

JUZGADO CIVIL, COM. y MINERIA N° 3
I CIRCUNSCRIPCION
DEFINITIVA N° 26

Viedma, 15 de mayo de 2020.-

VISTOS: Los presentes autos caratulados "QUINTERO GABRIELA ROSANA C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ ORDINARIO" - Expte. N° 0783/2007, traídos a despacho para resolver; y

RESULTA:

1.- Que a fs. 10/19 se presenta la Sra. Gabriela Rosana Quintero, con patrocinio letrado por su propio derecho y en representación de su hijo menor de edad D.F.Q., y promueve demanda por daños y perjuicios por la suma de \$ 496.990 contra la Provincia de Río Negro.-

Acompaña la partida de nacimiento de su hijo y refiere que el niño es también hijo de quien en vida fuera Héctor David Moyano, circunstancia que se acredita a fs. 24/27 mediante sentencia emitida en autos caratulados "Quintero, Gabriela Rosana c/ Moyano, Héctor Rubén y Muñoz, María Ester s/ emplazamiento formal en el estado de hijo" Expte. 1208/06 de trámite ante el Juzgado de Familia N° 5 de esta ciudad.-

Funda en derecho y jurisprudencia la legitimación de ambos para reclamar por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su pareja y progenitor respectivamente.-

Enuncia que conoció a Héctor David Moyano en los inicios del año 2.005, en ocasión en que fuera a visitar a un familiar en la unidad penal de Villa Floresta, Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, dónde aquél se encontraba cumpliendo una condena penal por disposición del Tribunal en lo Criminal N° 3 de Bahía Blanca, impuesta en el Expte. n° 127/67/04 caratulado "Moyano, H. D.; Marquez, C.; Braulio H.s/ robo calificado, abuso de arma, portación de arma de guerra y violación de domicilio", y que con posterioridad fue trasladado a la alcaldía de Viedma, dependiente de la provincia de Río Negro, con motivo de residir sus familiares en esa localidad.-

Refiere que la relación sentimental que mantuvieron fue ininterrumpida desde ese momento y que encontrándose el Sr. Moyano próximo a cumplir su condena, esperanzado con tener una vida diferente, decidieron tener un hijo, por lo que la accionante quedó embarazada, habiendo nacido en consecuencia D.F.Q. el 17 de mayo de 2.006, conforme partida de nacimiento que acompaña.-

Explica que el día 7 de noviembre de 2.005 Héctor David Moyano ingresó al Hospital Artémides Zatti de esta ciudad con una cuadro de quemaduras graves de aproximadamente en el 60 %, las que había sufrido en la celda de castigo de la Alcaldía de Viedma, dependiente de la policía de Río Negro.-

Señala que esas quemaduras derivaron en su internación en terapia intensiva, estado de agonía y posterior muerte.-

Asevera que todas las circunstancias que originaron el fallecimiento, tanto en cuanto a lo sucedido en la Alcaldía -lo que refiere puede tratarse de un hecho culposo o doloso- como respecto al tratamiento médico recibido en el Hospital Artémides Zatti - negligencia médica- de esta ciudad está rodeado de contradicciones manifiestas, incertidumbres y dudas que aún no han podido despejarse.-

Destaca que de las actuaciones penales en trámite surge que existió una grave negligencia por parte de los responsables del servicio penitenciario, donde se encontraba alojado el Sr. Moyano.-

En tal sentido ejemplifica que, con el sesenta por ciento de su cuerpo quemado, el interno fue dejado en el piso de la entrada del establecimiento penal, para luego trasladarlo sin medidas de asepsia.-

Aduna a ello que el Poder Judicial provincial tenía conocimiento con antelación suficiente de la existencia de hechos anómalos producidos en la alcaldía de la ciudad el día que el Sr. Moyano sufre las quemaduras, habiendo podido evitar lo acaecido.-

Efectúa determinaciones sobre la responsabilidad del Estado provincial a través de los agentes responsables del servicio penitenciario del Hospital por mala práctica médica.-

Liquida luego los rubros resarcitorios reclamados y los identifica como, daño material, daño moral y daño psíquico.-

Finalmente, ofrece prueba, efectúa la reserva del Caso Federal y concreta su petitorio.-

2. Que mediante providencia de fs. 29 se da intervención a la Comisión de Transacciones Judiciales y ante el silencio guardado, a fs. 37 se ordena el traslado de la demanda.-

3. Que a fs. 135/148 se presenta la Provincia de Río Negro, y mediante apoderado contesta la demanda incoada en su contra. Asimismo opone excepción de falta de legitimación activa parcial y efectúa una pormenorizada negativa de los hechos enunciados en demanda.-

Funda su excepción de falta de legitimación activa parcial en los términos del art. 346 inc. 3° del C.P.C.C y explica que se refiere únicamente a la pretensión de la actora en

cuanto invoca un derecho propio en lo referente al reclamo por daño moral.-

Aclara que la excepción no abarca la legitimación de la Sra. Quintero como representante de su hijo menor de edad, ni tampoco a los restantes rubros resarcitorios.-

Sustenta su defensa en el art. 1078 del Código Civil. Cita doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia establecida en los autos *MARILLAN, ELIANA GLADYS C/ EDERSA S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY?* expediente n° 21020/06, sentencia 100/07 del 28/11/2007, Secretaria n° 3, que declara la inconstitucionalidad de dicho precepto concluyendo en la procedencia de la indemnización en concepto de daño moral a favor de la entonces *¿concubina?*. Señala las diferencias entre dicho caso y el presente y afirma que la Sra. Quintero no revestía respecto al Sr. Moyano el carácter de concubina que la habilite a reclamar en virtud de tal doctrina. Destaca en ese sentido la falta de convivencia de la pareja, en tanto Moyano estuvo privado de su libertad durante toda la relación.-

Al adentrarse en la contestación de la demanda, invoca como eximente de responsabilidad la culpa de la víctima como causa de interrupción del nexo causal y destaca la ausencia de acción u omisión antijurídica de la provincia de Río Negro.-

En cuanto al primer extremo, refiere que a tenor de los hechos colectados en la causa penal que ofrece como prueba, el incendio que deriva en el hecho dañoso fue causado por el propio Sr. Moyano, quien con una estufa de cuarzo habría prendido fuego el colchón de la celda de aislamiento en la que se encontraba alojado.-

En cuanto a la segunda cuestión, se expide sobre la falta de servicio y la responsabilidad por acto omisivo, y asevera que la omisión antijurídica sólo se perfila cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en un determinado sentido para evitar los daños en las personas y medie incumplimiento de una obligación legal expresa o implícita. Al respecto, cita jurisprudencia y doctrina.-

Por último, rechaza los rubros resarcitorios pretendidos, ofrece prueba y concreta su petitorio.-

4. Que a fs. 153/170 se presenta la Sra. Vanina Lorena Alan e invoca la representación derivada del ejercicio de la *¿patria potestad?* -hoy responsabilidad parental a tenor del C.C.yC.- de su hijo menor de edad R.H.M, también hijo de Héctor David Moyano y solicita que se habilite su participación como tercera conforme art. 90 del C.P.C.C.-

Reclama los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de aquél, tanto por derecho propio como en representación de su hijo.-

5.- Que sustanciada su presentación con las partes, a fs. 175/188 la Provincia de Río

Negro contesta la demandada y opone excepción de prescripción y de falta de legitimación activa parcial y a fs. 189/191 hace lo propio la actora, quien también solicita el rechazo de la intervención de la Sra. Alan con causa en la prescripción del reclamo y que no se dan en el caso los presupuestos de legitimación procesal en los términos del art. 90 del C.P.C.C.-

6.- Previa intervención de la Sra. Defensora de Menores, se dictan las siguientes sentencias interlocutorias.-

Sentencia N° 185 del 08/03/2010 (fs. 195), mediante la cual se admite la presentación de la Sra. Alan en su calidad de tercero por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad en los términos del art. 90 inc. 2 y con los efectos del art. 91, segunda parte y alcances del art. 96 del C.P.C.C.-

Sentencia N° 544 de fecha 04/08/2011 (fs. 221/222), por la cual se declara la caducidad de instancia, resolución que es revocada por la Cámara de Apelaciones mediante sentencia interlocutoria n° 26 de fecha 29/02/2012 (fs. 246/248).-

Sentencia N° 118 del 14/08/2012 (fs. 255), mediante la cual se difiere para la oportunidad de dictar sentencia definitiva el tratamiento y resolución de la falta de legitimación de la Sra. Quintero para reclamar daño moral por derecho propio.-

Sentencia N° 220 de fecha 27/12/2012 (fs. 276/277), que hace lugar a la excepción de prescripción interpuesta por la demandada y rechaza la pretensión interpuesta por la Sra. Alan por sí y en representación de su hijo menor de edad.-

Sentencia N° 152 de fecha 03/12/2013 (fs. 306/308) de Cámara de Apelaciones mediante la que se confirma la sentencia referida precedentemente.-

7.- Que a fs. 320 se señala audiencia preliminar, obrando el acta respectiva a fs. 327. Allí ante la imposibilidad de avenimiento, se fija el objeto de prueba, consistente en determinar los hechos expuestos en la demanda y su contestación, la responsabilidad que al Estado Provincial se le endilga y en su caso, la extensión de los daños reclamados. La parte demandada manifiesta allí su desinterés en la producción de la prueba pericial psicológica, el que se tiene presente al dictar la providencia de fs. 331/332 en la que se provee la prueba ofrecida por las partes.-

8.- Que a fs. 457 me avoco al conocimiento de la causa; a fs. 494 y vta. obra certificación de Secretaría respecto al vencimiento y resultado probatorio, y se decreta la clausura del término probatorio, presentando la parte actora su alegato a fs. 496/498 y haciendo lo propio la demandada a fs. 499/504.-

Que a fs. 506/507 la Sra. Defensora de Menores e Incapaces Subrogante presenta su

dictamen previo a sentencia, expidiéndose en sentido favorable al progreso de la acción, entendiéndose acreditado el actuar negligente del Servicio Penitenciario y procedente la indemnización solicitada a favor del menor por daño moral.-

Que a fs. 508 se llaman autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y motiva la presente.-

CONSIDERANDO:

I.- Que de acuerdo a como quedara trabada la litis, merced a los escritos introductorios del proceso, la cuestión a resolver en autos radica en la determinación de la procedencia o no del reclamo respecto a la responsabilidad extracontractual por actividad ilícita de la Provincia de Río Negro endilgada por la actora, la existencia de daños y perjuicios, su extensión y cuantificación, los que según la tesis esbozada en demanda derivarían del inadecuado accionar de los responsables del servicio penitenciario, que se concretara en lesiones por quemaduras sufridas por Héctor David Moyano y de la mala práctica médica de la que luego fuera víctima aquél en el ámbito del Hospital Artémides Zatti de esta ciudad, teniendo todo ello como resultado su muerte. Los hechos en cuestión habrían ocurrido entre el 7 y el 12 de noviembre de 2005, siendo el primer día indicado el que ocurre el incendio y el último, el del fallecimiento del Sr. Moyano.-

II.- Corresponde precisar entonces qué normas aplicaré para resolver la cuestión traída a examen. Así, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci ha planteado dos reglas para determinar la ley aplicable conforme a las previsiones del art. 7 del CC y C y las enseñanzas de Roubier.-

La primera de ellas consiste en la de aplicación inmediata de la nueva ley, pero según como se encuentren la situación, relación o las consecuencias, al momento de entrada en vigencia de la misma.-

En ese sentido, observo que con relación al hecho debatido en autos y la eventual responsabilidad que ello conlleva, ni sus efectos se produjeron con la nueva ley. La segunda regla es que la ley es irretroactiva, sea o no de orden público. Regla que está dirigida al juzgador, no al legislador que puede establecer carácter retroactivo de la norma de modo expreso. (Kemelmajer de Carlucci, Aída. La Aplicación del Código Civil y Comercial a Las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes. Rubinzal Culzoni. 1era edición. Santa Fe. 2015).-

En orden a esa determinación y en tanto los hechos por los cuales se endilga responsabilidad al Estado provincial ocurrieron entre el 7 y el 12 de noviembre de 2005, he de aplicar el Código Civil (Ley 17.711).-

Sin perjuicio de lo antes dicho también he de aplicar los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, art. 54, 55 y 57 de la Constitución Provincial.-

III.- Cabe recordar que la responsabilidad extracontractual del Estado por acción u omisión de sus agentes se funda en la idea objetiva de falta de servicio con base en la previsión del art. 1.112 del Código Civil, sin necesidad de recurrir al art. 1.113 del citado cuerpo.-

La noción de falta de servicio se hace propia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en autos Vadell con fundamento por vía subsidiaria en el art. 1.112 del Código Civil Velezano que por vigente a la fecha del hecho (conforme art. 7 del Código Civil y Comercial) se ha tornado aplicable a los fines de resolver la cuestión. Ello en tanto, una evolución jurisprudencial respecto de la responsabilidad del Estado que inicia con los recordados fallos Devoto primero y FF.CC Oeste después.-

Nuestro máximo tribunal nacional sostuvo en autos Vadell que "5°) (...) "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución".-

Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1.112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad "por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas. 6°) Que ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1.113 del Código Civil al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparten (ver fallos: 259:261; 270:404; 278:224; 288:361; 290:71; 300:867). En efecto no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas" (Vadell Jorge Fernando c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización" 18 de diciembre de 1984, Fallos 306:2030).-

Más reciente, en dirección coincidente, la cuestión se ha explicado claramente por parte del Procurador General en autos Cossio "(...) resulta írrita la limitación de responsabilidad del Estado por aplicación de un criterio de imputación que no se ajusta

a los principios generales sobre la materia desarrollados en la jurisprudencia del tribunal a partir de 1984 in re "Vadell, Jorge F. v. Provincia de Buenos Aires" (Fallos 306:2030), donde se adoptó el criterio orgánico de imputación de conductas del Estado, a la vez que se dejaron de lado, expresamente, los fundamentos civilistas de su responsabilidad extracontractual. (...) Hoy se ha consagrado el tipo de imputación "orgánica", que ha desplazado a la anterior noción de "representación legal". El paso de una figura a otra se debió, por una parte, a la elaboración -por la doctrina alemana- de la teoría del órgano, como instrumento que habilita de capacidad de obrar a la persona jurídica; y por otra, a la necesidad de dotar de mayor seguridad jurídica a los terceros que se relacionan con el sujeto inmaterial. Giannini enseña que la imputación al Estado de su responsabilidad extracontractual proviene de la noción de órgano, la cual "...fue introducida en sustitución de la noción de "representante legal", que era la que se utilizaba precedentemente; ello sucedió por dos razones: la primera derivó de una exigencia práctica, y fue la más importante, se constataba que, atribuyendo a la persona física titular del oficio de la persona jurídica la calidad de representante, el que entraba en relación jurídica con la persona jurídica podía encontrarse en situación de menor tutela de su propia situación subjetiva: del error, de la negligencia grave, del "exceso del mandato" podía derivarse que el ente no respondiera y, entonces, el particular quedaba sin resarcimiento. Se quiere, por tanto, a través del concepto de órgano, obtener el resultado consistente en atribuir a la persona jurídica todo tipo de comportamiento del oficio, de modo que el ente respondiese en todo caso frente al particular (...) el derecho positivo, por razones de seguridad de las relaciones intersubjetivas, casi siempre le atribuye a la persona jurídica el riesgo derivado del comportamiento del propio funcionario infiel y, por tanto, se crea una carga de responsabilidad o corresponsabilidad; se trata, sin embargo, siempre de institutos positivos que deben ser analizados caso por caso" (Giannini, Massimo S., "Derecho Administrativo", vol. I, 1991, Ed. Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, ps. 159 y 162, trad. de Ortega, Luis)" (Dictamen del Procurador General) CSJN Cossio, Susana I. v. Policía Federal Argentina y otro 24/11/2004.-

En el mismo sentido, el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia se ha referido a la cuestión con amparo en el art. 1.112 del Código Civil y en armonía con la Suprema Corte de Justicia de la Nación en autos Chazarreta (STJRNS1 Se. 54/14), Huinca (STJRNS1 Se. 81/14), Jara Zuñiga (STJRNS1 Se 57/17) y Vivanco (STJRNS1 Se 84/17), entre otros.-

En el primero de los fallos citados, se expresó que "En la causa *Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios*?, pronunciada por la CSJN el 12 de abril de 2011 (B. 140. XXXVI), también se abordaron los requisitos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado. En el referido caso la CSJN expresó: "3°) Que, para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita deben reunirse los siguientes requisitos: a) el Estado debe incurrir en una falta de servicio; b) la actora debe haber sufrido un daño cierto, y c) debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos: 328:2546). Con respecto al primero de los recaudos, este Tribunal ha expresado que quien contrae la obligación de prestar un servicio público, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329: 3065)..."*CHAZARRETA, Gustavo David c/PROVINCIA DE RIO NEGRO s/ORDINARIO s/CASACION*? (Expte. N° 26476/13-STJ- Sentencia N° 54-2014).-

Asimismo, en autos *Huinca* se sostuvo que "En efecto para que se configure la responsabilidad extracontractual por actuación ilegítima del Estado debe existir: 1) Imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado, el que necesariamente debe ocurrir en ejercicio u ocasión de sus funciones, como una imputación objetiva que prescinde del requisito de la voluntariedad -el Estado responderá siempre que haya una falta de servicio por no cumplir los deberes impuestos a los órganos del Estado por la Constitución Nacional, una ley o reglamento-. 2) Falta de servicio por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución Nacional, la ley o reglamento, o por el funcionamiento defectuoso del servicio. La falta de servicio prescinde de la noción de culpa. 3) Daño o Perjuicio en el patrimonio del administrado. El daño debe ser cierto, actual o futuro -se excluye el daño eventual-; debe hallarse individualizado no afectando por igual a todos los administrados; el derecho afectado debe apreciarse en dinero, sea un derecho subjetivo o un interés legítimo. 4) Relación de Causalidad entre el hecho o acto administrativo y el daño causado al particular. Se trata de indagar la causa eficiente que origina el daño (Cf. *Abbas, Ana* "Responsabilidad del Estado por el accionar de sus dependientes" Cita Online: AR/DOC/2081/2012). La Corte es conteste en sostener que la responsabilidad extracontractual (directa) del Estado por incumplir sus funciones públicas basales es de

índole objetiva y se sustenta en la falta o prestación irregular del servicio. Y señala como requisitos que determinan la responsabilidad extracontractual del Estado, con fundamento en el art. 1112 del Código Civil, los siguientes: a.- que haya incurrido en falta de servicio (esto es, que el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente), b.- la existencia de un daño cierto y, c.- el enlace causal entre la conducta estatal impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue. (Fallos 329:4944). La valoración de la violación o anormalidad del servicio regular (esto es, la falta de servicio como factor de atribución de responsabilidad) o, lo que es equiparable, la ponderación de su funcionamiento irregular, anómalo o defectuoso, o directamente de su incumplimiento total, presupone una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. En otras palabras -concluye la Corte- no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes, sino sobre la prestación del servicio, porque la responsabilidad no es subjetiva sino objetiva (Fallos: 330:563)?. ?HUINCA, Emilce Gladys y Otro c/FLORES, Rogelio Audilio y Otros s/DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO) s/CASACION? (Expte. N° 26930/14-STJ- Sentencia 84/2014).-

En autos Jara Zuñiga mediante sentencia del 14 de julio del 2.017 el Superior Tribunal de Justicia se ha expedido al respecto " (...) Acorde con lo expresado y para establecer la existencia de una falta de servicio por omisión se debe efectuar una valoración en concreto, con arreglo al principio de razonabilidad, del comportamiento desplegado por la autoridad administrativa en el caso, teniendo en consideración los medios disponibles, el grado de previsibilidad del suceso dañoso, la naturaleza de la actividad incumplida y circunstancias de tiempo, modo y lugar (...) A su vez la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, siguiendo dicha orientación jurisprudencial, declaró responsable a un municipio por la omisión del deber de vigilancia de un enfermo psiquiátrico, internado en un hospital de su dependencia, que revestía por su estado psicológico peligro para sí y para terceros, y escapó y produjo la muerte de una persona. El Tribunal consideró que la falta de vigilancia configuró una falta de servicio y la causa adecuada del daño. Además, entendió que la circunstancia de no contar el establecimiento sanitario -por su calidad de hospital general de agudos- con las medidas específicas para asegurar la contención de un paciente que portaba una patología psiquiátrica no mitigaba su responsabilidad. Pues, en tal caso, la institución -luego de atendida la crisis y ante la peligrosidad del cuadro- debió eventualmente activar la

inmediata derivación del enfermo a un establecimiento más idóneo o incluso solicitar contención policial, si no se consideraba con capacidad para dar una respuesta médica adecuada. (SCBA., ?Alba, Antonia E. y otro c. Municipalidad de Trenque Lauquen?, LLBA, 2005-44 - RCyS, 2005-1043.) (...) En síntesis, en coincidencia con los precedentes expuestos, habrá que verificar si la actividad que se omitió desarrollar era materialmente posible, pues, como bien se ha dicho, ?el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible?. Para que nazca el deber de responder, es preciso que la Administración haya podido evitar la producción del daño. Es preciso, en suma, que surja la posibilidad de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causa, porque, de lo contrario se corre el peligro de extender sin límite el deber de indemnizar a todo daño que el Estado no pueda evitar por la insuficiencia de medios. Ello podría generar una suerte de responsabilidad irrestricta y absoluta del Estado y transformar a este último en una especie de asegurador de todos los riesgos que depara la vida en sociedad, lo cual es a todas luces inadmisibles. (Cf. Perrino, Pablo Esteban, ?La responsabilidad del Estado por omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia?, La Ley 2011-E, 715). JARA ZUÑIGA, Juan y OCARES ARAVENA, Norma Inés c/PROVINCIA DE RIO NEGRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO) s/CASACION? (Expte. N° 28895/16-STJ) CS1-250-STJ2016 Sentencia 57 del 14/07/2017.-

En igual sentido se expidió el S.T.J. en autos VIVANCO ALEJANDRA M. E INSULZA DAIANA MAILEN C/ PROV. DE RIO NEGRO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) Expediente 30898-07, Sentencia del 6 de noviembre de 2.017.-

De lo dicho surge de modo armónico, que a los fines de analizar supuestos de responsabilidad extracontractual del Estado por acción u omisión ilícita se aplica la Teoría del Órgano en virtud de la cual la actividad desarrollada por los órganos para el desenvolvimiento de sus funciones se considera propia del Estado, respondiendo de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas bajo "esa idea objetiva" de falta de servicio que encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1.112 del Código Civil.-

Al respecto, explica Balbín que "Creemos que, con el objeto de construir dogmáticamente la Teoría General de la Responsabilidad Estatal, es necesario sumar - entonces- dos elementos fundamentales. Primero, el reconocimiento al Estado de personalidad jurídica - sujeto de derecho- y, segundo, el nexo entre el Estado y los agentes de modo de residenciar las conductas de éstos en aquél" Balbín Carlos F.

Tratado de Derecho Administrativo, 2a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley 2015. Tomo IV. Pág. 298.-

De este modo, tendré como factor de imputación, lo esbozado respecto de la Teoría del Órgano y en consecuencia el traslado o residencia de las conductas de sus agentes estén identificados o no al Estado, si correspondiere en virtud de la edificación casuísticamente esbozada. Dicho más simple, el agente es el propio Estado, aún cuando no esté determinado ya sea por su acción u omisión.-

Respecto del factor de atribución y en tanto se ha diseñado dogmáticamente que la Falta de Servicio no se atribuye subjetivamente sino objetivamente, debo hacer unas aclaraciones a los fines de que el dogma se transforme en explicable razonablemente, aún en el caso de que la Falta de Servicio se postule bajo el paraguas de un factor de atribución de tipo objetivo y en consecuencia se haya denominado a esa responsabilidad precisamente como objetiva.-

En ese sentido, debo destacar también que el Congreso de la Nación ha dictado una Ley de Responsabilidad del Estado - Ley N° 26944- y que la provincia de Río Negro ha hecho lo propio dictando la ley 5.339, promulgada con fecha 15/12/2018 y cuya vigencia comenzó el 04/01/2019.-

Si bien es evidente que la normativa aplicable al presente caso, en virtud de la fecha de ocurrencia del hecho que pueda generar o no la responsabilidad estatal, es el Código Civil de Vélez y su art. 1.112, debo señalar que de ambas leyes precitadas - art. 3- surge en consonancia con los fallos citados que el factor de atribución es objetivo.-

Efectuada esa digresión he de volver al factor de atribución. El autor citado precedentemente se pregunta "¿El art. 1.112 dice algo sobre el factor objetivo de atribución de responsabilidad del Estado? Consideramos que no (...) ¿Cómo debió interpretarse el art. 1.112? Entendemos que en verdad y en ese modelo dogmático, el art. 1.112, Cód. Civil previó, en principio, el supuesto de responsabilidad subjetiva y no de corte objetivo ya que el Estado sólo es responsable si cumplió sus funciones irregularmente, esto es, si actuó de modo negligente" Balbín Carlos F. Tratado de Derecho Administrativo, 2a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley 2015. Tomo IV. Pág. 428.-

En ese sentido, explica Balbín que el modelo de la idea objetiva aplicado correctamente puede llevar a responsabilizar al Estado de modo extremo, pues el factor objetivo parte de concebir a las obligaciones del estado como de resultado y no de medios y por otro lado dicho factor deja huérfano de explicación casos de responsabilidad estatal en los

que necesariamente interviene la subjetividad del agente público con su actuación diligente o negligente, siendo el caso de ejemplo paradigmático la responsabilidad por mala praxis en el hospital público.-

Es bajo esa concepción que analizaré el presente caso, de modo tal que en consonancia con la jurisprudencia y la doctrina su resolución sea en base a una adecuada comprensión en un modelo mixto que sea flexible a los fines de contemplar y valorar razonablemente conforme a las circunstancias fácticas del caso tanto lo objetivo como lo subjetivo del servicio puesto en crisis, anclado conceptualmente en el campo del derecho público y art. 1.112 y cc del C.C.-

Dicha conceptualización, entiendo, superadora e integradora es propuesta del siguiente modo: "Por eso proponemos un camino jurídico mixto más razonable (objetividad/subjetividad). El Estado es responsable si la conducta es irregular-incumplimiento de sus deberes normativamente indeterminados- y causó daños, según el factor de atribución subjetivo. A su vez, es razonable presumir que, en tales casos, el Estado obró de modo negligente. Pues bien, cuando el Estado incumplió sus deberes legales indeterminados es que, en principio y salvo casos de excepción, obró negligentemente. Sin embargo, el Estado puede probar que actuó diligentemente según las circunstancias del caso y, por tanto, se exime de responder. Cabe recordar que la culpa consiste en la "omisión de las diligencias que debieron adoptarse para prever o evitar el daño...es decir que el juzgamiento de la conducta en función de las mismas circunstancias concretas de personas, tiempo, lugar...determinará la existencia de culpa".-

En efecto, el Código Civil y Comercial dice en su art. 1724: "omisión de las diligencias debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión" A su vez, "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias" (Art. 1725) ¿En qué consiste la subjetividad (negligencia/diligencia) en el derecho público? En el análisis de las decisiones y, en particular, del uso discrecional de los recursos según las circunstancias del caso, a saber: a) la naturaleza de la actividad estatal o particular (en este último supuesto cuando se trate sobre la responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio de su poder de regulación o control); b) los recursos estatales (agentes y fondos presupuestarios) y el nivel de discrecionalidad en su uso y destino; c) la previsibilidad o regularidad del

evento dañoso; y d) el vínculo entre el deber y las víctimas. El análisis de estos elementos nos permite definir si el Estado actuó de modo diligente o no y, por tanto, si debe responder por las consecuencias dañosas. El Estado es responsable si la conducta es irregular - incumplimiento de sus deberes normativamente determinados- y causó daños, según el factor de atribución objetivo. De modo que si el Estado incumplió un mandato y causó un daño debe responder. Pues bien, si el Estado es responsable en términos objetivos no puede entonces eximirse de responsabilidad aun cuando hubiese actuado de modo diligente en el ejercicio de sus funciones, conforme los estándares que describimos en los párrafos anteriores. En efecto, sólo se exime si existe una causa ajena (por ejemplo caso fortuito). Balbín Carlos F. Tratado de Derecho Administrativo, 2a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley 2015. Tomo IV. Pág. 430/431.- Debo recordar también que los art. 1.724 y 1.725 del CC y C citados en el viejo CC ley 17.711 eran el 512 y 902.-

Tampoco puedo soslayar que el constructo jurisprudencial y doctrinario que viene desde la trilogía de fallos Devoto- FF CC Oeste- Vadell ha de intentar complementarse con las previsiones de la Constitución Nacional, en este caso concretamente con el art. 19 - alterum non laedere- y en los art. 54, 55 y 57 de la Constitución Provincial.-

En ese sentido el artículo 54 de la Constitución Provincial prevé que "Los agentes públicos son personalmente responsables de los daños causados por extralimitación o cumplimiento irregular de sus funciones".-

Asimismo, el artículo 55 prescribe que "La Provincia y los municipios son responsables por sí y por los actos de sus agentes realizados con motivo o en ejercicio de sus funciones (...).-Por otro lado, el artículo 57 expresa que "La Provincia o sus municipios, demandados por hechos de sus agentes, deben recabar la citación a juicio de estos últimos para integrar la relación procesal, a efectos de determinar las responsabilidades establecidas en el Art. 54 de esta Constitución. El representante legal que no cumpliera con tal obligación es responsable de los perjuicios causados por la omisión, además de las restantes sanciones que le pudieren corresponder".-

Entiendo que con lo antes dicho ha quedado descripta la cuestión respecto de la responsabilidad Estatal en el ámbito del derecho público, su complejidad y la necesidad de que la aplicación del factor de atribución, en definitiva, estará directamente ligado a las peculiaridades del caso tratado en autos en concordancia con la construcción jurisprudencial imperante a la fecha de la presente, como así también con los enriquecimientos doctrinarios pasados por el tamiz de las normas de rango legal,

constitucional y convencional aplicables al caso.-

IV.- Que entonces, de conformidad a las circunstancias bajo las que el proceso discurre, corresponde acudir al esquema probatorio y así debo tener en cuenta el conjunto de normas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso (conf. Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1972, T° 1, pág. 15).-

Cada litigante debe aportar la prueba de los hechos que invocó y que la contraria no reconoció; en particular, los hechos constitutivos debe probarlos quien los invoca como base de su pretensión y los hechos extintivos e impeditivos, quien los invoca como base de su resistencia. Devis Echandía sostiene que corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición -pretensión o excepción- lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable, o dicho de otro modo, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. La alegación es requisito para que el hecho sea puesto como fundamento de la sentencia si aparece probado, mas no para que en principio la parte soporte la carga de la prueba. (Devis Echandía Hernando, ?Teoría general de la prueba judicial?, Buenos Aires, Ed. Zavalía, T 1, pág. 490 y ss).-

Ahora bien, este principio, como toda regla general, no es absoluto. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía por sobre la interpretación de las normas procesales a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (CSJN in re "Baiadera, Víctor F.", LL, 1996 E, 679).-

Por ello no resulta un dato menor recordar en este apartado que conforme lo dispone de manera específica la normativa procesal que nos rige, salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica -entre las que incluyo la inmediatez del juez de primera instancia-. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa. (conf. art. 386 CPCC titulado apreciación de la prueba). A ello se debe

agregar, aunque parezca redundante, que tampoco existe la obligación de fundar la razón por la cual descarta o no alude de manera específica a otros medios probatorios. No cabe entonces sino concluir que la primera regla interpretativa al hacer mérito de la valoración probatoria efectuada por el magistrado -sin eludir la posibilidad del error- es que la prueba soslayada no conducía, a su entender, a la averiguación de la verdad objetiva del caso.-

V.- Que efectuadas las anteriores precisiones, para el análisis y resolución del caso traído a examen recurriré especialmente a la prueba que en este estado permanece en el proceso y valoraré a la misma conforme a las reglas de la sana crítica de acuerdo con lo que prescribe el art. 386 del C.P.C.C. y en definitiva fundaré mi decisión conforme art. 3 del CCyC y art. 200 de la Constitución Provincial.-

Que corresponde entonces determinar los hechos controvertidos por las partes de aquellos que no lo están.-

De este modo, las partes están contestes en la ocurrencia del hecho, en su principal protagonista y en las circunstancias de tiempo y espacio.-

Así, el día 7 de noviembre de 2.005 en horas del mediodía, Héctor David Moyano sufre quemaduras graves aproximadamente en el 50 % de su cuerpo, en circunstancias en que se encontraba cumpliendo una sanción disciplinaria en una celda de aislamiento ubicada en la Alcaldía de Viedma.-

Luego de que personal del servicio penitenciario lo saca de dicha celda, se lo traslada hasta el Hospital Artémides Zatti de esta ciudad en un vehículo existente en la Alcaldía en cuestión, falleciendo Moyano en dicho nosocomio el día 12 de noviembre de 2.005, un día después de que un vuelo sanitario procedente de la Ciudad de Buenos Aires aterrizara en nuestra ciudad a los fines de trasladarlo al Hospital de Quemados de C.A.B.A., sin poderse concretar el traslado.-

Los hechos controvertidos radican especialmente en: a) la diligencia o no, tanto en evitar que el incendio se produjera como en el obrar para dominar este tipo de hechos y proceder a brindar inmediata atención a la víctima por parte del personal del servicio penitenciario; b) la procedencia de la permanencia del alojamiento del Sr. Moyano en la celda de aislamiento, asunto en el que gravita tanto su estado de salud psíquico y emocional, así como las condiciones edilicias del alojamiento; c) la calidad de la atención brindada al Sr. Moyano con posterioridad al hecho en el nosocomio local.-

En definitiva, la discrepancia se puede generalizar aún más diciendo que de la argumentación de la parte actora se trasluciría que a su criterio y en los términos de la

doctrina y jurisprudencia citada, ha existido falta de servicio por parte del Estado provincial en relación al resguardo y atención de Héctor David Moyano y la demandada en su tesis negatoria observa que ello no es así, dado que el Estado obró diligentemente, lo cual la exime de responsabilidad, sosteniendo que en definitiva el hecho ocurrió por culpa del propio Moyano, lo cual interrumpe el nexo causal.-

Determinado ello efectuaré un repaso de la prueba producida en autos.-

V.1.- Prueba documental, informativa e instrumental.

Acta de defunción del Sr. Héctor David Moyano, de estado civil soltero, hecho acaecido el día 12 de noviembre de 2005 a las 4:30 horas, asentándose como causa de la defunción un paro cardiorespiratorio -fs. 4-.-

Copia certificada de análisis de polimorfismos de A.D.N. con fines comparativos, de la cual se concluye que la probabilidad de que un hijo biológico de María Ester Muñoz y Héctor Rubén Moyano -padres del fallecido Héctor David, conforme vínculo asentado en el certificado de defunción ya reseñado- sea padre de D.F.Q es superior al 99,99 % - fs. 5/9- .-

Copia certificada notarialmente de sentencia de emplazamiento formal en el estado de hijo dictada en fecha 15/04/2008 en los autos ?Quintero, Gabriela Rosana c/ Moyano, Héctor Rubén y Muñoz, María Ester s/ emplazamiento formal en el estado de hijo?, Expte. n° 1208/06 de trámite ante el Juzgado de Familia n° 5 de esta ciudad, que declara que el menor D.F.Q, DNI n° 47.375.634, es hijo extramatrimonial del Sr. Héctor David Moyano, fallecido. Tendré como relevante que conforme a sus resultados, la actora afirma que mantuvo una relación sentimental con el Sr. Moyano que comenzó en el mes de mayo de 2005 -fs. 24/25-.-

Copias de la historia clínica N° 29152 del Sr. Héctor David Moyano, acompañadas por la parte demandada. Otro juego de copias que de la misma que consta de 92 fs., fue reservada en Secretaría conforme constancia de fs. 445/446. De la misma y en relación al hecho de autos, rescato que el paciente ingresa al nosocomio el día 07/11/2015 cerca de las 13 horas, lúcido, con respiración espontánea y con quemaduras en el 50 % de su superficie corporal, en el torax, cara, cuello y miembros superiores. Previa sedación farmacológica es intubado y ventilado, se aspiran de la boca y la vía aérea secreciones negras producto de la inhalación de humo. Se le provee asistencia respiratoria mecánica. Como tratamiento, se detalla hidratación, protección antitétánica, sedación, analgésicos y curación en quirófano -fs. 44/134-.-

El día 08/11/2.015 continúa con asistencia respiratoria mecánica, en coma

farmacológico y se realiza interconsulta con el servicio de cirugía, decidiendo realizar nueva exploración en quirófano. Regresa hipotenso, inestable hemodinámicamente, pasa a sala de aislamiento y su pronóstico es reservado.-

En el día 09/11/2015 se le retira la asistencia respiratoria mecánica; fue extubado sin complicaciones. Requiere máscara de oxígeno; se encuentra lúcido, ubicado, colaborador y tranquilo.-

Conforme a las anotaciones del día 10/11/2015, el paciente se encuentra despierto, comunicándose con gestos y hemodinámicamente estable. Nuevamente ante la baja saturación de oxígeno se le coloca asistencia respiratoria mecánica. A la tarde se comunica a los profesionales tratantes que se logró conseguir una cama en el instituto del quemado en C.A.B.A., adonde será derivado el paciente en un vuelo sanitario.-

Ese mismo día 10, a las 21 y 22 horas, obran dos anotaciones suscriptas por la Dra Mariel Di Napoli, matrícula nacional 101925, quien venía en el avión sanitario procedente de C.A.B.A. y cuya declaración testimonial obra a fs. 1019 de la causa penal, que se reseña a continuación en lo pertinente: confirma que en la data en mención prestaba servicio como médica en el avión sanitario enviado al Hospital Artémides Zatti de Viedma. Prestaba servicio en la empresa Baires Fly en base Aeroparque como médica de evacuación aeromédica. Refiere que el paciente no pudo ser trasladado al Hospital de Quemados de C.A.B.A. en razón de su estado y gravedad del cuadro, refiriendo que estaba en asistencia respiratoria mecánica, con saturación de oxígeno del 51 % y descompensado hemodinámicamente ante el cambio mínimo de su manejo hemodinámico. Reconoce su firma en la historia clínica y el contenido de la anotación, la cual indica ?10/11/15 a las 21:00 hs. paciente que siendo preparado para ser trasladado desde la terapia al aeropuerto de Viedma presenta saturación del 51%, tensión arterial 188/100, frecuencia cardíaca 33, se decide por dichos parámetros no trasladar el paciente hasta ser compensado hemodinámicamente con una buena saturación (?.) 22:00 hs. paciente con saturación del 75 %, frecuencia respiratoria 18, frecuencia cardíaca 126, se aguarda cambios en su estado?. Agrega que con los médicos tratantes del paciente se acordó no trasladarlo, aguardar 12 horas para su evolución y luego determinar si el paciente podía ser trasladado.-

Los informes de enfermería complementan los datos reseñados, refiriendo que el día 11 el Sr. Moyano se encontraba en mal estado general, con hipotensión y baja saturación de oxígeno.-

El día 12 a las 4:30 horas se constata el fallecimiento por paro cardiorespiratorio que no

responde a maniobras de reanimación.-

Copia certificada de la sentencia penal cuya condena se encontraba cumpliendo el Sr. Moyano al momento del hecho, dictada por el Tribunal en lo Criminal n° 3 del Departamento Judicial Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires. -Fs. 374/385.-

Informe del Registro Nacional de Reincidencia respecto del Sr. Héctor David Moyano - Fs. 420/427.-

Causa penal ?MENDEZ, MIGUEL ANGEL s/ incumplimiento de los deberes de funcionario público?, Expte. N° 1591-2/09, de trámite ante el Juzgado Correccional n° 6. Recibida conforme providencia de fs. 357:

Estimo como relevantes las siguientes piezas de la misma, muchas de las cuales se puede observar fueron incorporadas por lectura al momento de producirse el debate oral:

Acta de procedimiento policial que da inicio a las actuaciones (fs. 1/3); declaraciones testimoniales (fs. 16/25, 41/5, 113, 267/273, 300/313, 385/7, 388/390, 534, 562/565, 572/574, 650/654; 664/666, 679/682, 688/692, 743/744, 748/750, 768/769, 817, 843, 990/993, 996/997, 1019, 1040/1041); informe fotográfico del lugar del hecho (fs. 30/34) y respecto a la estufa (fs. 35); acta de sanción a Moyano, su notificación y confirmación (fs. 50/51 y 58); acta interna de la Defensoría del Pueblo (fs. 92/98); denuncia de la Dirección de Derechos Humanos (fs. 115/124); pericia del gabinete criminalístico en la celda de aislamiento (fs. 322/328); reconstrucción del hecho (fs. 518/530) en la que los intervinientes refieren que de la celda de aislamiento no salían llamas pero sí humo, que el colchón no liberaba tampoco llama pero sí le salía humo y que en el interior de la celda había una estufa de cuarzo; informe del Servicio Meteorológico Nacional (fs. 726/736); fotografías del momento del hecho suministradas por el diario Noticias de la Costa en soporte digital (fs. 877), pudiendo observarse en las fotografías nombradas motin13.jpg, motin14.jpg y motin15.jpg el traslado del interno Moyano entre tres agentes, uno lo toma de ambas piernas y cada uno de los otros de un brazo, observándose la piel quemada y en la foto mencionada como motin16.jpg se lo ve acostado en un vehículo que no parece ser una ambulancia; informe técnico pericial sobre el incendio (fs. 921/966), que lo atribuye al actuar negligente de la persona en el interior de la celda, no descartándose el uso del sistema radiante de la estufa como agente primigenio del proceso combustivo; requisitoria fiscal de instrucción contra Méndez (fs. 967/969); declaración indagatoria a Méndez (fs. 1063/1065); auto de procesamiento (fs. 1070/1087).-

Libro de novedades de la unidad penal (fs. 704/725), del que resulta que a las 9 horas el interno Moyano recibe la visita de su hermano Teodoro que también se encontraba alojado en el penal. Cerca de las 10 horas del día del hecho Héctor David Moyano no quiere encerrarse hasta no ser atendido por el jefe; 10:20 horas informa el Oficial Monjes que el interno Moyano se encerró por voluntad propia, entregando nota manuscrita en la cual pone en conocimiento que se declara en huelga de hambre seca y queda a la espera de ser entrevistado por el jefe; 10:30 horas Moyano es entrevistado por personal de Derechos Humanos, Dr. Martín y Rubén Calvo; 10:35 horas los internos del pabellón I colocan colchones en la reja de ingreso con intenciones de comenzar una revuelta; 12:10 horas se comunica la Dra. Karqui de la Cámara en lo Criminal, solicitando se comunique a los internos del pabellón I que hayan presentado habeas corpus que deberán designar 2 representantes para ser trasladados a los tribunales, negándose los internos a las 12:15 horas solicitando la presencia del personal de la Cámara; 12:30 horas los internos del pabellón I comienzan a golpear el portón de acceso y llaman a una radio gritando y golpeando distintos elementos; 12:45 horas llega la Defensora del Pueblo y desde el techo se detecta humo proveniente del pabellón de aislamiento; 12:46 horas Oficial Monjes con agentes Fredes, Pineda, Castillo y Pordomingo se dirigen al sector de aislamiento con un matafuegos y retiran a las 12:48 al interno David Moyano y se lo lleva a la oficina de guardia observando quemaduras en su cuerpo; a las 12:49 horas es trasladado en un móvil al hospital local; 13 horas informa Fredes que Moyano ya estaba siendo asistido en la guardia; 13:10 horas ambulancia del nosocomio local se retira de inmediato.-

Informe de la autopsia efectuado por el Cuerpo Médico Forense (fs. 351/358): Refiere lesiones vitales por quemaduras en cara, cuello, tórax y miembros superiores, que cubren el 50 % de la superficie corporal. Cicatrices de lesiones cortantes localizadas en abdomen y cara interna de antebrazos. El informe concluye que el Sr Moyano falleció a consecuencia de quemaduras que produjeron deshidratación y una falla multiorgánica ocasionando un shock agudo e irreversible.-

Se aclara que las lesiones por elemento cortante que se aprecian corresponden a cicatrices de larga data, probablemente de origen autoinferidas. Se descartan lesiones óseas. Se refiere que las quemaduras fueron producidas muy probablemente por contacto con elemento de alta temperatura producida por el fuego. Teniendo en cuenta la presencia de vellosidad (...) y de la mayor parte del cabello, es dable pensar en que la acción directa del fuego (llama) no tuvo intervención en el mecanismo de la quemadura

o bien fue de escasa magnitud en contacto con su cuerpo (?) es extremadamente difícil establecer con exactitud el tiempo que la víctima estuvo expuesta al fuego (?) sabiendo que en el Hospital Zatti al momento de su asistencia, le extrajo secreciones con negro de humo (característica de haber respirado en la zona del foco ígneo) y haberlo encontrado con vida, hace suponer que la exposición al fuego haya sido de escasos minutos, no mayor a 5 (cinco) minutos. De lo contrario la muerte lo hubiese sorprendido en el mismo lugar por asfixia o por la acción de las mismas quemaduras?.-

Requisitoria de elevación a juicio obrante a fs. 1217/1229, en la que se le imputa al Sr. Méndez, titular a la fecha del hecho de la Unidad Penal I, no haber previsto una guardia en el sector de aislamiento donde el interno Moyano se encontraba cumpliendo una sanción disciplinaria impuesta por Méndez -acción que presumiblemente le hubiese permitido a aquél provocar el incendio, con una estufa eléctrica de cuarzo y el colchón- y no haber ordenado la elaboración de informes médicos y psicológicos diarios del detenido, a fin de establecer si estaba en condiciones de soportar la sanción de aislamiento.-

Sentencia n° 14 de fecha 10/06/2010 obrante a fs. 1441/1449 dictada por el mencionado Juzgado, conforme a la cual se condena a Miguel Ángel Méndez a la pena de multa de cinco mil pesos más inhabilitación especial para cumplir funciones dentro de cualquier unidad penitenciaria o establecimiento que tenga personas detenidas por el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público. Para así resolver, se indica que no se tomaron los recaudos legales respecto al seguimiento, atención y contralor de la situación de Moyano, no pudiendo imponerse una sanción grave y desentenderse de su cumplimiento, siendo un imperativo normativo que el jefe de la unidad penitenciaria se hiciera cargo de la situación, impartiera las órdenes pertinentes, atendiera el reclamo del sancionado y lo visitara. Se valora particularmente que Méndez sabía de la situación de extrema precariedad que existía y que era inminente que estallara el conflicto ya iniciado en el Pabellón I, relativo a la sanción de Moyano que los internos percibían como injusta.-

Sentencia n° 9 de fecha 28/02/2011 obrante a fs. 1495/1514 dictada por el Superior Tribunal de Justicia, que resuelve confirmar lo resuelto en la instancia anterior. Se hace en ella mérito de las disposiciones de la ley 24.660 que regula la ejecución de la pena privativa de la libertad y de su decreto reglamentario n° 18/97, para describir el marco legal referido a la sanción de aislamiento, sus condiciones de realización y los responsables ante la decisión, destacándose que se trata de la máxima sanción posible,

que implica un agravamiento de las condiciones de detención, que en el caso de que las condiciones edilicias o físicas no lo permitan debe adoptarse una sanción de menor gravedad y que se debe controlar estrictamente la salud psicofísica del sancionado.-

Valoraré ciertos hechos que se han tenido por acreditados en esta sentencia -sobre cuya configuración no cabe volver, conforme se expresará y fundará más adelante- y que tiene particular incidencia en la responsabilidad por falta de servicio: así, el tiempo transcurrido entre que se observa el humo y se retira al interno de la celda es de aproximadamente 3 minutos; se lo traslada a continuación con su cuerpo quemado para la atención en el hospital local con un móvil, en su caja y sin camilla, dado que el vehículo utilizado para traslado de los enfermos estaba en reparación hace 2 meses; no había médico en la unidad penal, dado que el que cumplía una guardia pasiva, ¿se daba una vuelta a la mañana temprano y luego cuando termina el consultorio?; no había control directo y permanente de una guardia en el sector de aislamiento, toda vez que por razones edilicias tenían que limitarse a la concurrencia esporádica del oficial de servicio; y por último, la celda de aislamiento no contaba con medidas elementales de seguridad, como materiales ignífugos y tampoco tenía medios de calefacción adecuados para tal seguridad, puesto que el fuego se inició por la utilización de una estufa eléctrica en contacto con un colchón inflamable.-

De las constancias de la causa, la sentencia reseñada del Superior Tribunal de Justicia referida se encuentra firme, en tanto a fs. 1.582/1.592 con fecha 05/10/2011 se declaró inoficioso el recurso extraordinario federal impuesto contra ella y si bien a fs. 1630 el condenado denuncia la interposición de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 21/10/2011, nunca informó su resultado, habiéndose ordenado a fs. 1.698 con fecha 04/11/2013 el archivo de la causa, habiéndose cumplido en su totalidad la condena oportunamente impuesta.-

Respecto a la valoración de la sentencia dictada en sede penal a los efectos de la determinación de la responsabilidad civil en esta sede, se ha dicho que ¿Queda claro entonces que aquí; lo que actúan con efectos prejudiciales y condicionantes de la sentencia civil es la existencia del hecho principal, que no puede controvertirse en sede civil?, ¿(?) cuya determinación en sede penal hace cosa juzgada en lo civil (??) sobre ¿(?) la existencia del hecho penal constitutivo del delito y la culpa del condenado (??). (Ver in extenso: CACivil de Gral. Roca, en autos caratulados ¿Calfin Ángela Cristina C/ Barrueto Celia del Carmen y otro s/ ordinario (daños y perjuicios)?, 11/08/2016).-

En idéntico sentido se ha expedido el S.T.J.: ¿Conforme al art. 1.102 del entonces

vigente Código Civil, no se pudo discutir en este juicio civil la existencia del hecho principal que constituyó el delito ni impugnar la culpa del condenado?. (Conf. STJRNS1 Se. 57/17 ?Jara Zúñiga?, entre otros).-

La cuestión, conforme al ordenamiento civil actualmente vigente se encuentra claramente prescripta en el art. 1776 del CCyC: ?Condena penal: La sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa Juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado?.-

V.2.- Informes periciales:

Informe pericial médico efectuado por el Dr. Jorge Raúl Boland -fs. 386/390-: El perito primero transcribe las constancias de la historia clínica, coincidiendo su versión respecto a la imposibilidad de trasladar al Sr. Moyano a Buenos Aires con la brindada por la Dra. Di Napoli ya reseñada.-

Detalla que al momento del ingreso al nosocomio tenía quemaduras del 50 % de la superficie corporal, correspondiendo según la clasificación de las mismas en un 30 % de tipo A-B y un 20 % de tipo A.-

Señala que luego de una exploración en quirófano por especialista en cirugía plástica, se determina que la quemadura alcanza al 45 % y es de tipo A-B. Aclara al respecto de esta clasificación que sirve para evaluar la profundidad de la quemadura, siendo la de tipo A-B la que alcanza la epidermis y la dermis.-

Respecto a las lesiones que podría haber sufrido el Sr. Moyano como consecuencia de un inadecuado traslado desde la Alcaldía (el punto de pericia refiere que fue tirado en un piso sucio a la entrada de la Alcaldía y luego trasladado al hospital en un vehículo inadecuado para ello).-

Refiere el experto que ?las lesiones, infecciones y agravamientos de un gran quemado como el Sr. Moyano son propias de este tipo de patologías dado que la piel es un órgano muy extenso que protege el ingreso de bacterias al organismo. De ser posible, es conveniente que el traslado se realice en las mejores condiciones de asepsia posibles teniendo en cuenta la urgencia?.-

En cuanto a las prácticas y conductas médicas que se realizaron en la terapia intensiva del nosocomio, estima el Dr. Boland que fueron oportunas y correctas para este tipo de pacientes, conforme al diagnóstico de gran quemado que recibiera Moyano.-

En cuanto a los puntos de pericia ofrecidos por la parte demandada, asevera que se cumplió en forma adecuada con las normas de manejo del paciente (en cuanto a sedación, analgesia hidratación, tratamiento farmacológico, asistencia respiratoria

mecánica, exámenes complementarios, soporte metabólico, seguimiento y monitoreo de enfermería y personal médico). Asevera que el cuadro que presentaba el paciente era de alta morbilidad; que si bien la derivación a una institución de mayor complejidad estaba indicado por su condición de gran quemado, el mismo no se pudo realizar debido a la descompensación del paciente. En cuanto al manejo de la vía aérea del paciente, refiere que aquél requirió asistencia respiratoria mecánica (ARM) inmediata a su ingreso hospitalario, pudiendo ser extubado y luego colocado nuevamente en ARM por descompensación, lo que es de una correcta y buena práctica médica.-

Informe pericial psicológico efectuado por la Lic. en Psicología Nadia Jove - fs. 414/418-: La perita realiza separadamente los informes de la actora y de su hijo D.F.Q.- Respecto a la Sra. Quinteros, reseña como antecedentes psicobiográficos que a los 14 años comenzó a relacionarse con personas en conflicto con la ley y que tiene antecedentes delictivos juveniles y de abusos de sustancias tóxicas. A los 17 años quedó embarazada de su primer hijo, encontrándose su pareja detenida en un complejo penal; en el 2.002 tiene a su segundo hijo y su pareja, poco después de quedar en libertad, vuelve a delinquir y fallece en un robo producto de un disparo.-

En 2.005 comienza una relación con David Moyano mientras él se encontraba detenido y decidió tener un hijo con él debido que solo le quedaba un año para completar su condena; en noviembre de ese año, estando ella embarazada de 3 meses y medio, David Moyano fallece.-

En 2.007 comienza su relación con Oscar, su actual pareja, con quien tiene 2 hijos y convive actualmente a partir del 2.011 cuando salió en libertad.-

La perita afirma que durante las entrevistas la peritada se desempeñó con lenguaje fluido y tono emocional estable, sin demostrar resonancia afectiva negativa significativa por ninguno de los temas abordados. No obstante refirió en su relato que las circunstancias en que fallecieron sus anteriores parejas fueron 'injustas', revelando un resentimiento por ambos desenlaces, no obstante 'a pesar de las muertes trágicas yo sabía que no me iba a quedar sola y que iba a tener una pareja'. Asimismo, se evidencian sentimientos de desprotección y desvalorización personal ligados a sus vínculos parentales y con base en tempranas carencias afectivas. En su discurso hay una tendencia a minimizar las situaciones de violencia, naturalizando las agresiones como una forma habitual de comunicación. Esto ha dejado una marca en sus elecciones amorosas, vinculándose con personas en conflicto con la ley y con características violentas. Asimismo, se advierte en la peritada una baja tolerancia a la frustración y

consecuentemente una necesidad de obturar la falta generándose un nuevo lugar maternal para superar los estadios de frustración?.-

Concluye la experta que para la peritada ¿la pérdida del Sr. Moyano resultó parte de una serie de situaciones trágicas que en su momento incidió en su malestar y le produjo un gran sufrimiento -como consecuencia lógica de todo proceso de duelo-. Sin embargo ello no ha condicionado sus proyectos ni la forma de vida y de vincularse que la peritada tiene y ha tenido. Es por esto que al presente la Sra. Quintero no presenta secuelas incapacitantes de orden psíquico como consecuencia del hecho motivo de autos y por ende, no necesita tratamiento alguno para el caso bajo análisis?.-

Respecto al menor D.F.Q., que es entrevistado por la Lic. Jove a sus 8 años de edad, en cuanto a sus antecedentes psicobiográficos, aquél refiere ser el tercer hijo de padres aún vivos y tener cuatro hermanos de diversas edades. En relación a su familia, refiere que suele pelearse con sus dos hermanos mayores y que su padre no lo defiende, prefiriendo jugar con su hermana menor ya que ésta ¿no habla?. Pone en conocimiento de la experta que su padre se llama Oscar y que ¿toma mucha cerveza y se pelea con mi mamá cuando toma?, y que estuvo presente en varias situaciones de peleas en las que ¿me siento mal y me tapo los oídos y cierro los ojos?. La perita exploró su conocimiento sobre el Sr. David Moyano, evidenciándose que no tenía registro de él, cuestión que la madre corroboró.-

En cuanto a su evaluación psicodiagnóstica, resalta la perita que el niño no sabía la razón por la cual se realizaba la entrevista, lo que resultó confirmado por su madre. Se detectan en el estilo de ejecución de las pruebas gráficas un trazo fuerte, grueso y remarcado, compatible con indicadores de inseguridad, inadecuación e impotencia. Resalta como significativa ¿la producción del test gráfico de la familia, en el cual las figuras parentales no se encuentran presentes, a pesar de su intención por dibujarlas en tres ocasiones, borrándolas enérgicamente con marcada frustración por no lograr su objetivo?.-

Como conclusión psicodiagnóstica, enuncia la perita que ¿se evidencia que el peritado vivencia situaciones ansiógenas en su contexto familiar generadora de tensión psíquica, que no configura un cuadro patológico en el presente, pero que lo dejan en una situación de vulnerabilidad emocional (?) en cuanto al motivo hecho de marras, el niño no tiene registro del padre biológico fallecido. El niño reconoce como su padre a Oscar (pareja de la madre) quien cumple la función paterna desde que D.F.Q. tuvo un año de edad. Por todo lo antes dicho, el niño Q. no requiere tratamiento psicológico en base al hecho

motivo de autos, sin embargo sería recomendable un abordaje terapéutico debido a la situación familiar anteriormente señalada, para prevenir posibles desbordes emocionales?.-

Ninguno de los informes periciales han sido impugnados por las partes, a lo que aduno que siendo los peritos intervinientes calificados para emitir sus dictámenes sin que pueda sospecharse de su independencia e imparcialidad y no advirtiendo la existencia de otras pruebas que puedan desvirtuarlos, les otorgaré valor probatorio conforme art. 386 y 477 del CPCC .-

V.3.- Declaraciones testimoniales (fs. 490/491).

Nilda Raquel Nervi. Refiere que al momento del hecho era Defensora del Pueblo y que ese día, la llamaron cerca del mediodía de Radio Encuentro y la hacen escuchar una grabación de detenidos en la alcaidía que requerían su presencia, alegando maltratos y castigos por lo que concurre a la Alcaidía con la Defensora Adjunta y al llegar perciben silencio y ven correr uniformados con máscaras y bastones; piden hablar con el director de la Alcaidía, pero este las hace pasar y les informa que estaba muy ocupado intentando comunicarse con sus autoridades.-

Le dicen que los presos amotinados reclaman su presencia, por lo que se dirige al sector de celdas. No pudo ver la cara de nadie porque habían puesto colchones, todos hablaban a la vez y uno de ellos decía que su hermano David Moyano estaba en el "buzón", que es la celda de aislamiento, solicitando que lo vayan a ver porque lo estaban tratando mal.-

Cuando salen del sector de celdas, ve que todos corrían y gritaban que David Moyano se había incendiado. Refiere ver que como seis personas lo traen, dos lo agarraban de los brazos y dos de las piernas, y dos más venían de atrás. Ve como lo arrojan en una camioneta, sobre la chapa nomás; detalla que David llevaba el torso desnudo y cree haber visto carne que colgaba, así como quemada. Abajo tenía puesto un jean. Respecto al vehículo del traslado, refiere haber consultado si era eso lo que tenían para trasladar una persona que se suponía quemada y si no pondrían abajo una manta o algo, a lo que responde le contestan que tenían otro vehículo pero estaba en reparaciones.-

Explica que se llevan a David Moyano y cuando llega personal de la Secretaría de Derechos Humanos, ella se retira con la adjunta a quien le sugiere ir al hospital, previo a labrar un acta interna con lo que vio, que se encuentra agregada a las actuaciones penales y de la cual remitiera copia a la Defensoría del Pueblo de la Nación. Aclara que fue muy escaso el tiempo transcurrido entre que empezó el tumulto y el humo y que lo

retiraron a David.-

En cuanto a su vivencia, que refiere le fue consultada en su oportunidad por el juez penal, la califica de muy subjetiva, que cuando llegaron sintió mucha tensión y silencio, que fue muy mal atendida por el comisario. Agrega que en la guardia del oficial Moldes o Monjes -no puede precisar el apellido, pero era el segundo del jefe- siempre había lío.- Carlos Eduardo Reyes: Comenta que al momento del hecho, él trabajaba en la Defensoría del Pueblo y ese día fueron a la Alcaldía porque un llamado de Radio Encuentro los alerta de un inconveniente, no sabiendo si se trataba de una especie de motín. Se trasladaron allí la defensora Nilda Nervi, la defensora adjunta Marcela Yappert y él, junto al chofer Orlando García. La defensora intentó hablar con el jefe, quien no la recibió. Se escuchaban gritos y murmullos, pero no alcanzaban a acceder al lugar de donde venían; sale al exterior, ve mucho personal policial armado y advierte una humareda en un extremo de la alcaldía. Ve que corren hacia el lugar de donde salía el humo que era la ?celda de castigo? 5 o 6 uniformados. Violentaron la puerta y salieron con una persona que tenía el torso desnudo; él pregunta quién es y lo anotan de que se trata de Moyano. Lo suben en una camioneta blanca, que salió con las puertas abiertas y lo llevaron urgente para el hospital.-

Textualmente refiere el testigo que ?la primera impresión era que no era el vehículo adecuado para trasladar a una persona que se advertía quemada?, detallando heridas lacerantes de las quemaduras y colgajos de piel en sus brazos. En los días siguientes iban a verlo al hospital, donde les informaban de su gravedad y que le tenían que hacer un tratamiento previo a derivarlo al Instituto del Quemado en Buenos Aires.-

Si bien no sabe exactamente el tiempo que pasó entre que se ve el humo y lo sacan a Moyano de la celda, realiza una estimación de 8 minutos, vio que la gente actuaba con premura. Discurre sobre el mecanismo de apertura de la puerta de la celda, refiriendo que vio más fuerza que otra cosa; que notó dificultades al principio, pensando si no tenían una llave como para abrir desde afuera y que el proceso puede haber tardado de 5 a 6 minutos. Desconoce el origen del humo y declara no haber visto que sacaran elementos de la celda antes ni después de que sacaran a Moyano.-

Orlando García: Refiere que en ese momento era el chofer de la Defensoría del Pueblo. Explica que normalmente se quedaba esperando en el auto cuando llevaba al personal de la Defensoría a algún lado; ese día los acompañó hasta cierto punto y luego se volvió; más tarde se bajó a mirar, por escuchar gritos y corridas de policías y estar preocupado por sus compañeros de trabajo y ahí ve que sacan una persona con el torso

desnudo que se decía que estaba quemada, aclarando que él no miró porque le daba impresión. Lo subieron a una camioneta común y se lo llevaron, detallando que no recuerda ni la marca ni el color de la misma, pero sí recuerda que no era una ambulancia donde pudiera haber una camilla. Dice no saber si el episodio duró más de cinco minutos desde que llegaron. Vio cuando abrieron la celda a la fuerza y le pareció que sacaron un colchón o pedazo de material.

Heraldo Héctor Pordomingo: Explica que era celador de la alcaidía y prestaba funciones ese día. Refiere que estaba en el Pabellón 3 y escucha gritos de fuego y humo, por lo que corre hacia donde estaba Moyano, el "buzón", que estaba a cargo del agente Pineda llevando un matafuegos. Quienes entran a sacar a Moyano conforme relata fueron Pineda y Monje. Refiere que ellos no usaron el matafuegos.-

Destaco aquí que en sus declaraciones obrantes a fs. 17 y 650/651 de la causa penal, las que son más cercanas a la fecha del hecho, da detalles respecto al uso de tal instrumento, diciendo que lo accionó por orden del subcomisario Berrios una vez que ya habían sacado a Moyano de la celda, pese a que no había nada que apagar y que no vio fuego.-

Rubén Adrián Calvo: Este testigo, que también declara a fs. 564/565 de la causa penal, refiere en esta sede que en el momento del hecho trabajaba en Derechos Humanos, con denuncias por apremios ilegales. Ese día recibieron una llamada de la Alcaidía a media mañana, se escuchaban ruidos, por lo que fueron -en el contexto de sus declaraciones en la causa penal, se entiende que el plural involucra al abogado de la dependencia, Dr Agustín Martins- y pidieron hablar con el detenido en "buzones?". No les permitieron entrar al lugar, pero lo sacaron a Moyano afuera para que pudiera hablar con ellos; tomaron nota e hicieron la denuncia a la Fiscalía, dado que David les refirió que tenía miedo ya que refería que en la madrugada lo habían entrado a amenazar y a golpearlo en el estómago.-

Al volver a sus oficinas, reciben otra llamada, así que volvieron a ir a la Alcaidía, cuando ya estaba la Defensora del Pueblo y sacaban a David Moyano quemado entre cinco personas, tomado de los brazos y las piernas; lo subieron al furgón y no a una ambulancia. Refiere que todo lo relatado sucedió durante la guardia del oficial Monje, que era el que más denuncias por apremios ilegales tenía.-

En su declaración en el marco de la causa penal, el testigo refiere que notó que David estaba demacrado ya que llevaba 4 días en el buzón -de la propia causa penal surge que la sanción le fue impuesta el día 3 de noviembre- y que aquél le refirió que no sabía cual

había sido su sanción porque nunca lo notificaron de nada. Moyano le refiere al testigo ?Rubén vos sabes que yo estoy bien, hace cinco meses que estoy acá y nunca tuve sanción. Todo el esfuerzo que estoy haciendo lo hago por mi hijo que está por nacer y por mi mujer?. Interpreta por ello el testigo Calvo que David estaba cansado de la vida delictiva que llevaba, que había hecho un cambio por su familia, que no quería tener más problemas con la policía ni con la justicia. También refiere este testigo que por dichos de David, le ?armaron? la sanción porque anteriormente había pedido que no le peguen a un interno que había denunciado la policía.-

Reseñadas las declaraciones testimoniales debo recordar que " (...) testigo es la persona física, hábil, extraña al proceso, que viene a poner en conocimiento del tribunal y por citación de la jurisdicción, realizada de oficio, a pedido de parte o de manera espontánea, un hecho o una serie de hechos o acontecimientos que han caído bajo el dominio de sus sentidos (...) Falcón Enrique M. Tratado de la Prueba. Ed. Astrea. Ciudad de Bs. As. 2009, Pág. 512.-

Debo decir también que la valoración que haré de las declaraciones testimoniales se enmarcará respecto de lo que han transmitido a la causa y que se relaciona directa y exclusivamente con hechos que han vivido a través de sus sentidos y su propia experiencia.-

Es así que he de otorgarles valor probatorio con la salvedad de que la valoración que se efectúa no puede desconocer también en algunos caso lo que ha surgido también en la causa penal. Es en ese sentido que a los testigos referidos, he de considerarlos idóneos, encontrando veraz el tenor de sus declaraciones -art. 456 del C.P.C.C.-

Reseñada la prueba producida a continuación trataré la responsabilidad endilgada a la demandada.-

VI. La responsabilidad civil.

Que corresponde analizar la responsabilidad que la parte actora le atribuye al Estado provincial en relación al fallecimiento de Héctor David Moyano.-

En este sentido, surge de los requisitos mencionados que cuando se le atribuye al Estado responsabilidad por falta de servicio por actividad ilícita, es necesario demostrar que éste incumplió un deber (conducta omisiva) o bien la ejecutó de forma irregular (conducta activa). Es decir, no basta con acreditar un perjuicio y el nexo de causalidad que existe entre éste con la conducta del Estado, sino que además, aquella conducta prestada por la administración haya sido irregular o anormal.-

Establecido ello, vale decir que aquel incumplimiento o ejecución irregular, pueden

surgir de un deber expreso y positivo contenido en el ordenamiento jurídico, o bien puede derivar de principios generales y reconocidos por el derecho, o que oportunamente he denominado como deberes normativos indeterminados.-

En el primer caso, basta con observar el cuerpo normativo que contiene la norma expresa para determinar la atribución de responsabilidad.-

En el segundo supuesto la responsabilidad queda sujeta a la realización de un análisis particular caso por caso, en base a los criterios de razonabilidad, especialidad y la previsión.-

Así, estos criterios se encuentran íntimamente relacionados con la razonabilidad de la conducta; la naturaleza de la actividad (especialidad); y el grado de previsibilidad del daño y la posibilidad de evitarlo. La doctrina los ha clasificado en cuatro estándares a observar: a) la naturaleza de la actividad; b) los medios de los que disponía el servicio; c) el lazo que unía a la víctima con aquél; d) el grado de previsibilidad del daño.-

En relación a la razonabilidad la C.S.J. sostuvo que, en el ámbito de la inactividad estatal ¿(...) el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado como propósitos a lograr en la mejor medida posible?. (CSJN, causa ¿Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios?, Fallos: 330:563; 336:1642, entre otros). En este sentido, se trae a colación la causa ¿Bea, Héctor y otro c. Estado Nacional Secretaría de Turismo s/daños y perjuicios? (Fallos 333: 1623), donde la Corte hace mención a la razonabilidad de la conducta en base a la actividad y lo previsible, que cito en su parte pertinente: ¿En efecto, si resultaba previsible que los niños se bañaran en el lago que les ofrecía el complejo turístico, no parece irrazonable exigir del Estado la adopción de una concreta medida de seguridad, como por ejemplo, la disposición de un guía, asistente o cuidador?, (considerando 16 del voto de Lorenzetti). ¿Al no haberlo hecho, el Estado Nacional ha incurrido en un grave incumplimiento del deber de seguridad. En ausencia de tales medidas, se concluye que el Estado Nacional no empleó los medios razonables para el cumplimiento regular del servicio? (considerando 18 del voto de Lorenzetti).-

Por lo tanto, las normas genéricas no pueden dejar de ser desconocidas al momento de analizar la atribución de responsabilidad por falta de servicio por omisión. ¿Así, una inacción estatal podría ser considerada arbitraria y comprometer la responsabilidad cuando en atención a las circunstancias del caso era razonablemente esperable la actuación estatal en virtud del grado de previsibilidad o regularidad con que podía

producirse el suceso dañoso, lo cual es mensurable conforme a la capacidad razonable de prever el curso natural y ordinario de las cosas?. (Conf. SCJBA, en autos caratulados "Brandan, Sara y otros contra Municipalidad de General Pueyrredón y otros. Daños y perjuicios", causa C. 111.115).-

En relación a la especialidad de la actividad desempeñada, vale decir que se encuentra vinculada con lo antes dicho, por lo que debe entenderse teniendo en cuenta la razonabilidad y la actividad en particular.-

El S.T.J. ha dicho al respecto que "(?) no sólo la que la ley consagra de modo específico, sino la que surge, inequívocamente del conjunto del ordenamiento jurídico, y que está impuesta por la razón, el sentido común y por el estado de las costumbres?. (Conf. STJRNS1 Se. 57/17 "Jara Zuñiga").-

Por otra parte, habrá que verificar si la conducta que se omitió desarrollar era materialmente posible, pues "(?) el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible (?). "Para que nazca el deber de responder, es preciso que la Administración haya podido evitar la producción del daño. Es preciso, en suma, que surja la posibilidad de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causa?. (Conf. STJRNS1 Se. 57/17 "Jara Zuñiga").-

Deberá entonces realizarse un juicio previsibilidad para determinar si la conducta atribuida al Estado era de por sí apta para desencadenar el perjuicio.-

VI.1.- En razón de lo dicho y conforme a la valoración de la prueba producida en la Alcaldía local existía no solo un deber genérico de vigilancia, control, cuidado, seguridad y contención de los internos que alojaba, y de las circunstancias que pudieran surgir en base al criterio de especialidad de la actividad sino también un deber normativo previsto por la Ley 24.660 que regula la ejecución de las penas privativas de la libertad.-

En este sentido, el deber de cuidado que al Estado cabe respecto a las personas alojadas en los establecimientos carcelarios, adquiere su mayor significación a fin de evitar lesionar derechos como así también daños a la integridad física. Se ha dicho que ello deviene así porque "como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que se respeten sus derechos fundamentales y una vida digna" (Corte IDH caso "Lori Berenson Mejia", sentencia del 25/11/2004 Párr. 102.).-

En el mismo sentido el S.T.J. se expidió respecto a las obligaciones del Estado para mantener las condiciones de detención que: "Cuando el Estado, a través de sus órganos

competentes, priva de su libertad a algún ciudadano en el marco de un proceso penal, tiene la ineludible obligación de garantizar su integridad física. Esto implica la necesidad de adoptar todos los recaudos y formalizar las medidas necesarias para preservar dicha integridad?. (STJRNS2 Se. 265/11 ?Unidad 66?)-

Por otro lado, las circunstancias y desarrollo de los hechos son diferentes a los analizados en el fallo STJRNS1 Se. 62/06 ?Cardenas?, pues allí el interno se ahorcó con elementos de primera necesidad como la ropa, lo cual hizo imposible de prever el suceso.-

En el caso de marras, no solo fue previsible -por la presencia en la celda de aislamiento de una estufa de cuarzo que podía generar un combustión con el colchón que no era de material ignífugo y por todas las circunstancias que rondaban el descontento de los internos del penal esa mañana, en razón de la sanción aplicada a Moyano y el rumor de que había sufrido maltrato físico-, constituyéndose todos esos extremos en previsibles y por tanto evitables.-

De este modo, no puedo soslayar el episodio en su integridad y encontrar en él que la actividad fue desempeñada de forma irregular.-

Todas estas consideraciones quedan irremediabilmente atrapadas en la obligación de custodia, pues estamos ante un contexto y una actividad desempeñada por el Estado que requiere el máximo de conductas diligentes.-

Frente a un caso similar al tratado relacionado con personas privadas de la libertad, la S.C.J.BA resolvió que la responsabilidad por falta de servicio era atribuible: ?En este contexto, si bien no ignoro que fue la propia víctima la que inició el incendio en su celda y quien colocó el colchón en posición vertical sobre la puerta de ingreso -hecho no controvertido ante esta Corte-, lo cual a tenor del informe del Cuerpo de Bomberos contribuyó en el menor tiempo de quema del colchón de poliuretano con las consecuencias ya descriptas (v. informe de fs. 191 de la causa penal), considero que esa sola circunstancia no autoriza a eximir de responsabilidad al Estado. Es que, como ha dicho la Corte Suprema nacional cuya opinión sobre el punto comparto, aun cuando se admita la participación de los internos en la producción del siniestro, ello constituye una eventualidad previsible para la organización del servicio penitenciario. En el caso, el hecho pudo haberse evitado si se hubiera cumplido en modo riguroso con el control de los internos alojados en las celdas de aislamiento. En síntesis, los elementos reseñados que fluyen de las constancias de la causa, echan por tierra la conclusión de la alzada en cuanto afirma la inexistencia de una deficiente prestación del servicio penitenciario y el

necesario nexo causal entre aquél y el hecho causante del daño. La prueba rendida evidencia las graves e inexcusables deficiencias del mentado servicio, factor que compromete la responsabilidad del Estado provincial, pues importa la omisión de sus deberes primarios y constituye una irregular prestación del servicio a su cargo que, valga reiterar, ha constituido la causa que permitiera la producción del evento lesivo. Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si el Estado no puede garantizar la vida de los internos, de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos (Conf. causa ?Badín?, sent. de 19-X-1995)?. Conf. SCJBA en autos caratulados ?Z., N. B. y otro contra G., J. E. y otro. Daños y perjuicios?, causa C. 87.463, 27/06/12.-

Así las cosas, teniendo en cuenta la delimitación de los hechos controvertidos y la prueba en general producida en autos y que ha sido objeto de la reseña efectuada en el punto anterior, así como particularmente la conclusión a la que se arriba respecto de las responsabilidades que caben respecto al hecho dañoso en sede penal, arribo a la conclusión de que la provincia demandada es responsable por falta de servicio por su deficiente prestación por parte del servicio penitenciario provincial, tratándose en el caso de una responsabilidad por omisión.-

Ello así, pues tengo para mí que no se ha aplicado la debida diligencia en evitar la producción del incendio y en la atención inmediata del Sr. Moyano con posterioridad al hecho; tampoco -y en este sentido me remito a lo claramente establecido por el S.T.J. en su sentencia- se ha hecho el seguimiento respectivo del estado del interno en la celda de aislamiento durante el cumplimiento de la sanción, que por su gravedad, requería la verificación asidua tanto del estado psicofísico del mismo, como de la seguridad de las instalaciones.-

Si bien surge claramente de la legislación vigente la previsión legal de la sanción de aislamiento (art. 87 inc. e y f de la ley 24.660), las condiciones de la celda no puede agravar ilegítimamente las condiciones de la detención.-

Habiendo declarado los dependientes del servicio penitenciario en sede penal que era de práctica requisar todas las mañanas las celdas, haciendo salir al interno, aprecio como una grave irregularidad del servicio que no se advirtiera el peligro que podía implicar la estufa de cuarzo en esas circunstancias, en las que el interno había reclamado ser atendido por el jefe, se había negado momentáneamente a ingresar a la celda, había comentado su molestia por considerar injusta la sanción, había amenazado con hacerse daño entregando un elemento cortante y luego comunica mediante una nota que inicia

una huelga de hambre.-

Observo como agravantes de las condiciones de detención todas las circunstancias que rodeaban a la sanción, como la falta de una custodia permanente en proximidad de las celdas de aislamiento y la inexistencia de un sistema de calefacción. Sumado a ello, si bien se deja constancia en el parte de novedades de la unidad de la huelga de hambre emprendida por Moyano, ningún curso de acción se cursa en tal sentido.-

Se ha acreditado en el proceso penal la falta de asignación de un médico permanente al penal y que los profesionales que cumplían las guardias, pasaban en horarios variables. Pero de las constancias de la causa penal surge que el médico que cumplía funciones ese día en el establecimiento, recién verifica el estado de Moyano cuando ya se encontraba en el Hospital Zatti.-

A todo esto se suma que la forma en que se efectúa el traslado del interno al nosocomio, en el suelo de la parte de atrás de una camioneta que parte raudamente con la puertas abiertas, distan de ser las adecuadas para el traslado de una persona quemada, no pudiendo comprenderse la falta de un lugar adecuado en condiciones de asepsia en las instalaciones para realizar las primeras atenciones o simplemente para que el lesionado aguarde en mejores condiciones la llegada de la ambulancia del nosocomio, teniendo en cuenta que la propia de la unidad penal estaba en reparación.-

VI.2.- Distinta suerte corre el tercer hecho marcado como controvertido, en tanto entiendo no se ha comprobado en autos falta de servicio del Estado en la prestación del servicio hospitalario. Ello así, en tanto de la pericia médica efectuada surge que el tratamiento que se le dio a Moyano fue el adecuado para su diagnóstico y que es de práctica en los pacientes de su tipo -que presentan cuadros respiratorios por inhalación de humo- brindarles asistencia mecánica respiratoria y tratar de sacarla con el avance del tratamiento, resultando de toda lógica que de agravarse las condiciones del paciente, se debe volver a colocar.-

Asimismo, valoraré respecto a la prestación del servicio de salud por parte de la provincia demandada, la actitud procesal de la misma, que en la primera oportunidad en que se presente acompaña copia de la historia clínica.-

Al respecto ha dicho la jurisprudencia que "el valor probatorio de la historia clínica se vincula con la posibilidad de calificar los actos médicos realizados, conforme a estándares, y coopera para establecer la relación de causalidad entre ellos y los eventuales daños sufridos por el paciente. Es un documento en el que se dejan constancias de los acontecimientos principales del acto médico y de la enfermedad del

paciente. Desde el punto de vista jurídico, siendo que el médico tiene un deber de información, es la documentación de este deber. Es decir, que el galeno tiene el deber de informar, asentando los datos relevantes del diagnóstico, terapia y enfermedad del paciente. Así, se ha dicho que frente al derecho del paciente a ser informado y a acceder a la historia clínica, surge como contrapartida la obligación del médico de llevar un correcto registro del tratamiento. Desde el punto de vista procesal, se trata del deber de cumplimiento de una carga informativa en el proceso. El galeno debe hacer llegar al proceso la documentación en que conste el cumplimiento de dicho débito. El incumplimiento de ese deber procesal conduce a una inversión de la carga de la prueba sobre aquellos hechos que no constan en la historia clínica?. I. F. B. vs. K. V. s. Daños y perjuicios /// CCC, Dolores, Buenos Aires; 28/09/2007; Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires; 84814; RC J 8513/10.-

Pues bien, en aplicación de esta jurisprudencia, concluyo que no habiéndose debatido cuestiones respecto a la atención del paciente que no surgieran de los asientos de la historia clínica ni habiendo alegado la actora su incompletitud o desajuste con la realidad, la carga de la prueba sobre la mala praxis alegada permanecía en cabeza de ella y no la ha logrado acreditar.-

Tampoco ha probado ninguna irregularidad en el proceso de derivación del paciente al Hospital del Quemado, en tanto las aclaraciones de por qué se resuelve suspender el traslado fueron asentadas en la historia clínica y refrendadas en la declaración testimonial reseñada de la Dra. Mariel Di Napoli.-

VI.3.- Que no obstante lo dicho, corresponde determinar si la conducta de Héctor David Moyano puede haber concurrido en el nexo causal generador del daño, y en su caso en qué medida.-

No puedo soslayar el alto grado de probabilidad de que haya sido Moyano quien inició materialmente el fuego. Sin bien tengo presente que hay jurisprudencia que en casos similares ha considerado que, aunque sea mínimamente, se fractura el nexo causal atribuyéndole a quien inicia el fuego un aporte en ese sentido, es claro que el inicio del siniestro no hubiese sido posible sin la presencia de la estufa de cuarzo y en razón del material con que se encontraba confeccionado el colchón.-

Dicha condición puesta en contraste con relación al deber genérico de cuidado que el Estado tiene sobre las personas alojadas en el sistema carcelario, contribuyen a que considere que no puede atribuirse a Moyano una causa que en realidad es consecuencia de un servicio irregular, por lo que el aporte a la causación del hecho, entiendo, es en un

100% en cabeza de la demandada.-

Ello, en tanto tengo para mí que la irregular prestación del servicio se constituye en la causa que generó la ocurrencia del hecho debatido en autos, el cual inicia en la fase anterior a la producción del incendio.-

Esto implica que el Estado no ejerció un debido contralor sobre el estado de la celda de aislamiento en cuanto a los elementos inflamables que se encontraban en la misma, por un lado un colchón y por el otro una estufa que se constituye como elemento apto para iniciar un incendio como el que efectivamente ocurrió.-

Corresponde tratar ahora la defensa interpuesta por la Provincia de Río Negro.-

VII.- Excepción de falta de legitimación activa parcial.-

Ambas cuestiones han sido reseñadas al extractar la contestación de demanda y no han merecido réplica de la actora una vez sustanciadas.-

En orden a ingresar al tratamiento de la cuestión abordaré la defensa de falta de acción conjuntamente y con los mismos alcances que la excepción de falta de legitimación activa parcial previamente diferida, en tanto se ha dicho que la falta de legitimación para obrar es una defensa conocida de manera impropia como "falta de acción" o sine actione legit (Falcón Enrique M. Procesos de Conocimiento. T II, Ed. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2000. Pág. 442. Pág. 440) y cabe presumir que la parte demandada les ha dado distinto nombre sólo en el entendimiento de que una podía resolverse como de previo y especial pronunciamiento y la otra no.-

En definitiva y reconociendo la demandada la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad del art. 1.078, segundo párrafo del C.C., lo que incluso puede hacerse en forma oficiosa, funda sus defensas en la inexistencia de un ?concubinato? entre la Sra. Quinteros y el fallecido Sr. Moyano.-

Entiendo en tal sentido que cabe razón al excepcionante, en tanto con la prueba producida en autos y pese al criterio de amplitud que se ha reconocido jurisprudencialmente respecto a los medios de prueba a utilizarse para ello en consonancia con el actual art. 512 del C.C.yC. (Cámara Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y Minería de Viedma, sentencia n° 92 del 31/10/2019, expte. autos A-1VI-405-C2015 - GRAFF SILVIO RAUL C/ ANDALORO NANCY ELISABET Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS), no se ha podido acreditar, aún en las condiciones particulares del caso que la relación entre Quinteros y Moyano revista los caracteres necesarios para considerarse un ?concubinato? en los términos del anterior régimen legal vigente o una unión convivencial tal como se la regula actualmente.-

Si bien el concubinato no tenía una previsión legal expresa y orgánica con anterioridad a la sanción del C.C.yC., tanto el ordenamiento jurídico civil como otros textos legales requerían a las parejas convivientes que cumplieran con determinados requisitos.-

La doctrina cita como ejemplos el art. 3.575 del C.C conforme al texto de la ley 17.711 que dejó a salvo la posibilidad de heredar de la persona que contrae nupcias en el supuesto de matrimonio in extremis cuando se hubiese celebrado para regularizar una situación de hecho anterior; la presunción de paternidad del "concubino" de la mujer durante época de la concepción (art. 257 CC); el art. 9 de la ley 23.091 que permite continuar el arrendamiento ante el abandono de la locación o fallecimiento del locatario a quienes "acrediten haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar" y el art. 248 de la ley 20.744 que acuerda a la concubina el derecho a percibir la indemnización por muerte del trabajador si hubiere vivido públicamente con el mismo en aparente matrimonio durante un mínimo de 2 años anteriores al fallecimiento (Herrera, Marisa, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, primera edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, tomo III, pp. 283/284).-

Así, en todas las previsiones normativas anteriores estaban presentes los requisitos de la convivencia pública y el ostensible trato familiar; requiriendo hoy el C.C.y C. en sus artículos 509 y 510 para el reconocimiento de efectos jurídicos -como el que en definitiva aquí se pretende- que la unión se base en relaciones afectivas de carácter singular, sea pública, notoria, estable y permanente y se refiera a dos personas que convivan y compartan un proyecto de vida en común, precisando el art. 510 inc. e) que la convivencia debe mantenerse por un período no inferior a 2 años. La autora antes reseñada (op. Cit., p. 299) enseña que de este modo "el legislador tiene a materializar las nociones amplias de publicidad, notoriedad, estabilidad y permanencia a las que se alude en el art. 509. ¿Cuándo una relación afectiva entre adultos es considerada singular, notoria, estable y permanente? Cuando el proyecto de vida en común ha sido mantenido por un mínimo de 2 años?", extremo que se encuentra previsto en el art. 510 del C.C.yC. Siendo que el fundamento del requisito responde al principio de seguridad jurídica.-

Pues bien, en el caso aquí tratado resulta evidente que la reclamante no ha convivido con el Sr. Moyano, en tanto lo conoce ya estando detenido, en ocasión de realizar ella una visita a un familiar en el penal de Villa Floresta, Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, comenzando su relación en mayo de 2.005, es decir, 7 meses antes de su deceso.-

Estos hechos son afirmados por la propia actora en la demanda de estos autos y en la que inicia en representación de su hijo D.F.Q. por filiación post mortem.-

Descartada la prueba de la relación convivencial o de concubinato, y encaminado ahora a la verificación en autos de la posibilidad o no de una declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, debo agregar que el sólo hecho del hijo común no autoriza a presumir la existencia del daño moral.-

Sella también la suerte de este planteo, el reclamo que simultáneamente ejerciera en autos la Sra. Vanina Lorena Alan por derecho propio, reclamando también que se le reconozca daño moral por la vida de relación compartida con el Sr. Moyano, cuestión sobre la que la actora no se expide en su presentación de fs. 189/191, limitándose a fundar su oposición en la improcedencia de su intervención como tercera, la prescripción de su acción y la falta de legitimación por inexistencia del daño moral.-

Entonces, se impone improcedente acudir a la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC., extremo que condiciona la legitimación activa para reclamar el rubro daño moral.-

En igual sentido, y verificada la ausencia de legitimación resulta improcedente el reclamo por daño material.-

Concluyo entonces que por los fundamentos de hecho y derecho ya referenciados en este Considerando corresponde hacer lugar a la defensa de falta de la legitimación activa de la Sra. Quintero interpuesta por la demandada. Con costas.-

VIII.- Conforme a los motivos expuestos en Considerandos precedentes, la merituación de la prueba reseñada en autos conforme a los criterios jurisprudenciales con basamento en las reglas de la sana crítica -art. 386 del CPCC,- tengo por probado los requisitos de procedencia de responsabilidad del Estado por falta de servicio, los que se sintetizan como a) el Estado debe incurrir en una falta de servicio; b) la actora debe haber sufrido un daño cierto, y c) debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos: 328:2546), y además esas apreciaciones han sido realizadas en concreto, bajo un prisma que contemple la previsibilidad y razonabilidad, es que corresponde hacer lugar a la acción interpuesta por la Sra. Gabriela Rosana Quintero, en representación de su hijo menor D.F.Q., toda vez que encuentro acreditada la responsabilidad de ésta por falta de servicio conforme art. 1.112 del C.C..-

Asimismo y conforme art 54 de la Constitución Provincial identifico como funcionario a cargo de la Alcaldía local a la fecha del hecho, al Sr. Miguel Ángel Méndez, tal como

resulta de la causa penal en que fuera condenado por incumplimiento de los deberes de funcionario público.-

Despejada la cuestión y en tanto queda subsistente la valoración de los rubros correspondientes a D.F.Q. es que a continuación trataré esa cuestión.-

IX. El Daño. Rubros indemnizatorios pretendidos.-

Que corresponde dilucidar la procedencia de cada rubro reclamado en demanda, teniendo presente lo resuelto en el punto precedente respecto de la Sra. Quinteros, y en caso de corresponder, la cuantificación de los mismos conforme la prueba producida para demostrar su alcance.-

El daño es "todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, a sus derechos o facultades" (CSJN, 22/12/93, E.D. 157-581); "es un componente inseparable del acto ilícito (T.S. de Córdoba, Sala CCom. CAdm., 12/12/86. LLC 1987-438); ya que "si no hay daño, directo ni indirecto, no hay acto ilícito punible para los efectos de este código (CNCiv., sala B, 28/9/84, E.D. 112-233)". Además, "debe ser cierto y actual para que pueda existir resarcimiento (CSJN, 07/03/85, E.D. 113-612), pero es indemnizable también la frustración de la probabilidad de éxito, cuando por sus características supera el parámetro de daño eventual para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible (CSJN, 28/04/98, L.L. 1998-C-322); pero el mero estado de riesgo no es indemnizable si no hay daño". (Conf. Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, Código Civil Comentado "Responsabilidad Civil", Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, Pág. 25, 33).-

Sentado ello, trataré en particular los rubros reclamados, destacando liminarmente, que pese a iniciar la demanda por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad D.F.Q., la actora no diferencia en ningún caso el importe indemnizatorio que corresponde a uno y a otro.-

IX.1.- Daño material: La actora reclama por este rubro la suma de \$ 301.990.-

En orden a fundamentar la procedencia de ese rubro cita jurisprudencia relacionada con el daño emergente y refiere que el Sr. Héctor David Moyano realizó tareas en la construcción, por lo que toma como base de indemnización lo percibido por un obrero de la construcción en la ciudad de Viedma, lugar donde trabajaba antes de ser detenido.-

Toma para su cuantificación la edad de la víctima, grado de parentesco, condición social, expectativa de vida, la edad de la reclamante y la edad de su hijo -todas cuestiones sobre la que no brinda detalles- y llega por aplicación de la fórmula polinómica o francesa a calcular una indemnización de \$ 301.990. Precisa, asimismo,

que toma la asignación menor de un ayudante de la construcción de \$ 1.543,87.-

Atento a lo resuelto respecto de la falta de legitimación activa de la Sra. Quinteros para efectuar el reclamo por derecho propio, me expediré solamente respecto de la indemnización por fallecimiento del padre que corresponde al menor D.F.Q., esto es el valor vida, siendo esa la calificación que he de darle al rubro aquí pretendido.-

En relación a ello, se ha dicho que (??) la doctrina y jurisprudencia mayoritaria sostienen que en estos casos lo que se indemniza no es el hecho de la muerte en sí misma, sino el perjuicio económico que ésta provoca -o es susceptible de provocar- en el patrimonio de los causahabientes. La valoración económica de la vida humana implica -ni más ni menos- la medición o cuantificación del daño o perjuicio que sufren aquellas personas que eran destinatarias -o que podrían serlo en el futuro- de todos o parte de los bienes económicos que el fallecido producía o podía llegar a producir, y en razón de que esa fuente de ingresos (o posibilidad de fuente de ingresos) se extingue (?). (Conf. STJRNS1 Se. 81/14 ?Huinca?).-

En el mismo fallo ?Huinca?, el STJ cita a la CSJN y señala que ésta (??) se ha expresado en esta dirección, al señalar que la vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo incommutabile. Pero la supresión de la vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. En ese orden de ideas, lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana, no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue (Fallos: 310:2103; 316:912; 317:728 y 1006; 320:536; 323:3614; 325:1156, entre otros).-

Seguidamente a esa conclusión, el S.T.J. entiende que al tratarse de menores de edad, es posible computar el rubro en cuestión hasta los 25 años de edad. En este sentido (??) se ha afirmado que los hijos ya adultos y maduros, para poder obtener una indemnización, deberán demostrar haber sufrido, o que sufrirán en el futuro, por la muerte de su ascendiente, un daño patrimonial que pueda estimarse cierto (?). ?Los hijos mayores de edad y plenamente capaces del fallecido no gozan de la presunción de daño establecida

en los arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil, razón por la cual deben probar el perjuicio que les ocasiona la muerte, rigiendo en el caso las previsiones del art. 1079 del mismo ordenamiento?. Por lo tanto, dice el Superior Tribunal, "(?) lógico es concluir que para la aplicación de la formula empleada (?) se debe limitar el cálculo del resarcimiento a la edad en que cese el derecho a percibir alimentos, de los actuales beneficiarios de la indemnización por lucro cesante. Adviértase que no se adopta como límite la edad de 21 años, (??) sino que "(?) subsiste hasta que éste alcance la edad de veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive; debe acreditarse la viabilidad del pedido?. (Conf. STJRNS1 Se. 81/14 "Huinca").-

En función de lo expuesto, el presente rubro procederá respecto de D.F.Q.-

Con relación a la fórmula que he de aplicar, el S.T.J. ha mantenido para estos casos la que se ha dispuesto en autos "Perez Barrientos": "En cambio, le asiste razón a la recurrente respecto al agravio formulado sobre la adopción de la edad de 75 años del causante-alimentante de los menores actores, como límite de la fórmula utilizada por la Cámara para el cálculo del lucro cesante. La crítica concreta en este último punto no radica en la utilización de la fórmula establecida en el precedente laboral "Pérez Barrientos" para el cálculo de la "chance"; sino en que el cálculo se extienda hasta el momento en que el padre víctima cumpliera los 75 años de edad. Considera la demandada que en supuestos como el de autos, donde la víctima fallece a consecuencia del hecho antijurídico, y existen causahabientes menores de edad, la ayuda sólo podría estimarse hasta el momento en que subsista la obligación alimentaria del padre respecto de los hijos que reclaman. Para comenzar el análisis, se entiende adecuado el empleo de la fórmula en cuestión para estimar -en principio- el monto del resarcimiento por el lucro cesante en los casos en que el reclamo sea efectuado por la propia víctima; pues la finalidad de ese resarcimiento es la de colocar al damnificado en una situación patrimonial equivalente a la que hubiese tenido en caso de no haber sido dañado. Ahora bien, cuando quienes demandan la indemnización son los hijos menores de edad de la víctima fallecida, el cálculo debe acotarse al límite de edad hasta el cual aquéllos podrían exigir a su progenitor el cumplimiento de la obligación alimentaria; pues lo lógico es que a partir de entonces se independicen y trabajen, por lo que no podrían exigir -salvo excepciones- alimentos a su padre". (Conf. STJRNS1 Se. 81/14 "Huinca?").-

Ingresando a la concreta cuantificación del daño referido, he de tener en cuenta la jurisprudencia referida, por lo que la indemnización que le corresponde a D.F.Q. por este rubro será hasta los 25 años de edad -art. 663 del CCyC-, comenzando el cómputo desde la fecha de su nacimiento el día 17/05/2.006 conforme partida de fs. 2 y terminando en consecuencia el día 17/05/2.031.-

Con relación al ingreso del Sr. Moyano, parto de considerar el salario mínimo, vital y móvil al a la fecha de su fallecimiento, que era de \$ 630, conforme Resolución 2/2005 del Consejo Nacional del Empleo, la productividad y el salario mínimo vital y móvil. Ello, en tanto no se ha acreditado lo afirmado por la accionante respecto a que hubiese trabajado con anterioridad a su privación de la libertad en la actividad de la construcción.-

Por último, y a los fines de completar el uso de la fórmula contemplaré que el porcentaje de incapacidad es del 100% en tanto el Sr. Moyano ha fallecido.-

En consecuencia, el monto resultante que surge de la aplicación de la fórmula admitida por el S.T.J. para estos casos en autos ?Huinca? y conforme a los parámetros antes mencionados es de \$ 125.634,82 para D.F.Q.; monto que actualizado a la fecha de la presente conforme autos TORRES, Liliana María y Otro c/MINISTERIO DE SALUD DE LA PCIA. DE RIO NEGRO y Otra s/ORDINARIO s/CASACION (Expte. N ° 28407/16-STJ-) SENTENCIA N°? 100 del 20 de diciembre de 2.016 de acuerdo con calculadora oficial del Poder Judicial hasta la fecha de la presente asciende a la suma de \$ 606.666.26, debiendo computarse a partir de la presente igual interés o el que el Superior Tribunal de Justicia fije, hasta el momento del efectivo pago.-

IX.2.- Daño moral: La actora reclama por este rubro para ella y su hijo la suma de \$ 120.000.-

No obstante, ha quedado subsistente solamente, como antes se ha resuelto, el que correspondería a D.F.Q., en virtud de haber prosperado la defensa de la demandada.-

Despejada esa cuestión tengo presente que se ha dicho que ?Es procedente el reclamo de daño moral, que por su índole espiritual debe tenérselo configurado con la sola producción del evento dañoso, ya que por la índole de la agresión padecida, se presume la inevitable lesión de los sentimientos del demandante? (Conf. CSJN autos: ?Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires Provincia de (policía bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios? del 06/03/07, 330:563).-

Se ha entendido al daño moral como ?...una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, traducido en un modo de

estar de la persona diferente de aquél que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial...?. (Conf. Jorge Mosset Iturraspe, *¿Responsabilidad por Daños?*, Ed. Rubinzal Culzoni 2006, T° V *¿Daño Moral?*, Pág.118).-

Es importante destacar que el daño moral se emparenta con el denominado *¿precio del consuelo?*, esto es al resarcimiento que *¿procura la mitigación o remedio del dolor de la víctima a través de bienes deleitables (por ejemplo escuchar música) que conjugan la tristeza, desazón, penurias?* (Iribarne H. P., *¿De los daños a la persona?* cit. págs. 147, 577, 599) criterio receptado por el art 1741 del CCCN, conforme la jurisprudencia de la Corte Nacional (CS, 04/12/2011, *¿Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros?*). *¿El daño moral consiste ¿no sólo en el dolor, padecimiento o sufrimiento espiritual del individuo, sino también en la privación de momentos de satisfacción y felicidad en la vida del damnificado -víctima o reclamante- y que en definitiva influyen negativamente en la calidad de vida de las personas?* (Highton, Elena I. - Gregorio, Carlos G. *¿ Álvarez, Gladys S. ¿Cuantificación de Daños Personales.¿ R. D. P. y C. 21, Derecho y Economía, pág. 127)?*. (Conf. CACivil de la Ciudad de Azul, en autos caratulados *¿A., Andrea y otro c/ Suarez García, Juan Manuel y otros s/ daños y perjuicios?*, Causa n°: 2-60219-2015).-

Se ha sostenido en reiteradas oportunidades que *¿no existen pautas exactas para su cuantificación (sobre el daño moral) y que es difícil precisar el sufrimiento de quien lo ha padecido. Al decir de Morello, Sosa y Berizonce (Códigos Procesales ..., T° II, Pág. 239)?, (?) ¿que el monto del daño moral es de difícil fijación, que no se halla sujeto a cánones objetivos, ni a procedimiento matemático alguno, correspondiendo atenerse a un criterio fluido que permita computar todas las circunstancias del caso, sobre la base de la prudente ponderación de la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados y a los experimentados, hallándose así sujeto su monto a la circunscripción y discrecionalidad del juzgador?*. (Conf. CACiv Viedma *¿Cespedes Narciso c/ Pfund Raúl Oscar y Otros s/ daños y perjuicios (Ordinario)?, 21/03/2017).*-

Para no concluir arbitrariamente sobre ese quantum, cuál es la situación relativa en la que se encuentra el damnificado en función de los valores espirituales lesionados?, se debe *¿relacionar al individuo con el medio en que se desenvuelve, su estado familiar, su situación socio-económica, sus vínculos personales y comerciales, su actuación más o menos destacada dentro del círculo de esas relaciones y, en fin, toda otra pauta que nos conduzca a percibir, racionalmente y con la mayor objetividad posible, la*

importancia de aquellos valores, bien entendido que ello no debe hacerse en abstracto - pues no hay "grados" en el honor o en las cualidades del espíritu según la persona en sí misma considerada- sino en cuanto a su proyección hacia el mundo exterior, es decir, tratando de establecer en qué medida han contribuido a construir la reputación de la persona frente al medio en el que se desenvuelve?. (Conf. fallo de CACiv Viedma, autos "Roche Héctor Raúl c/ Banco Santander Río S.A. s/ Daños y Perjuicios", Se. N° 68, 18/11/2013).-

En orden a resolver sobre la procedencia de esta partida indemnizatoria en primer lugar observo que conforme art. 1.078 del CC existe una presunción legal de reconocimiento del daño aquí pretendido en favor de D.F.Q. al encontrarse probada la paternidad del Sr. Moyano.-

Tengo presente también que del informe pericial en psicología producido para determinar la existencia de daño psicológico, es decir una prueba para determinar la procedencia o no de un rubro distinto al presente, se puede extraer que el niño no tiene incorporado en su aspecto espiritual ni en su aspecto cognitivo la existencia e historia vital de su padre -fs. 416/418-, que en definitiva es parte fundamental de su propia historia familiar.-

Advierto, en función de lo antes dicho, que se patentiza en el niño D.F.Q. una cuestión que puede estar relacionada con la construcción de su historia familiar, lo cual finca también en el derecho a la identidad en función del desconocimiento actual que él tiene de su progenitor, conforme surgió de informe pericial en psicología.-

No puedo soslayar tampoco que esa carencia no puede ser endilgada a D.F.Q., en función de la tutela preferencial que el ordenamiento jurídico le otorga, lo que en consecuencia tampoco se puede traducir como ausencia de daño en el aspecto tratado en este Considerando.-

Tanto es así que cuando se comunique este decisorio a D.F.Q. por parte de la Defensora de Menores de acuerdo con lo que se sugerirá en último párrafo de ese Considerando, ello será parte del proceso en el cual comenzará a operar en él en su fuero íntimo el hecho debatido en autos, que genera derecho a reparación por el solo hecho de haber ocurrido en función de su legitimación conforme art. 1078 del CC.-

En ese sentido, y efectuadas las salvedades anteriores teniendo en cuenta la índole del hecho generador de responsabilidad y la prueba producida en autos de la cual tengo en especial cuenta la comprobación de acaecimiento del hecho en sí conforme a expediente penal ofrecido como instrumental, es que de acuerdo con las previsiones del art. 165 del

C.P.C.C., considero razonable hacer lugar a este rubro respecto de D.F.Q. en su carácter de hijo de Héctor David Moyano por la suma de \$ 400.000 a la fecha de la presente, siendo que de allí en más y hasta su efectivo pago devengará un interés a la tasa prevista en calculadora oficial de intereses del Poder Judicial o la que el Superior Tribunal de Justicia en lo sucesivo fije.-

Por último, en función de las observaciones efectuadas precedentemente y en cumplimiento de los deberes que a todo funcionario público incumbe en cuanto toma conocimiento de algún hecho que pudiese implicar la afectación de los derechos de un menor de edad, y ante la advertencia ya efectuada de que podría encontrarse en juego el derecho a la identidad, a conocer su realidad biológica y a la convivencia familiar sustentada en vínculos afectivos de D. F. Q. (arts. 14, 27 y 42 de la Ley D 4.109; 11 y ccdtes. de la Ley nacional 26.061) es que al momento de notificación de la demanda y en los términos del art. 103, inc. b), ap. i del C.C.yC., se remitirán estas actuaciones en vista a la Defensora de Menores, conforme prescripciones legales que incumben a su participación en autos, para que con especiales recaudos evalúe sus posibilidades de acción dentro del marco funcional descripto por el art. 22 incs. i, j, l y p de la ley K 4.199, a fin de que particularmente recabe cuál es el conocimiento concreto actual que tiene D.F.Q. de su realidad biológica y en caso de percibirlo como necesario para preservar su integridad emocional y psíquica, arbitrar los medios que estime corresponder para ponerlo en conocimiento del contenido de esta sentencia, en el marco de la capacidad progresiva que el derecho vigente le reconoce al adolescente (art. 26 CCyC).-

IX.3.- Daño psíquico: Por este rubro, se reclama la suma de \$ 75.000.-

Se alega que las experiencias vividas por ella y su hijo ya desde antes de nacer, han provocado en ellos una profunda perturbación en el equilibrio emocional, afectándolos en su estructura anímica y psíquica.-

En su caso particular, refiere que a partir del hecho dañoso, se sumergió en una depresión reactiva grave.-

Se ha dicho que "El daño psíquico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente. Comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, pero ya sea como situación estable, o accidental y transitoria, implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación. No debe, por lo demás, ser restringido al que proviene de una

lesión anatómica, toda vez que hay importantes perturbaciones de la personalidad que tienen su etiología en la pura repercusión anímica del agente traumático, aunque el desequilibrio acarree eventuales manifestaciones somáticas (conf. Matilde Zavala de González, *¿Resarcimiento de daños? T° 2a., p. 187 y ss?*). (Conf. CNACivil, Sala K, Exp. N° 25936/2011, carátula *¿Peyru, Héctor Eduardo c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ Daños y perjuicios?*, 08/17).-

En este sentido, la Cámara de Apelación Civil de Viedma ha dicho *¿(?)* que deben distinguirse ambos rubros -daño psicológico y daño moral- en supuestos en que de acuerdo a las pruebas de autos, se establezca que la persona necesita un tratamiento, no así en aquellos casos en que el mismo no sea necesario, en que la indemnización correspondiente quedará subsumida dentro del daño moral?. (CACivil de Viedma, en autos caratulados *¿Cardelli Ariel Mario y otros c/ Cestare Rubén Alberto y otra s/ daños y perjuicios (Sumario)*, 02/06/2015).-

Cabe destacar que *¿(?)* la diferenciación entre los daños psíquicos y morales se vislumbra desde su origen (en un caso de tipo patológico y en el otro no), hasta la entidad del mal sufrido (material uno, inmaterial el otro), con la consecuente proyección de efectos dentro del ámbito jurídico procesal en materia probatoria; el daño psíquico requiere de pruebas extrínsecas en tanto el daño moral se prueba en principio *in re ipsa* (conf. SCBA, causas Ac. 69.476, sent. del 9-V-2001; Ac. 79.922, sent. del 29-X-2003). El grado de certeza que se necesita para acceder a su indemnización, hace necesario contar con el dictamen objetivo e imparcial de expertos en la materia, que ilustran al juez sobre este tan particular tipo de padecimiento (art. 457 del CPCC)?. (Conf. CACivil de Dolores, en autos caratulados *¿Ramellini Mariel Elizabet c/ Musumano Héctor Abel s/ daños y perjuicios?*, causa N° 86.774, 2008; y en autos *¿Ibalo Graciela M. y Furgón Oscar c/ Ibáñez Héctor Fernando y otro s/ daños y perjuicios?*, 2008).-

Efectuado el encuadre de rigor, debo decir que tanto para la Sra. Quintero como para el niño D.F.Q. el informe pericial en psicología obrante en autos al cual le otorgué valor probatorio descarta la necesidad de tratamiento psicológico de ambos en base al hecho que motiva estas actuaciones.-

Lo antes expresado conlleva el consecuente rechazo del presente rubro.-

X.- En consecuencia, y por los fundamentos dados hasta aquí corresponde hacer lugar a la defensa de falta de legitimación activa parcial interpuesta por la Provincia de Río Negro respecto de la Sra. Gabriela Rosana Quintero.-

Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la Sra. Graciela Rosana Quintero

en representación de su hijo menor de edad F.D.Q y condenar a la provincia de Río Negro a que en el plazo de diez días abone por Daño Material recalificado como valor vida la suma de \$ 606.666.26 y por daño moral la suma de \$ 400.000, ambas sumas actualizadas a la fecha de la presente y de ahí en más y hasta su efectivo pago devengará la tasa de intereses conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que el S.T.J. en lo sucesivo fije; y rechazar el daño psíquico.-

XI.- Costas y honorarios: Si bien existe una corriente jurisprudencial que indica que en base al principio de reparación plena las costas en los procesos de daños y perjuicios en caso de vencimiento, aunque sea parcial, siempre se imponen al demandado, lo cierto es que dicha postura también convive con la que dice que las costas se imponen en la medida de la concurrencia en la causación del hecho e incluso con una tercera postura que se sostiene en la medida del progreso de la demanda.-

Así, tomando como base esas tres posturas con un adecuado balance de las mismas aplicadas al presente caso tengo en cuenta que, en virtud de la dimensión de la procedencia de los rubros y del principio de reparación plena, las costas se imponen del siguiente modo:

Por la defensa de falta de legitimación activa parcial se imponen a la actora Gabriela Rosaba Quintero.-

Por la acción que prospera en favor de F.D.Q. y en función de la dimensión de procedencia de los rubros se imponen a la demandada.-

Asimismo los honorarios de la perita psicóloga se imponen a la actora en tanto la parte demandada manifiesta su desinterés en los términos del art. 478 inc. 2 del C.P.C.C..-

Para la regulación de los honorarios profesionales se deberá tener en cuenta la labor cumplida, medida por su eficacia, calidad, extensión, y conjugarlo con el monto de procedencia de la acción (\$ 1.006.666.26?) (conf. Arts. 1, 6, 7, 9, 10, 20, 34, 38 y conc. L.A.).

De esta manera se determinan los honorarios de los letrados de los actores Dres. Virginia Francioni y Ovidio Nazario Castello en forma conjunta y por la prosperidad de la acción en el 15 % por tres etapas y para el Dr. Ignacio Andrés Racca en el equivalente a 15 Jus por la prosperidad de la defensa de falta de legitimación activa parcial interpuesta por la demandada.-

En lo demás, no se regulan honorarios al apoderado de la provincia, en función de las previsiones del art. 2 de la Ley G 2.212.-

Por su parte los honorarios de la perita psicóloga Licenciada Nadia Jove y del perito

médico Jorge R. Boland se fijan en 5 % (art. 18 y cc de la Ley N° 5.069).-

Por los fundamentos expuestos;

RESUELVO:

I.- Hacer lugar a la defensa de falta de legitimación activa parcial interpuesta por la provincia de Río Negro respecto de la Sra. Gabriela Rosana Quintero.-

II.- Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta a fs. 10/19 por la Sra. Graciela Rosana Quintero en representación de su hijo menor de edad F.D.Q y condenar a la provincia de Río Negro a que en el plazo de diez días abone por Daño Material recalificado como valor vida la suma de \$ 606.666.26 y por Daño Moral la suma de \$ 400.000, ambas sumas actualizada a la fecha de la presente y de ahí en más y hasta su efectivo pago devengarán la tasa de intereses conforme a calculadora oficial del Poder Judicial o la que el S.T.J. en lo sucesivo fije; y rechazar el rubro Daño Psíquico conforme a los fundamentos expuestos al efectuar su tratamiento.-

III.- Imponer las costas a la demandada, excepto las causadas por la excepción de falta de legitimación activa parcial y las derivadas de la determinación arancelaria de la perito psicóloga, en tanto la parte demandada manifestó su desinterés en los términos del art. 478 inc. 2 del C.P.C.C., las que se imponen a la actora.-

IV.- Regular los honorarios profesionales de los letrados patrocinantes de los actores actores Dres. Virginia Francioni y Ovidio Nazario Castello en forma conjunta en la suma de \$ 150.999,93 por tres etapas (Coef. 15%) y para el letrado apoderado de la provincia Dr. Ignacio Andrés Racca por la prosperidad de la defensa de falta de legitimación activa parcial interpuesta por la demandada en el equivalente a 15 jus (M.B. \$ 1.006.666.26?) (conf. Arts. 1, 6, 7, 9, 10, 20, 34, 38 y conc. L.A.). Notifíquese y cúmplase con la Ley D 869.-

V.-Regular los honorarios de la perita psicóloga Licenciada Nadia Jove en la suma de \$ 50.333,31 y del perito médico Dr. Jorge R. Boland en la suma de \$ 50.333,31 (M.B. \$ 1.006.666.26, Coef. 5 %) (art. 18 y cc de la Ley N° 5.069).-

VI.- Remitir las actuaciones a los fines dispuestos en el punto IX.2 en vista a la sra. Defensora de Menores, a cuyo fin pasen a su público despacho.-

VII.- Regístrese, protocolícese y oportunamente notifíquese.-

Leandro Javier Oyola

Juez

