de autos a pesar de lo sostenido en tal sentido por la actora al apelar.

Así, por cuanto, al no haberse acreditado actividad laboral por parte de Chazarreta, en su determinación se contempló el salario mínimo vital y móvil vigente a agosto/06 - hecho que no fue cuestionado a pesar de no resultar el vigente a junio/06-, la edad (23 años al momento del infortunio) y el grado de incapacidad (41%), y el monto fijado en este concepto en modo alguno viene a reemplazar el ingreso del actor durante toda su vida activa. Muy por el contrario, debe consistir en una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente -entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción de capital- una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito. Esto, principalmente cuando si bien mermadas las capacidades de trabajar de Chazarreta se encuentran latentes en función del grado incapacitante (41%), entre los que se contemplan una cicatriz (8%) y una lesión en pared abdominal sin eventración (5%).

En tanto con relación a los gastos médicos, corresponde recordar que para la demandada resultan infundados, sea porque no se encontraban pedidos o por improcedentes -al haberse atendido Chazarreta en un hospital público-, o por excesivos (ver fs. 219 vta) y para la actora no reconocidos en su entidad al resultar ínfimo el monto fijado en tal concepto (fs. 228).

Abocada a ello, y respecto del planteo apoyado en un supuesta falta de reclamo, se impone su rechazo a poco que se aprecien los términos de la demanda y en especial los componentes del daño señalados al accionar, toda vez que al indicarse el daño patrimonial inmediatamente se invocan los “gastos médicos” (curación y convalecencia), positivos y futuros, ocasionados a la víctima (ver en especial fs.22/24 y 26). En tanto, con relación a su cuantía, atendiendo las sendas apelaciones planteadas debe necesariamente adoptarse como punto de partida que la prestación fue brindada por el propio Estado Provincial a través del Hospital Público a su cargo (ver historia clínica reservada en Secretaría).

Ahora bien, partir de esa premisa no es válido seguir sin más el principio de que los gastos médicos se presumen, ya que se trata de una presunción iuris tantum, es decir que admite prueba en contrario. Entonces, teniendo en cuenta que las prestaciones fueron

brindadas por el Hospital Público y que éstos constituyen parte del daño emergente, quedan atrapados en el principio general vigente en materia de daños, según el cual éstos no se infieren incumbiéndole al interesado probarlos (arg. arts. 519 y sig., 622, 1067 y 1068 del Código Civil; conf. Llambías, J.J., "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", 2da. ed., T. III, N° 2280; Bor- da, G., "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", 4ed., T. II, N° 1311; Alterini, A.A.-Ameal, O.-López Cabana, R., "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", Bs.As. 1995, N° 475 y 1692; Orgaz, A. "El daño resarcible", 2da. ed., p. 18/19).

Quiero decir con ello que si bien no desconozco la jurisprudencia invocada por el a quo para admitir sin más su procedencia, asumo que ella debe ceder en estos casos en los que las prestaciones a las que debió someterse el accionante se realizaron en el nosocomio local. Y es que, al no haber la menor constancia documental que demuestre la existencia de gastos no cubiertos por el Hospital Artémides Zatti, institución llamada por principio a cubrir, entre otras, la salud de la población sin recursos, ni haberse acreditado la necesidad de atención en otros centros de salud o de medicación o tratamientos vinculados con su cuadro no satisfechos por aquél, presumir su existencia aparece como una solución rayana con la arbitrariedad. Ello, máxime si se advierte, a partir de un somero examen de la historia clínica acompañada el 27.02.09 (ver cargo de fs. 116), esto es prácticamente a 3 años del hecho dañoso, que -más allá de la necesidad de controles periódicos en el tiempo indicado por el perito (ver fs. 89 último párrafo)- la última prestación realizada data del 20.07.07 (ver fs. 79 de la referida pieza documental) y que el Hospital Zatti se encargó de autorizar estudios a realizar en otras instituciones por falta de prestación directa por su parte (ver fs. 81vta).

Sin embargo, y en la medida en que estos gastos reconocen las erogaciones provocadas por el traslado, no es posible desconocer que Chazarreta se domicilia en Guardia Mitre, a estar a los términos del Poder habido a fs. 2/5 y a las constancias de la historia clínica, demostrando con ello que al haber estado internado tan sólo 4 días (ver fs. 89), los estudios realizados en agosto/06 y julio/2007 (ver fs. 81, 77 y 79) en el nosocomio local le demandaron, y los futuros le demandarán, gastos de traslado, por lo que en ese concepto, corresponde reconocer la suma de \$ 1050, atendiendo un costo de \$ 35 por pasaje.

Por lo expuesto, corresponde revocar la sentencia dictada a fs. 194/197vta en cuanto reconoce sin acreditación alguna la cobertura de gastos médicos pasados y, por ende, también futuros por cuanto la falta de acreditación de la necesidad del gasto aunado al

hecho de haber intervenido un hospital público justifica la parquedad en su reconocimiento.

Por último, se hace necesario revisar el quantum reconocido en concepto de daño moral, teniendo presente que para la actora el fijado por el a quo no resulta representativo de las lesiones sufridas en el cuerpo de Chazarreta como asimismo de los padecimientos padecidos por éste (ver fs. 232), en tanto que para la demandada el mismo debe ser moderado habida cuenta que la Provincia responde en torno a una causal de atribución de responsabilidad objetiva (fs. 220).

Así esbozados los agravios formulados por sendas partes y siempre que por principio el daño moral es indemnizable plenamente cualquiera sea el factor de atribución que justifique la obligación de resarcir, incluso en los supuestos de responsabilidad objetiva (confr. Mosset Iturraspe Jorge, Responsabilidad por daños, tomo V, El daño Moral, ed. Rubinzal Culzoni, pág. 148/149 y sus citas), hace al caso apuntar que la determinación de la cuantía de la indemnización autorizada por el art. 1078 del C. Civ. es una cuestión aleatoria y subjetiva, librada al criterio del juzgador, ya que es muy difícil, casi imposible, lograr una correspondencia entre un perjuicio espiritual y el patrón dinerario con que se resarce. A lo que necesariamente se agrega la ausencia de una regla normativa que establezca pautas comunes para su determinación.

Frente a ello, la Sra. Magistrada actuante dijo tener presente en su consideración las circunstancias vividas en oportunidad de ocurrir el hecho, el riesgo de vida afrontado y los padecimientos experimentados (ver fs. 197, 1er párrafo in fine). Y, en función precisamente de esos parámetros, por cierto no cuestionados, y de la liviandad en este aspecto de los escritos recursivos, sólo cabe confirmar el monto de \$70.000 fijado como reparación del daño moral.

Es que no basta, para obtener una revisión en alza de este concepto, limitarse a citar antecedentes jurisprudenciales sin indicar qué parámetro faltó en el caso atender, ni muchos menos con aclamar que se encuentran méritos para elevar el monto de condena sin señalar cuáles son éstos, por cuanto los detallados a fs. 232 fueron expresamente atendidos, aunque con otras palabras, por la Sra. Juez actuante. Tampoco es dable proceder sin más a su reducción -como lo persigue la demandada- ya que la atribución de responsabilidad objetiva que se le endilga a la Provincia, cuan garante del uso del arma reglamentaria por parte de su personal policial, en nada modifica por sí sola la procedencia ni entidad de este rubro indemnizatorio.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo desestimar el recurso de apelación articulado por

la actora a fs. 207 y hacer lugar parcialmente al formulado por la demandada, correspondiendo en consecuencia sólo modificar el quantum indemnizatorio reconocido en concepto de gastos médicos pasados y futuros, y fijar en tal orden la suma de \$ 1050, la que devengará intereses conforme las pautas fijadas en al sentencia de fs. 194/197vta.

A igual interrogante los Dres. Maturana y Bustamante dijeron:

Adherimos a los fundamentos expuesto por la Sra. Juez que nos precede en orden de votación, sufragando en igual sentido.

Por lo expuesto, citas legales y jurisprudencia referenciadas, el TRIBUNAL RESUELVE: I. No hacer lugar al recurso de apelación formulado por Gustavo David Chazarreta. II. Receptar parcialmente el recurso de apelación articulado por la Provincia de Río Negro respecto del quantum de los gastos médicos reconocidos a Gustavo David Chazarreta, estableciéndolos en la de \$1.050 y confirmar en lo sustancial la decisión adoptada a fs. 194/197vta. III. Imponer las costas relativas a esta instancia en el orden causado en función de la forma en que se resuelven los recursos formulados en el presente (art. 68 2do párrafo del CPCyC). IV. Regular los honorarios profesionales de la Dra. Alina L. Valli por su actuación como apoderada letrada de la parte actora en un 30% de lo que le corresponda en 1ra Instancia (art 15 L. A.) en función del nuevo monto base a establecer a los fines regulatorios como consecuencia de lo aquí resuelto.

Regístrese, protocolícese y notifíquese. Fecho vuelvan los autos al juzgado de origen.

FDO.: MARIA LUJAN IGNAZI-JUEZ-PRESIDENTE SUBROGANTE, ROBERTO H. MATURANA-JUEZ, GUILLERMO BUSTAMANTE-JUEZ. ANTE MI: ANA MARIA BRUNELLO-SECRETARIA SUBROGANTE.-