

ACUERDO N° 94 _____.- En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los catorce días del mes de Octubre del año dos mil dieciséis se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa Analía Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "RODRÍGUEZ SANDRA MONICA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. n° 3020/10, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- A fs. 29/46 se presenta, mediante apoderado, la Sra. Sandra Mónica Rodríguez, por su propio derecho y en representación de sus hijas menores de edad, C. Fuentealba y A. Fuentealba, e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén. Solicita la reparación de los daños y perjuicios que sufrieran como consecuencia del fallecimiento de su concubino y padre de sus hijas, Carlos Alberto Fuentealba, acaecido el día 05 de abril de 2007 como consecuencia del accionar de un efectivo de la policía de la Provincia del Neuquén, por el monto total de pesos (...)

Luego de explayarse sobre los recaudos de habilitación de la instancia, se dedica a fundar la

legitimación activa y pasiva.

Respecto a esta última, afirma que es la Provincia del Neuquén la que debe responder por los daños y perjuicios acaecidos como consecuencia del actuar ilícito de un funcionario policial, en virtud de lo prescripto por el artículo 1112 del C. Civil.

Con relación a la legitimación para accionar, afirma que A. y C. Fuentealba son hijas de la víctima, conforme lo acredita con las copias certificadas de las partidas que adjunta a fs. 7 y 8, y en tal carácter se encuentran legitimadas para petitionar la reparación de los daños patrimoniales y morales ocasionados, con fundamento en los artículos 1078, 1079, 1084 y 1085 del Código Civil. Aclara que la acción la ejercen en nombre propio y no *iure hereditatis* según lo afirmado por la doctrina imperante en la materia.

Refiere que tratándose de hijas menores de edad, existe una presunción *iuris tantum* respecto de la existencia de daños, es decir, que se encuentran exentas de tener que acreditar el perjuicio ocasionado por la muerte de su padre, aunque sea conveniente a los fines de establecer la extensión del resarcimiento que pretenden.

Manifiesta que en tanto resultó ser concubina del causante durante aproximadamente 17 años y hasta el momento del hecho luctuoso (conforme lo justifica con la copia certificada de la información sumaria Nro. 441/07 (fs. 9), se encuentra legitimada para reclamar el resarcimiento que su muerte le produjo, tanto en lo que respecta al daño material como al daño moral, dado que estima inaplicable la previsión del artículo

1098 del C. Civil por entender que es contraria a la "protección integral de la familia", al principio de "reparación integral" y la igualdad en la reparación de los daños.

A continuación relata que conforme ha quedado acreditado en la causa "Poblete, José Dario s/ Homicidio doblemente calificado por la calidad del imputado -integrante de la Policía de la Provincia del Neuquén-, por alevosía y por el uso de arma de fuego en carácter de autor", causa n°93 Año 2007, radicada ante la Cámara Criminal Primera de esta Circunscripción Judicial, mediante el dictado de la sentencia Nro. 32/2008, de fecha 8 de julio del año 2008, el cabo José Dario Poblete ocasionó lesiones tan graves a Carlos Alberto Fuentealba que le ocasionaron la muerte, acaecida el día 05 de abril de 2007.

Respecto a las circunstancias fácticas que rodearon el hecho luctuoso, afirma que ocurrió en el marco de las medidas de fuerza llevadas a cabo por el gremio ATEN, sobre la Ruta Nro. 22 a la altura del km 1264 -Arroyito-, el día 04 de abril de 2007, oportunidad en que se montó un procedimiento policial en el que tomaron intervención varios grupos policiales, entre ellos, el de Zapala donde prestaba servicios el cabo Poblete.

Manifiesta que en dicha coyuntura el Sr. Fuentealba -quien participaba de las protestas- viajaba como pasajero en el automóvil marca Fiat 147, dominio AMP 172, conducido por Gonzalo Arroyo, cuando de manera intencional y deliberadamente el Cabo Poblete apuntó al

vehículo y disparó con la Pistola Federal 011117 provista por la repartición. Afirma que el proyectil se introdujo por la luneta del auto e impactó en el cráneo de Fuentealba, produciéndole el hundimiento de la región occipital izquierda, lo que provocó su posterior traslado al Hospital Regional zonal donde fue intervenido quirúrgicamente, falleciendo en horas de la noche del día siguiente.

Asegura que el deceso se produjo por traumatismo encefálico grave por acción de un misil que actuó por peso y a velocidad intermedia, provocando un hundimiento localizado en el hueso, ya que la energía emitida en el punto de partida del impacto creó una onda que provocó además, daño cerebral que lesionó el encéfalo opuesto.

Interpreta que el operativo donde el Sr. Fuentealba encontró la muerte estuvo especialmente diseñado para la ocasión. Asegura que desde el propio Estado se ordenó, coordinó y supervisó un operativo policial con exceso de integrantes, con personal de los denominados "grupos especiales", policías de uniformes, carros hidrantes, personal policial portando armas de fuego no convencionales, etc. lo que constituye una circunstancia que por si sola incrementaba el riesgo de que se produjeran afectaciones a distintos bienes jurídicos.

Afirma que la muerte fue producto de un operativo policial llevado a cabo con un inusitado nivel de violencia y de afectación de bienes jurídicos, pensado y diseñado anticipadamente, con ausencia de controles

puntuales y precisos, pese a encontrarse presente la totalidad de la plana mayor de la policía de la Provincia y el representante del Poder Ejecutivo en el escenario de los hechos.

Razona que objetivamente no resultaba necesaria ni proporcional la acción de disparar armas tales como pistolas 12.70 o lanzagases, incluso en dirección al cuerpo de los manifestantes, así como tampoco realizar las persecuciones en zonas alejadas de la Ruta 22 -cuyo despeje fue la justificación del operativo- como tampoco acometer, en el tramo final del operativo produciendo una "encerrona" sobre los vehículos que se iban retirando e incluso disponer la interceptación de rodados en cercanías de quienes ejercían su legítimo derecho a manifestar el descontento con las decisiones del gobierno provincial.

Expone que en esta circunstancia radica, precisamente, la "falta de servicio" imputada al Estado Provincial como causal de atribución del daño ocasionado, por la actuación ilegítima de un miembro de sus fuerzas policiales, todo lo cual ha quedado acreditado en el expediente penal mencionado anteriormente.

Señala que no puede pasarse por alto que el Cabo Poblete, al momento de los hechos, ya contaba con una condena anterior, por el delito de vejaciones (Cfr. sentencia nro. 104 de fecha 23 de agosto de 2006, Expte. 4556 Año 2004, dictada por el Juzgado Correccional de Zapala) y que pese a ello, fue seleccionado para integrar el cuerpo de policías que asistirían al lugar de las protestas.

Expone que tal circunstancia denota la responsabilidad de la Provincia del Neuquén por "*culpa in eligendo*" e "*in vigilando*" dada por el irregular reclutamiento, capacitación, formación y contralor del personal que presta servicios para las fuerzas de seguridad, máxime considerando que el Cabo Poblete formaba parte de los denominados "grupos especiales", estando habilitado para la portación de armas de fuego no convencionales tales como pistolas 12.70 o pistolas lanzagases.

Señala que deberá tenerse presente que el Código Civil atribuye mayor alcance a la obligación de reparar cuando se ha actuado con dolo, tal el caso bajo análisis.

Luego, se detiene a considerar que mediante el dictado de la Ley 2547 (B.O. 3042 de fecha 07/06/07) el Estado Provincial le otorgó una pensión de carácter vitalicio, mediante la modalidad de pago mensual, por un monto equivalente a treinta y seis (36) horas cátedra de nivel medio AA-6 del escalafón docente y las actualizaciones que se devenguen en el futuro para igual situación de revista del personal en actividad.

Sin embargo, estima que ello no es óbice para reclamar una reparación integral, dado que la misma fue dada a efectos de "*dar cobertura asistencial y concurrir con el apoyo y la contención que debe brindar el Estado como responsabilidad indelegable ante la situación lamentable que derivara en la muerte del profesor Carlos Fuentealba*" conforme señalara la Diputada Storioni al momento de debatir el proyecto de ley en la

Legislatura Provincial.

Explica que la pensión otorgada por el Estado Provincial no tiene carácter indemnizatorio, sino que participa de la naturaleza "graciable" pues ha sido otorgada a fin de brindar una "cobertura asistencial" o "amparo económico" por la situación de emergencia vivida.

Sin embargo, asevera que aun cuando se estimara que su naturaleza fuera "indemnizatoria" de modo alguno podría satisfacer las normas constitucionales relativas a la obligación de garantizar una "reparación integral".

Con cita de la doctrina de los actos propios, puntualiza que de los términos vertidos por la Diputada Storioni al momento de debatir la concesión de la pensión se desprende que el Estado Provincial se considera responsable por la muerte de Carlos Fuentealba.

A continuación se expone sobre el resarcimiento del daño material y moral reclamado.

Con relación al daño material cuya reparación reclama para sí y sus hijas, expresa que el Sr. Fuentealba al momento de su muerte tenía 40 años de edad, era profesor en varias escuelas (C.P.E.M. Nros. 60, 69, 70, 54, 17 y 40) cumpliendo 32 horas semanales y que su salario era, el último año, de (...)

Explica que Carlos era el sostén principal de la familia, por eso había tomado la mayor cantidad de horas cátedra que podía y tenía la convicción de seguir capacitándose a fin de mejorar la situación económica familiar. En este sentido, afirma, que se hallaba

estudiando en la Universidad Nacional del Comahue la carrera de Profesorado en Letras pero que a principio de 2007, había decidido cambiarse al Profesorado de Química.

Indica que su parte, también es docente y que al momento del hecho, contribuía a la economía del hogar pero en menor medida, pues trabajaba sólo a la mañana y el resto del día se dedicaba al cuidado y atención de las niñas, como así también a sus estudios.

En función de la aplicación de la fórmula matemática financiera de uso habitual en el fuero civil provincial, como pauta orientadora, y considerando la expectativa de vida promedio del sexo masculino en 75 años - incluyendo no sólo su vida laboral activa sino también la pasiva-, reclama la suma de (...), en concepto de lucro cesante.

A ello, le agrega el reclamo por pérdida de chance, acorde con la mayor capacitación que desde antes de su muerte el Sr. Fuentealba había decidido asegurarse, teniendo en cuenta que estaba cursando la carrera de Profesor de Química. Afirma que tal circunstancia debe considerarse atento a que existía una posibilidad cierta de que se recibiera y pudiera ejercer como tal, lo que hace presumir necesariamente que incrementaría sus ingresos brindando una mayor colaboración económica a su familia.

Pretende una indemnización en virtud de los probables futuros ingresos, estimada sobre el 20% del monto del lucro cesante, lo que asciende a la suma de (...).

Apunta que a la hora de evaluar una justa

indemnización, no debe dejar de considerarse la corta edad de las hijas de la víctima al momento de su fallecimiento (...), lo que evidencia que el deber de atender y asistir a las mismas, se hubiera prolongado por muchos años más.

En definitiva, reclama en concepto de lucro cesante y pérdida de chance la suma de (...).

Asimismo, la actora pretende la reparación del lucro cesante y pérdida de chance que dice haber padecido a título personal, por la muerte de su concubino.

Afirma que hasta el momento del hecho dañoso, ella trabajó como docente en diversas escuelas primarias durante 20 años. Asimismo, dice que estaba cursando la carrera de profesorado para nivel medio y superior de Artes Visuales en la Escuela Superior de Bellas Artes de Neuquén, con el fin de poder dar clases en instituciones terciarias.

Puntualiza que desde el 5 de abril de 2007, fecha en que se produjo la muerte de su marido a manos de un efectivo de las fuerzas policiales, su vida cambió para siempre. Allí comenzó una ardua lucha orientada a responsabilizar a los autores del ilícito, batalla que, al momento de interponer esta acción aún no había llegado a su fin, no obstante la condena del Cabo José Darío Poblete, puesto que continuaba en trámite la denominada causa "Fuentealba II" (Fiscalía de Cámara s/ investigación" Expte. 38150/7).

Afirma que como consecuencia de ello, debió empezar tratamiento psicológico, asistiendo a sesiones de

terapia dos veces por semana con (...)

Refiere que desde ese momento está con licencia médica, sin poder asistir a sus labores diarias hasta tanto no se le otorgue el alta.

Alude a la Resolución Nro. 1535 del Consejo Provincial de Educación, de fecha 03 de octubre de 2007, mediante la cual se le otorgó una "licencia excepcional con goce de haberes desde el 30 de abril de 2007 y hasta el alta médica".

En particular, menciona un informe de la Junta Médica del Consejo Provincial de Educación de fecha 26/08/08, en la cual se indica que su parte tenía serias dificultades para verse frente a un aula y que la falta de resolución judicial por la muerte de su marido le impedía poder hacer el duelo, por lo cual le otorgaba una licencia hasta (...), indica que existió otra Junta Médica de fecha (...), mediante la cual se le vuelve a otorgar licencia médica.

Asegura que su carrera docente se vio interrumpida bruscamente por el hecho traumático (...).

Considera que, siendo que ella también se encontraba cursando estudios, con la proyección de ser un "complemento" de los ingresos económicos que aportaba su esposo, y en virtud de los antecedentes mencionados

acerca de la imposibilidad de asegurarse en el futuro cumplir con dichas "expectativas", (...).

A fin de estimar el monto, recurre a la fórmula matemática financiera, y tomando como base que al momento del hecho ella tenía 42 años de edad, la expectativa de vida promedio del sexo femenino (de 78 años), y sus ingresos al mes de septiembre de 2009 que ascendían a la suma de (...) reclama el pago de una indemnización equivalente a (...)

Con relación al daño moral padecido a título personal y por sus dos hijas, afirma que para su justipreciación cabe tener en cuenta:

- La muerte del progenitor y compañero de vida caló hondo en la estructura familiar, puesto que era el tronco económico y afectivo de la misma, con especial incidencia en la vida de sus hijas que se vieron prematuramente privadas de su asistencia espiritual y material a una corta edad.

- Que al dolor y angustia que padece cualquier familiar ante el deceso de un ser querido, se le debe añadir las afecciones relacionadas con la impotencia e ira que les genera el modo y el contexto en que se produjo la muerte de Carlos Fuentealba -asesinado de manera violenta durante una protesta social por un miembro de las fuerzas de seguridad del grupo GEOP, tras una feroz represión ejercida contra los manifestantes, operativo policial que fuera anticipadamente pensado y

organizado-.

- Las repercusiones sociales y políticas del caso. Fuentealba se ha convertido en un estandarte de la defensa de la protesta social en nuestra provincia y en la nación toda. Las escuelas y lugares públicos se hallan empapelados con su rostro y en toda manifestación se enarbola su nombre.

Alega que, si bien las repercusiones mediáticas, políticas o sociales de un determinado caso no determinan de por sí el monto indemnizatorio, lo cierto es que, en este caso, la sociedad ha vislumbrado la trasgresión de principios o valores fuertemente arraigados en la sociedad. Por ello, estima que las características excepcionales que presenta la muerte de Carlos Fuentealba, obligan a fijar una indemnización también excepcional.

- La circunstancias que rodearon la muerte -en particular, la paradoja de quienes están encargados de brindar seguridad sean los que el produjeron la muerte-, también deben ser consideradas a los fines de fijar la indemnización por daño moral, la que considera que debe abarcar el "aspecto punitivo" cumpliendo una "función ejemplificadora propia de una sanción".

Destaca que se trató de un hecho evitable, cometido en el marco de una represión injustificada y no en el contexto de una acción legítima del Estado en aras de controlar a los manifestantes.

- La índole del hecho generador, ya que no puede ser igual la extensión de la responsabilidad resarcitoria de quien produce dolosamente un daño, que

quien debe responder por su actuar culposos o negligente.

Refiere que, por su parte, sobrellevar las presiones de enfrentarse a los procesos judiciales, la constante e inevitable exposición pública, la necesidad de contener económica y emocionalmente a sus hijas, ha dañado su salud psíquica. (...)

Cita al Psicólogo que la trata (...).

Con relación a las niñas, afirma que (...).

(...).

Refiere que, sin embargo, (...).

Por todo ello, reclama una indemnización

que asciende a la suma (...).

Asimismo, reclama el pago de (...). Refiere al respecto, que desde el fallecimiento de su esposo se encuentra bajo tratamiento psicológico (...).

Explica que el costo de la sesión era de (...).

También reclama un tratamiento psicológico para sus hijas (...).

Solicita que a la totalidad de las sumas que reclama, se le adicionen intereses a la tasa activa, desde que dicha sumas resultaron debidas, es decir, desde

el hecho ilícito y hasta su efectivo pago.

Dedica algunos párrafos a la relación causal que existe entre la muerte del Sr. Fuentealba y los daños que dice haber padecido. (...).

Ofrece prueba, hace reserva de caso federal, denuncia la promoción de un beneficio de litigar sin gastos y formula petitorio.

II. - A fs. 48 toma intervención el Sr. Defensor del Tribunal, en su carácter de Ministerio Pupilar por las menores C. y A. Fuentealba.

A foja 59 y vta., por medio de la RI N° 322/10 se declara la admisión formal del proceso.

III. - Efectuada la opción por el procedimiento ordinario, se corre traslado de la demanda.

IV. - A fojas 482/493 vta. la Provincia del Neuquén, por apoderado y con patrocinio letrado contesta la acción y solicita su rechazo, con costas.

Luego de cumplir con la negativa de rigor, y desconocer la documental aportada por la actora, expone su versión de los hechos.

En esa inteligencia, explica que un importante grupo de manifestantes materializaron un reclamo laboral por fuera de la vía jurisdiccional, cortando ilegalmente la Ruta Nacional 22 a la altura de Arroyito y, que luego de requeridos por la autoridad

policial para que cesen las hostilidades, no sólo desobedecieron la legítima orden de liberar la ruta para permitir el libre tránsito, sino que deliberadamente enfrentaron a las fuerzas policiales apostadas en el lugar.

Relata que debido a la desobediencia y resistencia a la orden policial de liberar la ruta, en el uso de la fuerza pública -ley 2081- y ejerciendo una legítima defensa, se llevó a cabo el procedimiento en el cual resultó lesionado un manifestante.

Dice que, despojado del contexto político en que los actores proponen el entendimiento del evento dañoso, se advierte que los manifestantes -entre los cuales se encontraba el Sr. Fuentealba- habían alterado el orden público y la paz social, imponiendo la presencia de la autoridad policial que procuró recomponer la situación y garantizar la tranquilidad y seguridad.

Expone que, en el marco de la desobediencia de los manifestantes a la orden policial de desalojar la ruta, el personal policial hizo uso justificado de una de las herramientas con las que cuenta legalmente para disuadir a los manifestantes, esto es, el uso de la granada de gas lacrimógeno cuyo efecto propio es la molestia visual, idónea para hacer cesar la actitud hostil y dispersar la multitud.

Continúa narrando que, siendo de público conocimiento que la lesión que recibió Fuentealba fue por el impacto de una granada como la descrita, es evidente que el lamentable resultado lejos de haber sido el querido por el autor del lanzamiento, fue una desgracia

totalmente involuntaria y ajena a toda intención procurada en ese momento, máxime cuando se confirmó categóricamente que el tipo de arma que causó la lesión no es aquella utilizada para herir o matar.

En virtud de ello, concluye que el lamentable hecho ha sido provocado por un error en la dirección dada al disparo del gas lacrimógeno al momento del tumultuoso hecho.

Interpreta que, importando a los fines de la litis el hecho *per se*, objetivamente analizado, despojado de toda connotación política y repercusión mediática, corresponde su consideración bajo los preceptos de la responsabilidad objetiva del Estado, justipreciando los rubros con especial apego a las constancias objetivas con que se cuente en autos, y lógicamente, las pautas jurisprudenciales vigentes para casos idénticos.

Explica que el Poder Ejecutivo provincial celebró un acuerdo general con los representantes del sindicato de Trabajadores de la Educación del Neuquén (A.T.E.N.), sector que llevaba adelante la representación de la concubina del Sr. Fuentealba y de sus hijas.

Alega que, en cumplimiento de dicho acuerdo, se emitió el Decreto 553/07 mediante el cual se le otorgó a la hoy actora y a sus hijas menores de edad, una pensión de carácter vitalicia e irrevocable, equivalente a la pérdida de chance sufrida por la desaparición del Sr. Fuentealba, consistente en un cobro mensual equivalente a lo que en vida laborara el causante, igual a 36 horas cátedra de nivel medio

AA-6

del escalafón docente, monto alcanzado por las actualizaciones que en lo sucesivo se devenguen.

Cuestiona la actitud asumida por la accionante, quien si bien reconoce la existencia de tal pensión, manifiesta que no tiene carácter indemnizatorio, siendo ello una tergiversación con sustento semántico. Asegura que, al margen de la denominación que se le imprima al concepto en cuestión, es su monto y base de cálculo lo que nos da la naturaleza jurídica real del cobro, ya que la pensión propiamente dicha, será percibida por los deudos del ISSN - organismo previsional pertinente- lo que contradice la argumentación de la actora quien, en el supuesto por ella descrito, resultaría beneficiada por un doble cobro indebido.

Insiste en que lo abonado por el Estado como consecuencia del Decreto 553/07, luego Ley 2547 es lisa y llanamente la traducción administrativa de lo que resultaría reclamable en juicio por responsabilidad civil para el caso de muerte del sostén económico familiar, bajo el rubro o concepto de pérdida de chace, con el aditamento de habersele otorgado con carácter vitalicio, condición que jamás hubiera obtenido por la vía jurisdiccional.

Aclara que tal pensión tiene carácter de "reparación integral" en cuanto al rubro en cuestión, considerando el fundamento expresado en el debate parlamentario de la Ley 2547, donde se hace constar claramente que se trata de una norma de excepción, que tiene por objeto indemnizar, brindando cobertura asistencial con el fin de satisfacer las necesidades

económicas de sus beneficiarios.

Con base en ello estima intolerable la pretensión de doble cobro que se intenta por esta vía, por lo que solicita el rechazo de este rubro peticionado.

Con relación al rubro "lucro cesante" solicitado por la actora a título personal, afirma que el mismo es improcedente dado que la propia parte reconoce que se encuentra gozando de una licencia laboral(...).

Cuestiona por exorbitante la suma reclamada en concepto de daño moral, dado que es muy superior a la otorgada normalmente para casos análogos que, pese a no tener la repercusión mediática y política del presente, no difieren respecto al sufrimiento que causa la muerte de una persona en su entorno familiar. Cita abundante jurisprudencia de otros fueros en apoyo a su postura.

Propicia el rechazo del rubro daño psicológico porque estima que no tiene entidad autónoma, sino que es un daño que debe ser subsumido dentro del moral.

Alude que la mediatización y publicidad que obtuvo el caso de autos por obra de las organizaciones gremiales pudo haber sido la causa del daño psicológico que dice haber padecido la actora y sus hijas.

Exige que de considerarse el rubro en forma autónoma, deberá la actora probar que el mismo es

consecuencia directa e inmediata del hecho y no un corolario de la mediatización del caso y las repercusiones que ello pudo tener.

Por último, estima irresponsable y malintencionada la cuantificación de la reparación económica pretendida por la actora, la que jamás podrá prosperar, lo que evidencia, a su juicio, una conducta procesal temeraria y maliciosa que excede la pluspetición inexcusable del art. 72 del CPCC, exigiendo ser sancionada con la oportuna condena en costas a la actora y sus letrados, con absoluta independencia de la forma en que se resuelva definitivamente la litis.

Ofrece prueba, expresa desinterés en la producción de la pericial psicológica y formula su petitorio.

V. - A fs. 498 se abre la causa a prueba.

A fs. 502, en atención a la renuncia del Dr. Gavernet, se sortea Defensor del Tribunal subrogante, siendo desinsaculada la Dra. María Dolores Finochietti, la que evacua la vista otorgada a fs. 503.

A fs. 517, en atención a haber alcanzado la mayoría de edad, comparece por derecho propio C. Fuentealba y ratifica todo lo actuado a su favor por sus letrados patrocinantes.

A fs. 1854, se clausura el período probatorio poniéndose los autos a disposición de las partes para alegar, facultad que sólo ejerce la actora a fs. 1858/1876.

VI. - A fs. 1878/1891 dictamina el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia se haga lugar a la

demanda.

Sostiene que se trata de un supuesto de obligación extracontractual del Estado por "falta de servicio".

Con cita del precedente "Barreto" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, afirma que al no existir en el derecho local un texto expreso que contemple los supuestos de responsabilidad del Estado, el tratamiento deberá efectuarse recurriendo en forma analógica a las disposiciones del derecho común o algún principio general del derecho.

Luego de reseñar los aspectos más relevantes de la sentencia Nro. 32/2008 recaída en la causa penal "Poblete" (causa Nro. 93 Año 2007), estima que el resultado dañoso fue consecuencia directa de la conducta desplegada por un agente de la policía, en ejercicio de la función policial, por la tenencia y utilización de un arma de fuego que le fue provista en virtud de dicha actividad policial, en función de la cual el Estado debe responder.

Concluye que se encuentra probado el hecho ilícito cometido por el efectivo policial en abuso de su función y en total violación de los deberes legales transcritos. En ello radica, a su criterio, la falta de servicio.

A continuación se expone respecto de los daños reclamados. Con relación a la pensión que recibe la Sra. Rodríguez, afirma que su alcance y excepcionalidad, junto a los caracteres de vitalicia e irrevocable, reemplazan lo reclamado por las actoras en concepto de

pérdida de chance y lucro cesante.

Propicia el reconocimiento del lucro cesante, respecto de la Sra. Sandra Rodriguez, daño moral pretendido por las tres actoras y los gastos por tratamiento psicológico en función del daño psíquico probado respecto de las actoras.

Respecto al primero de los daños mencionados, estima que surge acreditado en la causa que la Sra. Rodriguez vio frustradas sus expectativas de crecimiento, encontrándose probado que concluyó el profesorado de Artes Visuales para el Nivel Medio y que contaba con una serie de expectativas de continuar con el Profesorado Superior en la especialidad Dibujo y Pintura. Lo que permite presumir que pretendería aumentar sus ingresos con esa nueva capacitación, la que a raíz del hecho en cuestión se ve imposibilitada de concretar, al no poder retornar a sus actividades habituales.

En cuanto al reclamo por daño moral efectuado por la concubina, propicia la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del C.C. Con relación al resarcimiento, pondera en particular la repercusión pública que adquirió el caso, el significativo perjuicio espiritual extrapatrimonial y su pervivencia por la dificultad de sobrellevar un duelo en un caso público. Entiende configurado un daño psíquico a instancias de la pericia llevada a cabo.

Con relación al daño moral sufrido por las hijas de la víctima, estima configurado el mismo *in re ipsa*. Respecto a la fijación del *quantum*, considera que debe tenerse presente el carácter resarcitorio del rubro,

la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tienen que guardar necesariamente relación con el daño material.

Por último, propicia el reconocimiento de los gastos de asistencia psicológica realizados y los futuros respecto de todas las actoras.

VII. - A fs. 1892 la actora recusa con causa al señor Vocal Dr. Evaldo Darío Moya.

A fs. 1895 el Dr. Moya se excusa de intervenir en autos, en virtud de encontrarse comprendido en la causal prevista por el artículo 17 inc. 7 del CPCC.

Mediante RI 659/2014 se acepta la excusación del Dr. Moya y se lo tiene por apartado del conocimiento de la presente causa.

A fs. 1902 se llama autos para sentencia, los que son suspendidos atento el pedido de remisión de la causa penal adjuntada y sus anexos, por parte de la Secretaria Penal del Tribunal Superior de Justicia.

Devueltas las actuaciones a esta Secretaria, se llama autos para sentencia (fs. 1913), los que son nuevamente suspendidos a fin de citar a A. Fuentealba a comparecer por sí misma a juicio, en atención a haber adquirido la mayoría de edad.

A fs. 1917 comparece la Srta. A. Fuentealba por sí, con patrocinio y ratifica todo lo actuado hasta el momento.

Finalmente, a fs. 1918 se dispone el cese de la intervención del Sr. Defensor General y se reanuda el llamado de autos para sentencia, el que consentido y firme coloca a estas actuaciones en estado para ser

falladas.

VIII. - Tal como surge del relato efectuado, la pretensión indemnizatoria deducida encuentra su origen en la actividad desplegada por un agente perteneciente a la Policía de la Provincia de Neuquén, en el desempeño de sus funciones.

El caso a resolver se enmarca, entonces, en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado por la presunta "falta de servicio" en la que habría incurrido personal de la policía provincial.

Se trata de una responsabilidad directa, porque la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 312:1656; 317:1921; 318:193; 321:1124; 330:2748; 331:1690).

En este contexto, para que se configure el supuesto de responsabilidad que la accionante pretende, es necesaria la presencia de determinados requisitos, a saber: imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones; falta o funcionamiento defectuoso o irregular del servicio; existencia de daño cierto; y, relación causal entre el hecho y el daño (cfr. Acs. 1237/06, 24/12, 91/12 entre otros).

IX. - De modo que, para avanzar en el análisis, es preciso determinar si la accionada ha incurrido en un cumplimiento defectuoso o irregular de

sus funciones (falta de servicio), sin perjuicio de la presencia de los restantes extremos que deben reunirse para que proceda la pretensión (Fallos: 320:266; 325:1277; 328:4175; 334:376 y sus citas).

La demandada, básicamente, postula que el actuar del personal policial se encontró justificado frente a la resistencia y ataque directo de los manifestantes, entre los cuales se encontraba la víctima.

En esta senda, afirma que el día 04 de abril de 2007, un grupo de manifestantes que llevaban a cabo una protesta por un reclamo laboral, procedieron a interrumpir ilegalmente el tránsito sobre la Ruta Nacional Nro. 22 a la altura de Arroyito. Asegura que los manifestantes, requeridos por la autoridad policial, desobedecieron la orden de liberar la ruta y, deliberadamente, enfrentaron a las fuerzas policiales, resistiéndose a la autoridad.

Asevera que como resultado de ese enfrentamiento, llevado a cabo en ejercicio de un legítimo uso de la fuerza -conforme lo prevé la ley 2081- y en defensa propia, resultó lesionado un manifestante.

Expone que el contexto descripto justificó el uso, por parte del personal policial, de una de las herramientas legales que habitualmente se utilizan para disuadir tumultos: la granada de gas lacrimógeno que, conforme lo expuso la autopsia, fue la causante de la lesión que derivó en muerte de un manifestante.

En definitiva, reconoce la existencia del hecho y la mecánica del disparo que causó la lesión mortal en el Sr. Fuentealba, pero del relato que efectúa

se infiere su intención de presentar como causal eximente de su responsabilidad el actuar culposos de la víctima (cfr. fs. 489) en tanto, dice, resistió violentamente - junto a otros manifestantes- la orden de desalojo de la Ruta en cuestión, motivando que los agentes policiales utilizaran la fuerza en defensa propia.

Sin embargo, un detenido análisis de la prueba rendida en autos, y en especial, de las constancias de las causas penales adjuntadas, llevan a descartar este argumento invocado como defensa por la demandada y a concluir en la existencia de una falta de servicio generadora de responsabilidad.

X. - En este punto, debe hacerse hincapié en la proyección que ejerce en los presentes la sentencia penal condenatoria recaída en la causa "Poblete, José Darío s/ Homicidio doblemente calificado por la calidad del imputado - integrante de la policía de la Provincia del Neuquén- por alevosía y por el uso de arma de fuego en carácter de autor" (Expte. 93/7), dictada por la Cámara Criminal Primera de Neuquén, Sentencia Nro. 32 del 8 de julio de 2008.

En dicho fuero, ya han sido objeto de estudio las conductas desarrolladas por el Cabo Primero José Darío Poblete dependiente de la Provincia de Neuquén, a quien se lo encontró penalmente responsable del delito de homicidio de Carlos Fuentealba.

En efecto, los jueces de la Cámara en lo Criminal Primera condenaron a JOSE DARIO POBLETE como autor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO CALIFICADO por haber sido cometido por un miembro

integrante de las Fuerzas Policiales abusando de su función, con la agravante de haber sido cometido con violencia mediante el empleo de un arma de fuego, agravado por alevosía, en concurso ideal (arts. 80 inc. 2 y 9, 41 bis y 54 del Código Penal), a la pena de PRISIÓN PERPETUA, más la inhabilitación absoluta perpetua y costas del proceso (arts. 12 del Código Penal; 491 y 494 del C.P.P y C.) (cfr. fs. 1853/1897).-

Dicha condena quedó firme tal como surge de las Resoluciones Interlocutorias N° 172/09 y 19/10 ambas de la Sala Penal de este Tribunal, que declararon respectivamente y a su tiempo, la inadmisibilidad del recurso de casación y del recurso Extraordinario Federal interpuestos por el reo (cfr. fs. 2141/2184 y fs. 2256/2276 de los autos referenciados). En igual tesitura se enmarcan las sentencias de fecha 09/08/2011 y 23/03/2012 por medio de las cuales la CSJN rechazó la queja interpuesta por recurso denegado (Causa P. 394. XLVI).

Desde allí, cabe concluir que tanto las heridas infligidas al Sr. Fuentealba que le ocasionaron su muerte, como la autoría material de las mismas por parte de un efectivo de la Policía Provincial se encuentran debidamente probadas, habiéndose identificado y condenado en sede penal al agente responsable, cuestión que se proyecta a las presentes actuaciones bajo los efectos del artículo 1102 del Código Civil.

En efecto, el art. 1102 del Código Civil vigente al momento del hecho y aplicable subsidiariamente a la materia, regula, *in genere*, los efectos que el

pronunciamiento penal condenatorio tiene en el juicio civil, donde se ventilan las consecuencias del mismo hecho, relacionadas con el perjuicio sufrido por el damnificado.

Resulta conveniente aclarar que, antes que otorgar a esa influencia la categoría de cosa juzgada en el sentido tradicional, parece más propio aludir a la prioridad y prevalencia del contenido de una sentencia respecto de la otra, que produce no todos, pero si algunos, de sus efectos. Más que cosa juzgada, hay una vinculación legal que debe observar el juzgador *iusprivatista* respecto de la sentencia penal precedente sobre el mismo hecho (cfr. Creus, Carlos, *Influencias del proceso penal sobre el proceso civil*, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 20/23, Bueres-Highton, *Código Civil..*, Ed. Hammurabi, T. 3-A, p.316).

Según se desprende de la norma en cuestión, después de la condenación criminal no se pueden cuestionar, discutir o desconocer en sede civil dos aspectos: a) la existencia del hecho principal; b) la culpabilidad del imputado.

Como es sabido, el juez penal debe analizar necesariamente la materialidad del hecho que se atribuye al imputado y esa materialidad comprende las circunstancias esenciales para resolver la cuestión, de modo que el juez civil debe atenerse a los datos fácticos que el magistrado dio por verificados (Llambias, Jorge, "Limites de la cosa juzgada penal" ES 84-755, SC Mendoza, Sala I, "Buel c/ Cia. de Perforaciones Rio Colorado", ED 145-454).

Sin perjuicio de ello, el criterio prevaleciente indica que no todas las declaraciones que integran la sentencia penal hacen cosa juzgada en sede civil, sino sólo aquellas que el juez penal tuvo necesidad de pronunciar para resolver sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal del autor (cfr. Creus, op. cit., p. 68; Bueres-Highton, op. cit, p. 316, Cárdenas-Kemelmajer de Carlucci, *Código Civil*, Ed. Astrea, p. 306).

Ahora bien, en el caso bajo análisis, las circunstancias de hecho esenciales para la fundamentación del fallo penal involucraban necesariamente el comportamiento de la víctima, puesto que no podía prescindirse de ese examen para resolver la acción pública, aun cuando no se evaluara concretamente la existencia de "legítima defensa" dado que la misma no fue opuesta como defensa por el imputado.

Sin embargo, la sentencia hace mérito del lugar donde se encontraba la víctima al momento del hecho -esto es, como pasajero, viajaba en el asiento trasero de un automóvil marca Fiat 147, que se desplazaba lentamente en sentido contrario a donde estaban apostados los efectivos policiales- así como la posición en que se ubicaba el cabo Poblete cuando efectuó el disparo "*quien se colocó en un momento detrás del vehículo a una distancia de 2 a 6 metros, e intencional y abusivamente apuntó y disparó con la Pistola Federal 011117 provista por la repartición, hacia dicho vehículo...*" (voto del Dr. Rodríguez Gomez), lo que permite descartar la existencia de culpa de la víctima en el acaecimiento del hecho

dañoso.

Refuerza esta conclusión, la consideración que hacen los jueces -por mayoría- sobre la existencia de alevosía configurada en el caso como agravante, lo que permite descartar de plano la hipótesis de una actuación violenta por parte de la víctima que justificara una reacción defensiva del efectivo policial.

La sentencia concluye que: *"...a Carlos Fuentealba, no le dieron oportunidad de realizar la defensa más elemental e instintiva, alejarse del peligro, esconderse, escaparse de su agresor, correr, estaba entrampado e indefenso, y el imputado, no dudó en aprovecharse de esta situación y disparó..."* (del voto del Dr. Rodríguez Gomez).

Resta destacar que nada nuevo se aportó en este expediente, con relación a los elementos de juicio obrantes en la causa penal, de modo que la versión de los hechos que brinda la demandada no puede tener acogida en este pleito.

En virtud de los lineamientos que preceden, resulta claro que, en este juicio reparatorio, está fuera de discusión la existencia de hechos típicos constitutivos del delito de homicidio calificado por haber sido cometido por un miembro de las fuerzas de seguridad policiales abusando de su función, agravado por haber sido cometido con violencia mediante el empleo de un arma de fuego y alevosía, y la imputación del hecho a un agente policial individualizado - aspectos ya reconocidos en el proceso penal-, todo lo cual traduce una falta de servicio que compromete al Estado

Provincial, en el marco de su responsabilidad directa y objetiva.

Como ha resuelto en reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia, quien contrae la obligación de prestar el servicio de policía de seguridad, 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 ejecución irregular (Fallos: 322:2002, 321:2310, 321:1776).

En el caso, se ha demostrado que el agente policial ha incurrido en ejercicio anómalo de su función, dado que existió un exceso de sus funciones que deben acotarse a la necesidad y proporcionalidad; conforme las obligaciones que le son impuestas por la Ley Orgánica de la Policía de Neuquén (ver Ley 632 y, en especial, lo establecido por el art. 18, inc. h), de la ley 2.081 que prevé el deber de *"disparar el arma reglamentaria sólo cuando exista un riesgo razonablemente grave para la propia vida, la integridad física o la de terceras personas, o en circunstancias que permitan suponer un grave riesgo para la seguridad de la comunidad..."*).

La responsabilidad del Estado provincial y la consiguiente obligación de resarcir deriva del hecho incuestionable de la extralimitación injustificada del funcionario policial al agredir con disparos de arma de fuego -lanzagases- a un manifestante, tal como se analizara en el decisorio penal que precediera a este pronunciamiento. Tal desmesura ocurrió durante un acto de servicio, es decir, en ejercicio de sus funciones; prisma

desde el cual se advierte que dicho funcionario no cumplió sino de una manera irregular las obligaciones inherentes a su función policial (cfr. Fallos 292:428; 300:867; 303:1152; 304:125).

La disvaliosa situación generada, unida a la conducta delictiva del dependiente que concreta el hecho dañoso, configura una falta de servicio de policía de seguridad brindado por el Estado Provincial, que es el fundamento de la imputación de responsabilidad que corresponde efectuar.

XI.- Establecida la responsabilidad de la Provincia demandada, corresponde considerar la procedencia del resarcimiento exigido.

En ese cometido debe evaluarse si las accionantes se encuentran legitimadas para reclamar, es decir, si la ley les otorga acción para demandar.

Es preciso señalar que "los sujetos que alegan un perjuicio personal a raíz de la muerte de la víctima son damnificados indirectos, es decir, por vía de rebote, repercusión o reflejo. De allí que es menester poner de manifiesto *alguna ligazón* habida con el fallecido, que permita concluir en que la extinción de la vida de éste ha trascendido en la esfera de intereses de quien acciona." (Zavala de González, Matilde "Resarcimiento de daños" Tomo 2b, Daños a las personas, Buenos Aires, Hammurabi, 2° edición, 1991, pág. 111).

Esa ligazón o vínculo que refiere la autora citada puede ser legal (caso de familiares) o de hecho (alimentarios no parientes u otros supuestos resarcitorios en que el accionante no contaba con un

derecho subjetivo a exigir aquello de lo que el homicidio le ha privado). En ciertos casos, la sola prueba del vínculo legal autoriza a presumir el daño (art. 1084 y 1085 del C.C). En los restantes, los demandantes deberán acreditar el daño ocasionado (art. 1079 C.C) (cfr. aut. cit. ob. cit. pág. 112/114).

Cabe distinguir aquí, entonces, la situación en la que se encuentran las actoras C. y A. Fuentealba, en tanto han acreditado (cfr. partidas de nacimiento obrantes a fs. 7 y 8 del presente) su carácter de hijas menores de edad al momento del fallecimiento del causante, razón por la cual rige a su respecto la presunción *iuris tantum* del daño.

La legitimación de la actora Sandra Rodríguez surge de la prueba rendida en autos, que acredita la existencia del concubinato con la víctima al momento de los hechos (art. 1079 C.C.).

"La muerte de uno de los integrantes de la pareja acarrea, normalmente, repercusiones económicas disvaliosas para la sobreviviente, en razón de la privación de asistencia que el muerto brindaba, por vía de aportes dinerarios, o de algún otro género de esfuerzo mancomunado para el desenvolvimiento de la existencia, tanto más necesario cuando hay hijos comunes a los que sostener y educar" (cfr. Zavala de González, Matilde "Perjuicios Económicos por muerte", tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 2010, pag. 158).

El concubinato se encuentra acreditado con la información sumaria obrante a fs. 9 del expediente judicial, las declaraciones juradas de cargas familiares

obrantes en el legajo de la actora Sandra Rodríguez (fs. 871 y 919), que son coincidentes con la absolución de posiciones de fs. 1849; las manifestaciones de los testigos de fs. 1309/1310 (Ciuffo), 1324/27 (Mena) y 1330 (Gómez) que refieren a la situación de convivencia familiar mucho antes del hecho luctuoso; así como de la existencia de hijos en común: C., nacida el 22/08/1992 y A., nacida el 28/04/1997 (cfr. certificados de fs. 8 y 26 respectivamente, ambas reconocidas por el padre).

Debe considerarse que "para poner de relieve la condición de damnificado indirecto y la consiguiente vinculación con la víctima, basta cualquier medio de convicción suficiente, pues no está en juego un problema de estado sino la prueba de la legitimación sustancial del actor, es decir, uno de los extremos constitutivos de la acción resarcitoria, a cuyo respecto, se aplican las reglas generales del *onus probandi*" ("Resarcimiento de daños" Tomo 2b, Daños a las personas, Buenos Aires, Hammurabi, 2° edición, 1991, pág. 115.).

XI. 2.- Comprobados tales extremos, y no estando controvertido que el causante era el principal sostén del grupo familiar conviviente, queda en evidencia el efectivo menoscabo que la muerte produjo en el seno familiar, razón por la cual se deben reparar las consecuencias económicas que de ello derivan.

En ese aspecto, es necesario contemplar la existencia de la pensión vitalicia otorgada a la Sra. Sandra Rodríguez mediante Decreto Nro. 553/07 y luego ratificada por ley Nro. 2547, que si bien ha sido

reconocida por ambas partes, controvierten su naturaleza y alcance.

En efecto, mientras que la actora alega que la pensión fue otorgada en uso de facultades legislativas como "pensión graciable", desde la perspectiva de la defensa articulada por la Provincia la naturaleza resarcitoria de la misma surge de los términos en que fue acordada y, por ello, su otorgamiento estaría destinado a indemnizar los perjuicios sufridos por la actora y sus hijas con motivo del trágico fallecimiento del Sr. Fuentealba.

Una postura intermedia evidencia el Sr. Fiscal General en su dictamen quien conteste con la naturaleza resarcitoria de la pensión otorgada, asume que la misma compensa el daño ocasionado en lo relativo al lucro cesante y pérdida de chance por la muerte de la víctima, excluyendo el daño moral, aunque no se explaya en su consideración.

A fin de dilucidar la naturaleza de la pensión otorgada y su finalidad, es preciso remitirse, en primer lugar, a los términos de los actos y normas que la acuerdan.

Como bien señala la demandada, la pensión vitalicia acordada a la Sra. Rodríguez, fue inicialmente otorgada mediante Decreto 553 del 07/05/2007 suscripto por el Poder Ejecutivo Provincial en Acuerdo General de Ministros. Entre sus considerandos se expresa que la pensión se otorga a fin de "...dar cobertura asistencial y concurrir con el apoyo y la contención que debe brindar

el estado como responsabilidad indelegable ante la trágica y lamentable situación que derivara en la muerte del profesor Carlos Fuentealba

Asimismo, se indica que: "...el Gobierno Provincial, dada la gravedad del caso debe dar respuesta inmediata, evitando dilaciones formales y procedimentales"; "Que la cobertura asistencial se debe otorgar a la esposa Sandra Mónica Rodríguez y a las hijas a través de una norma legal de fondo, la que se propiciará con carácter de urgente sujeta a los regímenes jubilatorios".

En esa inteligencia, se dispuso: "Artículo 1: OTÓRGASE una pensión de carácter vitalicio, irrevocable y de por vida, a favor de la señora SANDRA MÓNICA RODRÍGUEZ, DNI N°18.433.286, equivalente al monto de 36 horas cátedra de nivel medio AA-6 del escalafón docente, y las actualizaciones que se devenguen en el futuro por todo concepto." "Artículo 2: El gasto que demande el cumplimiento del presente Decreto será imputado con cargo a Jur 12 - SA. P - PRG 29 - SUB 19 -URP 3 - FIN 04 - FUN 10 - SECC 1 - SECT 03 - PPAL 06 - PPAR 51 - SPAR 400 - FUFU 11 hasta tanto se sancione la correspondiente ley".

De los términos del Decreto analizado surge en forma indubitable la voluntad del Poder Ejecutivo de otorgar a la Sra. Rodríguez una pensión, no así una indemnización.

Esta exégesis no sólo se fundamenta en el específico nomen iuris utilizado en la fórmula otorgante

del beneficio -repárese que no se utilizan términos tales como "indemnización", "reparación integral" o "resarcimiento" propios de la materia de daños- sino, principalmente, de la finalidad que en forma expresa se consigna en la motivación del acto, relativa a brindar una "cobertura asistencial" a la viuda y su familia en forma "urgente" y "con carácter excepcional" que permita "concurrir con el apoyo y la contención que debe brindar el estado como responsabilidad indelegable" ante la contingencia del trágico fallecimiento de quien fuera el sostén principal de la familia.

La expresa mención de que la "cobertura asistencial" debía otorgarse a través de una norma legal de fondo, la que "se propiciará con carácter de urgente sujeta a los regímenes jubilatorios" excluye la finalidad resarcitoria que pretende otorgarle la demandada, desde que apunta al eventual otorgamiento de una pensión, que sea acordada por ley -norma legal de fondo- o, quizás enmarcada en algún régimen jubilatorio existente.

Refuerza esta interpretación la fórmula de cálculo del *quantum* de la pensión otorgada, la que se asemeja a los parámetros tenidos en cuenta al momento de otorgar un beneficio previsional -referencia al último salario del causante, el cargo que tenía -AA6- y la antigüedad en el empleo-, así como su concesión en forma "vitalicia". En cambio, a los fines de acordar una indemnización integral por daños patrimoniales sufridos por los familiares frente al fallecimiento, se deben considerar y relacionar las diversas variables relevantes en cada caso en particular, tanto en relación con la

víctima -edad, condición económica y social, profesión, expectativa de vida, ingresos, etc.- como con los damnificados -grado de parentesco, edad de los hijos, educación, tipo de asistencia que brindaba el fallecido, etc.

No otra parece ser la intención del Poder Ejecutivo desde que bien podría haber admitido, en sede administrativa, la responsabilidad que le cupo al Estado en el evento dañoso y acordar el pago de una indemnización resarcitoria por los daños ocasionados, ejerciendo la tutela administrativa efectiva y evitando la ocurrencia de los deudos a sede jurisdiccional para el reconocimiento de sus derechos. Más, de ser ése el caso, devenía innecesaria la ratificación legislativa.

Por ello, la posterior convalidación de la pensión otorgada por parte de la Legislatura Provincial no altera la naturaleza del beneficio de carácter asistencial sino que, por el contrario, lo ratifica.

Del debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 2547 (cfr. Diario de Sesiones de la HLPN, XXXVI Período Legislativo, 4° sesión ordinaria, Reunión Nro. 6, pags. 552/54) puede extraerse que la finalidad de la pensión fue brindar "asistencia y contención" a la familia de la víctima, representada en la persona de su concubina Sandra Rodríguez, descartándose el resarcimiento de los perjuicios que el hecho generó para sus deudos.

Al respecto, la Diputada Storioni (miembro informante) indicó que *"A través de este proyecto de Ley que estamos tratando se convalida lo actuado por el*

Poder Ejecutivo provincial a través del Decreto 553 de este año, donde se propicia el otorgamiento de una pensión vitalicia a la señora Sandra Rodríguez (...) se otorgó una reparación con el fin de dar cobertura asistencial y concurrir con el apoyo y la contención que debe brindar el Estado como responsabilidad indelegable ante la situación lamentable que derivara en la muerte del profesor Carlos Fuentealba. Se trató, a través de esta norma legal, de dar una respuesta inmediata evitando dilaciones formales y procedimentales (...)".

Luego agrega que: *"era imperioso para el Estado Provincial contribuir con el amparo económico que en ese momento requería la señora Rodríguez ante la situación de emergencia que todos conocemos."*

Posteriormente explica que la norma fue una consecuencia inmediata y directa de los compromisos asumidos en la mesa de negociaciones que se llevó adelante entre el Poder Ejecutivo provincial y los representantes del sector sindical y, que el gremio ATEN había formulado una petición sobre el pago de una "pensión" para la señora Rodríguez. Explica que se convino entre todos los integrantes de la mesa de trabajo que "el Poder Ejecutivo emitiera una norma de excepción a efectos de indemnizar de algún modo a la señora Rodríguez". Concluye que la norma "otorga una cobertura al cien por ciento a la señora Rodríguez no limitándose a porcentajes sino asignando el monto integral, de manera de satisfacer las necesidades económicas del beneficiario."

En particular, menciona que el acto "se

fundó en las circunstancias extraordinarias que ameritaban su dictado y que son de dominio público, a, pesar de la existencia de limitaciones impuestas por nuestra Constitución Provincial (...).

Esta declaración confirma la naturaleza asistencial del beneficio acordado, desde que tal como se señalara anteriormente, el Poder Ejecutivo se encuentra facultado constitucionalmente para reconocer indemnizaciones a los particulares que han sufrido daños como consecuencia del accionar ilícito -y aún lícito- de la Administración Pública -sin soslayar la intervención necesaria que, en nuestro derecho público local, le cabe al Sr. Fiscal de Estado como garante de los intereses patrimoniales de la Provincia- (cfr. arts. 214 inc. 10 y 252 de la Constitución Provincial).

Desde esa perspectiva, el Poder Ejecutivo nunca podría haberse encontrado "limitado constitucionalmente" en sus facultades para acordar un resarcimiento por daños producidos por la actuación de un funcionario público, dependiente de la policía provincial.

Distinta es la respuesta en lo que respecta a la facultad de conceder beneficios previsionales o asistenciales, los cuales deben estar encuadrados en alguna normativa preexistente: de ahí su necesidad de "convalidar" la actuación mediante el dictado de una norma legal de fondo.

Es que, si bien el Poder Ejecutivo provincial tiene entre sus facultades la de "acordar jubilaciones, pensiones, retiros y demás beneficios

sociales..." sólo puede hacerlo ".con arreglo a las leyes respectivas." (art. 214 inc. 13), es decir, en el marco de las leyes que regulen los regímenes previsionales y asistenciales, cuya competencia le cabe al Legislador ("dictar leyes generales de jubilaciones, pensiones y subsidios", confr. art. 189 inc. 19 de la C.P).

Y, conforme se señala en la alocución efectuada con anterioridad al dictado de la ley, el excepcional caso de la trágica muerte del Profesor Fuentealba escapaba a los moldes tradicionales, la situación no podía enmarcarse en ninguna de los supuestos previstos en las leyes 611 y 809, por ello el legislador en uso de sus facultades discrecionales, consideró prudente el otorgamiento de un beneficio asistencial extraordinario, una pensión graciable.

Llegados a este punto de análisis cabe recordar que "La primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley, así como que los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió; las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico, máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente, para todo lo cual se deben computar la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, evitando darles un

sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto - Dictamen de la Procuración General al que la Corte remite- (CSJN, Rosenzvit, Héctor Abel y otros s/ causa n°14411, 13/05/2015, Fallos: 338:386).

Por ello, surgiendo del texto legal del Decreto 553/07 y de la ley 2547 el carácter asistencial de la pensión vitalicia otorgada a la Sra. Sandra Rodríguez, resulta ocioso considerar las interpretaciones efectuadas por los órganos asesores de la Administración Pública (Dictámenes 0095/07, 447/08 y 193/10 cuyas copias obran en el Expte. 4000-003135/2008) así como las argumentaciones de la demandada relativas a la naturaleza resarcitoria del beneficio concedido.

Tampoco resulta procedente computar tales sumas como compensación por el daño sufrido puesto que la pensión graciable y la indemnización responden a causas diversas: una es una liberalidad; la otra, una reparación del daño sufrido injustamente.

"De llegarse a la conclusión de que el acto constituyó una verdadera liberalidad, no podría deducirse el beneficio del monto indemnizatorio, en caso de declararse la responsabilidad del donante. En efecto, la donación excluye la posibilidad de revocar, neutralizar o restringir sus efectos (art. art. 1802 *in fine* del Cód. Civ.) y el supuesto debe ser tratado con efectos similares a una liberalidad proveniente de tercero; en tal caso, la víctima tiene derecho a acumularla al resarcimiento, pues tampoco hay cese del daño (...)

Suponiendo que la pertinente situación carencial haya sido provocada por un daño injusto atribuible al Estado (u otro sujeto) aquellos beneficios no extinguen la acción resarcitoria, como si el menoscabo hubiera desaparecido o resultase subsanado." (cfr. Zavala de González, Matilde "Perjuicios económicos por muerte", tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 2010, pág. 323).

XIII. - Arribados a la conclusión antecedente, procede examinar la pertinencia de los rubros que componen el resarcimiento pretendido, abocándonos a considerar, en esta etapa, el daño patrimonial ocasionado.

En primer lugar, las actoras reclaman indemnización por *lucro cesante*. Alegan haber sufrido un perjuicio económico a raíz de la muerte de quien en vida fuera su padre y concubino, principal sostén del grupo familiar.

Al respecto, este Tribunal tiene dicho que el resarcimiento del valor vida es, en realidad, la reparación del perjuicio que la muerte de la víctima implica en el presente o puede implicar en el futuro para sus familiares que demandan, en función de la asistencia económica que les prestaba al ocurrir la muerte o la ayuda que hubieran podido esperar de ella (cfr. Ac. 19/98, del Registro de la Sala Civil).

En ese trance, no debe soslayarse la directiva que procura, en todo caso, adecuar la indemnización a la realidad nociva. Como en definitiva el menoscabo patrimonial se centra en la pérdida del efectivo apoyo económico brindado por el muerto, la

presunción legal antes referida puede ser superada por la prueba rendida en el caso.

A los fines del cálculo de la indemnización, se deben computar las circunstancias particulares de la víctima y de su entorno familiar, las que deben ser valoradas prudencialmente por el Tribunal (cfr. Acs. 19/98, 57/06 de la Sala Civil y 66/12, 75/12 y 49/13 de la Sala Procesal-Administrativa del TSJNQN).

En el caso, aparecen como relevantes, la situación patrimonial del grupo familiar, la calidad de docente de primaria que revestía la concubina y la dificultad de trabajar fuera del hogar habiendo quedado sola al cuidado de las niñas menores, las necesidades de las niñas relativas a su escolarización, alimento, ropa, útiles, atención médica, etc., el tiempo que restaba para que las niñas pudieran independizarse del hogar o colaborar económicamente a su sostén, la imposibilidad de colaboración de los abuelos o parientes por lo alejado de su radicación, la actividad laboral que desempeñaba el padre y demás circunstancias personales del causante (edad, sexo, situación familiar y ocupación habitual, condición social, etc.).

Partiendo de la base conceptual expuesta, y teniendo en cuenta que se debe reparar, por equivalencia, un perjuicio cuya existencia resulta un pronóstico, el que se elabora en función de un orden razonable, que de ningún modo es el exacto reverso de lo perdido, estimo acertado utilizar como pauta orientadora la suma dineraria que arroja la fórmula matemática financiera, que computa el salario mensual percibido antes del

Expte. N°3020/10.-

fallecimiento y la expectativa de vida que se considera razonable para la víctima (Acs. 191/96, 19/98, 50/06, 57/06, 23/10, 25/10 y 27/10 de la Secretaría Civil y 66/12, 75/12 y 49/13, entre otros de esta Sala Procesal- Administrativa).

En cuanto a la actividad productiva que realizaba la víctima y los ingresos que obtenía a partir de su despliegue, se encuentra acreditado que Carlos Fuentealba se desempeñaba al momento de su fallecimiento como profesor en las materias de Física, Matemática, Ciencias Físico-Químicas y Química, con treinta y seis horas cátedra de nivel medio del escalafón docente (DAA- 6) en los establecimientos CPEM Nro.60 (02 horas cátedra), Nro. 69 (18 horas cátedra), Nro. 70 (6 horas cátedra), Nro. 54 (03 horas cátedra), EPET Nro. 17 (03 horas cátedra) y CPEM Nro.40 (04 horas cátedra). El salario que percibía por ello ascendía al momento de su deceso,(...) (cfr. Resolución 806/2007 del Consejo Provincial de Educación fs. 33/34, recibos de sueldo de fs. 27/31 y certificación de servicios de fs. 32 del Expte. Nro. 4000-003135/2008).

Continuando con el análisis de las circunstancias personales de la víctima, surge de autos que Carlos Fuentealba contaba al momento del evento con 40 años (ver partida de defunción agregada a fs. 6). En base a ello, se estima razonable y prudente fijar en 25 años el tiempo restante de vida útil promedio (cfr. criterio seguido por este Tribunal en acuerdos citados anteriormente).

Es preciso destacar que el tiempo restante

de vida útil constituye una variable hipotética, una incógnita, que el prudente arbitrio judicial debe llenar, a fin de arribar a una conciliación entre lo objetivo de la fórmula y la particularidad del caso. En el caso, el tiempo fijado prudencialmente es compatible con la ocupación habitual de la víctima, su estado general de salud -no se han alegado enfermedades de largo tratamiento u otras que permitan suponer lo contrario- el sexo y su edad al momento del deceso.

Ahora bien, como el perjuicio que se analiza consiste en la efectiva contribución económica que el fallecido brindaba en el hogar, hay que restar la parte que dirigía a la satisfacción de sus propias necesidades y bienestar personal, que en el caso se estima presuntivamente en un 15%.

Corresponde considerar también que C. y A. Fuentealba contaban, a la fecha del deceso de su padre con (...) de edad respectivamente, lo que demuestra que el deber de atender a su subsistencia se habría prologando por varios años.

No obstante lo cual, el cúmulo de pruebas aportadas permiten suponer que las menores contaban con una chance de que el padre siguiera asistiéndolas más allá de la oportunidad en que arribaran a la mayoría de edad. Se considera que esta ayuda podría perdurar razonablemente hasta que ambas cumplieran 25 años, probabilidad que se estima en un 80%.

Bajo estos parámetros, estimo prudente fijar una indemnización en concepto de lucro cesante, en la suma de (...) suma se distribuye del

siguiente modo: (...).

XIII. - Distinta es la solución que cabe acordar al rubro *pérdida de chance* peticionada con base en la mayor capacitación que desde antes de su muerte Carlos Fuentealba había decidido asegurarse, teniendo en cuenta que estaba cursando el Profesorado de Química, lo que haría presumir que necesariamente incrementaría sus ingresos brindando mayor colaboración económica a la familia, acrecencia que estiman en la suma de (...)

La eventualidad de que el fallecido lograra culminar la carrera universitaria en la cual se había inscripto y, consecuentemente, incrementara su patrimonio constituyen alternativas que han sido planteadas -y se observan a la luz de las probanzas de autos- como una mera posibilidad de obtener beneficios que descarta la indemnización pretendida.

La valoración de los datos concretos aportados al proceso -en especial, las constancias emitidas por las distintas facultades de la Universidad Nacional del Comahue (U.N.CO.) obrantes a fs. 931/933/936/938/939 y 940- impide considerar que esas posibilidades superen las meras conjeturas. No se ha puesto de relieve la existencia de un contexto antecedente que respalde la chance. Repárese que salvo las alegaciones de la actora en su escrito inicial -

refutadas por los informes de las respectivas facultades de la U.N.CO.-, ninguna otra probanza respalda la existencia de un tránsito por la actividad académica que permita suponer que su culminación fuera más allá de una mera posibilidad.

Conforme lo sostiene Zanonni, para que exista chance la victima debe encontrarse en situación fáctica o jurídica idónea para aspirar a la obtención de esas ventajas, al momento del evento dañoso (cfr. Zannoni, Eduardo "El daño en la responsabilidad civil", 3° ed., Bs. As. Astrea, 2006, pag. 110 y 111), y tal circunstancia no ha sido suficientemente acreditada.

Teniendo en cuenta, entonces, que no procede indemnizar ventajas inciertas, por reposar únicamente en aspiraciones y proyectos subjetivos (cfr. Zavala de González, opus cit. pág. 298) habrá de rechazarse este ítem.

XIV. - Continuando con el análisis de los daños, resulta pertinente examinar la procedencia de los restantes daños materiales que alega haber padecido la actora Sandra Mónica Rodríguez, en forma personal y directa por la muerte de su concubino.

Reclama la actora una indemnización en concepto de *lucro cesante* fundado en la imposibilidad de continuar con su carrera docente -de 20 años de antigüedad- así como el desempeño de cualquier otra actividad relacionada con el ámbito educativo, dado que su profesión se asocia directamente con el asesinato de su esposo.

Ahora bien, el lucro cesante indemniza el

daño que supuso privar al patrimonio del damnificado de una ganancia de la que efectivamente se vio impedido, se trata así de la concreta pérdida de un ingreso.

Desde esta perspectiva, la actora no ha logrado acreditar la efectiva pérdida de una ganancia. Es que, conforme lo refiere en su demanda y es corroborado por la prueba arrojada a autos -informe obrante a fs. 962- el Consejo Provincial de Educación, mediante Resolución Nro. 1535 del 3 de Octubre de 2007, le concedió una "licencia excepcional con goce de haberes desde el 30 de abril de 2007 hasta el alta médica".

Esta licencia concedida en forma excepcional, *sine die* y con goce de haberes, impide considerar configurado un daño por este rubro.

Por otra parte, el temor que siente la actora frente a las alternativas de su futuro laboral - sostiene que en algún momento deberá definir su situación profesional dentro del Consejo Provincial de Educación- no configura un menoscabo actual y concreto que merezca resarcimiento. En la misma tesitura, cabe desestimar la alegada imposibilidad de volver a estar frente al aula o ejercer dentro del ámbito educativo, extremos fácticos que no han recibido suficiente probanzas para tenerlos por configurados como incapacidades que deban ser indemnizadas. Ello no impide que la angustia y aflicción producida por la incertidumbre sobre las posibilidades de su situación laboral futura -en lo que fuera producto del hecho dañoso- pueda ser considerada como un elemento de intensificación del daño extrapatrimonial que reclama.

Resulta procedente en cambio, el reclamo

por *pérdida de chance* que efectúa la Sra. Rodríguez, basado en que, a raíz de la trágica muerte, se vio frustrada la posibilidad de continuar con sus estudios de profesorado de Bellas Artes, con proyección de poder incrementar sus ingresos y ser un "complemento" de los que aportaba su esposo.

Conforme surge de la prueba rendida en autos, la chance que tenía la actora de culminar sus estudios en la Escuela Superior de Bellas Artes se presenta con un grado de probabilidad que merece ser resarcido, no en cuanto a las ventajas económicas que ello suponía para la actora, sino en tanto tenía oportunidad de alcanzarlas.

El informe de la Escuela Superior de Bellas Artes, obrante a fs. 1169 da cuenta que Sandra Mónica Rodríguez culminó la carrera de Profesorado de Artes Visuales para Nivel Primario y que en el año 2007 se encontraba inscripta en la carrera de Profesorado Superior, especialidad Dibujo y Pintura, habiendo cursado hasta el mes de abril del año 2007 como alumna regular. Asimismo, informa -al 13 de junio de 2011- que es alumna regular de la carrera de profesorado Superior, especialidad Dibujo y Pintura. (fs. 1169/1171/1172).

Las declaraciones de la testigo Ciuffo (1309/310) se refieren al hecho puntual: "En el tema laboral, ella en el 2006 había terminado una carrera y en el 2007 empezaba a estudiar el ciclo superior de esa carrera, pero nunca pudo ejercerla ni pudo trabajar de ese título que había obtenido."

Asimismo, la testigo Mena (1324/137)

esclarece el informe de la Escuela de Bellas Artes, al mencionar que "... en el 2007 ella había empezado el cuarto año del superior de bellas artes y cuando lo asesinaron a Carlos ella dejó de ir a la escuela, no podía. Intentó ir una vez a bellas artes conmigo a un taller de dibujo y no pudo porque tuvo una crisis de llanto, sumado a todas las personas que se le acercaban. Era muy fuerte para ella. No pudo seguir la carrera (...) En el 2009 y en el 2010 ella intentó empezar la carrera en bellas artes y no pudo. En el 2011 volvió a bellas artes, cursó las materias del superior pero no pudo rendir ningún final, no se pudo exponer a la situación de examen." (fs. 1324/1325).

Por su parte, el testigo Lic. (...) afirma que quiso continuar en el ámbito educativo como estudiante y le resultó altamente dificultoso. La modificación de sus aspiraciones personales es puesta en evidencia también en la pericia psicológica obrante a fs. 1493/99.

Las pruebas referenciadas son suficientes para crear la convicción de que la actora si bien no había culminado sus estudios, se hallaba en trance de hacerlo, habiendo demostrado su interés y progresión en la aprobación de las materias del Profesorado de Artes Visuales, lo que habilita a creer que tendría un desempeño similar en el cursado del Profesorado Superior, título que se hallaba en curso de obtener y que parece verosímil que así lo hiciera, lo que hubiera posibilitado la obtención de un beneficio económico.

Ahora bien, es preciso recordar que lo que

debe resarcirse no es la ventaja dejada de percibir sino la frustración de la probabilidad de obtenerla.

Por ello, es improcedente la estimación que realiza la actora, quien al demandar conjuntamente lucro cesante y pérdida de chance -aun cuando resultan ser conceptualmente distintos- calcula el monto a través de la fórmula matemática financiera que se utiliza habitualmente para el cálculo de la incapacidad sobreviniente.

Luego, para justipreciar tal rubro y ante la falta de pautas objetivas cabe acudir a la estimación prudencial que habilita el art 165 CPCC y en ese cometido cabe partir de considerar el incremento (ventaja) que habría sufrido el salario a la actora si hubiera ejercido como Profesora Superior de Dibujo y Pintura. Aun cuando su estimación resulta dificultosa -dado que podría verse influida por la cantidad de horas cátedra y el cargo que obtuviera- puede valorarse la misma, razonablemente, en un 40% más del salario que percibía al momento del hecho dañoso (cfr. recibo sueldo fs. 35 del expte.4000- 003135/2008).-

La indemnización por la pérdida de la chance de obtener tal mejora salarial estaría dada, entonces, por el 20% de la ventaja que podría haber percibido. En base a ello, corresponde fijar prudencialmente la misma en (...) (cfr. art. 165 el CPCC).

XV. - Peticionan también las accionantes se condene al Estado Provincial a abonar la suma total de (...) en concepto de daño moral (...) a favor

de Sandra Rodríguez, (...) a favor de C. Fuentealba y (...) a favor de A. Fuentealba-.

El primer aspecto a considerar es la legitimación para accionar de la concubina por este rubro, dado que se presenta como valladar el art. 1078 del C. Civil -vigente al momento de los hechos- en cuanto establece que: "*La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos*".

Una interpretación literal del artículo citado permite afirmar que la concubina resulta excluida de la acción por resarcimiento del daño moral.

Mas, largo ha sido el debate en doctrina y dispares las soluciones que la jurisprudencia ha dado sobre la razonabilidad de tal exclusión.

Esta Sala -en igual composición- ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión, declarando la inconstitucionalidad del artículo citado por establecer una exclusión irrazonable que contraría los principios de igualdad (art 16 C.N.), reparación de la integridad física y moral (art. 17 C.N.; arts. 5 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), el del resarcimiento integral ("*alterum non ladere*" del art. 19 de la C. N.) y la garantía de protección integral de la familia (art. 14 bis C.N.) (cfr. Acuerdo 66/12).

Siendo que las circunstancias fácticas de la presente causa -en lo que hace al punto debatido- guardan plena identidad con las tenidas en cuenta en el precedente citado, cabe entonces, remitirse al análisis

que se efectuara en la causa "Vázquez" (Ac. 66/12).

En esa oportunidad, inauguré el Acuerdo con el voto que, en la parte pertinente, transcribo:

"Puede entenderse al daño moral como "una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" (cfr. Ac. 318/94, 23/10 entre otros).

Es indudable que la muerte intempestiva de un ser querido, con el cual se comparte la vida diaria, genera un padecimiento, un sentimiento de angustia y dolor que encuadra dentro del concepto dado de daño moral.

Al limitar la legitimación activa para accionar por daño moral, el legislador ha querido contener la litigiosidad excesiva que, en su entendimiento, se volcaría a los estrados judiciales avalando planteos de una extensa cadena de personas que alegan sufrimiento por la muerte de otra.

De esta manera, el legislador ha preferido sentar una pauta precisa, a priori, a fin de limitar la cadena de reclamos judiciales.

Para ello, ha recurrido a un criterio de restricción por grado de parentesco, recurriéndose al derecho sucesorio para su formulación -el artículo hace referencia a los "herederos forzosos"- como parámetro que se adecua, en la mayoría de los casos, a dicha finalidad.

Sin embargo, en el caso concreto, la previa selección de sujetos que sufren, con mayor intensidad, la pérdida de un ser querido, aparece como arbitraria, porque consagra una desigualdad en detrimento de algunas personas que se encuentran en idéntica posición que aquéllas a las que el ordenamiento les otorga un derecho exclusivo para ser resarcidos.

En otros términos, la restricción legislativa no resulta razonable en el caso, desde que excluye a personas que se encuentran en igualdad de condiciones que las habilitadas para accionar.

Así lo advierte, con claridad, Pizarro al decir "Quedan de tal modo, al margen de legitimación activa y de reparación, el perjuicio moral sufrido por damnificados indirectos cuando sobrevenga la muerte del damnificado directo a raíz del hecho (vgr. el daño causado a los padres por una lesión discapacitante de un hijo, que lo reduce a un estado de vida vegetativa) y, en caso de muerte de la víctima, el de otra personas que no sean herederos forzosos (vgr. hermanos, concubina, la novia, etcétera), aún cuando puedan invocar un quebrantamiento espiritual serio, grave y relevante" (Pizarro, Ramón Daniel, Daño Moral, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 2° edición, pág. 375).

Es que, entre los criterios que el legislador tuvo en miras para conseguir la finalidad deseada (evitar la promoción de acciones en forma desmedida) ha soslayado la acreditación del daño en cada caso concreto, para sustituirlo por una presunción de su existencia basado en la proximidad que el vínculo legal

otorga a la víctima y al reclamante (cónyuge, descendientes y ascendientes).

Y, si bien tal parámetro se presenta como adecuado en la mayoría de los casos, en determinadas circunstancias, conduce a soluciones disvaliosas, ya que excluye a personas que -aún no teniendo un vínculo legítimo- presentan idéntica proximidad con la víctima, resultando en igual medida afectados (cfr. SCJBA, 14/09/2011, "R., A. H. c. Kelly, Santiago y otros s/ daños y perjuicios", voto del Dr. Hitters. Publicado en LL, 17/10/2011-3).

En este sentido, "el reconocimiento explícito de la vinculación, como acto público, sólo puede implicar, en todo caso, la presunción de daño (como acontece, a modo de ejemplo, en virtud de lo normado por los arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil). Pero jamás puede operar como barrera limitativa frente a la realidad: quien mantiene una relación en el marco del tradicionalmente llamado "concubinato" tiene derechos indemnizatorios y previsionales frente al daño material, y es de mayúscula vetustez negar el innegable daño moral a quien sufre tamaña pérdida en el marco de un gran lazo de afecto (que se profundiza cuando además existe descendencia común)." (Formaro, Juan J. "Legitimación activa frente al daño moral. Derecho de los integrantes de la unión convivencial" diario La Ley, Año LXXVI, Nro. 13, pág. 9/11).

En doctrina se ha justificado la negativa a conceder acción a la concubina en la inteligencia que el concubinato constituye un hecho ilícito (cfr. Mosset

Iturraspe, Responsabilidad por daños Tomo I, p. 146), o al menos contrario a la moral y las buenas costumbres (cfr. Borda, Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones, Tomo II, Obligaciones, pág. 429 y stes., Llambias, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo I, p. 352, Kemelmajer de Carlucci, "Falta de legitimación de la concubina y del concubino para reclamar los daños y perjuicios derivados de la muerte del compañero y/o compañera" JA , 1979-III-6, también en el Código Civil y leyes complementarias, de Belluscio-Zannoni, Tomo 5, pág. 118/191, entre otros).

No puedo sino disentir con tales apreciaciones.

Una ponderación realista, a la luz de los parámetros valorativos que nutren a la sociedad actual, no permite sostener una afirmación restrictiva del concepto constitucional de familia, la que ha ido ampliándose a lo largo del tiempo, para considerar nuevas y diversas formas igualmente válidas y dignas de protección (cfr. art. 14 bis de la C.N. y 17.1 y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 10 y cctes. de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "Dentro del marco del art. 14 bis de la

Constitución Nacional y de los criterios legislativos imperantes en el ámbito de la seguridad social, la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inicu desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio" (Fallos 328:3099, 312:1833, 313:225, 313:751).

En igual sentido, se expresó la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires "...Es indudable que las "uniones de hecho" forman parte de las alternativas que pueden escoger las personas en uso de la autonomía de la voluntad familiar, al momento de diseñar su proyecto de vida, sin que resulte aceptable cualquier forma de sanción de esta opción (Arts. 14 bis y 19 Const. Nac.; 17. 1 Convención Americana de Derechos Humanos) (del voto del Dr. Hitters, in re "R., A. H. c. Kelly, Santiago y otros s/daños y perjuicios).

Por su parte, la situación concubinaria ha sido reconocida en diversas leyes especiales posteriores al Código Civil y su reforma (ley 17.711). (...)

Por último, encuentro que la falta de compensación del daño moral sufrido por quien así lo acredita, vulnera el principio de reparación de la integridad física y moral (art. 17 C.N.; arts. 5 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y el del resarcimiento integral, ambos de raigambre constitucional ("alterum non laedere" del art. 19 de la C. N.).

En conclusión, la limitación que en materia de legitimación activa por daño moral consagra el

artículo 1078 del C.C. se presenta, en el caso, como inconstitucional, al consagrar un tratamiento irrazonablemente distinto respecto de sujetos que se encuentran en idéntica situación de hecho, no respetando las pautas constitucionales que resguardan a la familia, y a la reparación integral del daño sufrido.

Pero esta declaración, no importa soslayar la exigencia de demostración del daño padecido en el caso concreto, desde que una cosa es la legitimación activa para accionar y otra, muy distinta, es la existencia y prueba del daño." (según mi voto compartido por el Dr. Massei, en la causa "Vázquez Ninfa Rosa c/Provincia del Neuquén y otros/Acción Procesal Administrativa", Ac. TSJNQN 66/12).

La legitimación de los concubinos para accionar por daños no patrimoniales derivados de la muerte ha sido receptada en el nuevo Código Civil y Comercial, al establecer que "Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible" (cfr. art. 1741). Y si bien esta normativa resulta inaplicable al caso de autos, dada su vigencia (art. 7), confirma la postura amplia que ha adoptado este Tribunal con anterioridad al dictado de la nueva normativa.

XVI. - Continuando con el análisis, resulta

procedente entonces el reclamo efectuado por daño moral, en atención a la lesión inevitable de los sentimientos que la muerte del Sr. Fuentealba produjo en las demandantes.

En el caso de las hijas menores debe considerarse que fueron privadas en forma prematura de la asistencia espiritual y material de su padre, y de la consiguiente protección y seguridad que requerían durante la minoridad.

La muerte de su progenitor ha influido en las relaciones familiares, las cuales debieron proseguir con ausencia de la figura paterna que sostenía y unía la familia no solo a nivel económico sino también simbólico y afectivo.

Las declaraciones de los testigos son ilustrativas de la magnitud del sufrimiento de las menores y de cómo el hecho influyó negativamente en su comportamiento y vida de relación.

Al respecto, la testigo (...) (1309/1310) refiere que "Las nenas han atravesado distintos momentos. (...)."

Similares apreciaciones realiza la testigo (...) (1321/1327) quien relata episodios de ambas hermanas

Expte. N°3020/10.-

que denotan estados (...) "

Según la pericia psicológica obrante a fs.
1790/1792 C. Fuentealba, quien tenía (...) al momento del hecho
lesivo, presenta una (...)

Similar sintomatología evidencia A. Fuentealba, quien al momento del hecho luctuoso tenía (...). La perito refiere que la joven presenta (...).

Respecto de la actora Sandra Rodriguez, la muerte importó la pérdida de un compañero de vida, un interlocutor permanente, el corresponsable de la dirección y crianza de las hijas menores, el sujeto con quien se comparte las dificultades y las angustias no sólo de la vida propia sino de las que se observan en la vida de los hijos (Fallos 329:4944).

(...)

Expte. N°3020/10.-

Así, la testigo (...) refiere que (...) " (cfr. contestación a la pregunta séptima, fs. 1310).

Por su parte, la pericia psicológica efectuada a la Sra. Rodríguez revela que (...)

Indica que el cuidado de sus hijas se transformó en una responsabilidad mayor a la que tenía antes, debido a percibir que tiene la doble función de suplir la ausencia de su padre y preservarlas o protegerlas de cualquier posible amenaza o agresión proveniente del medio exterior. (...). (cfr. pericia fs. 1493/97).

La afección psíquica (...), habrá de ser ponderada a los efectos de redimensionar la indemnización que debe reconocerse en el ámbito extrapatrimonial.

Es decir, aun cuando la lesión psicológica sea valorada y calculada dentro del daño moral, ello no significa que no sea indemnizada. Por el contrario, en el caso, proyecta sus efectos y repercute como un factor de intensificación del daño moral resarcible, a fin de computar debidamente la gravedad espiritual que presenta para el sujeto el menoscabo de la normalidad psíquica como consecuencia del hecho.

En la ponderación del daño moral ocasionado no deben soslayarse las especiales circunstancias que rodearon la trágica muerte del Profesor Fuentealba las que, como se evidencia en las pericias psicológicas y las testimoniales citadas, fueron intensamente traumáticas para el grupo familiar.

En especial, se aprecia que en el caso constituyen factores de acrecentamiento del dolor

espiritual: lo inesperada de la muerte que aconteció durante una protesta salarial docente desarrollada en forma pacífica, la situación de indefensión que presentaba la víctima al momento del hecho, la condición de efectivo de las fuerzas de seguridad policial que revestía el victimario, la injusticia del daño padecido que pudo ser evitado, el dolor por la agonía intensa padecida por la víctima hasta su deceso, quien debió soportar un traslado al nosocomio y una posterior intervención quirúrgica de urgencia, etc. todas vivencias perturbadoras que funcionaron como intensificadoras del daño ocasionado a las aquí accionantes.

Por el contrario, el alcance del resarcimiento es independiente del factor de atribución contra el obligado (dolo), pues se define de acorde con la entidad del daño mismo, causado con adecuación por el suceso lesivo, hasta el punto de que aquél no varía intrínsecamente en el caso de responsabilidades objetivas.

En esa tesitura reposa también la exclusión de la función punitiva de la indemnización, de claro corte ejemplificador, desde que la naturaleza misma de la indemnización prescinde de la idea sancionatoria o de castigo del ofensor y se inclina por la reparación del perjuicio causado a la víctima, centro de la concepción moderna del derecho de daños.

Frente a este escenario, corresponde distinguir las sumas a otorgar a cada familiar reclamante, no por considerar un dolor mayor a otro, sino por hallarse acreditadas circunstancias diferenciadas con

relación a cada una de ellos, que necesariamente repercuten en el plano resarcitorio.

Por todo ello, en uso de la facultad conferida por el artículo 165 del C.P.C. y C., se reconoce por daño moral la suma de (...) - para la Sra. Sandra Mónica Rodríguez, la suma de (...) para C. Fuentealba y la de (...) - para A. Fuentealba.

Asimismo, dado que en la demanda se solicita el reconocimiento de los gastos que demandará el tratamiento psicológico individual para cada una de las accionantes, habrá de adicionarse el importe correspondiente a ello, puesto que así ha sido recomendado por la perito actuante.

En efecto, la psicóloga de oficio recomienda que (...)

En este aspecto, no se aprecian motivos para apartarse del tiempo de la terapia estimado por la profesional (...) así como tampoco de la frecuencia semanal indicada -(...). En consecuencia, se fija prudencialmente

la suma de (...) para cada una de hijas.

Respecto de Sandra Rodríguez, la perito aconseja que (...) No estima su duración y frecuencia.

Por su parte, el testigo Lic. (...), refiere que (...)

En este aspecto, si bien no se ha estimado el lapso por el cual debe extenderse la terapia, cabe contemplar las recomendaciones de la perito oficial relativas a la necesidad de un "tratamiento prolongado" (...), es procedente acordar la suma de (...) en concepto de gastos por tratamiento psicológico.

XVII. - La actora Rodríguez integra su reclamo con los gastos ya efectuados por el tratamiento psicológico afrontado como consecuencia de los hechos

relatados.

A tenor de los recibos adjuntados a fs. 121/141, cuyas fechas son posteriores al hecho dañoso y el reconocimiento efectuado por el Lic.(...), cabe reconocer la suma de (...).- a favor de Sandra Rodríguez por este rubro.

XVIII. - En mérito a todo lo expuesto, el total indemnizatorio asciende a la suma de (...).

Dicho importe devengara, desde la fecha de la muerte (05/04/2007) hasta el 01-01-08, el interés correspondiente a la tasa promedio entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia de Neuquén y, a partir de esa fecha hasta el efectivo pago, se calcularán a la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco (cfr. Ac. 25/10 y 27/10, entre otros, de la Secretaría Civil de este Tribunal Superior de Justicia), salvo en lo que respecta a los gastos por tratamiento psicológico que correrán desde que quede firme la presente.

Las costas del pleito se imponen a la demandada perdidosa por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C.y C. y 78 Ley 1.305). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo:
comparto la solución a la que arriba el Dr. Kohon como así también su línea argumental, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) HACER LUGAR a la demanda interpuesta por las actoras contra la PROVINCIA DEL

Expte. N°3020/10.-

NEUQUÉN, CONDENANDO a esta última a abonar a SANDRA MONICA RODRIGUEZ la suma de (...).-, a C. FUENTEALBA la suma de (...).- y a A. FUENTEALBA la suma de (...).-, con más los intereses que surgen del considerando XVIII. 2°) Imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 C.P.C.y C., aplicable por reenvío del art. 78 Ley 1.305). 3°) Diferir la regulación de honorarios de los letrados y la perito actuante para el momento de contar con pautas para ello. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el acto que
previa lectura y ratificación firman los
Magistrados presentes por ante la Actuaria, que certifica.

DR. RICARDO TOMAS KOHON
Vocal

DR. OSCAR E. MASSEI
Vocal

DRA. LUISA A. BERMUDEZ Secretaria