

Causa N°55340 "P., C. y otros
c/ A., A. R.
s/Daños y Perjuicios-"
Juzg.Civil y Com. N°2 - Tandil
Reg.....Sent.Civil.

En la ciudad de Azul, a los 13 días del mes de Marzo del año Dos Mil Doce reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Jorge Mario Galdós y Víctor Mario Peralta Reyes (arts. 47 y 48 Ley 5.827), para dictar sentencia en los autos caratulados: **"P., C. Y OTROS C/ A., A. R. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** (Causa N°55.340), habiéndose procedido oportunamente a practicar el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C. resultó que debían votar en el siguiente orden: Dr. **GALDÓS** y Dr. **PERALTA REYES**.

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-C U E S T I O N E S-

- 1ª. ¿Es justa la sentencia apelada de fs.197/209 vta.?
- 2ª. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-V O T A C I O N-

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Doctor **GALDÓS** dijo:

I.1 El 27 de Febrero de 2002 aproximadamente a las 01:00 horas en la calle Ezeiza entre Vélez Sarsfield y Suipacha de Tandil, y a raíz de un altercado, A.R.A. disparó con un arma de fuego a S.I.P., a quién mató. El hecho fue calificado en sede penal como homicidio emocional, en los términos del art. 81 inc. 1º letra a) del Código Penal por lo que se le impuso a A. la pena de dos años de prisión de ejecución condicional, tal como se desprende de la copia certificada de la sentencia glosada en autos (causa 1/ 2720 del Tribunal en lo Criminal N° 1 de Tandil caratulada "C.A.R.-Homicidio-Tandil"). En este proceso civil reclaman el resarcimiento de los daños moral y patrimonial por el fallecimiento de la víctima -S.I.P.-, sus padres, G.N.G. y C.A.P, su concubina -M.S.F.- quien compareció representada por sus progenitores S.M.S. y J.A.F.-, y el hijo menor de ambos B.I.P., todos quienes se presentaron con sus letrados, que luego devinieron en apoderados, y con la representación que le incumbe legalmente al Asesor de Menores. Los padres reclaman los siguientes rubros: C.A.P solicita los gastos del funeral de su hijo (\$ 1.163); la pérdida de chance (\$ 10.000) y el daño moral (\$ 40.000); la señora G.N.G.: la pérdida de chance (\$ 10.000) y el daño moral (\$ 40.000); M.S.F. \$ 129.000 en concepto de daño patrimonial por la pérdida de la vida de su concubino; y el hijo menor B.I.P. \$ 44.600 por el daño patrimonial por el fallecimiento de su padre y \$ 60.000 por daño moral.

Sustanciado el proceso la sentencia de Primera Instancia rechazó la demanda deducida por los padres y por su compañera, y admitió parcialmente la del hijo (por el 30 % de responsabilidad del demandado), condenando a A.R.A. a pagar la suma de \$ 6.900, por ambos conceptos (daño patrimonial y moral), con más los intereses desde la fecha del hecho y hasta el

efectivo pago a la tasa que aplica el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones comunes de descuento. Impuso las costas a los actores vencidos, salvo las devengadas por el reclamo del menor B.I.P. que las aplicó al demandado en un 30%, conforme el porcentaje de responsabilidad por el que prosperó la pretensión. Finalmente difirió la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 51 ley 8904.

La sentencia de grado, ahora recurrida por la actora y por la demandada, tuvo por acreditado el hecho y por consiguiente la autoría y su materialidad, tal como se desprende del fallo recaído en la ya citada causa penal que condenó a A. por el delito de homicidio emocional, lo que según el art. 1102 del Código Civil impide revisar en sede civil la existencia del hecho principal y la culpa de A.. Empero, no obsta el examen de la culpa o negligencia de la víctima a los fines de reducir el daño en la medida que no resultó de la conducta del demandado. Valoró la prueba de ese expediente penal ofrecido por la actora, es decir la referida causa 1/ 2720 del Tribunal en lo Criminal N°1 de Tandil caratulada "C.A.R.-Homicidio-Tandil", la que esta Cámara requirió oficiosamente y sin más trámite (para evitar dilaciones) al Juzgado de origen, según da cuenta el informe de Secretaría de fs. 321.

El pronunciamiento civil concluyó que la víctima - S.I.P. - venía teniendo actitudes de provocación y de hostigamiento contra el demandado A. desde que comenzó a

concurrir al inmueble vecino a visitar a sus amigos, aproximadamente desde dos meses antes del ilícito, todo lo que tuvo por acreditado con los numerosos testimonios prestados en la causa penal sobre homicidio (causa N° 1/2720). Igualmente ponderó que la sentencia condenatoria describió el hecho: P. venía circulando en su automóvil detrás del vehículo que conducía A. y comenzó a embestirlo para -luego y cuando se detuvieron ambos rodados- bajarse de su auto y agredirlo a golpes de puño lo que, sumado a las amenazas anteriores, produjeron la reacción del accionado, la que resultó desmedida. La conducta antisocial de P. asumida en el evento no era aislada sino que constituía su comportamiento habitual. Por todo ello concluyó que la responsabilidad de A. se limitó al 30 %. Luego analizó las legitimaciones activas según los términos de los arts. 1079, 1084, 1085 y conchs. del Código Civil. Sostuvo que los herederos forzosos como damnificados indirectos tienen una acción personal, que la presunción de daño que establecen esos artículos puede ser desvirtuada por prueba en contrario. Y en tal sentido se detuvo a analizar los antecedentes personales de la víctima, S.I.P., teniendo en cuenta las constancias de la causa penal, requerida al Tribunal de Menores, causa 38.172 -ex causa 1000 "P., S.I. - Hurto calificado"- de la que se desprenden los numerosos procesos que tuvo por diversos hechos delictivos, aún cuando sólo tenía doce años. Destaca la ausencia de límites y de respeto a toda autoridad y a normas de convivencia, su personalidad agresiva, incluso contra los propios agentes policiales que fueran responsables de sus aprehensiones, custodias o traslados. Especialmente hace mérito de los hechos que motivaron la sentencia penal condenatoria de P., recaída en esa causa por hurto y otros delitos, la que detalla su accionar delictivo e

incluso que sus padres no podían contenerlo y que solicitaron su internación en un hogar, del que se fugó. Más adelante tiene en cuenta los numerosos y sucesivos estudios físicos y psicológicos de la víctima que explican su falta de continencia porque su entorno era poco adecuado (por ausencia de límites familiares, de organización, hábitos, etc.) lo que incide en su grave trastorno de conducta e inadaptación social. No respeta reglas, horarios etc., falseando la realidad y sin evidenciar una evolución favorable pese a los diversos tratamientos (psicoterapéuticos y psicofarmacológicos). Tras ello la sentencia analizó la legitimación activa de los padres, G.N.G. y C.A.P, quienes pese a la acreditación de esas calidades carecen de derecho resarcitorio. Del juego de los arts. 1079, 1084 y 1085 Cód. Civil se infiere que los padres como damnificados indirectos por ser herederos necesarios están habilitados para reclamar el daño patrimonial por la pérdida de chance de ayuda futura derivada de la muerte del hijo, la que -empero- en este caso no puede prosperar por dos razones: los progenitores G.-P. están comprendidos en la excepción que contempla el art. 1085 Cód. Civ. que deniega el derecho a quienes no impidieron el hecho pudiendo hacerlo, y por haber coadyuvado a la formación de la estructura psicopatológica y antisocial del hijo, facilitando sus actividades ilícitas, tal como surge de fs. 169 de la causa penal en la que el menor fue condenado por el delito de hurto calificado en concurso real con amenazas y abuso de armas. De

las declaraciones de los padres y de su hijo surge la falta de firmeza materna para poner límites y su deseo de pronta externación de S.I. del instituto en el que estaba alojado y del que luego se fugó. Ambos padres evidenciaron para con el menor conductas sumamente permisivas que enervaron toda actividad tendiente a su recuperación y a evitar su escalada delictiva, la que concluyó con su violento deceso. Fortifica esa conclusión las elocuentes declaraciones de los progenitores brindadas en la citada causa penal (de hurto calificado), de la que surge que en numerosas oportunidades el Tribunal de Menores les advirtió de la necesidad de imponer su autoridad. Entiende, en definitiva, que los padres reclamantes presentían la efectiva posibilidad del desenlace fatal por lo que están comprendidos en el supuesto del art. 1085 Cód. Civ. que no admite la legitimación de quien no evitó, pudiendo hacerlo, el homicidio. Agrega la actitud extremadamente complaciente de los coactores para con el menor y, genéricamente, el incumplimiento de las obligaciones emergentes de la patria potestad relativas a su formación (arts. 264, 265, 266 Código Civil) y, específicamente, la inobservancia de las obligaciones puntuales de custodia asumidas cuando solicitaron insistentemente al Tribunal de Menores su guarda, comprometiéndose a velar por su seguridad psíquica y moral. Con esos fundamentos desestimó la demanda promovida por los padres, G.N.G. y C.A.P. También desestimó la deducida por M.S.F., porque quien aduce ser concubina de la víctima tiene que acreditar la permanencia y exclusividad de la convivencia, requisitos ausentes en autos. En efecto, la relación con S.I.P. se entabló cuando M.S.tenía sólo 15 años, y el deceso ocurrió dos años después. Tampoco fue permanente porque si bien tuvieron períodos de convivencia, no se desarrollaron en forma ininterrumpida por las

sucesivas internaciones y fugas de P. El informe ambiental obrante a fs. 567 de la causa penal 38.172 de hurto calificado y sus restantes constancias evidencian que vivía con sus padres, no había reconocido la paternidad del hijo de su novia -de la que dudaba-, no existía trato entre ella y los padres de P., y en Agosto de 2000 el joven vivía en su casa paterna. Y si bien a fs. 217/218 manifestó que reanudó la convivencia, a fs 6/7 de la causa penal 1/ 2720 por homicidio emocional L.J.S. manifestó ser la novia de P., por lo que tampoco se verifica la exclusividad en la relación. Todo ello, más las declaraciones de fs. 87/89 de este proceso, ponen de manifiesto que la víctima no podía tener un trabajo estable que le permita la subsistencia de M.S.F.; entre los 11 años y hasta su deceso permaneció alojado en establecimientos para menores o en casa de sus padres, lugares de los que se fugaba. Incluso pocos meses antes de su fallecimiento se encontraba internado en el instituto Isabel La Católica en La Plata. En consecuencia desestimó el daño patrimonial reclamado por quién alegó ser la concubina de la víctima. Finalmente la sentencia admitió la demanda promovida por el hijo, B.I.P., condenando a A. a pagarle el daño patrimonial y el moral. En lo atinente a los gastos inherentes a la manutención del hijo, y si bien P. no desempeñaba un trabajo estable, admitió la pérdida de chance del hijo de que en el futuro podría rectificar su conducta o desarrollar alguna actividad lucrativa lícita, la que aunque remota no puede gravitar en contra de la

procedencia del rubro. Así las cosas, fijó el monto en \$ 15.000 el que, en atención al porcentaje por el que prosperó la pretensión, se redujo a \$ 4.500. También reconoció el daño moral, que no requiere prueba y surge de los mismos hechos, ponderando que B.I. tenía poco menos de cinco meses al momento de la muerte de su padre, no convivía con él y no llegó a desarrollar una relación paterno-filial, máxime que la madre manifestó en el escrito de demanda que el bebé no llegó a conocer a su progenitor y ella contrajo nupcias en el año 2004. Tuvo también en cuenta las circunstancias analizadas de la víctima, que la madre es de condición humilde, de escasos recursos económicos y también los antecedentes favorables del demandado informados por los testigos que depusieron en la causa penal. Con esas bases otorgó \$ 2.400 por daño moral que resultan de detraer del monto de condena (\$ 8.000) el porcentaje por el que prospera la acción.

Contra ese pronunciamiento apelaron ambas partes; la actora a fs.217 y la demandada a fs. 210 y vta., recursos concedidos a fs. 218 y fs. 213, respectivamente.

La demandada expresó agravios a fs. 263/265 vta., siendo contestados a fs. 280/285 y la actora hizo lo propio a fs. 266/278 vta., no habiendo sido respondidos.

2. El agravio de todos los coactores tiene un aspecto común y luego se focaliza en impugnaciones individuales y propias de cada uno. El denominado agravio común radica en el indebido cómputo de la incidencia concausal de la víctima, ya que al demandar iure propio y no iure hereditatis, no es pertinente detraer el porcentual de la responsabilidad de A. de cada rubro indemnizatorio de cada demandante. Sostiene que ese temperamento vulnera el requisito de la personalidad del daño y la noción de relación de causalidad. Añade que si bien se admite que en un

hecho ilícito la víctima puede contribuir a la causación de su propio daño, conforme los arts. 1109 y 1111 Código Civil, ese análisis solo es procedente en la relación jurídica autor del daño-víctima directa y no para los damnificados indirectos porque en ellos el daño es personal y deberá ser apreciado según las reglas de la causalidad, pero para con ellos y no con el sufrido por la víctima directa. La interpretación que impugna presupone otorgar a los damnificados indirectos una acción vía hereditaria cuando existe consenso en que ella es personal. Luego, el agravio se centra en los reclamos de cada uno de los demandantes. Así, y con relación a los padres G.N.G. y C.A.P, se queja por el rechazo para el progenitor de los gastos de sepelio, debidamente acreditados por la suma de \$ 1.163 según factura de fecha 28 de Febrero de 2002, agregada con el escrito de demanda. También formula una suerte de impugnación común para todas las partes porque la sentencia tiene en cuenta las constancias de las causas penales que no fueron ofrecidas como prueba por la demandada e ingresaron al expediente como medida para mejor proveer, siendo que esa parte no pudo controlarlas y contradecirlas. Prosigue con el rubro pérdida de chance de los dos progenitores. Remarca la ausencia de pronunciamiento expreso sobre ese aspecto esencial, la pérdida de chance, por lo que esa cuestión está comprendida en el recurso de apelación. Se omitió ponderar los trabajos de "changas" o de modo irregular que realizaba P., por períodos cortos, pero continuos. Critica la imagen constituida por la

sentencia de S.I.P. y se disconforma de la valoración de constancias de expedientes penales arrimados al proceso sin el control de esa parte. Luego se detiene en los testimonios de Luis A. Martínez, Pedro H. Murrone y Fernando J. Frías Villán (fs.86, 87 y 89). Agrega que la demandada no ofreció prueba, y que procede el resarcimiento pretendido, incluso por una suma mayor por tratarse de una deuda de valor. Más adelante sostiene que igualmente debe indemnizarse el daño moral de ambos padres por el inmenso dolor que conlleva la pérdida de un hijo, lo que constituye un daño "in re ipsa". A su turno explica que no es de aplicación al daño moral la norma del art. 1085 Cód. Civ. que restringe el daño patrimonial si el damnificado indirecto no evitó el hecho, pudiendo hacerlo. Critica la aseveración de que midió culpa de los padres en la educación y que el art. 1085 consagre una suerte de causal de indignidad para privar del derecho resarcitorio a quien no participó en el delito de homicidio. Ese no es el caso de autos en el que el incidente que motivó la muerte de S.I. fue episódico, de rápida consumación en la vía pública. En lo atinente a los daños reclamados por la concubina M.S.F., respecto de la cual la sentencia consideró que no se probó su calidad, pone el foco en los testimonios ya mencionados que explican que entre ella y la víctima existía una convivencia estable y que tuvieron un hijo en común. Por ello, prosigue, está acreditado el vínculo y que P. solventaba los gastos de la joven familia. Finalmente se detiene en la situación del hijo menor, B.I.P., cuestionando que la sentencia convirtió el daño patrimonial en una pérdida de chance. Dice que se trata de un daño presumido cuya procedencia la demandada no negó. También cuestiona la exigua suma otorgada por daño moral, recalcando y mencionando las normas legales que tutelan la

protección integral de los niños. En otro agravio común todos los actores critican la imposición de costas en un 70%, las que deben ser totalmente aplicadas a la demandada.

3. Por su lado, la parte accionada -los herederos de A.R.A.- M.S.M. y R. y M.S.A., se agravian por la reducida atribución de responsabilidad concausal a la víctima, del 70%.

Destaca la injusta provocación del ofendido y las amenazas anteriores que llevaron a A. a que temiera por su vida, como lo destacó la sentencia -que transcribe- al detallar los antecedentes personales de la víctima. Luego de otras consideraciones impugna la admisión del daño patrimonial para el menor B.I.P. porque la pérdida de chance de rectificación de la conducta de su padre era romota y no desempeñaba tareas remuneradas. Desde los once años de edad y hasta su deceso, a los diecinueve, estuvo largos períodos alojado en comisarias e institutos para menores, resultando lógico inferir que sus ingresos provenían de su actividad delictiva. También cuestiona el monto conferido por ese concepto, al igual que el otorgado por daño moral que considera elevado. P. no conoció a su hijo y no desarrollaron ningún vínculo familiar. En el agravio final se cuestiona la aplicación de la tasa activa del Banco de la Nación Argentina ya que, en su caso, procede la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires.

A fs.314/316 dictaminó el Asesor de Menores quien se pronunció por la admisión del agravio de la coactora -M.S.F.- en representación de su hijo.

Llamados autos para sentencia (fs. 320) y practicado el sorteo del orden de votación (fs. 320 vta.) el expediente quedó en condiciones de ser resuelto.

II.1. Anticipo opinión en el sentido de que procede modificar parcialmente la sentencia recurrida.

No está en discusión la existencia y autoría del hecho ilícito penal generador de responsabilidad del demandado; se discrepa, en cambio, sobre la incidencia cocausal en su producción del hecho de la víctima y de terceros (sus padres).

La sentencia penal recaída en la causa 1/2720 (causa N° 441 del Tribunal en lo Criminal N°1 de Tandil), caratulada "A. A.R. - Homicidio emocional", ofrecida como prueba por la actora (a fs.35 -punto V, C, ap.1-), contiene un preciso relato de antecedentes los que, además de ser esencialmente consentidos por las partes, inciden por vía de la prejudicialidad penal que establece el art. 1102 Cód.Civil. En ese expediente se condenó a A.R.A. por el delito de homicidio emocional de S.I.P. en los términos del art.81 inc.1 letra a) del Código Penal. Se advierte, entonces, que medió una circunstancia de atenuación penal (Breglia Arias Omar - Gauna Omar "Código Penal" T.1 p.816).

La sentencia penal relata que P. se trasladaba junto a su novia Luciana Jérica Sánchez en su automóvil Ford Falcon, que se colocó detrás del auto Fiat Duna de A. y que lo embistió con el paragolpes delantero en el paragolpe trasero del Fiat, al menos en una oportunidad, hasta que ambos se detuvieron en la calle Ezeiza entre Suipacha y Vélez Sarsfield, adelante el Fiat y más atrás el auto de P.; quien "en tal situación descendió

de su rodado y se dirigió hacia donde se encontraba A., que en ningún momento abandonó el volante de su coche, y, luego de intercambiar unas palabras entre ambos, lo agredió aplicándole un golpe de puño en el rostro que le ocasionó una herida en el labio y la rotura de los huesos de la nariz... Ante ello A. tomó un revolver que llevaba debajo del asiento y efectuó dos disparos en dirección a P." (sic, sentencia fs. 391/406 vta. causa penal Causa 1/2720). Prosigue luego puntualizando que A. actuó "movido por una fuerte alteración emocional", con un "desajuste anímico en donde los elementos expresivos primaron por sobre los de la experiencia determinado la reducción del acabado manejo de la voluntad y consecuente falta de moderación en sus actos". La sentencia penal extrae de ese comportamiento varias circunstancias: antes del disparo A. y P. se insultaron y la trompada que recibió A. "condicionó su actuación posterior al ocasionarle un fuerte estrechamiento en su capacidad de determinación". Además, en otro pasaje, se consigna que P. concurría desde hacía tres meses a la casa vecina de A., en la que vivían unos amigos suyos, ocasionando "fuertes perturbaciones en el barrio" y que al ser infructuosas las conversaciones mantenidas para lograr un poco de tranquilidad, un grupo de vecinos -que integró y lideró A.- hizo un petitorio a las autoridades. Esa presentación molestó a P. quien amenazó a algunos de ellos, entre otros al demandado, creando "una situación de aprehensión" entre ambos y el temor de A. "de tener

problemas con P. porque lo consideraban una persona peligrosa", miedo que se consideró justificado (sic sentencia citada, fs. 403). Luego el fallo pone el foco en los antecedentes y características de la personalidad de la víctima, recogiendo las declaraciones de los agentes policiales que testimoniaron en el proceso (punto sobre el que volveré al analizar la procedencia del daño por el fallecimiento) y que, concluyentemente, ponen de manifiesto los trastornos de conducta de la víctima, su personalidad, sus dificultades para adaptarse y, esencialmente, su falta de predisposición para respetar las normas y reglas, habiendo cometido varios hechos delictivos. Por todo ello y al encuadrar la conducta de A. en el tipo penal de emoción violenta (art. 84 inc. 1 letra a) Código Penal) se concluyó que "aparece como una consecuencia previsible dentro ese orden de sucesos, y por ende justificable, que una persona (A.) reaccione violentamente contra otra (P.) si durante aproximadamente tres meses -y los últimos días con mayor intensidad- estuvo viviendo una situación de fuerte presión ante el temor de ser agredida y esa noche, en un horario y en un lugar donde no transitaba nadie por la calle, es hostigada injustificadamente mientras conducía su automóvil y posteriormente golpeada fuertemente en el rostro" (sic, fs. 405 causa penal).

De esta manera, el hecho ilícito que determina la responsabilidad civil de A. está incidido por la prejudicialidad penal ya que "la sentencia penal condenatoria impide revisar la existencia del hecho principal y la culpabilidad del condenado, lo que no obsta examinar la eventual concurrencia de culpas -vertido el término de culpa en su sentido tradicional- o lo que el art.1111 del Cód.Civil califica de culpa de la víctima, es decir es dable analizar en sede civil la culpa o el dolo

concurrente de la víctima o de un tercero" (esta Sala, causa del 09/04/96 "Vincennau de Segura, Rosa c/ Plachesi, Claudio s/Ds. y Pjs.", Rev. de Jurisprudencia Provincial; Cám.Civ.y Com. Sala I San Isidro, 05/2004; Rubinzal on line RC J 2835/04). Ello habilita valorar la contribución causal del hecho de la víctima en los términos de los arts. 901 a 906 Cód. Civ. "para declarar una concurrencia culposa que aminore el débito resarcitorio conforme el art. 1111, aspecto sobre el que jurisprudencialmente no hay controversias" (Saux, Edgardo en Bueres Alberto-Higthon Elena "Código Civil y Normas Complementarias" T 3-A pág.319 ; Kemelmajer de Carlucci Aída en Belluscio Augusto- Zannoni Eduardo "Código Civil y leyes complementarias" T- 5 pág 308 n° 4 letra b) "resguardándose la esfera de la decisión del magistrado civil, a fin de garantizar la adecuada resolución de la cuestión que resulta propia del derecho privado" (Peralta Reyes, Víctor M. "Efectos de la cosa juzgada penal sobre el juicio civil. El supuesto de sentencia penal absolutoria", L.L. 2005-B-1266; DJ 2005-I-1085). Recientemente la Suprema Corte señaló, aunque para la sentencia penal absolutoria pero en conclusiones aplicables a la sentencia condenatoria, que "el hecho de que la concreta situación fáctica a juzgarse sea una única (es decir se trate del mismo hecho, las mismas circunstancias y aún las mismas pruebas) no implica que necesariamente se deba arrimar a la misma y fatal conclusión..." (S.C.B.A. Ac. C98107, 14/09/11 "Rivero, Patricia c/Gramajo, Silvio. Ds. y Pjs.). "La culpa y la responsabilidad

civil difieren, en su configuración y en su gradación, a la reprochabilidad penal. Por consiguiente puede indagarse en el ámbito del derecho privado sobre esas cuestiones, sin perjuicio de la absolución en el proceso penal. Pues, si de lo que se trata es de determinar si ha mediado una falta o culpa civil que conlleve una responsabilidad" patrimonial, la ausencia del correlativo reproche penal, no lo obsta (S.C.B.A. Ac. C 106711, 28/9/11 "Navarro, Walter c/Viguri, Fernando. Ds. y Pjs.")

Así las cosas, y con la base fáctica y jurídica expuesta, juzgo que P. co-causó el hecho en el porcentaje estimado en la sentencia apelada del 70 % pero por otras razones: no fue la conducta de acción u omisión de sus progenitores G.N.G. y C.A.P, en infracción a los deberes de guarda y vigilancia para con su hijo menor S.I. (arts. 264, 265, 266, 267, 270 y concs. Cód Civil), la que contribuyó a su producción, sino el propio actuar de S.I. quién venía provocando y atemorizando a A. en el vecindario, desde hacía meses, lo que había provocado en él un justificado miedo a ser agredido y a que el menor concretara sus amenazas, todo lo que en el luctuoso evento hizo eclosión con su reacción desmedida. Pero esa respuesta reconoce su origen co-causal en el embestimiento previo del auto, en los insultos de P. y en la fuerte trompada que le propinó cuando A. estaba dentro del vehículo. En consecuencia, todas estas circunstancias de hecho -debidamente comprobadas en sede penal en la sentencia traída por la actora- encadenan el nexo causal concurrente y califican y cualifican el obrar de P. que, en definitiva, contribuyó en mayor grado y entidad cualitativa y cuantitativa (en el 70 %) a la producción de su propio daño (arts. 901, 906, 1066, 1067, 1109, 1111, 1079, 1084, 1085, y concs. Cód. Civ.).

2. Lo expuesto da respuesta expresa e implícita a otros varios agravios de la actora.

Por un lado no es compartible su argumentación cuando sostiene que al revestir los demandados el carácter de damnificados indirectos del delito de homicidio (los padres, concubina e hijo de la víctima directa) no les resulta aplicable el análisis concausal del hecho del propio damnificado porque, afirma, se vulneran los requisitos de la personalidad del daño y del adecuado nexo causal. Ello no es así. Y no lo es porque si se condenara a A. por el porcentaje de responsabilidad del daño que no generó (del 70 %) se le estaría atribuyendo un deber resarcitorio incausado que sí conculcaría los presupuestos del deber de resarcir civilmente. El hecho de la víctima incide en todos los casos en que media responsabilidad civil debiendo detraerse el porcentual de su participación causal, sea que la acción se instaure "iure hereditaris" o, como en el caso, "iure propio". Lo contrario conlleva la incongruencia de que el hecho coacusado por la víctima directa es totalmente oponible al obligado y no lo es cuando los que demandan son los damnificados indirectos del mismo evento; de este modo, y siguiendo el razonamiento del agravio, si se tratara del delito de lesiones por haber sobrevivido la víctima (P.) es aplicable la co-causación y, en cambio, no sería oponible al demandado ese hecho de la víctima si quienes reclaman son los damnificados indirectos por su fallecimiento, que es el supuesto de autos. Se produciría un

quiebre de la unicidad del deber de responder frente a la víctima o los herederos del demandado que sólo contribuyó en parte, condenándolo a pagar una porción del daño que no produjo (arts. 901, 906, 1111, 1113, 1079, 1084, 1085 y cons. Cód Civ).

También lo expuesto da respuesta, en este caso afirmativa, a otro agravio de la actora. No es endilgable a los progenitores un incumplimiento de sus deberes generales emanados de la patria potestad ni de los deberes específicos de guarda y custodia de su hijo como co-causantes del hecho porque, sin teorizar sobre el tema, lo cierto es que la estructura de la personalidad de S.I. P. no puede ser directa y proporcionalmente atribuible a un defecto en su educación. Esto no supone soslayar esa mentada ausencia de adecuado control por parte de sus padres, pero no puede conducir a configurar un supuesto de exoneración de responsabilidad del dañador, ajeno al hecho de la víctima (art. 1111 Cód.Civ.).

Es cierto que la sentencia que declaraba al menor autor de los delitos de hurto calificado en concurso real con el de daño calificado y abuso de armas lo mantuvo bajo la potestad de los padres P.- G., quienes debían velar por su bienestar físico, moral e integral (confr. sentencia fs. 739/742 causa 38172 ex causa 1000 "P. S.I. -Hurto calificado" punto 2. 3). Pero ello no debe llevar a una suerte de determinismo biologicista que, por vía de atribución de responsabilidad a la defectuosa actuación de los padres, le sea achacable co-causar el daño producido, imputándolo como hecho de la víctima (arts. 901, 906, 1111 y cons. Cód.Civ.). Las propias características de la personalidad del menor (sobre las que, reitero, volveré más adelante) suponen excluir la responsabilidad paterna como supuesto configurativo del hecho de S.I.P. y que incida

autónomamente y por separado en el juzgamiento de su contribución en la producción del lamentable resultado.

También debe descartarse la aplicación de la última parte del art. 1085 Cód. Civil que excluye del derecho indemnizatorio al cónyuge y los herederos necesarios del muerto que, por acción, como autores o cómplices, o por omisión porque no impidieron el daño, pudiendo hacerlo, participaron o causaron el homicidio. No es emplazable la actitud de los padres en este supuesto que descarta su crédito a la indemnización. Se sostiene en doctrina que el art. 1085 prevé en la hipótesis mencionada “una particular indignidad” que inhabilita a esos legitimados (Llambías Jorge Joaquín “Código Civil Anotado” T.II B pág.581 N°10; aut.cit. en “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, T. IV-A págs. 78 y 79; Mosset Iturraspe Jorge – Piedecabras Miguel A. “Código Civil Comentado” pág.166) y que se funda en una razón de moralidad porque “es inadmisibles que quienes de algún modo han participado en el homicidio de una persona invoquen el perjuicio que se deriva de ese hecho, y pretendan resarcimiento en virtud del mismo” (Llambías Jorge Joaquín “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, T. IV-A pág. 419). Y este no es el caso de autos en el que (lo digo otra vez) no es computable el defecto de educación de los esposos P.- G. como supuesto fáctico configurativo de una inhabilidad ya que la norma alude al hecho en si mismo que desencadenó en el delito de homicidio y a la actuación, en ese acto y por acción u omisión, de los autores o

cómplices. No es sobreabundante puntualizar que se alude al hecho mismo del delito o al encadenamiento inmediato de sucesos que derI. en el ilícito final, lo que aquí no aconteció dada la total ausencia de participación (activa o pasiva) de los padres coactores en la primigenia agresión de S. P. contra A. y en el desenlace por su desmesurada reacción.

3. Antes de proseguir con los rubros resarcitorios es importante despejar un agravio de la actora sobre la inoponibilidad del valor probatorio de los expedientes penales requeridos para mejor proveer por la jueza de grado, con marcado activismo, y respecto de los cuales afirma que no pudo controlar o contradecir sus constancias.

Es sabido que, con palabras de la Corte Suprema, "la prueba acumulada en lo criminal es invocable para la decisión del posterior pleito civil cuando la demandada ha tenido oportuna noticia del ofrecimiento de esa prueba y ha podido producir la que convenía a sus derecho para desvirtuarla" (C.N. Fallos 182:502, L.L. 17-183; 187:627; 188: 7; 219:55; esta Sala causa N°52.047; "Moroni de Collazo, Vilma V. y otros c/Banco Bansud S.A." y más recientemente esta Sala sentencia única del 01/03/12 en causas N° 54.327 "Ricco, Patricia Marcela y Otra c/ Lancioni Agustín Aldovino" y N°54328 "Lancioni, Agustín c/Vulcamoia Mar Del Plata S.A."; S.C.B.A. Ac.79216, 24/9/2003 "Girardi"; Ac.87968, 16/2/05 "Porrez"). También es doctrina aceptada desde hace tiempo que la parte que ofreció como prueba la causa penal, en el caso la actora que ofreció el expediente penal del homicidio emocional (Causa 1/2720 "A. Homicidio Emocional. Tandil"), no puede disconformarse con lo que le resulte adverso y quedarse con la que le favorece" (S.C.B.A. Ac. 87061, 30/3/05 "D'Agostino"). Más recientemente la Suprema Corte parece acotar

un poco la doctrina legal cuando, por mayoría, desestimó la valoración de prueba de testigos obrante en la causa penal ofrecida sólo por una parte, frente a la oposición de la contraria, y esa prueba no fue ratificada en sede civil. "Si el testigo declaró sólo en sede represiva y la causa penal fue ofrecida únicamente por la parte actora, no puede ser invocada en juicio civil cuando el deponente no fue llamado a ratificarla y la demandada se opuso a que se la tuviera en cuenta. Por ello no procede computar ese medio de prueba" (S.C.B.A. Ac. C 101112, 14/9/11 "Amarilla"). Empero en autos no se configura ningún supuesto que impida ponderar todas las constancias del expediente del homicidio emocional que trajo al proceso la actora y, de los restantes expedientes requeridos para mejor proveer, valorar las constancias que en sí mismas constituyan, intrínseca y extrínsecamente, instrumentos públicos (arts. 993, 995 y consc. Cód. Civ.). Si se vedara al juez la apreciación de las pruebas de los expedientes penales que ingresaron al proceso en función del activismo judicial (fs.158; arts. 36 inc. 2 C.P.C.), fueron puestas a consideración de las partes (confr. fs.171, 173, 181), las que consintieron su incorporación, incluso actI.do su producción (conf. fs.180, 187, 188, 189, 190, 191, 194, 195) y el llamamiento de autos para sentencia (conf. fs.196) quedaría vacío de contenido el ejercicio de las facultades instructorias. A ello, que fue lo que aconteció en este juicio, cabe añadir que igualmente puede abastecerse este decisorio haciendo mérito de

los elementos probatorios autónomos incorporados en la causa traída para mejor proveer (causa 38.172 ex causa 1000 "P. S.I. - Hurto calificado") valorando no sólo la sentencia condenatoria de P. de fs 739/ 742 sino los restantes elementos de convicción que constituyen documentos indubitados (dictámenes de peritos oficiales, actos jurisdiccionales, etc), dejando de lado las declaraciones testimoniales, las que constituyen el único medio de prueba sobre el que específicamente medió un afinamiento de la doctrina legal (S.C.B.A. Ac. 10112 cit.) .

4. En lo relativo al reclamo de G.N.G. y C.A.P, padres de la víctima S.I., y admitida su legitimación activa cabe, inicialmente, abordar el rubro gastos funerarios omitidos en la sentencia de grado y traídos a la Alzada (arts. 273 CPC). En tal sentido, recientemente, en la causa "Ricco" y "Lancioni" (exptes N°54327 y 54328) razonaba que "deben ser receptados los gastos de sepelio tanto del velorio como de un nicho de la víctima. Partiendo de la base de que es notorio y exento de prueba por tratarse de un hecho ordinario que el fallecimiento conlleva ambos rubros, su cuantía puede determinarse según la pauta del arbitrio y estimación judicial del art. 165 C.P.C.... Así las cosas, y siendo que los denominados gastos funerarios deben se compatibles con el nivel de vida del fallecido aunque acordes con un nivel medio (Cifuentes Santos-Sagarna Fernando "Código Civil" T. II pág. 382) procede admitir la suma de \$ 1.163 en concepto de servicio fúnebre y tasas municipales por el sepelio, según la factura agregada a fs.11, la que fue reconocida como auténtica en la testimonial de reconocimiento de fs.100, que también da cuenta de su pago (arts.384, 456 y conchs. C.P.C.). Por ende corresponde condenar a A. -hoy sus herederos- a pagar a C.A.P la suma mencionada la que desde la fecha del hecho

(27/02/2002) devengará intereses a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos aires en sus operaciones de crédito.

5. Daños patrimonial y moral reclamados por los padres de la víctima G.N.G. y C.A.P.

5.1. El primer daño no procede, debiendo confirmarse su desestimación, aunque por otros fundamentos, supliéndose así una involuntaria omisión del fallo (art.273 C.P.C.).

Sobre el tema del daño resarcible por la privación de la vida del hijo, en seguimiento de la doctrina legal de la Casación bonaerense y de la propia de la Corte Federal, esta Sala resolvió que “cuando se trata de la muerte de los hijos, especialmente menores o incapaces, o solteros y sin descendencia se presume a favor de los padres la existencia de un daño material, cierto y actual, que consiste en la pérdida de una chance. Esta consiste en la razonable expectativa y probabilidad de que de vivir el hijo en la ancianidad de sus padres o en su estado de necesidad, éste contribuiría a su asistencia material y moral, perjuicio cierto y no meramente hipotético” (esta Sala, causa n° 39345, 11/8/98, “Saloiña”, causa n° 39541, 8/9/98, “Luján” y causa N°47221 17/12/04 “Giacoboni”). De modo que el daño resarcible es la pérdida misma de la chance (arts.1066, 1067, 1079, 1083, 1084, 1085 y concs. Cód.Civ.), ya que “cuando muere un menor los padres ven tronchada una esperanza económica”

(Cám. Nac. Civ., Sala C, 11/8/86, L.L., 1986-D-514; C.N.Civ., Sala B, 15/8/86, L.L., 1988-A-561 y J.A., 1987-II-551; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", T.2b, pág.242; esta Sala, causa n° 37517, 7/4/97, "Cabrera de Quin"). Y la chance es la probabilidad objetiva y cierta -y no la mera posibilidad- de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, a condición de que esa probabilidad -que no es certeza- sea "suficiente", como se ha señalado en forma reiterada. La probabilidad debe superar el terreno de la conjetura o hipótesis y el requisito de la certidumbre del daño -actual o futuro- se configura en base al acontecer regular de los hechos -el llamado "principio de regularidad"- es decir lo que sucede "según el curso natural y ordinario de las cosas", como lo expresó Vélez Sarsfield en el art.901 del Código Civil. (sobre el tema ver: Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible" p.97; S.C.B.A., Ac.6957, 29/6/65 "Minutta", voto de la mayoría, A. y S., 1965-II-324, L.L., 119-394; Mosset Iturraspe, Jorge, "Frustración de una chance por error en el diagnóstico", en "Estudios sobre responsabilidad por daños", t. IV, p.73, L.L., 1982-D-475; Cazeaux, Néstor P., "Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance" en la obra colectiva "Temas de responsabilidad civil" en Homenaje a Augusto M. Morello, p.28; C.S., 8/3/94, "Rodríguez Santorum ", J.A., 1995-IV-140; C.S., 5/8/88, "Santa Coloma", E.D., 120-651; p.332; Piaggio, Aníbal N., "Azar y certeza en el derecho de daños", E.D., 152-812 (cap.IV); Iribarne, Héctor P., "De los daños a las personas", p.128; esta Sala, causa 42469, 26/6/2001, "Cerdeiro"; esta Sala Causa N°51084, 06/11/2007 "E.R.D. c/E.R.D. s/Ds. y Pjs." E.D.228-417). Se añadió en ese precedente que es inherente a la condición humana, y por ende marcadamente probable, que el hijo asista económicamente a sus padres, no sólo

en sus necesidades materiales futuras de la vejez, sino también en el cuidado personal que también tiene contenido económico. Se conectan, e interrelacionan la sobrevivencia del hijo a los padres, la necesidad de ayuda de los progenitores y la ayuda concreta del hijo, las que se encuentran comprendidas en lo que puede rotularse como "standard de buen hijo" (arts.901 y 906 Cód.Civ. y 384 C.P.C.). "Lo reparable no es el beneficio esperado sino la probabilidad perdida" (Mayo Jorge A. "La pérdida de 'chance' como daño resarcible" L.L.1989-B-106), lo que, en el fondo, trasunta un criterio cuantitativo y no cualitativo de ponderación (conf. "in extenso" Piaggio Anibal "Azar y certeza en el derecho de daños" E.D.152-815; causas N°48.073, 12/5/2005 "Zarza"; 42.976, 6/9/2001 "Testa"). Incluso los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Federal reconocen el caso en que se juzgó que a la escasa edad del hijo (de 36 horas de vida) no es óbice para admitir "la frustración de una posibilidad de ayuda futura" (C.S. 17/3/98, Peón, Juan D. y otra c/Centro Médico del Sud S.A., D.J.J. 1998-3-819). En síntesis, es suficiente la probabilidad objetiva de asistencia material futura" (esta Sala causas N°48073, 12/05/2005 "Zarza", N°48042 y 48043, 28/11/2006 "De La Canal" y "Navarro"; N° 50236, 06/03/2007 "González"; causa cit. N°51084 "E.R.D.").

En autos no se configura la "probabilidad objetiva" de asistencia futura de S.I. con relación a sus progenitores, porque si bien concurre uno de los presupuestos básicos -la

probabilidad de los padres de necesitar ayuda, más si es de condición humilde- (doct. S.C.B.A. Ac.51706, 27/09/94 "Santillán" A.y S.1994-III, 776; Ac.52947, 0703/95 "Scasserra" A.y S.1995-I, 208) la restante, la posibilidad del hijo de prestarla, resulta más vaga, imprecisa y conjetural, es decir no se presenta como "suficientemente justificada y seria" (Giles Marcos "Reparación civil de la chance" p. 30), o "necesariamente cierta, seria, objetiva y previsible" lo que le quita al reclamo el requisito de la certeza del daño (López Mesa Marcelo J. "La pérdida de chance y la extensión desmedida del concepto", elDial.com - DC14D0).

En efecto, y de acuerdo al análisis "de los factores a favor y en contra" de la posibilidad de que los esposos P. - G. tengan en su ancianidad el apoyo y sostén material y afectivo de S.I., como lo propone López Mesa (López Mesa Marcelo J. "La pérdida de chance ...", elDial.com - DC14D0) en caso de que su infortunada muerte no hubiera acaecido, se concluye así que "las probabilidades son vagas y generales".

A los presupuestos clásicos de la pérdida de chance por muerte que requieren de un encadenamiento causal en un pronóstico de probabilidad suficiente y futuro, se añaden aquí otros dos más. En efecto, concurren los presupuestos citados: la probabilidad de sobrevivencia del hijo a los padres, la necesidad de asistencia de los progenitores, y que el hijo esté en condiciones de prestarla, además de poder afrontar sus propias necesidades y las de su familia o el grupo conviviente que constituya. En este caso en juzgamiento se requiere de otros dos requisitos: que mediara un cambio radical de conducta de S.I. y que como consecuencia de ello se reinsertara en el mercado laboral y realizara trabajos lícitos y lucrativos. Y todos estos

presupuestos interrelacionados causalmente no son de pronóstico esperable.

Así las cosas, la misma sentencia en la causa por homicidio emocional pone de relieve, mediante los testimonios recogidos en la audiencia de debate, las amenazas y molestias hacia A. y los otros vecinos y que P. “era de cuidado” (testimonio sargento Constantino, sentencia fs.403 vta.); que fue “aprehendido varias veces” y que luego ocasionaba problemas al agente policial que lo retuvo, agrediéndolo de palabra fuera de su servicio (testigo cabo Tondi); que era agresivo y burlón “no sólo respecto del personal policial sino también de su propia madre cuando concurría a visitarlo en sus internaciones” (sub oficial Prado); que a los sub-oficiales Fernández y Calderón, se les fugó en ocasión de ser trasladado al Tribunal de Menores (fs.cit. 403 vta.), mostrando y portando armas (fs.404). Asimismo en esa causa obra el relato del oficial Palacios que expuso el hecho que dio origen a la sentencia de determinación de su responsabilidad sobre hurto calificado y otros delitos (sentencia fs.637/749 causa N°31872, ex causa 1000). Expuso allí que una noche, en el destacamento Gardey, e investigando un robo de ovejas, persiguió a P. varios kilómetros y que al acercarse al vehículo fue asaltado por varios muchachos, que lo golpearon fuertemente y le robaron la radio, una pistola 9 mm y la ametralladora. Y cuando el oficial se dio a la fuga escuchó que “uno de sus agresores pedía a gritos que lo mataran por lo que,

en un descuido, se dio a la fuga campo traviesa escuchando, mientras lo hacía, dos disparos efectuados con la pistola -no pudo apreciar con qué dirección- y como P., ametralladora en mano, pretendía dispararle aunque sin lograr hacerlo en razón de no haber podido sacar el seguro del arma. Asimismo, y con rostro de gran pesar, dejó sentado su parecer que, de haber podido destrabar la ametralladora, P. le hubiese disparado" (fs.404 causa N°441 "A. A.R. Homicidio-Tandil").

Igualmente el informe ambiental obrante en la causa de homicidio emocional a fs.216/223 -reitero: expediente ofrecido como prueba por la actora- explica, en lo sustancial, que "ambos progenitores reconocieron que su hijo S. P., mantuvo una serie de internaciones en institutos de menores, habiendo agotado varias instancias, como libertad asistida por los progenitores -en principio- regímenes abiertos, régimen cerrado, instituto de máxima seguridad, y neuropsiquiátrico... Manifestaron que entre los institutos en los cuales estuvo alojado la víctima se puede mencionar Instituto Gambier, Casa de Contención Tandil, Casa de Contención Tandil, Casa de Contención Merlo, Instituto Roca, en la localidad de Luján en una clínica neuropsiquiátrica, en el Instituto Isabel la Católica, teniendo los progenitores contacto con todas las instituciones ya que concurrían los días de visitas. Evaluaron -prosigue- que a excepción de los regímenes abiertos como Casa de Contención de Tandil y Merlo, "el resto de las internaciones contribuyeron al detrimento de las conductas de su hijo, generando un rechazo mayor a su adaptación al medio. Que de las instituciones de régimen cerrado su hijo se había fugado en varias oportunidades, por lo que esto creaba una nueva situación de conflicto y una nueva intervención del Tribunal de Menores" (fs.217 y vta. causa de homicidio 1/2720). La asistente

social interviniente indagó que “la víctima poseía graves trastornos de la personalidad, con conductas que se iban potenciando en el delito... En el informe con fecha 3 de Marzo de 1997 se expresa que el “joven posee un trastorno de personalidad con características de impulsividad y tendencia al descontrol y marcados rasgos psicopáticos... posee además...dispersión atencional con hiperactividad, siendo éste la base orgánica sobre la que se organizan sus otras características... entorno poco adecuado e incontinente (ausencia de organización, hábitos, límites, otros jóvenes que incitan a la transgresión, etc.)... Se conforma un cuadro actual de graves trastornos de conducta, inadaptación social... descartando con evaluación clínica y estudios anteriores... una patología de base, recomendando tratamiento psicofarmacológico, psicoterapéutico incluyendo a los padres...” (fs. 218 y vta. expte. cit.). En otro párrafo del extenso informe y con relación a un diagnóstico anterior se precisó que “se puede pensar en una estructura psicopática que tiene como principal característica la desorganización del control de sus impulsos” (fs.219 expte. cit.).

En ese mismo informe la funcionaria judicial que lo llevó a cabo relevó en el Juzgado de Menores la existencia de numerosas causas penales, además de la causa citada 1000, (once causas en total) que corresponden, en su mayoría, a las trece causas agregadas por cuerda, las que “brevitatis causa” sólo

mentono y no transcribo. La nómina es la siguiente: "causa 1063 con fecha de ingreso 22/06/96 caratulada Hurto, causa 1080 con fecha de ingreso 25/05/96 por Hurto, 1097 con fecha de ingreso 6/07/96 caratulada Hurtos, causa 1255 con fecha de ingreso 22/12/96 Tentativa de Hurto, causa 1265 de fecha de ingreso de 23/12/96 caratulada infr. Art. 42 de la ley 8.031, causa 1310 con fecha de ingreso 31/01/97 caratulada tentativa de Hurto, causa 1520 con fecha de ingreso 15/07/97 caratulada Lesiones leves, causa 2162 con fecha de ingreso 15/02/99 caratulada Tentativa de Hurto, causa 2451 con fecha de ingreso 16/05/99 caratulada Hurto, causa 3051 con fecha de ingreso 27/07/00 Lesiones leves y amenazas, 3402 con fecha de ingreso 29/01/01 caratulada violación de domicilio" (fs.217 vta./218).

En este contexto no aparece como probable el cese de la conducta delictiva y antisocial de la víctima, y que se incorpore al mercado laboral. Me parece decisivo ponderar que si bien al mes de Noviembre de 2001 se encontraba realizando tareas remuneradas y otros trabajos (conf. informe asistente social fs.738 causa 31872, esta causa testigos fs.128/131), lo que resultó contemporáneo es el dictado de la sentencia que lo declara penalmente responsable de los delitos de robo calificado, hurto calificado, daño calificado y abuso de armas en concurso real (fs.739/742 expte. cit.), con posterioridad a ello, a la fecha de su homicidio, había reincidido en las actividades delictivas.

Aún cuando es cierto que los testigos Luis A. Martínez (fs.128), Pedro H. Murrone (fs. 129) y Fernando J. Frías Vallán (fs.131) relatan que P. trabajó en varias changas y en trabajos de albañilería, en una fecha no muy precisa pero que abarcaba desde el año 2000 (fs.129) hasta Octubre de 2001

(fs.128), esas aseveraciones no son contundentes y no se compadecen con el resultado del precitado informe ambiental posterior del 14 de Mayo de 2002 (fs.216/223 causa penal 1/2720), y anterior al hecho ilícito a raíz del cual perdió la vida (el 27/02/2002; conf. sentencia fs.391/405 vta. expte. cit.).

Esa personalidad impide también ponderar la incidencia de otros aportes no dinerarios, derivados del vínculo relacional entre el hijo con sus padres y que integran la pérdida de chance (doct. S.C.B.A. Ac. C100285, 14/9/2011 "R.,A.H. c/Kelly, Santiago. Daños y Perjuicios").

Por ello es aplicable, analógicamente, la jurisprudencia que resolvió que resulta improcedente el pedido de resarcimiento motivado en la pérdida de la chance sufrida por los progenitores de quien fue asesinado en momentos que cometía un delito, pues no existe en el caso la frustración de una esperanza de ayuda económica futura por parte de los actores al estar acreditado que el menor no tenía un trabajo lícito, regular y estable, máxime cuando tenía causas penales y su propia madre sostuvo que era adicto a las drogas y lo ayudaba económicamente a paliar su adicción" (Cám.Civ.y Com. Morón Sala I, 09/06/2009 "G.E. c/Andreoli, Juan Roberto"; en el mismo sentido ver el fallo que menciona Iribarne en "Daños a las personas" pág.387 nota 8.2).

En un precedente de la Corte Nacional, en el que se analizó este tema, se desestimó el daño patrimonial de los padres

por el fallecimiento de dos personas condenadas, no sólo porque se decidió que no están alcanzados por la presunción de daño que abarca a la esposa e hijos menores, sino que los antecedentes criminales "se presentaban como un serio obstáculo para su reconocimiento" (C.S. 19/10/95 "Badín, Rubén y otros c/Provincia de Buenos Aires" L.L. 1996-C-585, con nota aprobatoria de Jorge Bustamante Alsina "Responsabilidad del Estado por la muerte de internos en una cárcel al incendiarse ésta" L.L. 1996-C-584 y con nota crítica de R. I.Pizarro "Daños sufridos por internos en establecimientos penitenciarios (Algunas reflexiones en torno a un trascendente fallo de la Corte Suprema", JA 1996-I-644). En cambio, el voto en minoría del Dr.Bossert, que concitó la adhesión doctrinaria de Pizarro, resolvió que "no es posible negar la posibilidad de que en el futuro, de haber continuado con vida (los sujetos condenados), los nombrados modificasen su conducta, realizaran tareas lícitas remuneradas y, en base a ellas, asistieran económicamente a sus progenitores, ya que lo contrario implicaría admitir un determinismo que la ciencia penal no acepta y negar, definitivamente, la posibilidad de readaptación social del delincuente; aunque, ciertamente, si bien cabe reconocer esta posibilidad, debe conferírsele una reducida probabilidad de acuerdo a los antecedentes de los muertos, y al ser débil la posibilidad, la reparación debe ser calculada en proporción a ella" (causa cit.). En estos autos la "débil posibilidad" desaparece ante la propia estructura de la personalidad de la víctima, su entorno real y las probabilidades ciertas de recuperación. Es que sin estimagtizarse ni emitir otro juicio que no sea de ponderación jurídica, el diagnóstico de recuperación y reinserción de la víctima era desfavorable, lo que desvanece aquella posibilidad. Son elocuentes las conclusiones

del citado informe ambiental que, aún a riesgo de ser reiterativo, transcribo en lo pertinente. La víctima “se puede decir que tenía características personales que lo hacían ubicar en un liderazgo importante ante jóvenes con conductas marginales y que a su vez estaban relacionadas con acciones delictivas. Por el tipo de personalidad que poseía se hallaban solidario con un grupo de pares... Desde los doce años que se encontraba con causas ante el Tribunal de Menores, por lo que una serie de internaciones en diversos institutos fueron marcando -según los progenitores- un camino con escasas posibilidades de retorno a la reinserción social, evaluando que existieron momentos de mayores posibilidades y otros momentos no tan beneficiosos” (sic, fs.222 vta. expte. cit.). Es decir, en suma y concluyentemente, sus propios progenitores, los aquí actores, no aventuraban un cambio de conducta en S.I..

Consecuentemente corresponde confirmar -por estos fundamentos- el rechazo del daño patrimonial de los progenitores (arts.1079, 1084, 1085 y concs. Cód.Civ.).

5.2. En cambio es admisible el daño moral o extrapatrimonial derivado del dolor o aflicción de los padres por la pérdida del hijo (C.S. causa cit. “Badín”, L.L. 1996-C-585). En este último punto recuerdo que la Corte Nacional en la causa “Baeza” (C.S., 12/4/2011 “Baeza, Silvia Ofelia c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/Daños y Perjuicios”) receptó la posición doctrinal y jurisprudencial que califica al daño moral como el

“precio del consuelo” y que considera que para su cuantificación puede acudir al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos que mitiguen el perjuicio extrapatrimonial o moral sufrido. “Se trata -sostuvo- de compensar, en la medida posible, un daño consumado... El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.” En ese precedente agregó que “el dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse ... Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida” (causa cit.). Aunque es sobreabundante pongo de relieve que salvo prueba en contrario, el daño moral se presume, “no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el sólo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante” (esta Sala N° 37202, 9/5/96 “Morales” DJJ-151-19; 11/8/98 “Saloiña”, JA 1999-I-223; N°42469 “Cerdeiro”; N°51084, 06/11/07 “E.R.D. c/ E.R.D. s/Ds. y Pjs.” ED 228-417).

Por ello, atendiendo a las circunstancias en las que falleció la víctima, su edad y la de los padres (fs.4, 6), es procedente fijar en \$ 30.000, la indemnización por daño moral a favor de cada uno de los padres G.N.G. y C.A.P (arts.1066, 1067, 1078 y concs. Cód.Civ.).

6. Reclamo por daño patrimonial de la concubina.

La inveterada doctrina legal de la Casación Bonaerense señala que el concubinato requiere “la acreditación de una comunidad de vida, acorde con un vínculo afectivo estable, en

el que resulta indispensable que el estado conyugal aparente, sea notorio, continuo y no interrumpido, teniendo los sujetos un domicilio común y conviviendo en él" (S.C.B.A. Ac. B64398, 30/05/2007 "Ferreyra"), mostrándose ella en el marco de "publicidad y permanencia" (S.C.B.A. Ac.56761, 19/02/2002 "Córdoba"). En caso de daño patrimonial por la muerte del concubino media un daño cierto que se presenta "todas las veces que se acredita la ayuda que recibía de la víctima con carácter estable y no accidental y en virtud de una razón de orden lícito y moral" (S.C.B.A. Ac. 54867, 15/12/98 "Butalla"; Ac.82356, 01/04/04 "Ojeda").

El tiempo de convivencia requerido para configurarse una comunidad de vida o estado convivencial similar al matrimonial constituye una cuestión de hecho sujeta a la ponderación de las circunstancias ya que no hay reglas fijas y dependerá de las circunstancias de cada caso. La estabilidad en la convivencia, sumada a la apariencia de matrimonio permiten conceder derechos o bien hacer cesar derechos otorgados por el ordenamiento jurídico" (Azpiri, Jorge O. "Uniones de hecho" pág.64; en el mismo sentido y coincidiendo que en el derecho del trabajo se exige legalmente una convivencia mínima de dos años - art.248 ley 20744 y ley 24241-; Novellino Norberto J. "La pareja no casada. Derechos y obligaciones" pág. 39/40).

Se puntualiza que "la fijación de un plazo mínimo de convivencia debe ser requisito sine qua non de la unión" (Fama,

María Victoria "Convivencia de pareja: Aportes para una futura regulación" en Revista de Derecho de Familia N°52 pág.63). En autos está acreditada la relación convivencial anterior entre M.S.F. y la víctima -de la que nació un hijo-, con las características propias de la personalidad de la víctima, e incluso de su joven pareja y con las separaciones derivadas de las internaciones de S.I. (fs.735 expte. 31872; testimonios fs.128, 129, 131; informe ambiental fs. 216/223 causa 1/2720).

Pero existe un importante elemento de prueba que me persuade que aquella convivencia había cesado, desapareciendo el lazo de estabilidad y exclusividad afectiva toda vez que en el momento del hecho, P. estaba acompañado de "su novia" Luciana Yésica Sánchez (conf. sentencia fs.391/406 causa penal 1/2720). Tan es así que en sede penal se ponderó exhaustivamente su testimonio, acusado de mendaz, pero al que se le otorgó credibilidad para describir el suceso. Y Sánchez manifestó ante la institución penal y ante el Tribunal Criminal que era la novia de P., desde hacía "dos meses y medio" (conf. sentencia penal citada especialmente fs. 395/397, declaración testimonial del expte. ofrecido como prueba por la actora de fs.617). Resulta entonces evidente que cesó la anterior relación convivencial con M.S.al mes de Noviembre de 2001 (fs.735 expte. 31872).

Por lo expuesto el agravio debe desestimarse y confirmarse la sentencia que denegó la demanda interpuesta por M.S.F..

7. Reclamo por daño patrimonial y moral del hijo

B.I.P..

Siendo el hijo asistido por la presunción de daño -tanto patrimonial (arts. 1084 y 1085 Cód. Civ.) como moral (art. 1078 Cód. Civ.)- y aún cuando el cuadro descripto tornaba una

tanto dudosa la existencia, origen y cuantía de los ingresos, lo cierto que en el texto legal habla de subsistencia, concepto que supone lo que habría podido suministrar como sostén y ayuda efectiva (C.S. "Sevarro" L.L. 1997-E-120). Lo indemnizable no es "la muerte en sí misma, sino de los daños actuales o eventuales que dicha muerte puede haber ocasionado" (esta Sala causa N° 42642, 28/08/01 "Castillos de Villamarín Fernanda c/Etcheverry Darío. Daños y Perjuicios", DJJ 161-189, con sus citas y remisiones), atendiendo a que en caso de muerte del padre "deberá evaluarse el ingreso económico aportado por el progenitor, descontándose del monto resarcitorio la parte que hubiese usado el fallecido para su propio beneficio (vgr. alimentación, vestimenta, esparcimiento, etc.)" (Cifuentes Santos - Sagarna Fernando Alfredo "Código Civil" T.II pág.421).

Por lo expuesto, atendiendo a que el niño tenía cinco meses al momento del fallecimiento de su padre, y a las restantes circunstancias personales y familiares detalladas anteriormente y a las reales y concretas probabilidades de asistencia material y de contacto convivencial, resulta congruo y equitativo fijar en \$ 20.000 el daño patrimonial y en \$ 35.000 el daño moral (arts. 1066, 1067, 1068, 1078, 1083, 1084, 1085 y conchs. Cód.Civ.).

Todos los montos se fijan a la fecha de la sentencia -lo que torna innecesario analizar si se trata de una deuda de

valor- y devengarán intereses -acogiendo el agravio de la demandada- a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de depósitos a treinta días, desde la fecha del hecho, conforme la doctrina legal de la Suprema Corte (S.C.B.A. Ac. C101042 del 17/06/09; Ac.85381 del 07/05/08 "V.N.", entre otros).

Por todo lo expuesto voto por: 1) confirmar la sentencia recurrida en cuanto desestimó la demanda interpuesta por G.N.G. y C.A.P, y por J.A.F. y S.M.S. deducida en representación de su hija menor M.S.F., contra A. R. A. -hoy sus herederos M.S.M. y sus hijos R. y M.S.A.-, reclamando el daño patrimonial por el fallecimiento de la víctima S.I.P., con costas en ambas instancias a los actores perdidosos (arts. 68 y 266 CPC), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 ley 8904); 2) admitir parcialmente la demanda deducida por C.A.P contra A. R. A. -hoy sus herederos M.S.M. y sus hijos R. y M.S.A.- condenándolos a pagar, en la medida del derecho sucesorio, el 30 % de los gastos de sepelio de \$ 1.163. o sea la suma de \$ 348,90 y admitir parcialmente la interpuesta por G.N.G. y C.A.P por daño moral, el que se determina en \$ 30.000 para cada uno de ellos, prosperando entonces por \$ 9.000 para cada uno de ellos; 3) confirmar la sentencia recurrida que admitió parcialmente la demanda interpuesta por la representación legal del menor B.I. P. contra A. R. A., condenándolo -hoy a sus herederos y en la medida del derecho sucesorio- a pagar a el 30 % del total de la suma de daño patrimonial (\$ 20.000) y el daño moral (\$ 35.000) o sea el 30 % del total de \$ 55.000 que asciende a \$ 16.500; en todos los casos las sumas de condena devengarán intereses a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de depósito a

treinta días, desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago en la forma determinada en la sentencia recurrida, con costas al vencido en el porcentaje por el que prospera la pretensión, es decir en el 30 % (art. 68 C.P.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 ley 8904).

Así lo voto.

A la misma cuestión, el Señor Juez, Dr. **PERALTA REYES** y por los mismos argumentos votó en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Doctor **GALDOS**, dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts.266, 267 y conchs. del C.P.C.C., corresponde 1) confirmar la sentencia recurrida en cuanto desestimó la demanda interpuesta por G.N.G. y C.A.P, y por J.A.F. y S.M.S. deducida en representación de su hija menor M.S.F., contra A. R. A. -hoy sus herederos M.S.M. y sus hijos R. y M.S.A.-, reclamando el daño patrimonial por el fallecimiento de la víctima S.I.P. con costas en ambas instancias a los actores perdidosos, (arts. 68 y 266 C.P.C.), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 ley 8904); 2) admitir parcialmente la demanda deducida por C.A.P contra A. R. A. -hoy sus herederos M.S.M. y sus hijos R. y M.S.A.- condenándolos a pagar, en la medida del derecho sucesorio, el 30 % de los gastos de sepelio de \$ 1.163. o sea la suma de \$ 348,90 y admitir

parcialmente la interpuesta por G.N.G. y C.A.P por daño moral, el que se determina en \$ 30.000 para cada uno de ellos, prosperando entonces por \$ 9.000 para cada uno de ellos; 3) confirmar la sentencia recurrida que admitió parcialmente la demanda interpuesta por la representación legal del menor B.I. P. contra A. R. A., condenándolo -hoy a sus herederos y en la medida del derecho sucesorio- a pagar a el 30 % del total de la suma de daño patrimonial (\$ 20.000) y el daño moral (\$ 35.000) o sea el 30 % del total de \$ 55.000 que asciende a \$ 16.500; en todos los casos las sumas de condena devengarán intereses a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de depósito a treinta días, desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago en la forma determinada en la sentencia recurrida, con costas al vencido en el porcentaje por el que prospera la pretensión es decir en el 30 % (art. 68 C.P.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 ley 8904).

Así lo voto.

A la misma cuestión, el Señor Juez, Dr. **PERALTA REYES** y por los mismos argumentos votó en idéntico sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Azul, 13 de Marzo de 2012.-

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y conchs. del C.P.C.C., **1)**

CONFÍRMASE la sentencia recurrida en cuanto desestimó la demanda interpuesta por G.N.G. y C.A.P, y por J.A.F. y S.M.S. deducida en representación de su hija menor M.S.F., contra A. R. A. -hoy sus herederos M.S.M. y sus hijos R. y M.S.A.-, reclamando el daño patrimonial por el fallecimiento de la víctima S.I.P.; **IMPÓNENSE** costas en ambas instancias a los actores perdidosos, **DIFIÉRESE** la regulación de honorarios para su oportunidad; **2) ADMÍTESE** parcialmente la demanda deducida por C.A.P contra A. R. A. -hoy sus herederos M.S.M. y sus hijos R. y M.S.A.- condenándolos a pagar, en la medida del derecho sucesorio, el 30% de los gastos de sepelio de \$ 1.163 o sea la suma de \$ 348,90 y **ADMÍTESE** parcialmente la interpuesta por G.N.G. y C.A.P por daño moral, el que se determina en \$ 30.000 para cada uno de ellos, prosperando entonces por \$ 9.000 para cada uno de ellos; **3) CONFÍRMASE** la sentencia recurrida que admitió parcialmente la demanda interpuesta por la representación legal del menor B.I. P. contra A. R. A., condenándolo -hoy a sus herederos y en la medida del derecho sucesorio- a pagar a el 30% del total de la suma de daño patrimonial (\$ 20.000) y el daño moral (\$ 35.000) o sea el 30% del total de \$ 55.000 que asciende a \$ 16.500; en todos los casos las sumas de condena devengarán intereses a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de depósito a treinta días, desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago en la forma determinada en la sentencia recurrida, **IMPÓNENSE** costas al vencido en el porcentaje por el

que prospera la pretensión es decir en el 30%. **DIFIÉRESE** la regulación de honorarios para su oportunidad. Por razones de economía y celeridad procesal (art. 34 inc. 5º del C.P.C.C.), notifíquese al Sr. Asesor de Incapaces en la instancia de origen.

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE por Secretaría y devuélvase. Fdo.:
Dr.Jorge Mario Galdós - Presidente - Cámara Civil y Comercial -
Sala II - Dr.Víctor Mario Peralta Reyes - Juez - Cámara Civil y
Comercial - Sala II. Ante mí: Dr. Pedro Eugenio Ribet - Auxiliar
Letrado - Cámara Civil y Comercial - Sala II.-----

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

|

|

Causa N°55340 "P., C. y otros
 c/ A., A. R.
 s/Daños y Perjuicios-"
Juzg.Civil y Com. N°2 - Tandil
Reg.....Sent.Civil.

En la ciudad de Azul, a los 13 días del mes de Marzo del año Dos Mil Doce reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Jorge Mario Galdós y Víctor Mario Peralta Reyes (arts. 47 y 48 Ley 5.827), para dictar sentencia en los autos caratulados: **"P., C. Y OTROS C/ A., A. R. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** (Causa N°55.340), habiéndose procedido oportunamente a practicar el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C. resultó que debían votar en el siguiente orden: Dr. **GALDÓS** y Dr. **PERALTA REYES**.

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-C U E S T I O N E S-

- 1ª. ¿Es justa la sentencia apelada de fs.197/209 vta.?
- 2ª. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-V O T A C I O N-

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Doctor **GALDÓS** dijo:

I.1 El 27 de Febrero de 2002 aproximadamente a las 01:00 horas en la calle Ezeiza entre Vélez Sarsfield y Suipacha de Tandil, y a raíz de un altercado, A.R.A. disparó con un arma de fuego a S.I.P., a quién mató. El hecho fue calificado en sede penal como homicidio emocional, en los términos del art. 81 inc. 1º letra a) del Código Penal por lo que se le impuso a A. la pena de dos años de prisión de ejecución condicional, tal como se desprende de la copia certificada de la sentencia glosada en autos (causa 1/ 2720 del Tribunal en lo Criminal N° 1 de Tandil caratulada "C.A.R.-Homicidio-Tandil"). En este proceso civil reclaman el resarcimiento de los daños moral y patrimonial por el fallecimiento de la víctima -S.I.P.-, sus padres, G.N.G. y C.A.P, su concubina -M.S.F.- quien compareció representada por sus progenitores S.M.S. y J.A.F.-, y el hijo menor de ambos B.I.P., todos quienes se presentaron con sus letrados, que luego devinieron en apoderados, y con la representación que le incumbe legalmente al Asesor de Menores. Los padres reclaman los siguientes rubros: C.A.P solicita los gastos del funeral de su hijo (\$ 1.163); la pérdida de chance (\$ 10.000) y el daño moral (\$ 40.000); la señora G.N.G.: la pérdida de chance (\$ 10.000) y el daño moral (\$ 40.000); M.S.F. \$ 129.000 en concepto de daño patrimonial por la pérdida de la vida de su concubino; y el hijo menor B.I.P. \$ 44.600 por el daño patrimonial por el fallecimiento de su padre y \$ 60.000 por daño moral.

Sustanciado el proceso la sentencia de Primera Instancia rechazó la demanda deducida por los padres y por su compañera, y admitió parcialmente la del hijo (por el 30 % de responsabilidad del demandado), condenando a A.R.A. a pagar la suma de \$ 6.900, por ambos conceptos (daño patrimonial y moral), con más los intereses desde la fecha del hecho y hasta el

efectivo pago a la tasa que aplica el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones comunes de descuento. Impuso las costas a los actores vencidos, salvo las devengadas por el reclamo del menor B.I.P. que las aplicó al demandado en un 30%, conforme el porcentaje de responsabilidad por el que prosperó la pretensión. Finalmente difirió la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 51 ley 8904.

La sentencia de grado, ahora recurrida por la actora y por la demandada, tuvo por acreditado el hecho y por consiguiente la autoría y su materialidad, tal como se desprende del fallo recaído en la ya citada causa penal que condenó a A. por el delito de homicidio emocional, lo que según el art. 1102 del Código Civil impide revisar en sede civil la existencia del hecho principal y la culpa de A.. Empero, no obsta el examen de la culpa o negligencia de la víctima a los fines de reducir el daño en la medida que no resultó de la conducta del demandado. Valoró la prueba de ese expediente penal ofrecido por la actora, es decir la referida causa 1/ 2720 del Tribunal en lo Criminal N°1 de Tandil caratulada "C.A.R.-Homicidio-Tandil", la que esta Cámara requirió oficiosamente y sin más trámite (para evitar dilaciones) al Juzgado de origen, según da cuenta el informe de Secretaría de fs. 321.

El pronunciamiento civil concluyó que la víctima - S.I.P. - venía teniendo actitudes de provocación y de hostigamiento contra el demandado A. desde que comenzó a

concurrir al inmueble vecino a visitar a sus amigos, aproximadamente desde dos meses antes del ilícito, todo lo que tuvo por acreditado con los numerosos testimonios prestados en la causa penal sobre homicidio (causa N° 1/2720). Igualmente ponderó que la sentencia condenatoria describió el hecho: P. venía circulando en su automóvil detrás del vehículo que conducía A. y comenzó a embestirlo para -luego y cuando se detuvieron ambos rodados- bajarse de su auto y agredirlo a golpes de puño lo que, sumado a las amenazas anteriores, produjeron la reacción del accionado, la que resultó desmedida. La conducta antisocial de P. asumida en el evento no era aislada sino que constituía su comportamiento habitual. Por todo ello concluyó que la responsabilidad de A. se limitó al 30 %. Luego analizó las legitimaciones activas según los términos de los arts. 1079, 1084, 1085 y conchs. del Código Civil. Sostuvo que los herederos forzosos como damnificados indirectos tienen una acción personal, que la presunción de daño que establecen esos artículos puede ser desvirtuada por prueba en contrario. Y en tal sentido se detuvo a analizar los antecedentes personales de la víctima, S.I.P., teniendo en cuenta las constancias de la causa penal, requerida al Tribunal de Menores, causa 38.172 -ex causa 1000 "P., S.I. - Hurto calificado"- de la que se desprenden los numerosos procesos que tuvo por diversos hechos delictivos, aún cuando sólo tenía doce años. Destaca la ausencia de límites y de respeto a toda autoridad y a normas de convivencia, su personalidad agresiva, incluso contra los propios agentes policiales que fueran responsables de sus aprehensiones, custodias o traslados. Especialmente hace mérito de los hechos que motivaron la sentencia penal condenatoria de P., recaída en esa causa por hurto y otros delitos, la que detalla su accionar delictivo e

incluso que sus padres no podían contenerlo y que solicitaron su internación en un hogar, del que se fugó. Más adelante tiene en cuenta los numerosos y sucesivos estudios físicos y psicológicos de la víctima que explican su falta de continencia porque su entorno era poco adecuado (por ausencia de límites familiares, de organización, hábitos, etc.) lo que incide en su grave trastorno de conducta e inadaptación social. No respeta reglas, horarios etc., falseando la realidad y sin evidenciar una evolución favorable pese a los diversos tratamientos (psicoterapéuticos y psicofarmacológicos). Tras ello la sentencia analizó la legitimación activa de los padres, G.N.G. y C.A.P, quienes pese a la acreditación de esas calidades carecen de derecho resarcitorio. Del juego de los arts. 1079, 1084 y 1085 Cód. Civil se infiere que los padres como damnificados indirectos por ser herederos necesarios están habilitados para reclamar el daño patrimonial por la pérdida de chance de ayuda futura derivada de la muerte del hijo, la que -empero- en este caso no puede prosperar por dos razones: los progenitores G.-P. están comprendidos en la excepción que contempla el art. 1085 Cód. Civ. que deniega el derecho a quienes no impidieron el hecho pudiendo hacerlo, y por haber coadyuvado a la formación de la estructura psicopatológica y antisocial del hijo, facilitando sus actividades ilícitas, tal como surge de fs. 169 de la causa penal en la que el menor fue condenado por el delito de hurto calificado en concurso real con amenazas y abuso de armas. De

las declaraciones de los padres y de su hijo surge la falta de firmeza materna para poner límites y su deseo de pronta externación de S.I. del instituto en el que estaba alojado y del que luego se fugó. Ambos padres evidenciaron para con el menor conductas sumamente permisivas que enervaron toda actividad tendiente a su recuperación y a evitar su escalada delictiva, la que concluyó con su violento deceso. Fortifica esa conclusión las elocuentes declaraciones de los progenitores brindadas en la citada causa penal (de hurto calificado), de la que surge que en numerosas oportunidades el Tribunal de Menores les advirtió de la necesidad de imponer su autoridad. Entiende, en definitiva, que los padres reclamantes presentían la efectiva posibilidad del desenlace fatal por lo que están comprendidos en el supuesto del art. 1085 Cód. Civ. que no admite la legitimación de quien no evitó, pudiendo hacerlo, el homicidio. Agrega la actitud extremadamente complaciente de los coactores para con el menor y, genéricamente, el incumplimiento de las obligaciones emergentes de la patria potestad relativas a su formación (arts. 264, 265, 266 Código Civil) y, específicamente, la inobservancia de las obligaciones puntuales de custodia asumidas cuando solicitaron insistentemente al Tribunal de Menores su guarda, comprometiéndose a velar por su seguridad psíquica y moral. Con esos fundamentos desestimó la demanda promovida por los padres, G.N.G. y C.A.P. También desestimó la deducida por M.S.F., porque quien aduce ser concubina de la víctima tiene que acreditar la permanencia y exclusividad de la convivencia, requisitos ausentes en autos. En efecto, la relación con S.I.P. se entabló cuando M.S. tenía sólo 15 años, y el deceso ocurrió dos años después. Tampoco fue permanente porque si bien tuvieron períodos de convivencia, no se desarrollaron en forma ininterrumpida por las

sucesivas internaciones y fugas de P. El informe ambiental obrante a fs. 567 de la causa penal 38.172 de hurto calificado y sus restantes constancias evidencian que vivía con sus padres, no había reconocido la paternidad del hijo de su novia -de la que dudaba-, no existía trato entre ella y los padres de P., y en Agosto de 2000 el joven vivía en su casa paterna. Y si bien a fs. 217/218 manifestó que reanudó la convivencia, a fs 6/7 de la causa penal 1/ 2720 por homicidio emocional L.J.S. manifestó ser la novia de P., por lo que tampoco se verifica la exclusividad en la relación. Todo ello, más las declaraciones de fs. 87/89 de este proceso, ponen de manifiesto que la víctima no podía tener un trabajo estable que le permita la subsistencia de M.S.F.; entre los 11 años y hasta su deceso permaneció alojado en establecimientos para menores o en casa de sus padres, lugares de los que se fugaba. Incluso pocos meses antes de su fallecimiento se encontraba internado en el instituto Isabel La Católica en La Plata. En consecuencia desestimó el daño patrimonial reclamado por quién alegó ser la concubina de la víctima. Finalmente la sentencia admitió la demanda promovida por el hijo, B.I.P., condenando a A. a pagarle el daño patrimonial y el moral. En lo atinente a los gastos inherentes a la manutención del hijo, y si bien P. no desempeñaba un trabajo estable, admitió la pérdida de chance del hijo de que en el futuro podría rectificar su conducta o desarrollar alguna actividad lucrativa lícita, la que aunque remota no puede gravitar en contra de la

procedencia del rubro. Así las cosas, fijó el monto en \$ 15.000 el que, en atención al porcentaje por el que prosperó la pretensión, se redujo a \$ 4.500. También reconoció el daño moral, que no requiere prueba y surge de los mismos hechos, ponderando que B.I. tenía poco menos de cinco meses al momento de la muerte de su padre, no convivía con él y no llegó a desarrollar una relación paterno-filial, máxime que la madre manifestó en el escrito de demanda que el bebé no llegó a conocer a su progenitor y ella contrajo nupcias en el año 2004. Tuvo también en cuenta las circunstancias analizadas de la víctima, que la madre es de condición humilde, de escasos recursos económicos y también los antecedentes favorables del demandado informados por los testigos que depusieron en la causa penal. Con esas bases otorgó \$ 2.400 por daño moral que resultan de detraer del monto de condena (\$ 8.000) el porcentaje por el que prospera la acción.

Contra ese pronunciamiento apelaron ambas partes; la actora a fs.217 y la demandada a fs. 210 y vta., recursos concedidos a fs. 218 y fs. 213, respectivamente.

La demandada expresó agravios a fs. 263/265 vta., siendo contestados a fs. 280/285 y la actora hizo lo propio a fs. 266/278 vta., no habiendo sido respondidos.

2. El agravio de todos los coactores tiene un aspecto común y luego se focaliza en impugnaciones individuales y propias de cada uno. El denominado agravio común radica en el indebido cómputo de la incidencia concausal de la víctima, ya que al demandar iure propio y no iure hereditatis, no es pertinente detraer el porcentual de la responsabilidad de A. de cada rubro indemnizatorio de cada demandante. Sostiene que ese temperamento vulnera el requisito de la personalidad del daño y la noción de relación de causalidad. Añade que si bien se admite que en un

hecho ilícito la víctima puede contribuir a la causación de su propio daño, conforme los arts. 1109 y 1111 Código Civil, ese análisis solo es procedente en la relación jurídica autor del daño-víctima directa y no para los damnificados indirectos porque en ellos el daño es personal y deberá ser apreciado según las reglas de la causalidad, pero para con ellos y no con el sufrido por la víctima directa. La interpretación que impugna presupone otorgar a los damnificados indirectos una acción vía hereditaria cuando existe consenso en que ella es personal. Luego, el agravio se centra en los reclamos de cada uno de los demandantes. Así, y con relación a los padres G.N.G. y C.A.P, se queja por el rechazo para el progenitor de los gastos de sepelio, debidamente acreditados por la suma de \$ 1.163 según factura de fecha 28 de Febrero de 2002, agregada con el escrito de demanda. También formula una suerte de impugnación común para todas las partes porque la sentencia tiene en cuenta las constancias de las causas penales que no fueron ofrecidas como prueba por la demandada e ingresaron al expediente como medida para mejor proveer, siendo que esa parte no pudo controlarlas y contradecirlas. Prosigue con el rubro pérdida de chance de los dos progenitores. Remarca la ausencia de pronunciamiento expreso sobre ese aspecto esencial, la pérdida de chance, por lo que esa cuestión está comprendida en el recurso de apelación. Se omitió ponderar los trabajos de “changas” o de modo irregular que realizaba P., por períodos cortos, pero continuos. Critica la imagen constituida por la

sentencia de S.I.P. y se disconforma de la valoración de constancias de expedientes penales arrimados al proceso sin el control de esa parte. Luego se detiene en los testimonios de Luis A. Martínez, Pedro H. Murrone y Fernando J. Frías Villán (fs.86, 87 y 89). Agrega que la demandada no ofreció prueba, y que procede el resarcimiento pretendido, incluso por una suma mayor por tratarse de una deuda de valor. Más adelante sostiene que igualmente debe indemnizarse el daño moral de ambos padres por el inmenso dolor que conlleva la pérdida de un hijo, lo que constituye un daño "in re ipsa". A su turno explica que no es de aplicación al daño moral la norma del art. 1085 Cód. Civ. que restringe el daño patrimonial si el damnificado indirecto no evitó el hecho, pudiendo hacerlo. Critica la aseveración de que midió culpa de los padres en la educación y que el art. 1085 consagre una suerte de causal de indignidad para privar del derecho resarcitorio a quien no participó en el delito de homicidio. Ese no es el caso de autos en el que el incidente que motivó la muerte de S.I. fue episódico, de rápida consumación en la vía pública. En lo atinente a los daños reclamados por la concubina M.S.F., respecto de la cual la sentencia consideró que no se probó su calidad, pone el foco en los testimonios ya mencionados que explican que entre ella y la víctima existía una convivencia estable y que tuvieron un hijo en común. Por ello, prosigue, está acreditado el vínculo y que P. solventaba los gastos de la joven familia. Finalmente se detiene en la situación del hijo menor, B.I.P., cuestionando que la sentencia convirtió el daño patrimonial en una pérdida de chance. Dice que se trata de un daño presumido cuya procedencia la demandada no negó. También cuestiona la exigua suma otorgada por daño moral, recalcando y mencionando las normas legales que tutelan la

protección integral de los niños. En otro agravio común todos los actores critican la imposición de costas en un 70%, las que deben ser totalmente aplicadas a la demandada.

3. Por su lado, la parte accionada -los herederos de A.R.A.- M.S.M. y R. y M.S.A., se agravian por la reducida atribución de responsabilidad concausal a la víctima, del 70%.

Destaca la injusta provocación del ofendido y las amenazas anteriores que llevaron a A. a que temiera por su vida, como lo destacó la sentencia -que transcribe- al detallar los antecedentes personales de la víctima. Luego de otras consideraciones impugna la admisión del daño patrimonial para el menor B.I.P. porque la pérdida de chance de rectificación de la conducta de su padre era romota y no desempeñaba tareas remuneradas. Desde los once años de edad y hasta su deceso, a los diecinueve, estuvo largos períodos alojado en comisarias e institutos para menores, resultando lógico inferir que sus ingresos provenían de su actividad delictiva. También cuestiona el monto conferido por ese concepto, al igual que el otorgado por daño moral que considera elevado. P. no conoció a su hijo y no desarrollaron ningún vínculo familiar. En el agravio final se cuestiona la aplicación de la tasa activa del Banco de la Nación Argentina ya que, en su caso, procede la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires.

A fs.314/316 dictaminó el Asesor de Menores quien se pronunció por la admisión del agravio de la coactora -M.S.F.- en representación de su hijo.

Llamados autos para sentencia (fs. 320) y practicado el sorteo del orden de votación (fs. 320 vta.) el expediente quedó en condiciones de ser resuelto.

II.1. Anticipo opinión en el sentido de que procede modificar parcialmente la sentencia recurrida.

No está en discusión la existencia y autoría del hecho ilícito penal generador de responsabilidad del demandado; se discrepa, en cambio, sobre la incidencia cocausal en su producción del hecho de la víctima y de terceros (sus padres).

La sentencia penal recaída en la causa 1/2720 (causa N° 441 del Tribunal en lo Criminal N°1 de Tandil), caratulada "A. A.R. - Homicidio emocional", ofrecida como prueba por la actora (a fs.35 -punto V, C, ap.1-), contiene un preciso relato de antecedentes los que, además de ser esencialmente consentidos por las partes, inciden por vía de la prejudicialidad penal que establece el art. 1102 Cód.Civil. En ese expediente se condenó a A.R.A. por el delito de homicidio emocional de S.I.P. en los términos del art.81 inc.1 letra a) del Código Penal. Se advierte, entonces, que medió una circunstancia de atenuación penal (Breglia Arias Omar - Gauna Omar "Código Penal" T.1 p.816).

La sentencia penal relata que P. se trasladaba junto a su novia Luciana Jésica Sánchez en su automóvil Ford Falcon, que se colocó detrás del auto Fiat Duna de A. y que lo embistió con el paragolpes delantero en el paragolpe trasero del Fiat, al menos en una oportunidad, hasta que ambos se detuvieron en la calle Ezeiza entre Suipacha y Vélez Sarsfield, adelante el Fiat y más atrás el auto de P.; quien "en tal situación descendió

de su rodado y se dirigió hacia donde se encontraba A., que en ningún momento abandonó el volante de su coche, y, luego de intercambiar unas palabras entre ambos, lo agredió aplicándole un golpe de puño en el rostro que le ocasionó una herida en el labio y la rotura de los huesos de la nariz... Ante ello A. tomó un revolver que llevaba debajo del asiento y efectuó dos disparos en dirección a P." (sic, sentencia fs. 391/406 vta. causa penal Causa 1/2720). Prosigue luego puntualizando que A. actuó "movido por una fuerte alteración emocional", con un "desajuste anímico en donde los elementos expresivos primaron por sobre los de la experiencia determinado la reducción del acabado manejo de la voluntad y consecuente falta de moderación en sus actos". La sentencia penal extrae de ese comportamiento varias circunstancias: antes del disparo A. y P. se insultaron y la trompada que recibió A. "condicionó su actuación posterior al ocasionarle un fuerte estrechamiento en su capacidad de determinación". Además, en otro pasaje, se consigna que P. concurría desde hacía tres meses a la casa vecina de A., en la que vivían unos amigos suyos, ocasionando "fuertes perturbaciones en el barrio" y que al ser infructuosas las conversaciones mantenidas para lograr un poco de tranquilidad, un grupo de vecinos -que integró y lideró A.- hizo un petitorio a las autoridades. Esa presentación molestó a P. quien amenazó a algunos de ellos, entre otros al demandado, creando "una situación de aprehensión" entre ambos y el temor de A. "de tener

problemas con P. porque lo consideraban una persona peligrosa", miedo que se consideró justificado (sic sentencia citada, fs. 403). Luego el fallo pone el foco en los antecedentes y características de la personalidad de la víctima, recogiendo las declaraciones de los agentes policiales que testimoniaron en el proceso (punto sobre el que volveré al analizar la procedencia del daño por el fallecimiento) y que, concluyentemente, ponen de manifiesto los trastornos de conducta de la víctima, su personalidad, sus dificultades para adaptarse y, esencialmente, su falta de predisposición para respetar las normas y reglas, habiendo cometido varios hechos delictivos. Por todo ello y al encuadrar la conducta de A. en el tipo penal de emoción violenta (art. 84 inc. 1 letra a) Código Penal) se concluyó que "aparece como una consecuencia previsible dentro ese orden de sucesos, y por ende justificable, que una persona (A.) reaccione violentamente contra otra (P.) si durante aproximadamente tres meses -y los últimos días con mayor intensidad- estuvo viviendo una situación de fuerte presión ante el temor de ser agredida y esa noche, en un horario y en un lugar donde no transitaba nadie por la calle, es hostigada injustificadamente mientras conducía su automóvil y posteriormente golpeada fuertemente en el rostro" (sic, fs. 405 causa penal).

De esta manera, el hecho ilícito que determina la responsabilidad civil de A. está incidido por la prejudicialidad penal ya que "la sentencia penal condenatoria impide revisar la existencia del hecho principal y la culpabilidad del condenado, lo que no obsta examinar la eventual concurrencia de culpas -vertido el término de culpa en su sentido tradicional- o lo que el art.1111 del Cód.Civil califica de culpa de la víctima, es decir es dable analizar en sede civil la culpa o el dolo

concurrente de la víctima o de un tercero" (esta Sala, causa del 09/04/96 "Vincennau de Segura, Rosa c/ Plachesi, Claudio s/Ds. y Pjs.", Rev. de Jurisprudencia Provincial; Cám.Civ.y Com. Sala I San Isidro, 05/2004; Rubinzal on line RC J 2835/04). Ello habilita valorar la contribución causal del hecho de la víctima en los términos de los arts. 901 a 906 Cód. Civ. "para declarar una concurrencia culposa que aminore el débito resarcitorio conforme el art. 1111, aspecto sobre el que jurisprudencialmente no hay controversias" (Saux, Edgardo en Bueres Alberto-Higthon Elena "Código Civil y Normas Complementarias" T 3-A pág.319 ; Kemelmajer de Carlucci Aída en Belluscio Augusto- Zannoni Eduardo "Código Civil y leyes complementarias" T- 5 pág 308 n° 4 letra b) "resguardándose la esfera de la decisión del magistrado civil, a fin de garantizar la adecuada resolución de la cuestión que resulta propia del derecho privado" (Peralta Reyes, Víctor M. "Efectos de la cosa juzgada penal sobre el juicio civil. El supuesto de sentencia penal absolutoria", L.L. 2005-B-1266; DJ 2005-I-1085). Recientemente la Suprema Corte señaló, aunque para la sentencia penal absolutoria pero en conclusiones aplicables a la sentencia condenatoria, que "el hecho de que la concreta situación fáctica a juzgarse sea una única (es decir se trate del mismo hecho, las mismas circunstancias y aún las mismas pruebas) no implica que necesariamente se deba arrimar a la misma y fatal conclusión..." (S.C.B.A. Ac. C98107, 14/09/11 "Rivero, Patricia c/Gramajo, Silvio. Ds. y Pjs.). "La culpa y la responsabilidad

civil difieren, en su configuración y en su gradación, a la reprochabilidad penal. Por consiguiente puede indagarse en el ámbito del derecho privado sobre esas cuestiones, sin perjuicio de la absolución en el proceso penal. Pues, si de lo que se trata es de determinar si ha mediado una falta o culpa civil que conlleve una responsabilidad" patrimonial, la ausencia del correlativo reproche penal, no lo obsta (S.C.B.A. Ac. C 106711, 28/9/11 "Navarro, Walter c/Viguri, Fernando. Ds. y Pjs.")

Así las cosas, y con la base fáctica y jurídica expuesta, juzgo que P. co-causó el hecho en el porcentaje estimado en la sentencia apelada del 70 % pero por otras razones: no fue la conducta de acción u omisión de sus progenitores G.N.G. y C.A.P, en infracción a los deberes de guarda y vigilancia para con su hijo menor S.I. (arts. 264, 265, 266, 267, 270 y concs. Cód Civil), la que contribuyó a su producción, sino el propio actuar de S.I. quién venía provocando y atemorizando a A. en el vecindario, desde hacía meses, lo que había provocado en él un justificado miedo a ser agredido y a que el menor concretara sus amenazas, todo lo que en el luctuoso evento hizo eclosión con su reacción desmedida. Pero esa respuesta reconoce su origen co-causal en el embestimiento previo del auto, en los insultos de P. y en la fuerte trompada que le propinó cuando A. estaba dentro del vehículo. En consecuencia, todas estas circunstancias de hecho -debidamente comprobadas en sede penal en la sentencia traída por la actora- encadenan el nexo causal concurrente y califican y cualifican el obrar de P. que, en definitiva, contribuyó en mayor grado y entidad cualitativa y cuantitativa (en el 70 %) a la producción de su propio daño (arts. 901, 906, 1066, 1067, 1109, 1111, 1079, 1084, 1085, y concs. Cód. Civ.).

2. Lo expuesto da respuesta expresa e implícita a otros varios agravios de la actora.

Por un lado no es compartible su argumentación cuando sostiene que al revestir los demandados el carácter de damnificados indirectos del delito de homicidio (los padres, concubina e hijo de la víctima directa) no les resulta aplicable el análisis concausal del hecho del propio damnificado porque, afirma, se vulneran los requisitos de la personalidad del daño y del adecuado nexo causal. Ello no es así. Y no lo es porque si se condenara a A. por el porcentaje de responsabilidad del daño que no generó (del 70 %) se le estaría atribuyendo un deber resarcitorio incausado que sí conculcaría los presupuestos del deber de resarcir civilmente. El hecho de la víctima incide en todos los casos en que media responsabilidad civil debiendo detraerse el porcentual de su participación causal, sea que la acción se instaure "iure hereditaris" o, como en el caso, "iure propio". Lo contrario conlleva la incongruencia de que el hecho coacusado por la víctima directa es totalmente oponible al obligado y no lo es cuando los que demandan son los damnificados indirectos del mismo evento; de este modo, y siguiendo el razonamiento del agravio, si se tratara del delito de lesiones por haber sobrevivido la víctima (P.) es aplicable la co-causación y, en cambio, no sería oponible al demandado ese hecho de la víctima si quienes reclaman son los damnificados indirectos por su fallecimiento, que es el supuesto de autos. Se produciría un

quiebre de la unicidad del deber de responder frente a la víctima o los herederos del demandado que sólo contribuyó en parte, condenándolo a pagar una porción del daño que no produjo (arts. 901, 906, 1111, 1113, 1079, 1084, 1085 y cons. Cód Civ).

También lo expuesto da respuesta, en este caso afirmativa, a otro agravio de la actora. No es endilgable a los progenitores un incumplimiento de sus deberes generales emanados de la patria potestad ni de los deberes específicos de guarda y custodia de su hijo como co-causantes del hecho porque, sin teorizar sobre el tema, lo cierto es que la estructura de la personalidad de S.I. P. no puede ser directa y proporcionalmente atribuible a un defecto en su educación. Esto no supone soslayar esa mentada ausencia de adecuado control por parte de sus padres, pero no puede conducir a configurar un supuesto de exoneración de responsabilidad del dañador, ajeno al hecho de la víctima (art. 1111 Cód.Civ.).

Es cierto que la sentencia que declaraba al menor autor de los delitos de hurto calificado en concurso real con el de daño calificado y abuso de armas lo mantuvo bajo la potestad de los padres P.- G., quienes debían velar por su bienestar físico, moral e integral (confr. sentencia fs. 739/742 causa 38172 ex causa 1000 "P. S.I. -Hurto calificado" punto 2. 3). Pero ello no debe llevar a una suerte de determinismo biologicista que, por vía de atribución de responsabilidad a la defectuosa actuación de los padres, le sea achacable co-causar el daño producido, imputándolo como hecho de la víctima (arts. 901, 906, 1111 y cons. Cód.Civ.). Las propias características de la personalidad del menor (sobre las que, reitero, volveré más adelante) suponen excluir la responsabilidad paterna como supuesto configurativo del hecho de S.I.P. y que incida

autónomamente y por separado en el juzgamiento de su contribución en la producción del lamentable resultado.

También debe descartarse la aplicación de la última parte del art. 1085 Cód. Civil que excluye del derecho indemnizatorio al cónyuge y los herederos necesarios del muerto que, por acción, como autores o cómplices, o por omisión porque no impidieron el daño, pudiendo hacerlo, participaron o causaron el homicidio. No es emplazable la actitud de los padres en este supuesto que descarta su crédito a la indemnización. Se sostiene en doctrina que el art. 1085 prevé en la hipótesis mencionada “una particular indignidad” que inhabilita a esos legitimados (Llambías Jorge Joaquín “Código Civil Anotado” T.II B pág.581 N°10; aut.cit. en “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, T. IV-A págs. 78 y 79; Mosset Iturraspe Jorge – Piedecabras Miguel A. “Código Civil Comentado” pág.166) y que se funda en una razón de moralidad porque “es inadmisibles que quienes de algún modo han participado en el homicidio de una persona invoquen el perjuicio que se deriva de ese hecho, y pretendan resarcimiento en virtud del mismo” (Llambías Jorge Joaquín “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, T. IV-A pág. 419). Y este no es el caso de autos en el que (lo digo otra vez) no es computable el defecto de educación de los esposos P.- G. como supuesto fáctico configurativo de una inhabilidad ya que la norma alude al hecho en si mismo que desencadenó en el delito de homicidio y a la actuación, en ese acto y por acción u omisión, de los autores o

cómplices. No es sobreabundante puntualizar que se alude al hecho mismo del delito o al encadenamiento inmediato de sucesos que derI. en el ilícito final, lo que aquí no aconteció dada la total ausencia de participación (activa o pasiva) de los padres coactores en la primigenia agresión de S. P. contra A. y en el desenlace por su desmesurada reacción.

3. Antes de proseguir con los rubros resarcitorios es importante despejar un agravio de la actora sobre la inoponibilidad del valor probatorio de los expedientes penales requeridos para mejor proveer por la jueza de grado, con marcado activismo, y respecto de los cuales afirma que no pudo controlar o contradecir sus constancias.

Es sabido que, con palabras de la Corte Suprema, "la prueba acumulada en lo criminal es invocable para la decisión del posterior pleito civil cuando la demandada ha tenido oportuna noticia del ofrecimiento de esa prueba y ha podido producir la que convenía a sus derecho para desvirtuarla" (C.N. Fallos 182:502, L.L. 17-183; 187:627; 188: 7; 219:55; esta Sala causa N°52.047; "Moroni de Collazo, Vilma V. y otros c/Banco Bansud S.A." y más recientemente esta Sala sentencia única del 01/03/12 en causas N° 54.327 "Ricco, Patricia Marcela y Otra c/ Lancioni Agustín Aldovino" y N°54328 "Lancioni, Agustín c/Vulcamoia Mar Del Plata S.A."; S.C.B.A. Ac.79216, 24/9/2003 "Girardi"; Ac.87968, 16/2/05 "Porrez"). También es doctrina aceptada desde hace tiempo que la parte que ofreció como prueba la causa penal, en el caso la actora que ofreció el expediente penal del homicidio emocional (Causa 1/2720 "A. Homicidio Emocional. Tandil"), no puede disconformarse con lo que le resulte adverso y quedarse con la que le favorece" (S.C.B.A. Ac. 87061, 30/3/05 "D'Agostino"). Más recientemente la Suprema Corte parece acotar

un poco la doctrina legal cuando, por mayoría, desestimó la valoración de prueba de testigos obrante en la causa penal ofrecida sólo por una parte, frente a la oposición de la contraria, y esa prueba no fue ratificada en sede civil. "Si el testigo declaró sólo en sede represiva y la causa penal fue ofrecida únicamente por la parte actora, no puede ser invocada en juicio civil cuando el deponente no fue llamado a ratificarla y la demandada se opuso a que se la tuviera en cuenta. Por ello no procede computar ese medio de prueba" (S.C.B.A. Ac. C 101112, 14/9/11 "Amarilla"). Empero en autos no se configura ningún supuesto que impida ponderar todas las constancias del expediente del homicidio emocional que trajo al proceso la actora y, de los restantes expedientes requeridos para mejor proveer, valorar las constancias que en sí mismas constituyan, intrínseca y extrínsecamente, instrumentos públicos (arts. 993, 995 y consc. Cód. Civ.). Si se vedara al juez la apreciación de las pruebas de los expedientes penales que ingresaron al proceso en función del activismo judicial (fs.158; arts. 36 inc. 2 C.P.C.), fueron puestas a consideración de las partes (confr. fs.171, 173, 181), las que consintieron su incorporación, incluso actI.do su producción (conf. fs.180, 187, 188, 189, 190, 191, 194, 195) y el llamamiento de autos para sentencia (conf. fs.196) quedaría vacío de contenido el ejercicio de las facultades instructorias. A ello, que fue lo que aconteció en este juicio, cabe añadir que igualmente puede abastecerse este decisorio haciendo mérito de

los elementos probatorios autónomos incorporados en la causa traída para mejor proveer (causa 38.172 ex causa 1000 "P. S.I. - Hurto calificado") valorando no sólo la sentencia condenatoria de P. de fs 739/ 742 sino los restantes elementos de convicción que constituyen documentos indubitados (dictámenes de peritos oficiales, actos jurisdiccionales, etc), dejando de lado las declaraciones testimoniales, las que constituyen el único medio de prueba sobre el que específicamente medió un afinamiento de la doctrina legal (S.C.B.A. Ac. 10112 cit.) .

4. En lo relativo al reclamo de G.N.G. y C.A.P, padres de la víctima S.I., y admitida su legitimación activa cabe, inicialmente, abordar el rubro gastos funerarios omitidos en la sentencia de grado y traídos a la Alzada (arts. 273 CPC). En tal sentido, recientemente, en la causa "Ricco" y "Lancioni" (exptes N°54327 y 54328) razonaba que "deben ser receptados los gastos de sepelio tanto del velorio como de un nicho de la víctima. Partiendo de la base de que es notorio y exento de prueba por tratarse de un hecho ordinario que el fallecimiento conlleva ambos rubros, su cuantía puede determinarse según la pauta del arbitrio y estimación judicial del art. 165 C.P.C.... Así las cosas, y siendo que los denominados gastos funerarios deben se compatibles con el nivel de vida del fallecido aunque acordes con un nivel medio (Cifuentes Santos-Sagarna Fernando "Código Civil" T. II pág. 382) procede admitir la suma de \$ 1.163 en concepto de servicio fúnebre y tasas municipales por el sepelio, según la factura agregada a fs.11, la que fue reconocida como auténtica en la testimonial de reconocimiento de fs.100, que también da cuenta de su pago (arts.384, 456 y concs. C.P.C.). Por ende corresponde condenar a A. -hoy sus herederos- a pagar a C.A.P la suma mencionada la que desde la fecha del hecho

(27/02/2002) devengará intereses a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos aires en sus operaciones de crédito.

5. Daños patrimonial y moral reclamados por los padres de la víctima G.N.G. y C.A.P.

5.1. El primer daño no procede, debiendo confirmarse su desestimación, aunque por otros fundamentos, supliéndose así una involuntaria omisión del fallo (art.273 C.P.C.).

Sobre el tema del daño resarcible por la privación de la vida del hijo, en seguimiento de la doctrina legal de la Casación bonaerense y de la propia de la Corte Federal, esta Sala resolvió que "cuando se trata de la muerte de los hijos, especialmente menores o incapaces, o solteros y sin descendencia se presume a favor de los padres la existencia de un daño material, cierto y actual, que consiste en la pérdida de una chance. Esta consiste en la razonable expectativa y probabilidad de que de vivir el hijo en la ancianidad de sus padres o en su estado de necesidad, éste contribuiría a su asistencia material y moral, perjuicio cierto y no meramente hipotético" (esta Sala, causa n° 39345, 11/8/98, "Saloiña", causa n° 39541, 8/9/98, "Luján" y causa N°47221 17/12/04 "Giacoboni"). De modo que el daño resarcible es la pérdida misma de la chance (arts.1066, 1067, 1079, 1083, 1084, 1085 y concs. Cód.Civ.), ya que "cuando muere un menor los padres ven tronchada una esperanza económica"

(Cám. Nac. Civ., Sala C, 11/8/86, L.L., 1986-D-514; C.N.Civ., Sala B, 15/8/86, L.L., 1988-A-561 y J.A., 1987-II-551; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", T.2b, pág.242; esta Sala, causa n° 37517, 7/4/97, "Cabrera de Quin"). Y la chance es la probabilidad objetiva y cierta -y no la mera posibilidad- de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, a condición de que esa probabilidad -que no es certeza- sea "suficiente", como se ha señalado en forma reiterada. La probabilidad debe superar el terreno de la conjetura o hipótesis y el requisito de la certidumbre del daño -actual o futuro- se configura en base al acontecer regular de los hechos -el llamado "principio de regularidad"- es decir lo que sucede "según el curso natural y ordinario de las cosas", como lo expresó Vélez Sarsfield en el art.901 del Código Civil. (sobre el tema ver: Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible" p.97; S.C.B.A., Ac.6957, 29/6/65 "Minutta", voto de la mayoría, A. y S., 1965-II-324, L.L., 119-394; Mosset Iturraspe, Jorge, "Frustración de una chance por error en el diagnóstico", en "Estudios sobre responsabilidad por daños", t. IV, p.73, L.L., 1982-D-475; Cazeaux, Néstor P., "Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance" en la obra colectiva "Temas de responsabilidad civil" en Homenaje a Augusto M. Morello, p.28; C.S., 8/3/94, "Rodríguez Santorum ", J.A., 1995-IV-140; C.S., 5/8/88, "Santa Coloma", E.D., 120-651; p.332; Piaggio, Aníbal N., "Azar y certeza en el derecho de daños", E.D., 152-812 (cap.IV); Iribarne, Héctor P., "De los daños a las personas", p.128; esta Sala, causa 42469, 26/6/2001, "Cerdeiro"; esta Sala Causa N°51084, 06/11/2007 "E.R.D. c/E.R.D. s/Ds. y Pjs." E.D.228-417). Se añadió en ese precedente que es inherente a la condición humana, y por ende marcadamente probable, que el hijo asista económicamente a sus padres, no sólo

en sus necesidades materiales futuras de la vejez, sino también en el cuidado personal que también tiene contenido económico. Se conectan, e interrelacionan la sobrevivencia del hijo a los padres, la necesidad de ayuda de los progenitores y la ayuda concreta del hijo, las que se encuentran comprendidas en lo que puede rotularse como "standard de buen hijo" (arts.901 y 906 Cód.Civ. y 384 C.P.C.). "Lo reparable no es el beneficio esperado sino la probabilidad perdida" (Mayo Jorge A. "La pérdida de 'chance' como daño resarcible" L.L.1989-B-106), lo que, en el fondo, trasunta un criterio cuantitativo y no cualitativo de ponderación (conf. "in extenso" Piaggio Anibal "Azar y certeza en el derecho de daños" E.D.152-815; causas N°48.073, 12/5/2005 "Zarza"; 42.976, 6/9/2001 "Testa"). Incluso los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Federal reconocen el caso en que se juzgó que a la escasa edad del hijo (de 36 horas de vida) no es óbice para admitir "la frustración de una posibilidad de ayuda futura" (C.S. 17/3/98, Peón, Juan D. y otra c/Centro Médico del Sud S.A., D.J.J. 1998-3-819). En síntesis, es suficiente la probabilidad objetiva de asistencia material futura" (esta Sala causas N°48073, 12/05/2005 "Zarza", N°48042 y 48043, 28/11/2006 "De La Canal" y "Navarro"; N° 50236, 06/03/2007 "González"; causa cit. N°51084 "E.R.D.").

En autos no se configura la "probabilidad objetiva" de asistencia futura de S.I. con relación a sus progenitores, porque si bien concurre uno de los presupuestos básicos -la

probabilidad de los padres de necesitar ayuda, más si es de condición humilde- (doct. S.C.B.A. Ac.51706, 27/09/94 "Santillán" A.y S.1994-III, 776; Ac.52947, 0703/95 "Scasserra" A.y S.1995-I, 208) la restante, la posibilidad del hijo de prestarla, resulta más vaga, imprecisa y conjetural, es decir no se presenta como "suficientemente justificada y seria" (Giles Marcos "Reparación civil de la chance" p. 30), o "necesariamente cierta, seria, objetiva y previsible" lo que le quita al reclamo el requisito de la certeza del daño (López Mesa Marcelo J. "La pérdida de chance y la extensión desmedida del concepto", elDial.com - DC14D0).

En efecto, y de acuerdo al análisis "de los factores a favor y en contra" de la posibilidad de que los esposos P. - G. tengan en su ancianidad el apoyo y sostén material y afectivo de S.I., como lo propone López Mesa (López Mesa Marcelo J. "La pérdida de chance ...", elDial.com - DC14D0) en caso de que su infortunada muerte no hubiera acaecido, se concluye así que "las probabilidades son vagas y generales".

A los presupuestos clásicos de la pérdida de chance por muerte que requieren de un encadenamiento causal en un pronóstico de probabilidad suficiente y futuro, se añaden aquí otros dos más. En efecto, concurren los presupuestos citados: la probabilidad de sobrevivencia del hijo a los padres, la necesidad de asistencia de los progenitores, y que el hijo esté en condiciones de prestarla, además de poder afrontar sus propias necesidades y las de su familia o el grupo conviviente que constituya. En este caso en juzgamiento se requiere de otros dos requisitos: que mediara un cambio radical de conducta de S.I. y que como consecuencia de ello se reinsertara en el mercado laboral y realizara trabajos lícitos y lucrativos. Y todos estos

presupuestos interrelacionados causalmente no son de pronóstico esperable.

Así las cosas, la misma sentencia en la causa por homicidio emocional pone de relieve, mediante los testimonios recogidos en la audiencia de debate, las amenazas y molestias hacia A. y los otros vecinos y que P. “era de cuidado” (testimonio sargento Constantino, sentencia fs.403 vta.); que fue “aprehendido varias veces” y que luego ocasionaba problemas al agente policial que lo retuvo, agrediéndolo de palabra fuera de su servicio (testigo cabo Tondi); que era agresivo y burlón “no sólo respecto del personal policial sino también de su propia madre cuando concurría a visitarlo en sus internaciones” (sub oficial Prado); que a los sub-oficiales Fernández y Calderón, se les fugó en ocasión de ser trasladado al Tribunal de Menores (fs.cit. 403 vta.), mostrando y portando armas (fs.404). Asimismo en esa causa obra el relato del oficial Palacios que expuso el hecho que dio origen a la sentencia de determinación de su responsabilidad sobre hurto calificado y otros delitos (sentencia fs.637/749 causa N°31872, ex causa 1000). Expuso allí que una noche, en el destacamento Gardey, e investigando un robo de ovejas, persiguió a P. varios kilómetros y que al acercarse al vehículo fue asaltado por varios muchachos, que lo golpearon fuertemente y le robaron la radio, una pistola 9 mm y la ametralladora. Y cuando el oficial se dio a la fuga escuchó que “uno de sus agresores pedía a gritos que lo mataran por lo que,

en un descuido, se dio a la fuga campo traviesa escuchando, mientras lo hacía, dos disparos efectuados con la pistola -no pudo apreciar con qué dirección- y como P., ametralladora en mano, pretendía dispararle aunque sin lograr hacerlo en razón de no haber podido sacar el seguro del arma. Asimismo, y con rostro de gran pesar, dejó sentado su parecer que, de haber podido destrabar la ametralladora, P. le hubiese disparado" (fs.404 causa N°441 "A. A.R. Homicidio-Tandil").

Igualmente el informe ambiental obrante en la causa de homicidio emocional a fs.216/223 -reitero: expediente ofrecido como prueba por la actora- explica, en lo sustancial, que "ambos progenitores reconocieron que su hijo S. P., mantuvo una serie de internaciones en institutos de menores, habiendo agotado varias instancias, como libertad asistida por los progenitores -en principio- regímenes abiertos, régimen cerrado, instituto de máxima seguridad, y neuropsiquiátrico... Manifestaron que entre los institutos en los cuales estuvo alojado la víctima se puede mencionar Instituto Gambier, Casa de Contención Tandil, Casa de Contención Tandil, Casa de Contención Merlo, Instituto Roca, en la localidad de Luján en una clínica neuropsiquiátrica, en el Instituto Isabel la Católica, teniendo los progenitores contacto con todas las instituciones ya que concurrían los días de visitas. Evaluaron -prosigue- que a excepción de los regímenes abiertos como Casa de Contención de Tandil y Merlo, "el resto de las internaciones contribuyeron al detrimento de las conductas de su hijo, generando un rechazo mayor a su adaptación al medio. Que de las instituciones de régimen cerrado su hijo se había fugado en varias oportunidades, por lo que esto creaba una nueva situación de conflicto y una nueva intervención del Tribunal de Menores" (fs.217 y vta. causa de homicidio 1/2720). La asistente

social interviniente indagó que “la víctima poseía graves trastornos de la personalidad, con conductas que se iban potenciando en el delito... En el informe con fecha 3 de Marzo de 1997 se expresa que el “joven posee un trastorno de personalidad con características de impulsividad y tendencia al descontrol y marcados rasgos psicopáticos... posee además...dispersión atencional con hiperactividad, siendo éste la base orgánica sobre la que se organizan sus otras características... entorno poco adecuado e incontinente (ausencia de organización, hábitos, límites, otros jóvenes que incitan a la transgresión, etc.)... Se conforma un cuadro actual de graves trastornos de conducta, inadaptación social... descartando con evaluación clínica y estudios anteriores... una patología de base, recomendando tratamiento psicofarmacológico, psicoterapéutico incluyendo a los padres...” (fs. 218 y vta. expte. cit.). En otro párrafo del extenso informe y con relación a un diagnóstico anterior se precisó que “se puede pensar en una estructura psicopática que tiene como principal característica la desorganización del control de sus impulsos” (fs.219 expte. cit.).

En ese mismo informe la funcionaria judicial que lo llevó a cabo relevó en el Juzgado de Menores la existencia de numerosas causas penales, además de la causa citada 1000, (once causas en total) que corresponden, en su mayoría, a las trece causas agregadas por cuerda, las que “brevitatis causa” sólo

mentono y no transcribo. La nómina es la siguiente: "causa 1063 con fecha de ingreso 22/06/96 caratulada Hurto, causa 1080 con fecha de ingreso 25/05/96 por Hurto, 1097 con fecha de ingreso 6/07/96 caratulada Hurtos, causa 1255 con fecha de ingreso 22/12/96 Tentativa de Hurto, causa 1265 de fecha de ingreso de 23/12/96 caratulada infr. Art. 42 de la ley 8.031, causa 1310 con fecha de ingreso 31/01/97 caratulada tentativa de Hurto, causa 1520 con fecha de ingreso 15/07/97 caratulada Lesiones leves, causa 2162 con fecha de ingreso 15/02/99 caratulada Tentativa de Hurto, causa 2451 con fecha de ingreso 16/05/99 caratulada Hurto, causa 3051 con fecha de ingreso 27/07/00 Lesiones leves y amenazas, 3402 con fecha de ingreso 29/01/01 caratulada violación de domicilio" (fs.217 vta./218).

En este contexto no aparece como probable el cese de la conducta delictiva y antisocial de la víctima, y que se incorpore al mercado laboral. Me parece decisivo ponderar que si bien al mes de Noviembre de 2001 se encontraba realizando tareas remuneradas y otros trabajos (conf. informe asistente social fs.738 causa 31872, esta causa testigos fs.128/131), lo que resultó contemporáneo es el dictado de la sentencia que lo declara penalmente responsable de los delitos de robo calificado, hurto calificado, daño calificado y abuso de armas en concurso real (fs.739/742 expte. cit.), con posterioridad a ello, a la fecha de su homicidio, había reincidido en las actividades delictivas.

Aún cuando es cierto que los testigos Luis A. Martínez (fs.128), Pedro H. Murrone (fs. 129) y Fernando J. Frías Vallán (fs.131) relatan que P. trabajó en varias changas y en trabajos de albañilería, en una fecha no muy precisa pero que abarcaba desde el año 2000 (fs.129) hasta Octubre de 2001

(fs.128), esas aseveraciones no son contundentes y no se compadecen con el resultado del precitado informe ambiental posterior del 14 de Mayo de 2002 (fs.216/223 causa penal 1/2720), y anterior al hecho ilícito a raíz del cual perdió la vida (el 27/02/2002; conf. sentencia fs.391/405 vta. expte. cit.).

Esa personalidad impide también ponderar la incidencia de otros aportes no dinerarios, derivados del vínculo relacional entre el hijo con sus padres y que integran la pérdida de chance (doct. S.C.B.A. Ac. C100285, 14/9/2011 "R.,A.H. c/Kelly, Santiago. Daños y Perjuicios").

Por ello es aplicable, analógicamente, la jurisprudencia que resolvió que resulta improcedente el pedido de resarcimiento motivado en la pérdida de la chance sufrida por los progenitores de quien fue asesinado en momentos que cometía un delito, pues no existe en el caso la frustración de una esperanza de ayuda económica futura por parte de los actores al estar acreditado que el menor no tenía un trabajo lícito, regular y estable, máxime cuando tenía causas penales y su propia madre sostuvo que era adicto a las drogas y lo ayudaba económicamente a paliar su adicción" (Cám.Civ.y Com. Morón Sala I, 09/06/2009 "G.E. c/Andreoli, Juan Roberto"; en el mismo sentido ver el fallo que menciona Iribarne en "Daños a las personas" pág.387 nota 8.2).

En un precedente de la Corte Nacional, en el que se analizó este tema, se desestimó el daño patrimonial de los padres

por el fallecimiento de dos personas condenadas, no sólo porque se decidió que no están alcanzados por la presunción de daño que abarca a la esposa e hijos menores, sino que los antecedentes criminales "se presentaban como un serio obstáculo para su reconocimiento" (C.S. 19/10/95 "Badín, Rubén y otros c/Provincia de Buenos Aires" L.L. 1996-C-585, con nota aprobatoria de Jorge Bustamante Alsina "Responsabilidad del Estado por la muerte de internos en una cárcel al incendiarse ésta" L.L. 1996-C-584 y con nota crítica de R. I.Pizarro "Daños sufridos por internos en establecimientos penitenciarios (Algunas reflexiones en torno a un trascendente fallo de la Corte Suprema", JA 1996-I-644). En cambio, el voto en minoría del Dr.Bossert, que concitó la adhesión doctrinaria de Pizarro, resolvió que "no es posible negar la posibilidad de que en el futuro, de haber continuado con vida (los sujetos condenados), los nombrados modificasen su conducta, realizaran tareas lícitas remuneradas y, en base a ellas, asistieran económicamente a sus progenitores, ya que lo contrario implicaría admitir un determinismo que la ciencia penal no acepta y negar, definitivamente, la posibilidad de readaptación social del delincuente; aunque, ciertamente, si bien cabe reconocer esta posibilidad, debe conferírsele una reducida probabilidad de acuerdo a los antecedentes de los muertos, y al ser débil la posibilidad, la reparación debe ser calculada en proporción a ella" (causa cit.). En estos autos la "débil posibilidad" desaparece ante la propia estructura de la personalidad de la víctima, su entorno real y las probabilidades ciertas de recuperación. Es que sin estimagtizarse ni emitir otro juicio que no sea de ponderación jurídica, el diagnóstico de recuperación y reinserción de la víctima era desfavorable, lo que desvanece aquella posibilidad. Son elocuentes las conclusiones

del citado informe ambiental que, aún a riesgo de ser reiterativo, transcribo en lo pertinente. La víctima “se puede decir que tenía características personales que lo hacían ubicar en un liderazgo importante ante jóvenes con conductas marginales y que a su vez estaban relacionadas con acciones delictivas. Por el tipo de personalidad que poseía se hallaban solidario con un grupo de pares... Desde los doce años que se encontraba con causas ante el Tribunal de Menores, por lo que una serie de internaciones en diversos institutos fueron marcando -según los progenitores- un camino con escasas posibilidades de retorno a la reinserción social, evaluando que existieron momentos de mayores posibilidades y otros momentos no tan beneficiosos” (sic, fs.222 vta. expte. cit.). Es decir, en suma y concluyentemente, sus propios progenitores, los aquí actores, no aventuraban un cambio de conducta en S.I..

Consecuentemente corresponde confirmar -por estos fundamentos- el rechazo del daño patrimonial de los progenitores (arts.1079, 1084, 1085 y concs. Cód.Civ.).

5.2. En cambio es admisible el daño moral o extrapatrimonial derivado del dolor o aflicción de los padres por la pérdida del hijo (C.S. causa cit. “Badín”, L.L. 1996-C-585). En este último punto recuerdo que la Corte Nacional en la causa “Baeza” (C.S., 12/4/2011 “Baeza, Silvia Ofelia c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/Daños y Perjuicios”) receptó la posición doctrinal y jurisprudencial que califica al daño moral como el

“precio del consuelo” y que considera que para su cuantificación puede acudir al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos que mitiguen el perjuicio extrapatrimonial o moral sufrido. “Se trata -sostuvo- de compensar, en la medida posible, un daño consumado... El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.” En ese precedente agregó que “el dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse ... Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida” (causa cit.). Aunque es sobreabundante pongo de relieve que salvo prueba en contrario, el daño moral se presume, “no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el sólo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante” (esta Sala N° 37202, 9/5/96 “Morales” DJJ-151-19; 11/8/98 “Saloiña”, JA 1999-I-223; N°42469 “Cerdeiro”; N°51084, 06/11/07 “E.R.D. c/ E.R.D. s/Ds. y Pjs.” ED 228-417).

Por ello, atendiendo a las circunstancias en las que falleció la víctima, su edad y la de los padres (fs.4, 6), es procedente fijar en \$ 30.000, la indemnización por daño moral a favor de cada uno de los padres G.N.G. y C.A.P (arts.1066, 1067, 1078 y concs. Cód.Civ.).

6. Reclamo por daño patrimonial de la concubina.

La inveterada doctrina legal de la Casación Bonaerense señala que el concubinato requiere “la acreditación de una comunidad de vida, acorde con un vínculo afectivo estable, en

el que resulta indispensable que el estado conyugal aparente, sea notorio, continuo y no interrumpido, teniendo los sujetos un domicilio común y conviviendo en él" (S.C.B.A. Ac. B64398, 30/05/2007 "Ferreyra"), mostrándose ella en el marco de "publicidad y permanencia" (S.C.B.A. Ac.56761, 19/02/2002 "Córdoba"). En caso de daño patrimonial por la muerte del concubino media un daño cierto que se presenta "todas las veces que se acredita la ayuda que recibía de la víctima con carácter estable y no accidental y en virtud de una razón de orden lícito y moral" (S.C.B.A. Ac. 54867, 15/12/98 "Butalla"; Ac.82356, 01/04/04 "Ojeda").

El tiempo de convivencia requerido para configurarse una comunidad de vida o estado convivencial similar al matrimonial constituye una cuestión de hecho sujeta a la ponderación de las circunstancias ya que no hay reglas fijas y dependerá de las circunstancias de cada caso. La estabilidad en la convivencia, sumada a la apariencia de matrimonio permiten conceder derechos o bien hacer cesar derechos otorgados por el ordenamiento jurídico" (Azpiri, Jorge O. "Uniones de hecho" pág.64; en el mismo sentido y coincidiendo que en el derecho del trabajo se exige legalmente una convivencia mínima de dos años - art.248 ley 20744 y ley 24241-; Novellino Norberto J. "La pareja no casada. Derechos y obligaciones" pág. 39/40).

Se puntualiza que "la fijación de un plazo mínimo de convivencia debe ser requisito sine qua non de la unión" (Fama,

María Victoria "Convivencia de pareja: Aportes para una futura regulación" en Revista de Derecho de Familia N°52 pág.63). En autos está acreditada la relación convivencial anterior entre M.S.F. y la víctima -de la que nació un hijo-, con las características propias de la personalidad de la víctima, e incluso de su joven pareja y con las separaciones derivadas de las internaciones de S.I. (fs.735 expte. 31872; testimonios fs.128, 129, 131; informe ambiental fs. 216/223 causa 1/2720).

Pero existe un importante elemento de prueba que me persuade que aquella convivencia había cesado, desapareciendo el lazo de estabilidad y exclusividad afectiva toda vez que en el momento del hecho, P. estaba acompañado de "su novia" Luciana Yésica Sánchez (conf. sentencia fs.391/406 causa penal 1/2720). Tan es así que en sede penal se ponderó exhaustivamente su testimonio, acusado de mendaz, pero al que se le otorgó credibilidad para describir el suceso. Y Sánchez manifestó ante la institución penal y ante el Tribunal Criminal que era la novia de P., desde hacía "dos meses y medio" (conf. sentencia penal citada especialmente fs. 395/397, declaración testimonial del expte. ofrecido como prueba por la actora de fs.617). Resulta entonces evidente que cesó la anterior relación convivencial con M.S.al mes de Noviembre de 2001 (fs.735 expte. 31872).

Por lo expuesto el agravio debe desestimarse y confirmarse la sentencia que denegó la demanda interpuesta por M.S.F..

7. Reclamo por daño patrimonial y moral del hijo
B.I.P..

Siendo el hijo asistido por la presunción de daño -tanto patrimonial (arts. 1084 y 1085 Cód. Civ.) como moral (art. 1078 Cód. Civ.)- y aún cuando el cuadro descripto tornaba una

tanto dudosa la existencia, origen y cuantía de los ingresos, lo cierto que en el texto legal habla de subsistencia, concepto que supone lo que habría podido suministrar como sostén y ayuda efectiva (C.S. "Sevarro" L.L. 1997-E-120). Lo indemnizable no es "la muerte en sí misma, sino de los daños actuales o eventuales que dicha muerte puede haber ocasionado" (esta Sala causa N° 42642, 28/08/01 "Castillos de Villamarín Fernanda c/Etcheverry Darío. Daños y Perjuicios", DJJ 161-189, con sus citas y remisiones), atendiendo a que en caso de muerte del padre "deberá evaluarse el ingreso económico aportado por el progenitor, descontándose del monto resarcitorio la parte que hubiese usado el fallecido para su propio beneficio (vgr. alimentación, vestimenta, esparcimiento, etc.)" (Cifuentes Santos - Sagarna Fernando Alfredo "Código Civil" T.II pág.421).

Por lo expuesto, atendiendo a que el niño tenía cinco meses al momento del fallecimiento de su padre, y a las restantes circunstancias personales y familiares detalladas anteriormente y a las reales y concretas probabilidades de asistencia material y de contacto convivencial, resulta congruo y equitativo fijar en \$ 20.000 el daño patrimonial y en \$ 35.000 el daño moral (arts. 1066, 1067, 1068, 1078, 1083, 1084, 1085 y conchs. Cód.Civ.).

Todos los montos se fijan a la fecha de la sentencia -lo que torna innecesario analizar si se trata de una deuda de

valor- y devengarán intereses -acogiendo el agravio de la demandada- a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de depósitos a treinta días, desde la fecha del hecho, conforme la doctrina legal de la Suprema Corte (S.C.B.A. Ac. C101042 del 17/06/09; Ac.85381 del 07/05/08 "V.N.", entre otros).

Por todo lo expuesto voto por: 1) confirmar la sentencia recurrida en cuanto desestimó la demanda interpuesta por G.N.G. y C.A.P, y por J.A.F. y S.M.S. deducida en representación de su hija menor M.S.F., contra A. R. A. -hoy sus herederos M.S.M. y sus hijos R. y M.S.A.-, reclamando el daño patrimonial por el fallecimiento de la víctima S.I.P., con costas en ambas instancias a los actores perdidosos (arts. 68 y 266 CPC), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 ley 8904); 2) admitir parcialmente la demanda deducida por C.A.P contra A. R. A. -hoy sus herederos M.S.M. y sus hijos R. y M.S.A.- condenándolos a pagar, en la medida del derecho sucesorio, el 30 % de los gastos de sepelio de \$ 1.163. o sea la suma de \$ 348,90 y admitir parcialmente la interpuesta por G.N.G. y C.A.P por daño moral, el que se determina en \$ 30.000 para cada uno de ellos, prosperando entonces por \$ 9.000 para cada uno de ellos; 3) confirmar la sentencia recurrida que admitió parcialmente la demanda interpuesta por la representación legal del menor B.I. P. contra A. R. A., condenándolo -hoy a sus herederos y en la medida del derecho sucesorio- a pagar a el 30 % del total de la suma de daño patrimonial (\$ 20.000) y el daño moral (\$ 35.000) o sea el 30 % del total de \$ 55.000 que asciende a \$ 16.500; en todos los casos las sumas de condena devengarán intereses a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de depósito a

treinta días, desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago en la forma determinada en la sentencia recurrida, con costas al vencido en el porcentaje por el que prospera la pretensión, es decir en el 30 % (art. 68 C.P.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 ley 8904).

Así lo voto.

A la misma cuestión, el Señor Juez, Dr. **PERALTA REYES** y por los mismos argumentos votó en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Doctor **GALDOS**, dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts.266, 267 y conchs. del C.P.C.C., corresponde 1) confirmar la sentencia recurrida en cuanto desestimó la demanda interpuesta por G.N.G. y C.A.P, y por J.A.F. y S.M.S. deducida en representación de su hija menor M.S.F., contra A. R. A. -hoy sus herederos M.S.M. y sus hijos R. y M.S.A.-, reclamando el daño patrimonial por el fallecimiento de la víctima S.I.P. con costas en ambas instancias a los actores perdidosos, (arts. 68 y 266 C.P.C.), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 ley 8904); 2) admitir parcialmente la demanda deducida por C.A.P contra A. R. A. -hoy sus herederos M.S.M. y sus hijos R. y M.S.A.- condenándolos a pagar, en la medida del derecho sucesorio, el 30 % de los gastos de sepelio de \$ 1.163. o sea la suma de \$ 348,90 y admitir

parcialmente la interpuesta por G.N.G. y C.A.P por daño moral, el que se determina en \$ 30.000 para cada uno de ellos, prosperando entonces por \$ 9.000 para cada uno de ellos; 3) confirmar la sentencia recurrida que admitió parcialmente la demanda interpuesta por la representación legal del menor B.I. P. contra A. R. A., condenándolo -hoy a sus herederos y en la medida del derecho sucesorio- a pagar a el 30 % del total de la suma de daño patrimonial (\$ 20.000) y el daño moral (\$ 35.000) o sea el 30 % del total de \$ 55.000 que asciende a \$ 16.500; en todos los casos las sumas de condena devengarán intereses a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de depósito a treinta días, desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago en la forma determinada en la sentencia recurrida, con costas al vencido en el porcentaje por el que prospera la pretensión es decir en el 30 % (art. 68 C.P.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 ley 8904).

Así lo voto.

A la misma cuestión, el Señor Juez, Dr. **PERALTA REYES** y por los mismos argumentos votó en idéntico sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Azul, 13 de Marzo de 2012.-

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y conchs. del C.P.C.C., **1)**

CONFÍRMASE la sentencia recurrida en cuanto desestimó la demanda interpuesta por G.N.G. y C.A.P, y por J.A.F. y S.M.S. deducida en representación de su hija menor M.S.F., contra A. R. A. -hoy sus herederos M.S.M. y sus hijos R. y M.S.A.-, reclamando el daño patrimonial por el fallecimiento de la víctima S.I.P.; **IMPÓNENSE** costas en ambas instancias a los actores perdidosos, **DIFIÉRESE** la regulación de honorarios para su oportunidad; **2) ADMÍTESE** parcialmente la demanda deducida por C.A.P contra A. R. A. -hoy sus herederos M.S.M. y sus hijos R. y M.S.A.- condenándolos a pagar, en la medida del derecho sucesorio, el 30% de los gastos de sepelio de \$ 1.163 o sea la suma de \$ 348,90 y **ADMÍTESE** parcialmente la interpuesta por G.N.G. y C.A.P por daño moral, el que se determina en \$ 30.000 para cada uno de ellos, prosperando entonces por \$ 9.000 para cada uno de ellos; **3) CONFÍRMASE** la sentencia recurrida que admitió parcialmente la demanda interpuesta por la representación legal del menor B.I. P. contra A. R. A., condenándolo -hoy a sus herederos y en la medida del derecho sucesorio- a pagar a el 30% del total de la suma de daño patrimonial (\$ 20.000) y el daño moral (\$ 35.000) o sea el 30% del total de \$ 55.000 que asciende a \$ 16.500; en todos los casos las sumas de condena devengarán intereses a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de depósito a treinta días, desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago en la forma determinada en la sentencia recurrida, **IMPÓNENSE** costas al vencido en el porcentaje por el

que prospera la pretensión es decir en el 30%. **DIFIÉRESE** la regulación de honorarios para su oportunidad. Por razones de economía y celeridad procesal (art. 34 inc. 5º del C.P.C.C.), notifíquese al Sr. Asesor de Incapaces en la instancia de origen.

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE por Secretaría y devuélvase. Fdo.:
Dr.Jorge Mario Galdós - Presidente - Cámara Civil y Comercial -
Sala II - Dr.Víctor Mario Peralta Reyes - Juez - Cámara Civil y
Comercial - Sala II. Ante mí: Dr. Pedro Eugenio Ribet - Auxiliar
Letrado - Cámara Civil y Comercial - Sala II.-----

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

|

|