

Cipolletti, 22 de diciembre de 2020

AUTOS Y VISTOS: los presentes caratulados "GOMEZ MERCEDES C/PROVINCIA DE RÍO NEGRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO)" (Expte. 33713/2013), para dictar sentencia definitiva;

RESULTA:

1.- A fs. 254/264 se presentan los Dres. Dres. Miguel Ángel Quiruga y Enrique Amelio Ortiz como apoderados y a la vez patrocinantes de la Sra. MERCEDES GOMEZ, y en tal carácter interponen demanda de daños y perjuicios contra el Gobierno de la Provincia de Río Negro, por la suma de \$3.599.468,86.- y/o lo que en más o en menos se determine prudencialmente en base a la prueba a producirse.

Según indican, tal reclamo indemnizatorio se promueve por las consecuencias civiles del homicidio calificado del Sr. Tapia Víctor Ricardo, ocurrido en la Unidad de Ejecución Penal N° 5 de la ciudad de Cipolletti.

Exponen los mandantes que conforme surge de la copia del certificado de nacimiento que acompañan, la Sra. Mercedes Gómez resulta ser la madre del fallecido Víctor Ricardo Tapia.

Que el Sr. Tapia resultó condenado por el delito de robo calificado, a la pena de 6 años y 8 meses de prisión, en la causa caratulada "Tapia Víctor Ricardo s/Robo Calificado" (Expte. CO-070/09-CC2 CIP); que como parte del cumplimiento de la pena y siempre a disposición de la justicia y de la Provincia de Río Negro, en su carácter de condenado el Sr. Tapia ingresó al Penal de Gral. Roca el 25 de febrero de 2012, procedente del complejo penal de Viedma.

Que el día 9 de septiembre de 2012, siendo las 9,40 hs. aproximadamente, los imputados Flores Richard Esteban, Campos Raúl Fernando, Campos Evaristo, Poblete Diego y Peña Pablo Daniel salen de la celda 7 del Pabellón "B" del establecimiento Penal N° 5, denominado "Paraje El Treinta" de la ciudad de Cipolletti, -ello conforme se desprende del expediente penal "PEÑA PABLO, POBLETE DIEGO, FLORES EVARISTO, FLORES RICHARD, CAMPOS FERNANDO s/HOMICIDIO CALIFICADO"- y acordaron matar al Sr. Tapia Víctor, hijo de su mandante, que estaba alojado en la celda 2 del Pabellón "A" que se encuentra en frente.

Que los nombrados, por razones que desconocen, salieron armados con armas, lanzas y facas y se dirigieron hasta el pabellón de la víctima, a través del patio interior. Que atacaron con las armas que hicieron ellos mismos y sin parar de golpearlo, siendo imposible para el Sr. Tapia poder defenderse de tantos golpes a la vez.

Sostienen que si los mencionados no hubieran estado portando armas, el hecho ocurrido seguramente no sería el mismo, o al menos el hijo de la actora podría haberse defendido y evitar el hecho tan dramático. Precisan que el Sr. Tapia recibió por arma blanca una herida penetrante en el tórax y en el corazón, además de muchas otras en sus brazos y cuerpo en su intento desesperado de salvar su vida. Que estas graves heridas -según la autopsia-, fueron lo que le causó una hemorragia que minutos más tarde le provocó la muerte.

Destacan que los procesados habían sido trasladados desde Viedma y que eran reincidentes de graves delitos, que ello demuestra la peligrosidad de los mismos, y que amén de esto, estaban en el sector de los presos condenados por delitos menores y de menos peligrosidad, como era el caso del hijo de su mandante.

Que ello demuestra -a su decir- la errónea decisión del juzgado a cargo de los presos trasladados y los alojados en el establecimiento donde se encontraba Tapia, y por ende, la responsabilidad del Estado por el deber de seguridad o guarda de los presos.

Enuncian los daños reclamados, a saber: daño moral; daño psicológico; daños y perjuicios (sic) y pérdida de chance. Sin embargo, no cuantifican en forma particular cada uno de ellos, limitándose a citas jurisprudenciales y doctrinales sobre a su procedencia.

Fundan en derecho. Citan jurisprudencia que entienden aplicable al caso. Acompañan y ofrecen prueba.

Finalmente, instan en su petitorio el oportuno acogimiento de la demanda, con costas.

2.- A fs. 265 se dispone dar intervención a la Comisión de Transacciones Judiciales (art. 9 de la Ley 3233); y cumplido ello, se ordena el pertinente traslado de la demanda (fs. 269).

Tras ello, a fs. 279/290 se presentan los apoderados de la Provincia de Río Negro, Dr. Ramiro Mendía y Dra. Laura Karen Oyarzabal, con su propio patrocinio letrado, y contestan en tal carácter la demanda.

Inicialmente, niegan en forma general y particular los hechos alegados por la parte actora.

Efectúan luego ciertas *?*consideraciones preliminares*?* referidas a las manifestaciones vertidas por la actora en su escrito de demanda, respecto a la responsabilidad que le cabría al Estado Provincial con sujeción en el artículo 1112 del C.C., con basamento en una supuesta omisión del deber de seguridad que corresponde a los miembros del servicio penitenciario en relación a los reclusos, y dijeron que es preciso advertir que

dicho deber de seguridad no se ha visto vulnerado o incumplido; que los agentes del servicio penitenciario desempeñaron sus funciones en observancia de lo dispuesto por la ley N° 4283.

En su versión sobre los hechos, manifiestan que si bien la muerte del Sr. Tapia se produjo en fecha 9 de septiembre de 2012, los acontecimientos que guardan relación con la misma iniciaron el día anterior en horas de la noche, cuando un grupo de internos del sector A y B realizaron un intento de motín comenzando a hacer humo y destruir el sistema eléctrico con el fin de dejar sin el luz el sector. Hecho que dicen surge de la causa penal ofrecida por la propia actora.

Prosiguen relatando que como consecuencia de dicho amotinamiento resultaron dañadas las cerraduras de las esclusas que daban al pasillo central de los pabellones, y la falta de algunos candados, hecho del que tomaron conocimiento al efectuar el recuento diario, conforme declaración testimonial del agente penitenciario Pérez Héctor Horacio.

A ello se suma, según relatan, que del acta de procedimiento labrada en el establecimiento penal el día del deceso de Tapia, el encargado de turno Ferreira Alberto informa que en el interior del penal se había suscitado un altercado entre los internos del sector A y B.

Que del relato de los agentes penitenciarios a raíz del hecho del motín, ocurrido en fecha 8 de septiembre de 2012, resultó la destrucción de cerraduras y candados de las celdas por parte de los reclusos, que pese a haber sido disuadido ese accionar, las instalaciones sufrieron deterioros y el personal de turno arbitró los medios tendientes a fin de controlar a los internos, efectuando una requisita alrededor de las 21:00 hs., ello según manifestación de los propios reclusos.

Ponen de relieve que las instalaciones del establecimiento de ejecución penal N° 5, a la época de ocurrencia del hecho que nos ocupa, han quedado enmarcadas en el Decreto ley de emergencia carcelaria dispuesta por el Sr. Gobernador de la Provincia de Río Negro en fecha 31 de mayo de 2012 y por el lapso de un año, mediante el cual se tuvo especial miramiento en las condiciones que a lo largo de años de desidia se encontraba el mencionado establecimiento carcelario, a efectos de propender a restablecer la infraestructura del mismo y proveer de mejores condiciones a los internos.

Afirman que los empleados del servicio penitenciario cumplen con el correcto ejercicio de sus funciones aplicando la debida custodia de los internos, tal como surge de las declaraciones testimoniales de quienes se encontraban en turno, por ello entiende que la supuesta omisión al deber de guarda no existió.

Señalan que debe tenerse presente el contexto en el cual se desarrollaron los hechos -un motín por parte de los reclusos-, el estado de emergencia carcelaria y lo rápido y confuso de los acontecimientos en los que se produjo la muerte del Sr. Tapia. Que al momento en que los celadores iban a implementar algunos de los métodos inocuos para disipar la lucha (mientras se encontraban conteniendo al resto de los reclusos), ésta culminó con todos los protagonistas heridos, no obstante el peor resultado fue para Tapia, quien falleció como consecuencia de la contienda.

De este modo, esgrimen que el servicio estuvo presente y funcionó de acuerdo a las circunstancias en que se desarrollaron los hechos; que si bien se produjo un hecho dañoso, el mismo no se produjo por falta de servicio. Dicen que pese a lo rápido y confuso de la acción, se activó el cerramiento de las esclusas, aislando a los revoltosos, y se puso en ejecución los medios para disipar la pelea. Que sin embargo, ésta terminó antes de que se pudieran ejecutar los mismos.

Explican que ocurrido el hecho de intento de motín la noche anterior, el personal penitenciario se encontraba restableciendo las medidas de seguridad en el establecimiento y ordenando a los internos reingresar a sus celdas, las que habían quedado seriamente dañadas por los propios internos, que en ese contexto se inicia la discusión que trae como desenlace la muerte de Tapia, lo que resulta por tanto en observancia del contexto y el accionar del personal, subsumible en las previsiones del art. 514 del C.C. para el caso fortuito, por resultar un acontecimiento que aún previsto no se pudo evitar. Indican que las celdas se encontraban abiertas excediendo el accionar de los agentes penitenciarios a fin de disuadir a los internos que se encontraban caminando por los pasillos, que por tanto al percatarse de la discusión divisan al interno Tapia herido, el que fue rápidamente trasladado en el móvil policial al hospital local.

Mención aparte hacen con referencia a las requisas y a las "facas", diciendo al respecto que existen mecanismos de inspección llamados requisas. No obstante la implementación de estas inspecciones no garantiza que los internos no confeccionen estas armas llamadas en la jerga tumbera "facas".

Que tales medidas de seguridad (requisas) habían sido debidamente implementadas el día de los acontecimientos, tal como surge de las declaraciones testimoniales brindadas en la causa penal, sin embargo no se encontró ningún elemento punzo cortante en poder de los reclusos. Arguyen que pretender que como consecuencia de la existencia de un elemento punzo cortante que causó la muerte a un recluso, pese a la implementación de las medidas de seguridad pertinente, surja la responsabilidad del Estado, es endilgar al

mismo una obligación de resultado respecto de la seguridad de los reclusos que no se sustenta en norma alguna ni se condice con la realidad del sistema carcelario a nivel nacional.

Sostienen que en ninguna instancia de la causa penal surge el origen de las facas. Por ello entienden que la actora no puede aducir ni sindicar que su representada permitió la fabricación, el uso y la portación de las facas dentro de la Unidad Penal, por la simple razón que nadie puede impedir algo que no conoce su existencia.

Impugnan los distintos rubros en particular, y ponen de resalto que la actora en su escrito de demanda omite determinar el monto por el cual reclama cada uno de los mencionados rubros, limitándose a efectuar una estimación del valor total reclamado, cuyo monto no encuentra fundamento, careciendo de toda indicación respecto de las bases en las cuales se funda la misma.

Citan jurisprudencia aplicable al caso. Peticionan en la forma de estilo.

3.- A fs. 297 se dispone la apertura de la causa a prueba y se fija audiencia preliminar (art. 360 CPCC), luego celebrada según acta de fs. 305. Frustrada allí la alternativa conciliatoria, se proveen las pruebas ofrecidas por las partes.

A fs. 340 se realiza audiencia de prueba, en la que se recibe la declaración de 4 testigos propuestos (Elías, Ulloa, Ortiz y Spaijer). Y con posterioridad una complementaria celebrada a fs. 429 (testigos Pérez y Sáenz).

A fs. 361 se tiene por desistida la prueba pericial psicológica ofrecida por la parte actora.

A fs. 391 se certifican las pruebas efectivamente producidas. Luego, las partes desisten de la prueba testimonial pendiente (fs. 400 y 429), y a fs. 432 se clausura el período probatorio y se ponen los autos a disposición para alegar, facultad que sólo ejerce la parte demandada mediante su alegato agregado a fs. 445/448.

A fs. 450 se pronuncia el llamamiento de autos para sentencia (firme y consentido);

Y CONSIDERANDO:

4.- Derecho temporalmente aplicable.

En primer término, y en función de la entrada en vigencia en fecha 01/08/2015 del Código Civil y Comercial de la Nación (leyes 26.994 y 27.077), dejo sentado que para efectuar el análisis de la responsabilidad civil relativa al hecho que motiva este litigio, se aplicarán las disposiciones legales que regían en el momento que el mismo sucedió (09/09/2012); ya que de otro modo se estaría aplicando la ley de manera retroactiva, lo que expresamente prohíbe el ordenamiento jurídico (art. 3 CC y art. 7 CCyC).

5.- La litis.

La accionante demanda el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la muerte de su hijo Víctor Ricardo Tapia, producida como consecuencia del ataque propinado por otros internos del establecimiento penitenciario N° 5 de la ciudad de Cipolletti, donde se encontraba alojado cumpliendo una pena de prisión por el delito de robo calificado.

Basado en ello, endilga responsabilidad al Estado Provincial por cuanto el hecho dañoso aconteció dentro de las instalaciones del penitenciario, incumpliendo de este modo el deber de guarda que posee frente a los reclusos.

Contrariamente, la parte demandada postula que no existió falta de servicio, que el hecho que causó la muerte de Tapia no puede atribuirse a su parte en el marco del art. 1112 del Cód. Civil; que el accionar de los agentes del servicio penitenciario fue conforme a la observancia de las previsiones de la ley N°4283.

Y como eximente de responsabilidad opuso que el evento que tuvo como resultado la muerte del interno, dada las circunstancias que lo rodearon, en particular el motín acontecido la noche anterior que causó daños en las celdas dejándolas con las esclusas abiertas y excediendo ello el accionar disuasivo de los agentes penitenciarios, configura un "caso fortuito" (art. 514 Cód. Civil), en tanto aun previsto no pudo evitarse.

6.- Derecho sustancial que rige la responsabilidad civil del caso. Cargas probatorias.

Sabido es 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.

Que 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 estar 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.

Por ello, resulta útil lo que al respecto sostuvo nuestro máximo tribunal nacional 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).

En la misma dirección, el Procurador General ha explicado claramente la cuestión 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 coincidente dirección se ha referido nuestro Superior Tribunal de Justicia sobre 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) y Huinca (STJRNS1 Se. 81/14), y más recientemente en autos Jara Zuñiga (STJRNS1 Se 57/17), 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 RÍO NEGRO s/ORDINARIO s/CASACION? (Expte. N° 26476/13-STJ- Sentencia N° 54-2014).

Así también, 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).

Más cercano en el tiempo, el Superior Tribunal de Justicia se ha expedido al respecto en autos Jara Zuñiga mediante sentencia del 14 de julio del 2.017, y sostuvo que: " (...)

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 RÍO NEGRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO) s/CASACION? (Expte. N° 28895/16-STJ) CS1-250-STJ2016 Sentencia 57 del 14/07/20179.

Entonces, de la interpretación armónica de los precedentes citados, resulta 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 o incluso en modo irregular o extralimitado 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.

Tampoco puedo soslayar que la elaboración jurisprudencial y doctrinaria 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 (...)".

De este modo, de conformidad a las circunstancias bajo las que el proceso discurriera, 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, Tº 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).

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 "Baiajera, 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. 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.

Y con relación a la verdad objetiva, debo aclarar que en función de las reglas de interpretación de la prueba basadas en la sana crítica hay una ligazón inescindible entre verdad objetiva y convicción judicial, de modo tal que ambas confluyen para la solución de todo caso traído al examen de los jueces.

De acuerdo a ese marco de derecho aplicable, una vez probado los extremos invocados a cargo de la actora en relación a la responsabilidad objetiva de la accionada, se traslada a la demandada la carga de acreditar su ruptura, por algún acto o hecho que no le sea atribuible (en este caso puntual, el ?caso fortuito? invocado).

7.- Prueba del hecho y sus circunstancias.

En primer término, destaco que el hecho alegado por la actora como sustento fáctico de su pretensión resarcitoria (el homicidio de su hijo) viene reconocido en cuanto a su existencia histórica como consecuencias de las actuaciones tramitadas en sede criminal, agregadas por cuerda, caratuladas "CAMPOS FERNANDO, PENA PABLO, POBLETE DIEGO, FLORES EVARISTO, FLORES RICHARD s/HOMICIDIO SIMPLE" (Expte. 1105/14/1R) de trámite por ante la Cámara Criminal I.

Que vinculado a lo expuesto, es dable advertir que todas aquellas cuestiones que el juez penal debe necesariamente resolver: si hubo acción, como fue su dinámica, si la misma

fue típica, antijurídica y culpable. Tales resoluciones "influyen directamente sobre las decisiones del juez civil..." (Creus, Carlos, *Influencias del Proceso Penal sobre el Proceso Civil*, pág. 69, y nota N° 171).

Y que la solución impuesta por el art. 1102 del Cód. Civil alcanza igualmente al civilmente responsable, es decir a aquellos demandados en sede civil distintos al autor del delito, tal el supuesto de autos en que se persigue indemnización de la Provincia de Río Negro por la falta de servicio (conf. Creus, Carlos, op. cit., pág. 92; Llambías, Jorge J., op. cit., pág. 404).

Consecuentemente, por aplicación de los principios expuestos, habré de tener por debidamente acreditado que "El día 9 de septiembre de 2012, siendo aproximadamente las 9:40 hs., los imputados Raúl Fernando Campos, Evaristo Flores y Diego Alberto Poblete, todos alojados en la celda 7 del pabellón "B" del EEP N° 5, sito en zona determinada "Paraje El Treinta" de esta ciudad, por rencillas anteriores, acordaron dar muerte a Ricardo Tapia alojado en la celda N°2 del pabellón "A", ubicada enfrente, de manera que se armaron con lanzas y facas (armas blancas) y marcharon de un pabellón a otro, a través del patio interior y lo atacaron entre todos y al mismo tiempo en forma material y moral, manteniendo la convergencia intencional e irreductible de darle muerte, lo que le impidió a Tapia -que se encontraba en el pasillo del pabellón A- defenderse del ataque simultáneo, cayendo al piso sobre el lado interior de la celda 3, donde aquellos continuaron con la agresión material, mientras Tapia atinaba a cubrirse y pedir ayuda. La víctima, durante dicha agresión, sufrió una herida penetrante a la altura de la axila izquierda, que le perforó el pulmón izquierdo, aurícula izquierda y arteria pulmón izquierdo, que provocó una gran hemorragia interna que finalmente le causó la muerte".

8.- Acerca de la responsabilidad del Estado Rionegrino.

La actora atribuye responsabilidad al Estado Provincial Rionegrino por la omisión del deber de seguridad que pesaba en cabeza de los miembros del servicio penitenciario, quienes han faltado a su labor de control de las celdas, siendo clara muestra de ello que los atacantes del Sr. Tapia portaban armas fabricadas por ellos mismos (armas blancas). La demandada sostiene en su defensa que el proceder los agentes carcelarios fue el correcto, y que el ejercicio de sus funciones ha sido en observancia de las reglas de la actividad propia de los mismos. Que se debe tener presente el contexto en que se desarrollaron los hechos: un motín por parte de los reclusos que genera graves daños a la estructura penal, el estado de emergencia carcelaria dispuesto por la ley; y lo rápido y

confuso de los acontecimientos en que se produjo la muerte del Sr. Tapia.

Remitiéndome a las actuaciones penales vinculadas a la causa, en orden a las actuaciones preliminares en la investigación del suceso acaecido, fueron recabados los testimonios de los detenidos bajo identidad reservada, y varios de los mismos refirieron que el día anterior (08/09/2012) alrededor de las 19 hs. se desató un motín. Dijeron que "...comenzaron a reventar los candados y rejas... a prender fuego y romper todo, tapando sus rostros con distintas prendas?" (fs. 2). "...No sé cómo un sujeto del sector B rompe un candado de las puertas de las celdas y sale y comienzan a romper los otros candados y a revolucionar todo, comenzando a encender fuego los colchones, cortaron la electricidad... Después de las 00,45 se normalizó todo..." (fs. 8). "...Que en el día de ayer, siendo alrededor de las 18:00 de la tarde, en circunstancia que llegaba a mi celda luego de la visitaescucho voces de discusiones, pero como es habitual escuchar este tipo de cosas, no me metí para nada. Continuamente y dado que había muchas voces al mismo tiempo, divisa que las puertas de los pabellones se encontraban abiertas en razón que los internos habían roto las cerraduras de las rejas, Seguidamente por esta acción tomaron control de los pabellones desconociendo la razón. Esta situación se resolvió posteriormente tras hablan con el Juez..." (fs. 52).

A fs. 60/63 de los autos penales indicados, obra declaración testimonial de los agentes penitenciarios Héctor Horacio Pérez y Julio Sebastián Sáez -quienes también fueron ofrecidos en calidad de testigos en estas actuaciones-, y de los cuales surge que el primero declara "... que en el día de la fecha, recibimos el servicio a las horas 7:45 aproximadamente, y procedemos a hacer el recuento diario, observando daños en las cerraduras de unas esclusas que daban al pasillo central de los pabellones y la falta de algunos candados de estas mismas esclusas, que dan al pasillo central, como así también constaté la destrucción total del sector de celaduría, éstas estaban totalmente quemadas, incluyendo el tablero central de las llaves térmicas de energía eléctrica. Que aproximadamente siendo las horas 09:00 de la mañana, observamos que algunos internos comienzan a abrir todas las esclusas que separan las celdas, incluyendo las que separan el Sector A y B, que se encuentran comunicados por el patio, que todas estas estaban sin candado, y al mismo tiempo que intentábamos reintegrarlos, es en ese momento que oímos que se estaba desarrollando una pelea en la celda N° 3 del pabellón A, por lo que rápidamente convocamos al personal de requisa y al encargado de turno, observamos de la esclusa de acceso al Pabellón A, tratando de identificar a los internos involucrados en la pelea y allí logro identificar al interno Poblete Diego y al interno

Flores Evaristo, que estaban atacando físicamente a una persona que estaba tirada en el piso. Flores lo atacaba con una faca que tenía en sus manos, mientras que Poblete tenía un fierro en sus manos, fierro que era mucho más grande que el que tenía Flores, y con este fierro atacaba a la persona que estaba sobre el suelo y que posteriormente comprobamos que se trataba del interno Tapia Víctor Ricardo. Mientras que el otro interno que estaba involucrado en la pelea era Martínez Miguel Ángel, quien recibió varias heridas cortantes. Después de que terminó la pelea, es que Poblete Diego junto a Flores Evaristo que también se retira de la celda 03, con el elemento punzante que también lo llevaba en sus manos. Luego de que Poblete regresa al pabellón, continúa con las agresiones verbales y amenazas, e invitaciones a pelear, dirigidas a Martínez. Es en ese momento que se acerca Tapia Ricardo a la esclusa de acceso del pabellón A, desplomándose sobre la misma y luego cayendo al suelo..." (fs. 60 y vta.).

Asimismo, el Sr. Sáez manifestó que "...en el día de la fecha, siendo media mañana, no pudiendo precisar la hora exacta por carecer de reloj, en circunstancia que se encontraba en compañía de sus compañeros de trabajo el encargado de servicio Ferreyra Alberto; el celador Agte. Pérez Héctor, Agte. Yáñez Yonatan y otros empleados más, los cuales no sabría decir quiénes eran, se encontraban parados en la reja de entrada al pasillo interno que comunica la celaduría con el ala "A", de mediana seguridad, cuando él llama la atención unos gritos de amenazas que provenían de la celda 3, de la mencionada ala, es cuando observan salir de la misma al interno Flores Evaristo, y detrás de él al interno Poblete Diego, quien tenía en sus manos un fierro largo punzante, quien al mismo tiempo que seguía gritándole a alguien desafiándolo a pelear, en eso lo observa como que se agacha, al mismo tiempo que con el fierro hacia el movimiento como si estuviera clavándose a algo o a alguien, dos o tres veces, para luego salir corriendo junto a Flores Evaristo hacia el sector del ala "B", pasando por el gimnasio, siempre con el elemento en la mano, al llegar a su sector Poblete, levantando el fierro en alto y gritando, desafiaba al interno Martínez Miguel Ángel, quien salía de la celda 3 del ala A, en eso que se insultaban, sale recostado contra la pared, llega tambaleándose hasta donde se encontraban ellos y se desvanece ahí, sin alcanzar a decir nada, al mismo tiempo que salen de su celda (1 del ala A), los internos Zapata Armando y Muñoz Nicanor, y por el pasillo se acerca corriendo Flores Antonio, quienes al mismo tiempo que lo levantaban gritaban que abran las esclusas, para sacar al interno lesionado, es que alguno de los celadores abre la esclusa, sin alcanzar a ver quien fue y los internos sacan al interno Tapia fuera del ala "A", por lo que al observar que las esclusas exteriores se

encontraban cerradas, por lo que anticipándose fue solicitando a los celadores del puesto de requisa, que la fueran abriendo, hasta llegar a la calle donde se encontraba el móvil de la Unidad, al cual le abrió la puerta para que suban al interno lesionado en el asiento trasero..." (fs. 62/63).

Entonces, puede afirmarse que efectivamente la noche anterior al día del homicidio del interno Tapia, sucedió en el establecimiento un motín activado aparentemente por los internos de los pabellones "A" y "B", que rompieron candados de las esclusas, provocaron daños en las rejas corredizas internas, iniciaron fuego y provocaron un corte de luz y una serie de disturbios. El motín logró ser desactivado alrededor de las 02:00 de la madrugada, con la intervención del juez, donde cada uno volvió a su celda.

Ahora bien, con el panorama descripto, es recién al otro día que los agentes Pérez y Sáez afirmaron que al momento de tomar su turno alrededor de las 07:45, observan los daños descriptos. Nada surge de las constancias de la causa penal sobre cuáles fueron las medidas que correspondía aplicar ante tal situación y si eventualmente habían recibido órdenes de acción.

Sumado a ello, los testigos refieren que cerca de las 09:00 horas de la mañana del día 09 de septiembre, se comienzan a escuchar gritos, que los internos del pabellón "B" ingresan al pabellón "A" en razón de estar justamente rotos los candados, los propios celadores dijeron que vieron internos blandiendo armas y detectaron que existía una pelea en la celda 3 del pabellón "A". Sin embargo, no ha quedado claro y tampoco ha sido acreditado, cuál es el protocolo de acción en estos casos.

El testigo Pérez ya en esta instancia dijo que "...los internos estaban alterados y habían roto un par de esclusas de contención, habían tomado un par del pabellón y no se podía ingresar. Claro, nosotros (los celadores) no entramos". A la pregunta sobre qué medidas se toman en una situación así para contener a los internos, respondió que "Nosotros en el puesto donde estás, informar de la situación y la superioridad determina, pero se llama apoyo externo porque nosotros no tenemos armas, no tenemos nada, entonces cuando hay altercados así se avisa a la superioridad inmediata tuya, ellos avisan a la de ello, y hay una cadena de mando y ahí se toman las medidas que ellos consideran pertinentes. En esa oportunidad estaban esperando que vaya apoyo de un grupo especial, para contener a los detenidos".

Por su parte el Sr. Sáez, a la pregunta sobre qué rol asumen Uds. como celadores ante una situación así, respondió que "Llamar enseguida a los compañeros para que vengan a ayudar, por si había disturbio, porque había muchos ruidos y sectorizar todo, todos los

pabellones. Es decir, cada una celda había una reja y se cerraba, hacía una o dos celdas más y se cerraba, estaba todo sectorizado. Entonces en ese momento se cruzaban todas, y pusimos candado, y entonces ahí no había manera de que los internos se crucen. Pero en ese momento en que se escuchaban gritos no sabíamos que hacer, porque no había tiempo, como el interno bajó, yo vi que estaba todo abierto, el interno bajó, el otro interno que le hizo daño a este interno se pasó a su pabellón, yo veo que se acerca contra la pared venía arrastrando y se cae". Se le preguntó por qué supone que se habría pasado este interno de un pabellón a otro, a lo que dijo "Porque en la parte donde estaban, estaba abierta la esclusa. Entre las rejas había plástico, se veían internos que se cruzaban, no sé decirle si uno o dos internos, se veía como la sombras de los internos que pasaban de un pabellón a otro y gritos". Y se le consultó que otra medida se tomaba, respondió que "Después de eso, también poníamos candados, no sé si en ese momento o después, no sé si lo alcanzaron a romper el candado, no me acuerdo si tenía candado o no tenía candado, lo que si me acuerdo que el pasador estaba abierto y la reja corrida, corrieron la esclusa y pasaron para el otro pabellón".

De este modo, siendo que la situación referida a la rotura de candados y de las rejas corredizas de las celdas fue una cuestión que se detectó luego de ocurrido el motín, y ciertamente con el antecedente de la revuelta ocurrida la noche anterior, no surge que en forma efectiva se hayan tomado medidas para restaurar la situación "normal" del establecimiento penitenciario oportunamente.

El motín había sucedido el día anterior, desactivando la situación en la madrugada, y luego de ello, es recién al día siguiente -cuando se realiza el cambio de turno-, que se efectúa un relevamiento de la situación referida a la seguridad de las esclusas, sin haber tomado medidas aparentes antes del horario de cambio de turno.

Que como ya fuera mencionado, en tal supuesto la responsabilidad del Estado Provincial no resulta refleja o indirecta -por el hecho de los dependientes que por entonces prestaban servicios en la unidad carcelaria, sino que -en su caso- se activa de manera directa por la irregular prestación del servicio de policía de seguridad o custodia de los detenidos bajo su control.

Que por otra parte debo señalar que tratándose de actos omisivos la responsabilidad del Estado sólo se activa cuando la omisión resulta antijurídica, lo que impone verificar previamente que sea razonable que aquél actúe en determinado sentido para evitar los daños en los bienes o en la persona. De modo que la configuración de dicha omisión antijurídica requiere que el Estado incumpla una obligación legal expresa o

razonablemente implícita. Ello así en tanto "...no es dable asignar a un deber genérico de la Administración una amplitud tal que lleve a la absurda consecuencia de convertir a ella en responsable de las consecuencias dañosas de cualquier omisión extraña a su intervención directa..." (Hutchinson Tomás, "La responsabilidad del Estado por inactividad. La omisión en el control o vigilancia de los concesionarios de servicios públicos", Revista de Derecho de Daños, T. 2007-2, La Omisión en el Derecho de Daños, págs. 100/1; conf. C.S.J.N., "López Casanegra Antonio c/Prov. Santiago del Estero", 15-08-2006, "Sosa Miguel", 16-12-92, "Gobierno de la Provincia de Buenos Aires", 7-11-89; Bielsa Rafael, Derecho Administrativo, T.IV, p. 1).

De tal modo, no solo no advierto prevención, sino que no se observan medidas de control oportunas que sirvan para prevenir. El agente Pérez señaló que no había cámaras de control, que las mismas fueron puestas después. A su vez, el Sr. Sáez dijo que el estado del establecimiento era regular, que existían muchas cosas que corregir, entre ellas manifestó por ejemplo las esclusas, que son utilizadas para sectorizar y separar las celdas para que los internos no tengan paso, los internos podían pasar la mano porque tenía un tejido fino, y correr las trabas. Otra situación es la referida a las celdas, que si bien se cerraban, dijo que con una patada o algo se abrían de nada, y eso básicamente se había avisado. Asimismo, que todas estas irregularidades que se observaban, habían sido informadas, ello con anterioridad a la muerte de Tapia.

A su vez, dijo el Sr. Pérez que en general tendría que haber un enfermero y un médico ya disponible, a veces no hay. Que en el momento particular del hecho fueron ellos quienes cargaron al interno en un móvil y lo llevaron al hospital. En ese momento en particular me parece que lo cargamos al auto y lo llevamos al hospital. Y antes hizo referencia que en ese momento el móvil no era un patrullero ni un móvil adecuado, sino que era un "polo verde" que era un auto secuestrado, que antes tenían un Renault 12.

La ley provincial N° 4283 dispone como una de las funciones específicas del Servicio Penitenciario la de velar por la seguridad y custodia de las personas sometidas a medidas procesales, asegurando que el régimen penitenciario contribuya a preservar o mejorar su educación y salud física y mental, así como la de adoptar las medidas de seguridad legalmente establecidas en el ámbito de su jurisdicción (art. 3, inc. c y g).

Que así las cosas, y ante el homicidio del interno recluso bajo control de la unidad penitenciaria, resulta evidente que el servicio de custodia sobre los detenidos ha sido prestado de manera irregular, por ineficiencia u omisión.

Sin embargo la omisión del Estado Provincial -en rigor para el caso: comisión por

omisión-, y los daños derivados del homicidio del Sr. Tapia, no bastan por sí solos para activar la responsabilidad estatal, pues a tal fin resulta necesario además -por cierto como en cualquier supuesto en que se juzga la responsabilidad civil- que entre la acción antijurídica y el daño medie una relación o nexo de causalidad. Así, el daño es el efecto del obrar antijurídico imputable que reviste el carácter de causa (conf. Mosset Iturraspe Jorge, La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual, en Revista de Derecho de Daños, T. 2003-2, Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil, págs. 59 y sgtes.).

Por ello se ha dicho que en efecto, "...se configura la responsabilidad del Estado por falta de servicio cuando, en definitiva, el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente, debiendo valorarse la relación causal entre la mala organización del servicio y el daño infringido..." (Galdós, op. cit., pág. 31).

Que a los fines de verificar la existencia de la relación de causalidad adecuada es necesario efectuar un juicio de previsibilidad objetiva mediante un pronóstico retrospectivo, a fin de determinar si el resultado dañoso acaecido acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas (conf. arts. 901 a 906, y arg. art. 909 del Cód. Civil). Se trata así de un pronóstico póstumo y objetivo una vez sobrevenido el acontecimiento (conf. Mosset Iturraspe, op. cit., págs. 66, 67 y 69).

Dicho en otras palabras, y más directamente, debe determinarse mediante un pronóstico retrospectivo si era previsible para la autoridad carcelaria, según el curso natural y ordinario de las cosas, y en las particulares circunstancias del caso, que ocurriera el hecho.

Adelanto que -a mi juicio- el mencionado interrogante merece respuesta positiva.

En efecto, la agresión de los otros internos -por la causa que fuera- constituye un hecho previsible, que bien pudo evitarse si el establecimiento se hubiera encontrado en las condiciones apropiadas para el cumplimiento de sus fines.

Que a sabiendas del hecho del motín, no surge que se hubiere aumentado el personal de custodia hasta la restauración de las esclusas rotas, tampoco se encuentra informado en autos cual es la cantidad de personal que se encontraba ese día en cumplimiento de funciones, y si el mismo era acorde a la cantidad de detenidos. Que no existían sistemas alternativos de control y vigilancia tales como cámaras en determinados lugares que permitan un control (siempre respetando el derecho a la intimidad) u otros medios alternativos eficientes para garantizar el bien tutelado.

Todo ello hubiera permitido un control más riguroso y seguro de los detenidos, y de los

elementos que portaban cada uno o trataran de ingresar al pabellón.

Como asimismo hubiera desalentado la posibilidad de riñas o peleas, y en su caso hubiera servido para brindar una atención inmediata a quienes pudieran verse afectados en su integridad física y/o salud.

Del análisis efectuado en la causa y de los elementos probatorios obrantes en la misma he de concluir que no se ha cumplido con la obligación a cargo.

Que en tal sentido es dable destacar que sobre el Estado Provincial pesa una obligación legal de prestar el servicio penitenciario, y anexa a ella una obligación accesoria de garantía o seguridad -débito de indemnidad- que le impone velar por la custodia y seguridad de los detenidos en establecimientos carcelarios, asegurando su integridad física y moral, en tanto se encuentran confiados a su cuidado, privados de la libertad ambulatoria, y aún de la posibilidad de defenderse frente a ataques de terceros.

Que este último deber constituye una obligación de resultado, cuyo incumplimiento genera responsabilidad objetiva, de modo tal que el Estado sólo podría eximirse mediante la acreditación del casus (caso fortuito o fuerza mayor), o de la ruptura del nexo causal por culpa de la víctima o de un tercero ajeno, en este último caso, en situaciones excepcionales, pues en principio tratándose de un supuesto de responsabilidad por violación de un deber de garantía, un interno del establecimiento carcelario no puede ser considerado tercero por quien no se deba responder.

Que por el contrario, lejos de encontrarse acreditada alguna de las mencionadas causales de exoneración de responsabilidad, las constancias de la causa penal dejan evidenciada la gravedad de la situación del Establecimiento Penitenciario N° 5 de esta ciudad, conforme a las consideraciones precedentes.

Nótese que los propios agentes penitenciarios que rindieron testimonios tanto en sede penal como en la presente, refirieron no tener claro el protocolo de acción en estos casos, limitándose su accionar sólo a cerrar las esclusas y sectorizar las zonas de conflicto, que no pueden acceder porque ellos no portan armas y solo deben informar a sus superiores la existencia de algún problema, y estos a su vez seguir la cadena de mando hasta avisar al Director. También hicieron mención que eran agentes nuevos, sin experiencia en este tipo de conflictos.

De este modo, puedo concluir que a la fecha del trágico acontecimiento, el personal de guardia no logró actuar de modo eficiente a los fines de prevenir los hechos que le costaron la vida a Tapia, habiendo demostrado falta de aptitud eficaz que permitan asistir en forma oportuna a los damnificados ante el conflicto desatado.

Que por todo lo expuesto considero que el Estado Provincial resulta civilmente responsable por la muerte de Víctor Ricardo Tapia.

9.- Daños reclamados.

Establecida entonces la responsabilidad del Estado Provincial, por el fallecimiento del hijo de la accionante, corresponde analizar la procedencia del reclamo indemnizatorio, pues acreditada la existencia de una acción antijurídica y corroborada la titularidad del derecho en cabeza de la damnificada, se impone la obligación de reparar el daño causado (arg. arts. 1067, 1068, 1069 Cód. Civil).

Recuerdo que aquellos daños que se alegan y por cuya reparación se reclama, deben ser comprobados seriamente, puesto que no puede su existencia basarse solo en presunciones, sin caer en el riesgo de provocar una injusta distribución económica entre las partes; puesto que, en el marco del proceso civil con base en la responsabilidad objetiva, en el que nos encontramos, las decisiones judiciales tienden a ¿reparar? los perjuicios sufridos por quien deba responder por ellos, recomponiendo la situación anterior al evento dañoso, en la medida de lo posible; sin obviar que en su resultado debe ser resguardado el equilibrio justo entre los patrimonios de las partes, sin promover que se constituyan en fuentes de enriquecimiento sin causa.

Dejo en claro, además, que las sumas pretendidas en el escrito de inicio no configuran límite alguno a la facultad decisoria del órgano jurisdiccional, si el pedimento no se sujetó estrictamente a una suma determinada, sino que quedó diferido a "lo que en más o en menos resultara de la prueba", y en tal sentido, por tratarse de uno de los supuestos mentados por el art. 330 última parte del Código Procesal, es posible que en la sentencia su fijación supere lo estimado por la parte, si se acredita que la cuantificación del daño debe ser mayor. Sin que lo anterior importe incongruencia.

Con tales alcances, se abordará a continuación el análisis de los distintos rubros reclamados en autos.

9.1.- Daño moral: Se planteó en la demanda que es dable entender y merituar con alto grado de consideración, como la muerte del hijo le causa daños al espíritu y sentimiento de una madre, y en este caso puntual, la Sra. Mercedes Gómez, quien está sufriendo enormemente al ver frustrados sus sueños de tener a su hijo nuevamente en casa, y máxime si ya restaba poco tiempo para su libertad.

Se ha dicho que "El daño moral importa una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, o con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su

capacidad de entender, querer o sentir, lo que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial" (PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 641). "Así pues, el daño moral puede traducirse en sentimientos, situaciones psíquicas dolorosas, incómodas o aflictivas, pero igualmente en la pérdida de afectos puntuales o expectables y hasta de la aptitud para experimentar afectividad, o en una imposibilidad para encontrarse o arribar a una condición anímica deseable, valiosa o siquiera normal". (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Tratado de daños a las personas. Disminuciones psicofísicas, Astrea, Buenos Aires, 2009 t. 2, ps. 393-394).

"En cualquier hipótesis, se valora no sólo la emotividad conculcada, sino el mal existencial mismo: pérdidas de beneficios espirituales, que se constatan en adelante, y captables objetivamente aunque conciernan a la subjetividad de la víctima. Hay un 'capital moral' del ser humano, integrado por todo lo que éste 'es' en sustancia; no únicamente sus bienes espirituales presentes sino también los futuros previsibles. Esa riqueza existencial de la persona se lesiona no sólo por vía de pérdida actual, sino igualmente impidiéndole gozar en el porvenir alguna faceta de plenitud, realización o superación, en sentido amplio: individual o social. Esta concepción desborda la identificación del daño moral con el dolor, y lo proyecta a un menoscabo en donde la persona vive peor que antes, aun cuando no exprese padecer alguno y hasta logra adaptarse de algún modo a la situación nociva" (Zavala, ob. cit., 2009, t. 2, p. 395).

En general se afirma que, a partir del vínculo familiar íntimo dado por la calidad de ascendiente, descendiente o cónyuge del damnificado con respecto a la víctima fallecida, opera una suerte de presunción de daño, una especie de daño in re ipsa, siendo el responsable del hecho dañoso quien debe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un daño moral. "Aunque no se hubiese rendido prueba alguna sobre el sufrimiento, éste es presumible en familiares cercanos, salvo demostración en contrario; aunque, desde luego, los elementos de juicio que se aporten puedan ser eficaces para redimensionar la indemnización en comparación con un padecimiento evaluado sólo a nivel presuntivo" (ob. cit.).

Por eso, en la jurisprudencia se valora tanto la gravedad objetiva del menoscabo como su repercusión individualizada según la situación de la víctima: "Dado que la reparación no se hace en abstracto sino concretamente en cada caso, es justo que la indemnización del daño moral esté en relación con la magnitud del perjuicio, dolor o afección cuyo

menoscabo, lesión o ataque se repara, lo que no se desvirtúa por el hecho de que el método de conocimiento de ese perjuicio opere inicialmente por criterios medios, es decir, a través de generalizaciones u objetivaciones de índole presuncional" (CNCiv., sala B, 4-5-2005, D. J. 2005-3-252).

Analizada las características particulares del caso, deviene natural que la desaparición física del hijo de la actora haya importado un enorme dolor espiritual, agravado por las circunstancias en que se produjo y su natural incidencia sobre los sentimientos de la damnificada.

Los testimonios de Elsa Spajier, Juan Daniel Elías, María Laura Ortiz y Roxana Andrea Ulloa, vecinos de la localidad que dijeron conocer a la Sra. Gómez, y que sabían que el hijo vivía en el mismo domicilio, afirmaron haber visto a la señora mal, que después de lo que pasó ella entró en decaimiento, andaba muy triste.

Importa agregar que no ha sido llevada adelante prueba pericial psicológica, la que se tuvo por desistida por no haberse depositado por parte de la actora el adelanto de gastos solicitado por la especialista designada.

Cabe referir que "La muerte de un hijo provoca el mayor de los daños morales que el ser humano pueda sufrir, aunque en algunos casos no produzca ningún daño material. Asimismo a mayor edad más intenso es el sufrimiento o alteración disvaliosa de los estados de ánimo. Frente a estos casos, la valoración del daño moral no solo debe ceñirse al dolor, sino que necesario contemplar todo aquello de lo que es privado". (0.067972 H., A. M. vs. S., A. I. s. Sumario "Daños y perjuicios"///Cim. Apel. Sala CC, Concepción del Uruguay, Entre Ríos; 27/10/1998; Dirección de Biblioteca y Jurisprudencia del Poder Judicial de Entre Ríos; RC J 4443/08).

A los fines de la determinación de los montos correspondientes al daño moral, ha de tenerse en cuenta que dicha indemnización no repara in natura el daño, sino que cumple la finalidad de permitir establecer eventuales placeres compensatorios o satisfacciones sustitutivas, como actualmente refiere el art. 1741 del Código Civil y Comercial, como ya venía siendo sostenido por la doctrina y jurisprudencia.- "En tal sentido, se recuerda que la indemnización por daño no patrimonial no es una pena, sino que se debe "comprender que significa un resarcimiento: se entrega a la víctima un bien por su mal, cualquiera sea el destino que confiera a la indemnización [...] Se ha precisado que, como no es factible establecer una ecuación entre dolor e indemnización, debe introducirse un tercer término: el valor de los bienes elegidos al efecto del consuelo. Esa tesis sobre los 'placeres compensatorios' conduce a la indagación de los 'bienes o

servicios sustitutos\ del daño moral, que podrían adquirirse o gozarse con la indemnización". "Precisa con razón Iribarne que "es imposible sostener la demasía o la insuficiencia de una indemnización sin cotejarla con los valores de los bienes corrientes que permite adquirir, o sin evaluar su virtualidad como fuente generadora de rentas". Pero así como "el daño moral no se reduce al dolor sino que comprende todo desmedro existencial, la indemnización también debe cubrir una amplia función satisfactoria o compensatoria, no circunscripta a placeres en sentido hedonista o a satisfacciones sensuales. Existen muchos bienes y servicios para asistir y satisfacer intereses espirituales (salud, educación, recreación) que tienen valor de mercado, y no procuran lujos sino que cubren necesidades". ("La cuantificación de los daños en los supuestos de lesiones, incapacidad física, psíquica o muerte", Autor Werlen Cristian. Cita: RubinzalCulzoni D 119/2018 Tomo: 2017 3 Cuantificación del daño. Revista de Derecho de Daños).

Ahora bien, no es fácil determinar el importe tendiente a resarcirlo porque ? justamente - no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas del perjudicado, a los padecimientos que experimenta y a la incertidumbre sobre su restablecimiento, en síntesis, a los agravios que se configuran en el ámbito espiritual de la víctima, que no siempre resultan claramente exteriorizados.

Su monto, así, queda librado a la interpretación que debe hacer el sentenciante a la luz de las constancias aportadas a la causa, tratando siempre de analizar, en cada caso, sus particularidades, teniendo siempre presente que su reparación no puede ser fuente de un beneficio inesperado o enriquecimiento injusto, pero que debe satisfacer, en la medida de lo posible, el demérito sufrido por el hecho, compensando y mitigando las afecciones espirituales sufridas.

En tales condiciones, teniendo en cuenta las pautas expuestas precedentemente, las circunstancias particulares de la causa y las propias de la víctima y de su madre damnificada, como así también la índole del hecho generador, fijo el resarcimiento por daño moral en la suma de \$ 550.000.-, así cuantificado ?como deuda de valor? a valores actuales a la fecha de esta sentencia (art. 165 CPCC).

Por lo tanto, tal importe solamente devengará los intereses desde el dictado de la presente, en caso de incumplimiento de la condena dentro del plazo que se fijará, conforme tasa judicial de aplicación (cfr. precedente ?FLEITAS? del STJRN y/o la que en el futuro pudiera establecerse).

9.2.- Daño psicológico: Además de la reparación por las aflicciones morales, el

mandante reclamó de manera separada un resarcimiento por el daño psíquico que afirmó haber sufrido la Sra. Gómez como consecuencia del fallecimiento de su hijo. Al respecto, adujo que la actora claramente ha sufrido una perturbación en su equilibrio emocional, y una alteración en su personalidad, quien ya no es la misma persona de antes y más si se tiene en cuenta que ese daño deriva de un hecho traumático que causa un impacto en la integridad del individuo por un hecho súbito e inesperado.

Desde la psicopsiquiatría forense se entiende por daño psíquico toda forma de deterioro, detrimento, disfunción, disturbio, alteración, trastorno o desarrollo psicogénico o psicoorgánico que, impactando sobre las esferas afectiva y/o intelectual y/o volitiva, limita, sea en forma transitoria o permanente, la capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa. Dentro de las notas constitutivas del daño psíquico, tenemos: 1) exigencia de un hecho traumático significativo en la historia vital del sujeto; 2) constatación pericial de un síndrome claro y preciso (cuadro esencialmente desadaptativo y, por ende, psicopatológico); 3) causal de limitación real del psiquismo; 4) nexo causal o concausal debidamente acreditado; 5) cronificado o jurídicamente consolidado (conf. CASTEX, Mariano N., "El daño en psicopsiquiatría forense", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, ps. 29 y 31).

Desde una perspectiva jurídica, Daray delimita al daño psicológico como "la perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológico, producida por un hecho ilícito, que genera en quien la padece la posibilidad de reclamar una indemnización por tal concepto a quien la haya ocasionado o deba responder por ella" (Hernán Daray, "Daño Psicológico". Ed. Astrea, 2º Edición, pág. 16).

Empero, no toda alteración anímica a consecuencia del hecho constituye lesión psíquica en sentido propio. Ésta constituye una enfermedad (más o menos estable o bien transitoria o accidental); en su virtud y por ejemplo, no hay daño psíquico en el sentido estudiado respecto de la perturbación anímica que de ordinario acompaña a dolores emergentes de un daño físico, en tanto no se advierta aquel matiz patológico.

Ahora bien, aunque admito tal autonomía (solo conceptual) del daño psíquico o psicológico, considero "en consonancia con la postura tradicional - que los daños a la persona concebidos desde las consecuencias que de ellos derivan y consiguientemente en su faz resarcitoria, solo pueden ser de tipo patrimonial (o material) o extrapatrimonial (o moral), según produzcan o representen un menoscabo directo sobre el patrimonio, o no (sobre el espíritu).

Partiendo de ello, concuerdo con la tesis mayormente afianzada en doctrina y jurisprudencia (entre otras diversas), que concluye que el daño psicológico no constituye un tercer género de daños entre el moral y el patrimonial, sino que ? como remarca Galdós - tiene un carácter dual. Pues el padecimiento de una lesión de este tipo puede incidir en forma indistinta y aún simultánea tanto en el daño moral como en el daño patrimonial (Galdós, Jorge M., ?Acerca de daño psicológico? JA 2005-I-1197 ? SJA 3/3/2005).

En esa línea se pronunció la CSJN, señalando que ?aunque se reconozca autonomía conceptual al daño psíquico o psicológico por la índole de la lesión que se causa a la integridad psicofísica de la persona, ello no significa que haya de ser individualizado como un rubro resarcitorio autónomo para ser sumado al daño patrimonial o moral (CSNJ, ?Mochi, Ermanno y otra c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios?, 20/03/2003. Fallos: 326: 847).

Implica lo que se viene exponiendo -y es importante distinguir- que el daño resarcible (esto es, lo que se indemniza y que constituye el presupuesto necesario para el surgimiento de la obligación pertinente) no es la lesión en sí misma, sino las concretas consecuencias perjudiciales que acarrea, sean patrimoniales y/o espirituales. Tal visión, desde mi punto de vista, es la que ha receptado el nuevo Código Civil y Comercial en los arts. 1726, 1738, 1740 o 1741, entre otros. Y si bien ese cuerpo normativo no resulta aplicable al caso en discusión (art. 7 CCC), es indudable su valor como pauta interpretativa.

Así, en general el daño psíquico puede constituir un daño patrimonial emergente o lucro cesante, por las erogaciones de asistencia médica, psicológica, psiquiátrica, farmacológica etc. y por la incapacidad que produce, y simultáneamente un daño extrapatrimonial por las aflicciones, dolores, molestias y padecimientos que provoca en el sujeto.

Considero entonces que la pretensión resarcitoria en cuestión - daño psicológico - debe analizarse bajo tal enfoque.

Y, por lo tanto, establecerse ahora si en el caso particular de autos se verifica un perjuicio en la psiquis de la pretendiente, Sra. Gómez, que ?tal como se postuló en la demanda- conlleve a una disminución de sus aptitudes psíquicas.

Sin embargo, tal como ya se dejó sentado, la prueba pericial psicológica no se efectuó en razón de no haberse depositado por parte de la interesada el adelanto de gastos de la perito, teniéndose a fs. 361 por desistida tal medida de prueba (conf. art. 463 del

CPCC).

Por consiguiente, no habiendo la parte actora rendido la respectiva prueba idónea, corresponde sin más desestimar el reclamo por daño psicológico autónomo.

9.3.- Daños y perjuicios: Bajo este acápite, tras citar los letrados mandatarios fallos jurisprudenciales en cuanto al tópico, sostuvieron que no cabe duda que el Estado tiene el deber de resarcir este daño como consecuencia de su incumplimiento al deber de seguridad de los reos, y que como consecuencia de ello, se produjo la muerte del Sr. Víctor Tapia.

Que en forma genérica, pretende el resarcimiento de los "daños y perjuicios", sin hacer mención o determinación de su contenido ni el interés lesionado, ni en su eventualidad, asignar pautas para cuantificarlo.

Y como rubro siguiente sostiene la pérdida de chance.

Que en atención a como ha sido planteado, y siendo que en definitiva lo que persigue es el resarcimiento por la pérdida de la vida de Tapia dentro del establecimiento penitenciario, queda configurada la presente petición en el rubro que a continuación desarrollaré.

9.4.- Pérdida de chance - Valor vida: Al respecto, la actora sostuvo que si el hecho antijurídico de un tercero interrumpe un proceso que podía conducir a obtener una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida al sujeto damnificado, la pérdida de chance debe ser resarcida. Que la viabilidad de la reparación no es cuestionada en la medida que se trate de una probabilidad fundada de beneficio económico que puede ser valorada en sí misma y se ve frustrada por la acción antijurídica del responsable.

Y en lo puntual, manifestó que el Sr. Tapia ya estaba por recuperar su libertad, le restaba muy poco tiempo y tenía proyectos, sueños, ideas de cómo seguir su vida y buscar un futuro mejor para él y su familia.

Ha sostenido nuestro STJ que: "En principio, el art. 1084 del Código Civil prevé como reparación en caso de homicidio lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto; el art. 1085 dispone -en su segunda parte- que esa indemnización sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente y por los herederos necesarios del fallecido, siempre que no fueren culpados del delito como autores o cómplices, o si no lo impidieron pudiendo hacerlo; y, además, el artículo 1079 admite la resarcibilidad del perjuicio sufrido indirectamente por toda otra persona. Las primeras dos normas mencionadas constituyen excepciones a la regla general que señala que todo aquel que invoca un daño debe probarlo, ya que la ley presume un daño cierto respecto de esos

damnificados indirectos, consistente en la privación que experimentan de lo que les es necesario para la subsistencia; al par que la cuantía de este perjuicio -en favor de quienes tienen un estrecho vínculo que los une a la víctima del hecho ilícito- queda librada a la prudencia de los Jueces (conf. Cazeaux - Trigo Represas, "Derecho de las obligaciones", t. 4, pág. 246 y ssgtes.).? (Se. N° 81/14 cit.). (Sentencia 4 - 22/02/2018 - A-2RO-966-C2016 - TAMBONE DANIELA VIVIANA Y OTROS C/ MAIDANA JORGE OMAR Y OTROS S/ ORDINARIO S/ CASACION. Expte. N° 29518/17-STJ). Y es que cuando a resultas de un hecho ilícito se produce el fallecimiento de una persona, en estos casos la indemnización que sus deudos requieren no es por la pérdida de la vida en sí, sino por las chances de ayuda, amparo o beneficio que el causante les dispensaba. Ello así porque la vida humana no es en sí misma un valor económico cuya pérdida deba ser indemnizada, sino que lo que cabe reparar es el perjuicio patrimonial que los damnificados puedan experimentar al quedar desprovistos de los bienes de ese orden que aportaba la víctima.

Así se ha dicho que: "El daño por la pérdida de la vida de un hijo es un daño *in re ipsa*, esto es que surge de la propia naturaleza de las cosas, de manera que resulta lógico tener por acreditado el perjuicio por el solo hecho de la pérdida, pues por esa sola circunstancia es dable tener por cierto que el padre ha perdido una razonable "chance de ayuda futura". Aquellos padres que pierden a un hijo soltero y sin descendientes, se ven privados de contar con la probabilidad cierta de ayuda que implica la pérdida de toda futura protección, razón por la cual no se necesita probar el daño que la muerte de un hijo ocasiona, toda vez que la ley admite la existencia de un perjuicio cierto que está dentro del orden natural de la vida (arts. 1079 y 266, Código Civil). Estaba a cargo de la demandada y su citada en garantía vencer esa presunción, aportando las pruebas necesarias que demostraran lo contrario (segunda parte, art. 375, CPCC de la Provincia de Buenos Aires)". (0.0756562 *Imbert, Luis René y otra vs. Weiss, Teodoro Edmundo y otro s. Daños y perjuicios* /// CCC Sala II, Morón, Buenos Aires; 30/03/1992; Revista de Jurisprudencia Provincial; RC J 1440/05).

"Debe recordarse que, como la vida humana no tiene un valor económico susceptible de apreciación económica por sí misma, el resarcimiento debe tener en consideración el efectivo detrimento material que se irroga a los damnificados indirectos por la falta del aporte material que les produce la esa porción de quien debía prodigarles ese aporte. Puede tratarse de un daño actual o de un daño futuro, traducido en todo caso en la pérdida de chance. Tal reclamo resarcitorio exige a los damnificados probar la cuantía

de los ingresos que percibía la víctima, a fin de vincular esos ingresos a una chance razonable de haber podido continuar participando de ellos de no acaecer la muerte. Como se trata de damnificados indirectos, esa prueba será a su cargo, en este caso, y exigirá hacer un cálculo de las ganancias futuras, computables con sus intereses, durante el lapso que es presumible que hubieran sido devengadas por la víctima (habitualmente se tomará en cuenta el tiempo durante el cual ella habría continuado desarrollando su actividad productiva de ingresos o rentas -la edad de la jubilación o la expectativa probable de vida suelen constituir parámetros objetivos- o, en su caso, el lapso durante el cual los damnificados habrían continuado participando de los aportes del fallecido). Habrán de considerarse circunstancias vinculadas tanto con la víctima (v.gr., capacidad productiva, edad, cultura, costumbres, ingresos, posición económica y social) como con el damnificado (p. ej., asistencia que recibía, edad, vida probable). Obviamente, el daño futuro estimado como chance no será una traducción exacta de este cálculo sino que deberá mensurarse estimando el porcentaje de esas ganancias que, según la probabilidad de lo esperado, el fallecido habría destinado en beneficio de los damnificados, deduciendo de la estimación el margen de incertidumbre característico de la chance" (El Daño en la Responsabilidad Civil, Eduardo A. Zannoni, Ed. Astrea, pág. 247/248).

Siguiendo con este análisis, pero ya circunscribiéndome al examen del perjuicio sufrido por la madre de la víctima por la pérdida de chance o ayuda futura, corresponde aclarar que el mismo ¿es un daño autónomo, constituido por el menoscabo futuro cierto que corresponde a la esperanza, con contenido económico que constituye para una familia, la vida de un hijo que muere como consecuencia de un hecho ilícito; y que existen dos etapas claramente diferenciadas, una corresponde al estudio de su existencia, y la otra que corresponde a la cuantificación de los perjuicios resarcibles. La primera de ellas, que consiste en la verificación de que los padres de la víctima contaban con chance cierta de obtener el beneficio reclamado, es decir en la certeza de la pérdida de las expectativas o de las probabilidades objetivas de obtener un beneficio y la segunda consecuencia trascendental de la concepción de la pérdida de chance que propugnamos, esto es el monto o la cuantía de los perjuicios que resultan de dicho daño. ¿(OYARZUN RAINQUEO NELLY C/ PROVINCIA RÍO NEGRO-POLICÍA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS? Expte N° 00523-02, sentencia de fecha 11 de Diciembre de 2015 del STJ).

Desde tal perspectiva, pongo de resalto que no advierto que en este caso existan elementos de ninguna naturaleza que enerven la presunción antedicha, por lo que debe

seguirse inexorablemente que el rubro por la pérdida de chance es pertinente y corresponde su acogimiento, guardando este perjuicio relación causal con el evento motivante.

Cuestión distinta, como se anticipó, es la relativa al monto indemnizatorio.

Al respecto, y en consonancia con lo ya expuesto, debe señalarse que si bien la vida humana no tiene precio, la traducción del perjuicio a los términos monetarios de la reparación (cfr. art. 1083 del Código Civil entonces vigente) ha de representar el perjuicio económico ocasionado a sus familiares directos por dicha pérdida. Así tiene dicho la CSJN: "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 todo o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue." Fallo "Pereyra de Bianchi, Isabel del Carmen vs. Provincia de Buenos Aires y Camino del Atlántico S.A. s. Daños y perjuicios" CSJN; 07/11/2006; Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN; B.606.XXVI RC J 1699/09.

Si bien la Corte se expidió allí, al igual que en "Aróstegui", en que ello no debe reducirse a la aplicación de una fórmula matemática que se desentienda de las concretas circunstancias del caso, "con dicha jurisprudencia no se ha proscrito en sí el empleo de fórmulas de cálculo indemnizatorio sino, en definitiva, propendió a evitar un apego formalista a cualquier fórmula en general, sin marginar su uso, siempre que se evite el reduccionismo tarifario y se halle prudentemente ordenada a una reparación integral", tal como lo entendiera el STJRN, estableciendo a su vez que "la utilización de fórmulas propende a una mayor seguridad jurídica para empleadores y aseguradoras, facilita la autocomposición del conflicto y permite arribar a soluciones con menor desgaste jurisdiccional y mayor prontitud, todo lo cual se logra mediante la aplicación de un criterio uniforme" (doctr. STJ in re: "PROVINCIA DE RIO NEGRO", Se. N° 48/11 y "DA SILVA", Se. N° 51/11, ambas del 16.06.11), siempre y cuando ello no conduzca a un resultado manifiestamente injusto o irrazonable (STJRN se.14, Expte.26010/12 "Mesa Roberto Tomas c.Skanska S.A.") (precedente citado).

Así, para establecer el monto indemnizatorio, según lineamientos del STJRN en el ya citado precedente "TAMBONE" (Se. 4/2018) entre otros similares-, se debe partir de la aplicación de la fórmula de aplicación en el fuero civil según la doctrina sentada por ese mismo tribunal en los autos "HERNANDEZ, Fabián Alejandro c/EDERSA s/Ordinario" (Se. 52 del 11/8/2015), aplicando la siguiente fórmula: $C = A * (1 - V_n) *$

$1 / i * \%$ de incapacidad.

En la que (A) = a la remuneración anual, que no sólo resulta de multiplicar por 13 (teniendo en cuenta la incidencia del S.A.C.) el ingreso mensual devengado en la época de la ocurrencia del accidente, sino que procura considerar además la perspectiva de mejora del ingreso futuro que seguramente el daño ha disminuido, teniendo en cuenta la estimación de que aproximadamente a los 60 años de edad el trabajador medio ha culminado su desarrollo laboral y su ingreso se estabiliza hacia el futuro, lo que se plasma al multiplicar por 60 el ingreso anual y dividirlo por la edad del actor a la fecha del siniestro; (n) = es i la cantidad de años que le faltaban al actor para cumplir 75 años; (i) = la tasa de interés compuesto anual del 6% (= 0,06); (%) = el porcentaje de incapacidad laboral; (Vn)= Valor actual, componente financiero de la fórmula que se obtiene del siguiente modo: $Vn = 1 / (1 + i)$ elevado a la "n".

Sin embargo, a los fines de aplicar los parámetros de la fórmula descripta, corresponde realizar ciertas consideraciones en atención a las circunstancias del caso.

Cuando se produjo la muerte del hijo de la actora, Sr. Víctor Ricardo Tapia, el mismo tenía 28 de edad (cfr. copia certificada del acta de defunción de fs. 315, remitida por el Registro Civil). Y en cuanto a la edad de la propia accionante, Sra. Mercedes Gómez, no fue denunciada en la demanda, no surge del Poder General de fs. 2/4, ni se desprende de ninguna constancia de esta causa, como así tampoco del expediente penal relacionado. Solo a partir del número de su DNI (5.632.035) puede inferirse que al momento de producirse el hecho dañoso ?año 2012- rondaría los 65 años de edad, y a esta fecha ya 8 años más.

Del acta de defunción ya citada resulta además que el Sr. Tapia era soltero, y conforme lo manifestado por la actora, no tenía hijos al momento del deceso (ninguna prueba contradice tal afirmación).

Según los testimonios vertidos, con anterioridad a su detención el Sr. Tapia vivía con su madre, y realizaba "changas". A partir de ello, entiendo que no poseía ingresos fijos antes de ser detenido, como así tampoco se comprobó que tuviera algún tipo de ingreso estando detenido.

Asimismo, según la situación descripta a fs. 82 de los autos penales reservados, Tapia poseía una condena de 6 años y 8 meses de prisión, habiendo ingresado al establecimiento el día 25/02/2012, y agotándose la pena en fecha 23/05/2015. De modo que recién en ese momento se podría haber reinsertado en la sociedad y comenzar a realizar algún un trabajo remunerado.

También debe ponderarse que parte de sus ingresos serían utilizados para sus propias necesidades. Y no puedo dejar de soslayar que además la víctima tendría tres hermanos convivientes, de acuerdo a lo dicho por la Sra. Ulloa, de quienes es también esperable que contribuyan con la asistencia de su madre.

Todas esas circunstancias particulares de la víctima y de su madre afectada, deben necesariamente tomarse en cuenta a fin ponderar el detrimento de la pérdida que debe resarcirse.

Para lo cual dada la ausencia de ingresos comprobados y de conformidad con el precedente *ELVAS* (STJRNS1 - Se. N° 75/15, del 27.10.15) y la Resolución 2/2012 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil? se computará en este caso el importe de \$ 2.670 que corresponde del salario mínimo vital y móvil vigente a la fecha del hecho (09/09/2012); la edad de la víctima a la fecha de cumplimiento del cómputo de la pena (32 años) y el porcentaje íntegro de la capacidad laborativa extinguida con su muerte (100 %).

De tal forma, tras aplicar tales variables, la fórmula matemático financiera señalada arroja un resultado de \$ 996.144,87.- (capital histórico).

Ahora bien, tal resultado nominal como fue dicho? no es el que corresponde fijar como indemnización, sino un punto de partida concreto para definir su cuantía.

Ya que por la naturaleza del rubro, y aparte de otros parámetros ya expuestos, también importa sopesar y detraer lo que la víctima habría destinado a su propio sostenimiento y que en este caso, tratándose de un salario mínimo, estimo en no menos de un 70 % de sus ingresos. De tal modo, aquella primera suma se reduce a la cantidad de \$ 298.843,46.- (\$ 996.144,87 x 30 % remanente).

Pero además, para estimar la frustración de la chance (el beneficio probable y futuro), corresponde considerar la esperanza o expectativa de vida de la propia damnificada próxima a los 65 años a la fecha del hecho, según lo estimado- como así también la existencia, en este caso comprobada, de otros hijos de la reclamante, además del fallecido, llamados a cubrir la misma necesidad de sostén. Lo que conlleva a una disminución aun mayor del resarcimiento.

Por todo ello, y conforme a la ponderación antes explicitada, concluyo que el monto de la indemnización que correspondería computar en este caso a valores históricos-, asciende a \$ 199.005,97.- (\$ 996.144,87 x 20 %).

A dicho importe se deben adicionar los intereses devengados desde el 09/09/2012 (fecha de la evento fatal), hasta el momento de su efectivo pago, según tasa mix?

(promedio activa-pasiva) del Banco de la Nación Argentina ? en adelante BNA- hasta el 27/05/2010; a partir de allí y hasta el 22/11/2015 tasa activa del BNA; desde el 23/11/2015 tasa del BNA para préstamos personales libre destino -operaciones de 49 a 60 meses- hasta el 31/8/2016; desde el mes de septiembre de 2016, la tasa vigente en el BNA para préstamos personales libre destino, en operaciones de hasta 36 cuotas mensuales y desde el 1° de agosto de 2018 la tasa establecida por dicha institución oficial para préstamos personales libre destino hasta 72 meses o la que en el futuro se establezca como de plazo menor. Todo ello de acuerdo con la Doctrina Legal obligatoria del STJRN adoptada en los precedentes ?CALFIN? [Se. N° 201/92]; ?LOZA LONGO? [Se. N° 43/10]; ?JEREZ? [Se. 105/15], ?GUICHAQUEO? [Se. 76/16] y ?FLEITAS? [Se. 62/2018].

Practicada la correspondiente liquidación hasta el momento del presente pronunciamiento (a través de la respectiva herramienta incorporada al sitio oficial de Internet del Poder Judicial), los intereses ascienden a la suma de \$ 628.167,63.-

Y añadido ello al monto de capital, se alcanza un importe total de \$ 827.173,60.- que, a esta fecha, establezco como condena por el presente rubro (sin perjuicio de los intereses posteriores de así corresponder, en caso de no ser cumplida en término la sentencia, según la tasa judicial de aplicación.

10.- Monto total de condena.

En definitiva, la demanda prospera por los siguientes rubros e importes indemnizatorios, establecidos a esta fecha: Daño Moral: \$550.000; Pérdida de chance y/o valor vida: \$ 827.173,60.-. Lo que totaliza la cantidad de \$ 1.377.173,60.-

11.- Costas.

Por su condición objetiva de vencida, las costas se impondrán a la demandada sobre el monto de condena; pues el hecho de que la acción no haya prosperado en toda la extensión, no justifica la liberación de costas respecto del que sin allanarse siquiera parcialmente obligó a litigar al acreedor para obtener el reconocimiento de su derecho (conforme STJRN Se. 36/09 y 38/09).

Sin perjuicio de lo anterior, quedarán a cargo de la actora los honorarios de la perito psicóloga (por aceptación de cargo), puesto que se trata de una prueba ofrecida exclusivamente por dicha parte y que a la postre se tuvo por desistida por causa imputable a la misma (fs. 361).

Finalmente, señalo que se excluirá de la base arancelaria los montos desestimados, por considerar que no fue en definitiva una actividad profesional específica y útil la que

determinó su admisión en menor medida que lo pretendido o bien su rechazo, sino que ello exclusivamente respondió a la propia ponderación judicial en torno a los requisitos de resarcibilidad y cuantía de los daños, o bien ¿como claramente se aprecia en este caso respecto del daño psicológico? a la falta de pruebas producidas por parte de quien tenía la respectiva carga (art. 20 Ley 2212).

Por todo ello RESUELVO:

I.- Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por MERCEDES GOMEZ, y en consecuencia, condenar a la PROVINCIA DE RÍO NEGRO a abonar a la actora, dentro del plazo de diez (10) días, la suma de PESOS UN MILLÓN TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL CIENTO SETENTA Y TRES CON SESENTA CENTAVOS (\$ 1.377.173,60.-), en concepto de capital e intereses calculados a la fecha del presente pronunciamiento, según lo indicado en los considerandos, bajo apercibimiento de ejecución (art. 163 y ccds. del CPCyC)..

II.- Imponer las costas a la demandada por su condición objetiva de vencida (art. 68 CPCC), con la sola excepción de los honorarios de la perita psicóloga que quedan a cargo de la actora por las razones expuestas en el considerando respectivo.

III.- Regular los honorarios de los letrados apoderados y patrocinantes de la parte actora, Dres. MIGUEL ANGEL QUIRUGA y ENRIQUE AMELIO ORTIZ, en forma conjunta, en la suma de PESOS CIENTO NOVENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CINCO (\$ 192.805) (M.B. x15 % + 40 % por apoderamiento /3 etapas x 2 etapas).

Los honorarios de la perito psicóloga, Lic. PATRICIA MARTINEZ LLENAS, por la aceptación del cargo, se fijan en la suma de PESOS SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA (\$ 6.360) (50 % de 5 JUS), a cargo de la parte actora.

Los estipendios fijados no incluyen la alícuota del I.V.A., que deberá adicionarse en el caso de los beneficiarios inscriptos en dicho tributo.

Para efectuar tales regulaciones se tuvo en consideración la naturaleza y monto del proceso (MB. \$ 1.377.173,60); y el mérito del trabajo profesional apreciado por su calidad, extensión y resultado (conf. arts. 6, 7, 8, 10, 11, 20, 39, 48 y ccds. de la L.A. N° 2212 y arts. 19 y 20 de la Ley Provincial N° 5069).

Se deja aclarado que no se regulan honorarios a los letrados intervinientes por Fiscalía de Estado, Dr. RAMIRO MANUEL MENDIA y Dra. LAURA KAREN OYARZABAL, atento el modo de imposición de costas y lo previsto por el art. 15 de la Ley K N° 88, en el texto reformado por el art. 17 de la Ley 4739.

Cúmplase con la ley 869.

IV.- Regístrese y Notifíquese por Secretaría.-

Diego De Vergilio

Juez