

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PROVINCIAL POR HOMICIDIO DE
POLICIA FUERA DE SERVICIO.

La Plata, 12 de Octubre de 2017.-

AUTOS Y VISTOS: La presente causa N° 31.528 caratulada "SALTO OSCAR DUVAL Y OTROS C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA – OTROS JUICIOS", en trámite por ante este Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, a mi cargo, de la que,-

RESULTA:-

1. Que a fs. 50/68 se presenta el Sr. **Oscar Duval Salto, Mirta Puntano y Luci Marisel Salto**, con patrocinio letrado, promoviendo acción contencioso administrativa contra la Provincia de Buenos Aires, en los términos del artículo 12 inciso 3 del C.C.A, para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que estima en la suma pesos un millón setecientos un mil ochocientos (\$ 1.701.800), con más intereses y costas, en virtud del fallecimiento de su hijo y hermano, Diego Darío Salto.-

2. Relatan que el día 18-XI-2012, siendo las 15.00 hs aproximadamente, el oficial subayudante de la policía bonaerense, Federico Luciano Duarte, ingresó al barrio denominado Villa Tropezón, de la localidad de San Martín, y una vez en el interior, utilizó su arma reglamentaria –pistola Taurus serie TAY 28215- para efectuar al menos un disparo contra Diego Salto de 22 años, el que impactó en el tórax causándole la muerte de manera inmediata.-

Narran que la forma brutal e injustificada en que el oficial de policía ultimó al joven, a plena vista de varios vecinos, motivó que éstos intentaran evitar que el homicida se diera a la fuga; por lo que comenzaron a perseguirlo. Que, a fin de evitar ser atrapado, el oficial Duarte se refugió en el interior de una casa del barrio cuya propietaria llamó al 911; e instantes después, personal policial concurrió al lugar y detuvo al oficial.-

Explican que esta situación dio origen a la IPP N° 15-00-042378/12, que

tramitó ante la UFI N° 1 del Departamento Judicial de San Martín, con intervención del Juzgado de Garantías N° 5. En dicha causa, el fiscal petitionó al juez la detención del oficial Duarte, en orden al delito de homicidio calificado por tratarse de personal policial; sin embargo, exponen que dicha orden no pudo efectivizarse porque en esos días el oficial, luego de protagonizar un nuevo raid delictivo, falleció como consecuencia de las heridas recibidas al enfrentarse con otros policías.-

Entienden que el Estado Provincial es directa y objetivamente responsable por el hecho de autos, en virtud de la denominada "*falta de servicio*", sosteniendo que el daño sufrido se produjo como consecuencia del funcionamiento defectuoso inadecuado o irregular del servicio que le es propio, y en virtud de lo normado en el art. 1113 del Código Civil, en tanto el delito se cometió con el arma reglamentaria.-

Finalmente, individualizan los rubros reclamados por parte de los progenitores del causante, como así también los reclamados por la hermana del mismo, es decir por Luci Marisel salto, quien solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil en tanto y en cuanto limita el reconocimiento del daño moral, si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente a los herederos forzosos de ésta. Fundan en derecho su pretensión, ofrecen prueba y dejan planteada la cuestión federal.-

3. A fs. 69 se dio curso a la pretensión procesal según las reglas del proceso ordinario y se corrió traslado de la demanda en razón de constituir un supuesto de demandabilidad directa.-

4. A fs. 82/90 se presentó la Dra. María José Tejo, abogada de la Fiscalía de Estado, contestando la demanda y solicitando el rechazo de la misma, con costas.-

Expone que de la simple lectura de la causa penal surge que el agente de la Policía de la Provincia, protagonizó el evento citado cuando se encontraba fuera de servicio y vistiendo ropa de civil. Y explica que, del devenir de la causa penal surge que Duarte se dirigía a la Villa Tropezón, por motivaciones personales y que nada tenían que ver con su tarea específica como agente de la Policía

Bonaerense.-

En virtud de ello, entiende que al dar muerte a Diego Salto, el oficial cometió un acto completamente extraño a la función encomendada por el principal. Así, entiende que nos encontramos ante un caso de falta o culpa personal del agente en virtud del cual, la responsabilidad le cabe a la persona que comete el hecho. Sobre ese piso de marcha, considera que no existe responsabilidad alguna por parte del Estado, en tanto el accionar del Sr. Duarte fue puramente personal.-

Por último, se opone a los rubros reclamados por los actores, como así también a la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil. Ofrece prueba, deja planteada la cuestión federal y solicita se rechace la demanda en todas sus partes.-

5. En virtud de la conformidad de las partes, a fs. 107 se deja sin efecto la audiencia preliminar y se admite como prueba procedente la ofrecida por las partes. Estando agregados a fs. 216/223 los alegatos de la parte actora, se dispone el llamado de autos para sentencia y,-

CONSIDERANDO:-

1. Los hechos.-

1.1. De la causa penal IPP N° 15-00-042378-12 agregada en autos como prueba, se desprende que el día 18-XI-2012, siendo aproximadamente las 15.00 horas, el Subayudante de la Policía Bonaerense, Federico Luciano Duarte, ingresó junto a otras dos personas al barrio “*Villa Tropezón*” de la localidad de San Martín, y una vez allí, valiéndose de su arma reglamentaria –Taurus serie TAY 28215- efectuó, al menos, un disparo contra el joven Diego Darío Salto, provocándole la muerte inmediata.-

Asimismo, ha quedado acreditado, conforme a la actuación de la agente fiscal en la mentada IPP, que el imputado Duarte no había sido obligado a ingresar a aquel barrio, ni habría sido víctima de ningún intento de desapoderamiento. Así, habiendo indicios vehementes acerca de la comisión del delito previsto en el art. 80 inc. 9 del Código Penal y motivos suficientes para sospechar que Duarte participó en su comisión, es que la fiscal de la causa solicitó se ordene su

detención, la que no pudo efectivizarse por el fallecimiento del imputado (ver certificado de defunción obrante a fs. 216 de la citada IPP).-

1.2. Así, de acuerdo con lo manifestado por las partes, el debate se centra en determinar si cabe atribuir al Estado provincial responsabilidad por la conducta del Sub-ayudante Duarte, o si, como pretende la demandada, el factor causal determinante de los daños debe ser atribuido con exclusividad al citado agente, por cuanto al momento del hecho se encontraba fuera de servicio, al tiempo que utilizó su arma reglamentaria con una finalidad distinta de la encomendada por la función policial. Correspondiendo aclarar en autos que, en atención a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26.994), se habrá de aplicar, en tanto corresponda, la legislación de fondo vigente al momento del evento dañoso (Código Civil Ley 340 y sus modif.), por tratarse de hechos consumados bajo el amparo de dicha legislación.-

2. La responsabilidad del Estado provincial.-

2.1. En contraposición a la postulación de la Provincia demandada, es criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la circunstancia de que el policía se encontrara fuera de servicio, no resulta suficiente para excluir la responsabilidad estatal. El daño que motivó el presente juicio tuvo evidente conexidad con la función del agente que lo causó pues, aunque no se encontraba cumpliendo tareas específicas de su cargo, no hay duda de que reconocía fundamento en aquéllas, toda vez que sólo fue posible en la medida que derivó de sus exigencias (Fallos 300:639, “*Panizo*”, sent. del 13-VI-1978; 322:2002, “*Izaurralde*”, sent. del 31-VIII-1999; y 327:5295, “*Cossio*”, sent. del 24-XI-2004; entre otros).-

En efecto, la Ley 13.201 -vigente al momento del hecho- prevé, tanto entre los derechos del agente (art. 11 inc. e) como entre sus deberes (art. 12 inc. g), la portación del arma reglamentaria, que de tal modo forma parte del denominado “*estado policial*”, definido como el “...conjunto de derechos, deberes y prohibiciones...” que legalmente ostenta el personal de las Policías de la Provincia de Buenos Aires (conf. arts. 1 y 3 de la Ley 13.201).-

Del mismo modo, en la causa “*Furnier*” (Fallos 317:1002, sent. del 27-IX-

1994), la Corte afirmó que si los agentes están obligados a actuar en cualquier momento a fin de prevenir la comisión de delitos y, en su consecuencia, a portar el arma, resulta lógico admitir que los perjuicios que de ello deriven sean soportados por la comunidad y no sólo por los damnificados.-

Ello es así aun cuando el agente haya utilizado el arma con una finalidad distinta de la prevista por el servicio de policía, toda vez que, como recordó la Corte en la causa “*Balbuena*” (Fallos 317: 728, sent. del 5-VII-1994), retomando un viejo criterio suyo (Fallos 190:312, “*Echegaray, María C. e hijos*”, de 1941), “*ningún deber es más primario y sustancial para el Estado que el de cuidar de la vida y de la seguridad de los gobernados y si para llenar estas funciones se ha valido de agentes o elementos que resultan de una peligrosidad manifiesta, como la que acusa el hecho de que se trata, las consecuencias de la mala elección, sea o no excusable, deben recaer sobre la entidad pública que la ha realizado*”.-

De allí que no es ocioso recordar que el ejercicio de la policía de seguridad exige de sus agentes la preparación técnica y psíquica adecuada para preservar racionalmente la integridad de todos los miembros de la sociedad y de sus bienes (artículo 902 del Código Civil; Fallos 315:1902; 322:2002; 326:820; 327:1738, entre otros), condición que Ruiz estaba lejos de ostentar.-

En consecuencia, es evidente que existió una relación entre las exigencias del cargo y el daño producido a la víctima, facilitado por el suministro del arma reglamentaria, portable en o fuera del servicio, lo que compromete la responsabilidad del Estado Provincial, pues quien contrae la obligación de prestar un servicio público –en el caso policía de seguridad- lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o ejecución irregular (Fallos 306:2030, “*Vadell*”; 307:821, “*Hotelera Río de la Plata S.A.*”; y 315:1892, “*García, Ricardo Mario*”, entre otros), adoptando -a partir del primero de los fallos precitados- el criterio orgánico de imputación de conductas al Estado, y dejando de lado los fundamentos civilistas de su responsabilidad extracontractual.-

2.2. En la especie la imputación se basa causalmente en los hechos que ocurren “*con ocasión*”, pues según lo hasta aquí expuesto resulta suficiente que la

función desempeñada hubiere dado la ocasión para cometer el acto dañoso para que surja la responsabilidad del principal, siendo de toda lógica que el hecho no se habría producido de no haberse suministrado al agente el arma en cuestión.-

2.3. Esta responsabilidad -objetiva y directa- del Estado frente a la necesidad de dejar indemnes a las víctimas del empleo de la propia fuerza estatal, no excluye la responsabilidad personal del agente cuando este hubiera obrado con culpa, negligencia o dolo, respecto de quien podrían intentarse eventualmente acciones de regreso, una vez encontrado y juzgado penalmente por los delitos que se le imputan.-

Al respecto, sostiene Gordillo que sin perjuicio de los principios que se apliquen para responsabilizar al Estado, no por ello se deroga el principio claro de la ley civil que consiste en la responsabilidad personal, propia, directa, de los funcionarios públicos (Gordillo, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, FDA, 9° ed., Buenos Aires, 2009, XIX-25).-

3. De los rubros resarcibles.-

Decidida la cuestión de la responsabilidad, corresponde determinar el alcance del resarcimiento pretendido.-

3.1. Rubros reclamados por los progenitores de la víctima.-

3.1.1. Valor Vida.-

En éste rubro los accionantes solicitan el resarcimiento por la chance frustrada de ayuda futura, en la suma de pesos quinientos mil (\$ 500.000) en conjunto.-

La chance es la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de esa esperanza al sujeto conlleva daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de ese daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad, es la chance y no el beneficio esperado, como tal (Zannoni, Eduardo A., *“El daño en la responsabilidad civil”*, ed. Astrea, Bs. As., 1982, citado por Mosset Iturraspe, Jorge, *“Estudios sobre responsabilidad por daños”*, tomo IV, ed. Rubinzal y Culzoni, 1982, pág.72). De manera tal que la certeza deberá recaer sobre la posibilidad de sostén, *“pudiendo valorársela en si misma aun con prescindencia*

del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” (CNCiv., sala F, “Gómez, Mario”, sent. del 4-VII-03, LL 2004-B-686). Y ello es lógico puesto que, si la certeza recayera sobre los valores finales, no se trataría de la reparación de una pérdida de chance sino de la indemnización de un daño emergente.-

En el caso particular, se trata de la chance perdida más indemnizada por los tribunales argentinos. La que suele concederse a los padres por la muerte de un hijo, en tanto supone la frustración de una legítima esperanza de ayuda, con sustento en el artículo 277 del Código Civil, que impone a los hijos el deber de prestar servicios y alimentos a sus padres (CNCiv., sala B, “M., J. A.”, sent. del 18-VI-03, LL 2003-F-1036, entre muchos otros).-

En autos, los actores aducen que recibían la ayuda económica de su hijo fallecido con quien convivía, proveyéndole la víctima, una significativa ayuda que se incrementaría con el transcurso del tiempo.-

Al respecto, señalan que a la fecha de su fallecimiento, Diego, de 22 años de edad, era soltero, sin hijos, con el ciclo básico (EGB N° 3) completo. Relatan que había comenzado a trabajar desde muy chico realizando tareas de albañilería, que también trabajó como cadete y recolector de residuos; logrando un ingreso mensual que oscilaba entre los ocho mil a diez mil pesos (\$ 8.000/ \$10.000), a la fecha de interposición de la demanda.-

Teniendo en cuenta la temprana edad del causante, es dable presumir que se encontraba objetivamente en condiciones de prestar ayuda a sus padres y era esperable que así ocurriera. Estimo por ello que, debe reconocerse la existencia de la posibilidad de sostén y, por tanto, la procedencia del presente rubro.-

Ahora bien, más compleja resulta su cuantificación, la cual puede asumir múltiples interpretaciones. Ello dependerá del análisis hipotético de los diversos escenarios posibles y del que, conforme las constancias obrantes en el expediente, exhiba una mayor probabilidad –de no haber acaecido el evento dañoso-.

Para ello, la doctrina y la jurisprudencia han delineado algunas pautas que sirven de referencia, a saber: la edad de la víctima, siendo mayor la chance cuanto

más edad tenga el fallecido; la condición de los padres reclamantes, cuya chance aumenta inversamente proporcional a su caudal pecuniario; la situación social de la víctima, pues si es soltero e integra el grupo familiar se presume que contribuye a la economía doméstica; la posibilidad de obtener un trabajo bien remunerado; y, a su vez, la existencia de otros hijos, que reducirán la chance pues todos ellos están llamados a cubrir la misma necesidad.-

En autos no se encuentra fehacientemente acreditado que Diego sostenía económicamente a sus padres; pero el hecho de convivir con ellos hace suponer que alguna ayuda monetaria –tal como se manifiesta en la demanda- aportaría al hogar. En cuanto al trabajo realizado por el causante y su rendimiento económico, valoro especialmente los testimonios obrantes a fs. 211/212 y 213 de los que surge que Diego trabajaba en la construcción, que hacía trabajos temporarios y que, al momento de fallecer se encontraba trabajando en una empresa de recolección de basura. Asimismo, obran en autos 9 recibos de sueldo a nombre del causante de los que surgen distintos montos a cobrar que varían según el mes, pero de los que se repara que no se trataban de trabajos muy lucrativos (ver fs. 36/44).-

Teniendo presente lo manifestado, y considerando que el causante tenía una hermana, lo cual reduce en cierta parte la chance dado que es esperable que ella concorra en la ayuda futura a sus padres; corresponde reconocer la suma de **pesos trescientos mil (\$ 300.000)**.-

3.1.2. Daño Moral y Daño Psicológico.-

3.1.2.1 Los actores reclaman por separado dichos rubros, en el entendimiento de que las circunstancias que los justifican son claramente distinguibles. Sin embargo, en anteriores oportunidades (vgr. Causas N° 1870 “*Denegri*”, Sent. del 18-XI-08, Reg. Sent. 647/08; N° 13 “*Blana*”, Sent. 31-III-09, Reg. Sent. 102/09, entre otras, de este Juzgado a mi cargo) he expresado una posición adversa a la desagregación de *items* resarcitorios que derivan en la eventual duplicidad de réditos, postura que goza de buena adhesión en la jurisprudencia de los tribunales, tanto provinciales como nacionales.-

En tal sentido, el Dr. Roncoroni ha sostenido en diversos pronunciamientos,

que si bien en el plano de las ideas sea posible establecer una autonomía conceptual que poseen las lesiones a la psiquis (el llamado daño psíquico), cabe desechar en principio y por inconveniente que a los fines indemnizatorios estos daños constituyan un *tertium genus* (tercer género) que deba resarcirse en forma autónoma, particularizada e independiente del daño moral (SCBA, Ac. 77.461, sent. del 13-XI-2002; Ac. 81.161, sent. del 23-VI-04; Ac. 78.851, sent. del 20-IV-05; Ac. 90.471, sent. del 24-V-06, entre otros).-

Con ese mismo enfoque, se ha dicho recientemente que “...*si se considera a la ‘psiquis’ con autonomía respecto al daño moral o material, entonces y para guardar coherencia, lo mismo habría que decir de cada porción de la integridad psicofísica que pudiera resultar lesionada. En tal caso, no deberían indemnizarse sólo como independientes los llamados daños ‘psíquico’ y ‘estético’ –los que por su impacto emocional propician con mayor facilidad el espejismo de su autonomía– sino todas y cada una de las lesiones a la integridad psicofísica que resulten anatómica o científicamente diferenciables conforme vayan los progresos de la medicina, la psicología o la psiquiatría [...] es claro que si el afectado debe hacer un tratamiento y ello importa el pago de honorarios, se trata de daño material emergente. Que si a raíz de su estado no se encuentra en condiciones de trabajar y se ve privado de ganancias, el daño es igualmente material pero es llamado en nuestra ley lucro cesante [art.1069 Código Civil], o si esa ganancia era solo posible se la califica como pérdida de chance, como también que si esa misma lesión se traduce en un modo de estar diferente, disvalioso, y anímicamente perjudicial en relación a como se encontraba la víctima antes del hecho dañoso, sufre daño moral. Fuera de lo anterior ¿qué es lo que se indemniza cuando se dice que el daño psíquico es autónomo? Me parece que se quiere reparar la lesión por si sola, como si se tratara de la parte afectada de una cosa, con perdón de la impropia similitud, de una suerte de pérdida del valor. En mi opinión, la salud psíquica y física como parte de la integridad humana es un bien que no está en el comercio, y que nada vale con independencia de su capacidad de producir y sentir.” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, “Sender, Gisela Beatriz y otro”, sent. del 5-X-2010, del voto del Dr. Loustaunau).-*

De ahí que para algunos autores el daño psíquico no constituye un tercer género distinto del daño moral o material, por lo que la lesión a la psiquis puede tener consecuencias patrimoniales en tanto la víctima deba realizar una terapia o pierda su capacidad laborativa, o bien puede tener consecuencias en el ámbito espiritual que se resarcen dentro del daño moral.-

Idénticas valoraciones corresponde efectuar respecto del daño estético que el actor peticiona como rubro autónomo. Considero que la indemnización por lesión estética procede cuando el daño puede redundar en un desmedro patrimonial en razón de la profesión o de actividades de la víctima (CNCiv, Sala A, “*Escalante*”, sent. del 3-IV-2000, LL 2001-B-864). De lo contrario, la afección sólo puede manifestarse en el plano espiritual o emocional. Tal es el supuesto de autos, por lo que las lesiones estéticas del accionante se ponderarán conjuntamente con el daño moral.-

Por lo tanto, la incidencia espiritual del hecho requiere de un tratamiento conjunto de los rubros que en la demanda fueron divididos, a fin de no recurrir a categorías no previstas por la ley, desde que “*los contemplados por ésta –las de daño moral y daño patrimonial- cubren sin resquicio alguno todos los detrimentos que puede experimentar el sujeto de derecho*” (CASIELLO, Juan J., “Sobre el daño moral y otros pretendidos daños”, LL 1997-A-177). De lo contrario, se presenta el riesgo de duplicar el resarcimiento (CNCiv, Sala L, “*Soraire*”, sent. del 10-IX-1999; y Sala G, “*Lugones*”, sent. del 24-II-1999, ED 186-163, entre otras).-

3.1.2.2. A tenor de los argumentos precedentes, la incidencia extrapatrimonial del evento dañoso (o daño moral) se analizará en el presente acápite, teniendo en cuenta el monto de pesos setecientos mil (\$ 720.000), producto de sumar aquellos conceptos que la demanda separa en daño moral (\$ 500.000) y, daño psicológico (\$ 220.000).-

3.1.2.3. Los artículos 522, 1068 y 1078 del Código Civil definen los contornos normativos del daño moral, agregando la doctrina aquello en que consiste, como la privación o disminución de bienes fundamentales de la vida del hombre como son la paz, la libertad, la tranquilidad, el honor y los afectos (conf. Acuña Anzorena, Arturo. *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, Ed. Platense,

1963, Pág. 64).-

Por su parte, no existen reglas claras sobre la forma y los supuestos en que dichos padecimientos requieren acreditación. Pero a poco de transitar dicha temática, se avizora una línea jurisprudencial del Máximo Tribunal bonaerense según la cual se tiene por demostrado el daño moral por el sólo hecho de la acción antijurídica –daño in re ipsa-, y es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un daño moral (SCBA, causas B 52.123, "Toti", sent. de 26-XII-1995; B 53.291, "Alvarez", sent. de 22-IV-1997; B 53.899, "Contreras", sent. de 4-XI-1997; entre muchas otras;).-

Considero que ésta doctrina legal resulta plenamente aplicable al caso de autos, en tanto, quien pretende la reparación del daño moral no necesita probar que realmente ha sufrido un agravio espiritual como consecuencia de la acción antijurídica puesto que, conforme la regularidad de los sucesos, es de suponer que así ha sucedido. Así como el cónyuge no necesita probar que ha sufrido dolor por la muerte de su esposo, tampoco debe hacerlo una madre o un padre por la muerte de su hijo (véase Orgaz Alfredo, *El daño resarcible*, 1952, págs. 259/260).-

Sin embargo, la dimensión del daño –sin duda existente-, esto es, la tasación del *quantum*, debe hallar correspondencia con las probanzas que del perjuicio consten en el expediente. En autos solamente obra la pericia psicológica de fs. 194202, practicada por la psicóloga Ayelén Eugenia Rodríguez, de la cual se desprende que ambos se encuentran deprimidos: *“En el relato de los hechos se objetiva la presencia de angustia masiva y no mediatizada que obstaculiza el normal desarrollo de su vida. Todas estas variables dan cuenta de la presencia de signo – sintomatología de características patológicas en el funcionamiento psíquico de los evaluados, correspondientes a un **Cuadro Depresivo**, reactivo a la situación traumática vivenciada; de grado leve en el caso del Sr. Duval y moderado en cuanto a la Sra. Puntano (...)* En el caso de los evaluados, estamos en presencia de un proceso de duelo de características patológicas, reactivo a la pérdida trágica e inesperada de su hijo” (fs. 201/201 vta.).-

Al respecto, no encuentro razones para apartarme de las conclusiones periciales. Como es sabido, si los informes periciales se fundan en principios técnicos y además no hay otra prueba con la suficiente entidad que los controvierta -como sucede en el caso de autos-, la sana crítica recomienda aceptar dichas conclusiones ante la imposibilidad de esgrimir argumentos científicos de mayor envergadura (arts. 384 y 474 del CPCC).-

Teniendo en cuenta el dictamen pericial, resulta claro que la muerte de Diego Salto ha impactado moralmente en su madre y su padre, quienes no han podido reponerse a un hecho traumático, con el dolor, la tristeza, la angustia y las incertidumbres que ello supone, máxime subsistiendo secuelas patológicas no resueltas.-

De tal modo, más allá de la complejidad de cuantificar económicamente el desmedro espiritual que pudiere ocasionar la muerte de un hijo, estimo razonable fijar la suma peticionada, esto es, **pesos setecientos mil (\$ 700.000)** en conjunto.-

3.1.3. Tratamiento psicológico.-

Bajo el rubro titulado "*Honorarios del Psicólogo*", los accionantes reclaman la suma de pesos cincuenta y siete mil seiscientos (\$ 57.600) para cada uno de ellos.-

Al respecto, según lo ha expresado la Corte Federal, es indudable que quienes sufren afecciones psíquicas tienen derecho a ser indemnizados de todos los gastos necesarios para su curación o tratamiento, pero como daño emergente, según los términos del artículo 1086 del Código Civil. Esa derivación del accidente supone erogaciones futuras que constituyen un daño cierto indemnizable (Fallos 325:1277, "*Vergnano de Rodríguez*").-

De acuerdo con lo expresado por la Lic. Rodríguez, en cuanto al daño psicológico detectado en aquellos, que califica como de grado leve a moderado, aconseja que ambos realicen tratamientos individuales psicológicos, con una frecuencia semanal durante aproximadamente dos años (conf. Puntos de pericia e], a fs. 201 vta.).-

Así, teniendo en cuenta una sesión semanal a quinientos pesos durante dos años (conf. consejo, pautas y valores expresados en la pericia), es posible prever que el tratamiento insumirá la suma de **pesos cuarenta y ocho mil (\$ 48.000) para cada uno de los actores** (artículos 474 y 384 del CPCC). Tratándose la especie de un “*gasto futuro*”, la suma fijada liquidará los intereses que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósitos a treinta días, a contarse desde el día de la presente sentencia, en lo que a este rubro se refiere (cfr. doctrina de Fallos 321:1117, considerando 7°).-

3.1.4. Gastos Funerarios.-

Los actores solicitan un resarcimiento de pesos nueve mil (\$ 9.000) por los gastos efectuados en concepto de funeral y entierro de su hijo.-

Al respecto se ha expresado con acierto que *“Los gastos del sepelio configuran un gasto necesario y debe ser reparado; proceden aun sin prueba por tratarse de gastos necesarios. Los gastos de sepelio configuran un daño emergente o perjuicio sufrido, a consecuencia del hecho lesivo que provocó la desaparición física de una persona, previéndose en consecuencia la resarcibilidad de tales erogaciones (arts. 901, 1er parte, 1084 del Cód. Civ.). Dichas erogaciones no se presumen gratuitas y aun cuando no existan pruebas al respecto, es evidente que ellos deben ser satisfechos”* (Cám. Civil San Martín, Causa N° 50312, Sent. del 6-XI-2007; y Cám. Civil Quilmes, Sala I, Sent. del 13-IV-2005, entre otras).-

Como prueba de estas erogaciones la parte actora acompañó: **a)** Una factura de la Municipalidad de General San Martín, en concepto de *“Derechos de Cementerio. Servicio de inhumación”* por la suma de pesos ciento cincuenta y cinco (\$ 155) y; **b)** Una factura de “Cohería La Paz S.R.L” por la suma de pesos ocho mil doscientos ochenta (\$ 8.280).-

En función de ello, estimo procedente la reparación por el presente rubro en la suma de **pesos ocho mil cuatrocientos treinta y cinco (\$ 8.435)**.-

3.2. Rubros reclamados por la hermana de la víctima.-

3.2.1. Daño Moral y Daño Psicológico.-

Al igual que los progenitores del causante, su hermana, Luci Marisel Salto,

reclama por separado ambos rubros. Al respecto he de estarme a lo manifestado en el acápite 3.1.2. de la presente, y evaluaré la incidencia extrapatrimonial del evento dañoso en el presente punto, teniendo en cuenta el monto de pesos trescientos mil (\$ 300.000), producto de sumar aquellos conceptos que la co-actora separa en daño moral (\$ 200.000) y, daño psicológico (\$ 100.000).-

Ahora bien, antes de ingresar al análisis de la cuantía del presente rubro, corresponde analizar su procedencia. Al respecto la actora plantea la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil en cuanto excluye de la indemnización por daño moral, a quienes no sean *“herederos forzosos del difunto”*.-

Sobre el particular, conforme a las reglas de la experiencia y la razón, que integran el sistema de la sana crítica (art. 384 del CPCC), encuentro convicción suficiente para apreciar que el fallecimiento de un hermano produce en el otro una afectación espiritual de entidad suficiente como para producir un daño resarcible y, por tal, merecedor de reparación pecuniaria.-

Es por ello que la limitación impuesta por el art. 1078 del Código Civil a los hermanos de las víctimas conforma, en el supuesto de autos, una violación al principio de reparación integral contemplado en el art. 19 de la Constitución Nacional, cuyo alcance cabe fijarlo con arreglo al art. 5.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), cuyo texto establece que *“toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”*, y al art. 63.1. de la misma, que consagra la restitución integral, y que según los términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluye *“...la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral”* (Corte I.D.H. Caso: *“Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”*. Reparaciones y costas. Sentencia del 21-VII-1989. Serie C, No. 7, párr. 26).-

En tal contexto, cabe señalar que la jurisprudencia del citado Tribunal Internacional amplió la situación de los legitimados por el daño moral, incluyendo expresamente a los hermanos. Así en el Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia, del 27-II-2002, la Corte I.D.H. expresó: *“...en cuanto a los hermanos de la víctima debe*

tenerse en cuenta que, según la jurisprudencia más reciente de la Corte, se puede presumir que la muerte de una persona ocasiona a sus hermanos un daño inmaterial (cfr. Caso Cantoral Benavides. Reparaciones, supra nota 3, párrs. 37 y 61d); Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Reparaciones, supra nota 3, párr. 68; y Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros). Reparaciones, supra nota 4, párrs. 110, 126 y 144)”, (del Párrafo 88 en el Caso Trujillo Oroza, ya citado).-

En el caso “Bulacio v. Argentina”, la Corte I.D.H. sostuvo: “Es razonable concluir que estas aflicciones se extiendan a los miembros más cercanos de la familia, particularmente a aquéllos que tuvieron un contacto afectivo estrecho con la víctima. No se requiere prueba para llegar a esta conclusión. Como ha quedado demostrado, las anteriores consideraciones se extienden además a los padres, a la abuela paterna y a la hermana” (Corte IDH, sentencia del 18-IX-2003, párrafo 98).-

En esa Sentencia, el Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, expresó: "El sufrimiento humano tiene una dimensión tanto personal como social. Así, el daño causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a la propia comunidad como un todo. Como el presente caso lo revela, las víctimas se multiplican en las personas de los familiares inmediatos sobrevivientes, quienes, además, son forzados a convivir con el suplicio del silencio, de la indiferencia y del olvido de los demás".-

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1ª, en autos "Z., R. A. v. César Rodríguez Ruiz y Coop. de Seguros", Sent. del 7-IX-2010, resolvió que: “la aplicación del art. 1078, CCiv. -que lleva a negar la indemnización por daño moral al reclamante por la muerte de su única hermana, por no ser heredera forzosa- arriba a una solución por demás injusta, reñida con normas constitucionales como los arts. 19 y 75, inc. 22, CN, y desconoce además la jerarquía constitucional del derecho a obtener una reparación íntegra del daño”.-

En el citado fallo, la Suprema Corte de Mendoza recordó que la Corte de Justicia de la Nación, en la causa “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A” (Fallos: 327.3753), al declarar la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1 de la

Ley 24.557, estableció el carácter constitucional del derecho a la reparación y el rango igualmente constitucional del principio *alterum non laedere* “que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana. Que la tutela de la dignidad humana se resiente gravemente en su dimensión constitucional frente a normas que sólo en apariencia brindan protección a los daños injustamente sufridos, a través de indemnizaciones menguadas, ínfimas o de otras formas de exclusión resarcitoria” (Suprema Corte de Mendoza, Sala I, causa citada).-

Asimismo, la aplicación del art. 1078 del Cod. Civil, vulnera la protección integral de la familia que, como célula base de la sociedad, se organiza y proyecta a través del afecto (art. 17 CADH), cualquiera sea el modelo constitutivo en la actualidad.-

Por ello, no existe fundamento alguno para distinguir la situación según el grado de parentesco, para así conceder a uno lo que se le niega al otro, cuando las circunstancias de convivencia y formación de una familia son idénticas, pues si la afectación espiritual concurre efectivamente no hay motivo para que se impida la reparación. Por tanto, la negación de este derecho al hermano de la víctima viola el principio constitucional de igualdad ante la ley (art.16 CN).-

Por otra parte el criterio distintivo que establece el Código Civil en los arts. 1078 y 1079 respecto de la situación de los damnificados indirectos en cuanto a su legitimación para reclamar por daños, atenta contra el principio de razonabilidad, puesto que por un lado se les permite reclamar daños materiales, pero al mismo tiempo no se les reconoce una reparación por el sufrimiento espiritual por la pérdida de un ser querido (art. 28 CN).-

A mayor abundamiento, y sin que ello implique la aplicación del nuevo Código Civil al caso de autos, es dable destacar que el mismo ha modificado el criterio del antiguo art. 1078, ampliando la legitimación para reclamar la indemnización por las consecuencias no patrimoniales del evento dañoso, extendiendo la misma a los ascendientes, descendientes, cónyuge y a “(...) *quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible (...)*” (art. 1741 Código Civil y Comercial de la Nación)

Por lo expuesto, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, por contravenir de modo manifiesto los principios de la reparación integral, propiedad, igualdad ante la ley y razonabilidad, consagrados a nivel constitucional y supranacional (arts. 16, 17, 19, 28 y 75 inc, 22 de la Constitución Nacional, y arts. 5, 17 y 63.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).-

Teniendo en cuenta las valoraciones efectuadas, el carácter reparador y no punitivo del agravio moral que exige focalizar la atención en los efectivos padecimientos sufridos por el reclamante, así como lo informado por la Licenciada Rodriguez a fs. 200 vta., estimo procedente la reparación por daño moral para la hermana de la víctima en la suma de **pesos cien mil (\$ 100.000)** (artículos 384 y 474 del CPCC). -

3.2.2. Tratamiento psicológico.-

Bajo el rubro titulado "*Honorarios del Psicólogo*", la actora, al igual que sus padres reclama la suma de pesos cincuenta y siete mil seiscientos (\$ 57.600).-

No obstante ello, y en virtud de las conclusiones a las que arribara la perito actuante en autos (ver fs. 201 vta.) estimo que corresponde rechazar el presente rubro.-

4. Condena:-

En consecuencia, corresponde reconocer una indemnización total por la suma de **pesos un millón doscientos cuatro mil cuatrocientos treinta y cinco (\$ 1.204.435)**, correspondiendo la suma de **pesos un millón ciento cuatro mil cuatrocientos treinta y cinco (\$ 1.104.435)** a los padres de la víctima y, la suma de **pesos cien mil (\$ 100.000)** a la hermana de la misma.-

Respecto de la tasa de interés a adicionar desde el momento del hecho, 18-XI-2012 (con excepción del valor expresado en el considerando 3.1.3 que devengará intereses a partir de la presente sentencia, por tratarse de un gasto futuro), se aplicarán los que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en la tasa pasiva para operaciones electrónicas a 30 días (Tasa BIP), siempre que resultare mayor a la tradicional, computados a partir del día en que debió abonarse hasta su efectivo pago.-

Ello con la finalidad de preservar el valor económico real de la prestación frente al envilecimiento de la moneda, adecuando los valores nominales a los reales, se habrá de aplicar la tasa pasiva prevista para las operaciones de depósito realizadas a través de internet o sistema BIP (Banca Internet Provincia), puesto que la tasa pasiva tradicional no cubre de ningún modo la depreciación monetaria que produjo la inflación en los últimos años, y que cualquier ahorrista obtendría depositando ese dinero en los plazos fijos que ofrece el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones por internet.-

Si bien en la causa N° 17.388 “*Onnini Claudio Julio c/ Instituto de la Vivienda - Pcia. Bs. As. s/ Medida Autosatisfactiva*” (sent. del 3-IX-2015) la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata revocó el criterio por entender que la tasa pasiva “*BIP*” o “*digital*” devino, en algún período, superior a la tasa activa, modificó su propio criterio luego de que la Casación Local se pronunciara favorablemente en la causa “*Ubertalli Carbonino*” (SCBA, B. 62.488, sent. del 18-V-2016), con la simple y realista consideración –que he venido sosteniendo- de que si el interés moratorio tiende a resarcir al acreedor el daño patrimonial causado por la falta de cumplimiento oportuno de la obligación, no debe perderse de vista que necesariamente habrá que tener en cuenta cuál podría haber sido la inversión ordinaria al alcance del acreedor si hubiese recibido la acreencia en término (del voto del Dr. Pettigiani en la citada causa).-

Así, de acuerdo con lo normado por el art. 767 del CCyCN, y a fin de resguardar el valor del crédito, considero que corresponde aplicar la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a 30 días, durante los distintos períodos de devengamiento, que actualmente es la que se efectúa por internet.-

En la era digital, no puede desconocerse que –tal como viene sucediendo en los últimos años- la inversión al alcance del ahorrista promedio es la constitución de un plazo fijo a través de internet, razón por la cual habré de mantener la posición sobre la tasa pasiva “*digital*” en el fuero contencioso administrativo, por ser ese el precio “*de plaza*” del dinero.-

5. Alcance de la Condena.-

En virtud del resultado de la presente sentencia por la cual se condena a la Provincia de Buenos Aires y pudiendo resultar implicada la responsabilidad de los funcionarios involucrados, se habrá de comunicar –mediante oficio por Secretaría– la presente sentencia al Tribunal de Cuentas de la provincia, a los efectos que estime corresponder (art. 159 de la CPBA).-

6. Costas:-

En este sentido, corresponde señalar que en diversas sentencias me he pronunciado acerca de la inconstitucionalidad de la reforma introducida al art. 51 del CCA por la Ley 13.101 (vgr. Causas: N° 1488 “Nitti”, Sent. del 4-V-06, Reg. Sent. 109/06; N° 726 “Adamo”, Sent. 15-VI-06, Reg. Sent. 237/06; y “Montes de Oca”, Sent. del 1-IX-2006, Reg. 583/06, entre otras, de este Juzgado a mi cargo), al considerar –entre otros aspectos– que las costas integran el derecho sustantivo, y que el sistema de costas por su orden genera en el vencedor un detrimento patrimonial, que resulta contrario a los principios constitucionales de igualdad y propiedad; toda vez que una condenación de ese tipo a los accionantes constituye un detrimento inadmisibles al derecho de propiedad reconocido por la presente sentencia, en la medida en que la indemnización que se reconoce consiste en una suma fija de pesos.-

Que la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, ha revocado el citado criterio (causas, “Grassi”, Sent. del 19-IX-2008; y “Montes de Oca”, Sent. del 8-III-2007, entre muchas otras); y en sentido coincidente se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA, A. 68.418, “Asenjo, Daniel Horacio y otros”, sent. del 15-IV-2009, entre otras), por considerar que aquel sistema no es discriminatorio ni lesiona el derecho de propiedad.-

Que finalmente la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires ha sancionado la Ley 14.437, retornando al originario sistema de costas a la parte vencida en el proceso, tal como era previsto por la Ley 12.008, de modo que corresponde imponer las costas a la demandada vencida, de conformidad a lo establecido en el art. 51 inc. 1 del CCA, en su actual redacción.-

Por ello, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales, lo normado por los artículos 50 del C.C.A. y 163 del C.P.C.C.-

FALLO:-

1. Admitiendo la acción contencioso administrativa promovida por el Sr. **Oscar Duval Salto, Mirta Puntano y Luci Marisel Salto**, contra la Provincia de Buenos Aires.-

2. Declarando la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil y, condenando a la demandada a pagar la suma de PESOS UN MILLON DOSCIENTOS CUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO (\$1.204.435), correspondiendo la suma de PESOS CIEN MIL para Luci Marisel Salto y, la suma de PESOS UN MILLON CIENTO CUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO para el Sr. Salto y la Sra. Puntano; todo ello con más los intereses que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósitos a treinta (30) días, a tasa BIP o Digital, desde el 18-XI-2012 (con excepción del valor expresado en el considerando 3.1.3 que devengará intereses a partir de la presente sentencia, por tratarse de un gasto futuro) hasta su efectivo pago. La demandada deberá cumplir con el pago de la indemnización en el plazo de sesenta (60) días contados a partir de que adquiera firmeza el presente decisorio (artículo 163 de la Const. Prov.).-

2. Imponiendo las costas a la demandada vencida y postergando la regulación de honorarios para la oportunidad en que se apruebe la liquidación correspondiente.-

3. Librar oficio -por Secretaría- al Tribunal de Cuentas de la provincia de Buenos Aires, a fin de poner en conocimiento la presente sentencia.-

REGISTRESE. NOTIFIQUESE.-