

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa, Sala ii, "R. O. A. c/ Provincia de La Pampa | daños y perjuicios", 15/3/2010.

En la ciudad de SANTA ROSA, capital de la Provincia de La Pampa, a los días del mes de marzo de 2010, se reúne en ACUERDO la SALA 2 de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería para resolver los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: "R. O. A. c/PROVINCIA DE LA PAMPA S/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° 15699/09 r.C.A), venidos del Juzgado de Primera Instancia N° 5 de la Ira. Circunscripción Judicial y existiendo unanimidad (art. 257 C.Pr.), la SALA, dijo:

La sentencia de fs. 215/22, que hace lugar parcialmente a la demanda entablada por el Sr. O. A. R. -en representación de sus hijas menores de edad M. L. y A. R.- contra la Provincia de La Pampa y le impone las costas a la última, viene apelada por ambas partes.

La actora expresa agravios a fs. 236/238, los que son contestados a fs. 242/247. A su turno la demandada expresa agravios a fs. 252/264, contestando la actora mediante su memorial de fs. 266/271.

Por su parte los letrados que asisten a la accionante desisten del recurso oportunamente articulado contra la regulación de sus honorarios (fs. 273).

Los hechos

En apretada síntesis podríamos decir que todo comienza con la fuga de R. A. G., el día 19 de abril de 2005. Quien junto con Roberto Carlos Escudero, ejerciendo violencia sobre las "cosas", logran escapar de la detención que sufrían en la comisaría de Ingeniero Luigi, a la que había ingresado el primero en razón de la denuncia que le realizara su pareja Y. L., víctima de violencia familiar. (conf."Escudero, Roberto Carlos s/Evasión, Expte. N° 14302/05).

Una vez recobrada su libertad, G. va en busca de su concubina y la mata, quitándose la vida posteriormente ("L. Y. J. y G. R. A. s/ Homicidio, seguido de suicidio Expte. N°17045/05").

El fallo

En su parte pertinente sostiene la Sra.Juez aquo que el Estado incumplió su deber de guarda y cuidado a las personas detenidas o privadas de su libertad -culpa in vigilando-. También, considera que existió causalidad adecuada entre la fuga y el delito, pues, si hubiera estado detenido no lo hubiera cometido. Destaca asimismo la impericia policial al no poder recapturar a G. -aún pasados diez días de la evasión- (art. 26 ley N°1034) y evitar de tal forma lo sucedido, pues era "previsible que la fuga podía derivar en algún resultado dañoso, la muerte de Y. L.", señalando como antecedente la denuncia del Expte. N° 16940/05.

En punto a la falta de protección debida a la nombrada, interpretó que si bien la misma está acreditada -haciendo suyas las palabras del juez penal- la víctima se sometió voluntariamente a una situación de riesgo al desobedecer la recomendación de la policía de no concurrir al domicilio donde la noche anterior supuestamente merodeó G., motivo por el que la hace parcialmente responsable de lo sucedido.

Merituando la concurrencia de culpas, las distribuyó en un 70% a la demandada y un 30% a la

víctima, hizo lugar parcialmente al reclamo e impuso las costas -en su totalidad- a la demandada.

El recurso de la actora

En primer término, se agravia la apelante de la atribución de culpa a la víctima, pues entiende que ello importa un error de razonamiento del fallo, ya que en otra parte del mismo se sostiene que fue el Estado quien la dejó sin protección. Asimismo, en forma subsidiaria, cuestiona el porcentaje aplicado y solicita su reducción, pues relativiza la "situación de riesgo" a la que se expusiera la víctima, pues había concurrido al Barrio Costa en pleno medio día y acompañada de una persona, el Sr. Jorge Miguel.

La primera de las críticas, omite ponderar que la jueza aquí en otro párrafo -que la recurrente no transcribe- sostiene que se trata de un supuesto de culpas concurrentes y cita para ello lo normado por los artículos 1111 y 1113 del C.C.

Señala la doctrina que no existe en ese supuesto compensación de culpas ".la culpa de uno no extingue la culpa del otro, sino que la conducta de ambos debe ser valorada al efecto de establecer la proporción del daño que cada uno debe soportar." Y, para esa valoración, se debe atender entre otros extremos a la incidencia causal que la conducta de cada uno tuvo en el hecho.

En relación a esto último -dada la discrepancia del apelante en cuanto a la entidad del riesgo asumido por la víctima- debemos coincidir en que no cualquier "riesgo asumido" interrumpe el nexo causal, éste debe ser de una magnitud relevante.

Ahora pues, de la prueba colectada surge que el evadido era una persona peligrosa. Vendía estupefacientes, mandaba a prostituir a su concubina, tenía con ella una relación agresiva y estando detenido le mandó a prender fuego la casa (declaración de Julia Bottero a fs. 87/88, causa 17045), logrando su cometido según el testimonio de su madre y su novio René García. En su faz delictual -recuerda el sub comisario Gandino- G., había tenido una causa muy importante de robo calificado y se le habría secuestrado marihuana en su domicilio (fs. 45/46 de los presentes autos). Además de las causas por lesiones a L. y abuso de su hija menor discapacitada que formulara la nombrada (declaración del comisario Fabio Caimari a fs. 82 del sumario administrativo).

Por su parte la víctima, según los testimonios, "no era fácil de llevar", tenía su salud deteriorada, ("fumaba marihuana", "tomaba cualquier pastilla, tomaba alcohol") y G. la mandaba a robar y prostituirse (Bottero, fs. 45 vta. de los presentes, Héctor René García a fs. 29 vta. y declaración de su madre a fs. 67 de los presentes).

Frecuentaba un submundo de peligro, en el que además hacía las veces de informante de la policía. En tal sentido, declara el sub comisario Roberto Valenti que tanto A. G. como Y. L. eran informantes suyos, pero ninguno supo que el otro lo era, "G. era informante en hechos mayores y en el raterío de casas era Y. L." (sic. fs. 36 de la presente).

A ello se suma el entramado de relaciones sentimentales y no, mantenidas con varios personajes que aparecen en la última etapa de su vida, previa al desenlace fatal, que involucran a René García (su última pareja de 17 años), Jorge Miguel (con quien se prostituía), el subcomisario Valenti y el propio homicida (conf. lo reseñan el testigo Ferretti -fs. 36/38, de la causa 14302; René García a fs. 29/30, y 61/62 de la presente, declaración de la testigo Julia Bottero y demás constancias de la causa). Generando deliberadamente entre ellos, situaciones de celos, rencores y desconfianza.

En ese marco, amenazada por su concubino desde la cárcel, quien ya sabía de su nueva

relación con René García (fs. 4 del Expte. N° 16940/05 y fs. 91 de la causa por homicidio) y después de su fuga, se contacta con Valenti para colaborar en su captura (testimonio del Oficial Inspector Rebechini, a fs. 112 vta. del sumario policial, Gandino le hizo saber que Valenti tenía nexos con L. y que el mismo obedecía únicamente a los fines de obtener información para poder recapturar al prófugo). Sin embargo, Valenti no logra controlar los movimientos de Y. (así lo reconoce en la ampliación de su indagatoria -fs. 63 vta. de la presente- no cumplía con lo que estaba haciendo, uno podía aconsejarla pero no obligarla a que no fuera a su casa.) pues ella se exponía una y otra vez al peligro, tanto el día del hecho trágico como los anteriores (conf. declaraciones de Bottero fs.44 vta., su madre fs. 67 y vta. y René García) en particular la noche previa cuando -según lo declaran Ferretti (a fs. 36/37 de la causa 14302) y Héctor René García (a fs. 29vta./30 de la presente), fuera descubierta por G. en la casa del barrio, manteniendo relaciones con el último de los nombrados.

A esta altura del relato surge incontestable que la víctima asumió un riesgo relevante y deliberado al concurrir -el día del hecho- al lugar donde la noche anterior supuestamente había estado G., sin dar aviso a la policía. Ella, debió haber ponderado las consecuencias del propio actuar, pues, teniendo en cuenta los antecedentes de su concubino, las amenazas por él vertidas y sus vinculaciones con un entorno mucho más peligroso que el suyo, menospreció la prudencia exigida por las circunstancias de modo, tiempo y lugar (art. 512 del C.C.). Interfirió con su conducta en el nexo causal de la responsabilidad que en el evento dañoso podría corresponder a otros.

El apelante no cuestiona esa plataforma fáctica de la que parte el fallo, tampoco ensaya alguna causal de exculpación o justificación de aquel proceder que atenúe el reproche que le formula la sentenciante. Lejos de ello, todos los testimonios dan cuenta de una personalidad desafiante, alimentada por la creencia de su inmunidad derivada de su vinculación con la policía, "Yo tengo quien me cuida" le espetaba a su última pareja en alusión al subcomisario Valenti, (fs. 61 vta. de estos autos). "No va a pasar nada" le decía a su amiga Bottero, cuando ésta le sugería precaución (fs. 87 vta., Expte. N° 17045). Este último testimonio destaca que Y.concurría a la casa del barrio porque quería intimidad, lo que confirma su madre cuando sostiene que para hacerlo "se agarraba" de la excusa de que sino le iban a sacar la casa y seguidamente agrega "iba a la casa de 2 bis por privacidad".

Teniendo en cuenta lo reseñado, puede sostenerse que el hecho luctuoso y su resultado le son parcialmente atribuibles a la víctima. Quien, si no hubiera estado en el lugar equivocado, no sería pasible de reproche, por lo que se confirma el fallo con costas a la apelante vencida.

En otro pasaje de su memoria, ataca el apelante lo condenado por daño moral a favor de las menores (\$ 40.000 para A. y \$35.000 para María L.), considerándolo exiguo, en relación a otros casos -que no refiere- "que revistieron menor gravedad y dramatismo que el que nos ocupa" y sin atender al mayor sufrimiento de la menor discapacitada, tal y como lo advertiría la pericia psicológica producida en autos.

Sin embargo esos extremos fueron evaluados por la sentenciante ("meritúo los padecimientos ante un hecho tan violento."en consideración al estado de incapacidad que sufre la menor A." fs. 219), pero también -seguidamente- tuvo en cuenta el grado de culpa que atribuyó a la víctima, con lo cual el reconocimiento del rubro es superior, pero se ve menguado por esa circunstancia. Ello, sin olvidar que -en forma concomitante- se acoge el daño psicológico como autónomo, admitiendo el fallo la existencia de secuelas traumáticas y su necesaria reparación. Y que tal como señala la apelada, las menores ya no convivían con su madre al momento del

deceso, por el desagrado que le producía a su progenitor el entorno en que aquella se "movía" (fs.149).

El agravio se presenta en definitiva como una mera discrepancia con lo resuelto, no obstante la facultad que al respecto le reconoce al juzgador, por lo que se declara desierto.

El recurso de la demandada

Sostiene la apelante que la fuga no fue la causa sino la ocasión de que se valió G. para perpetrar el crimen. Que la única causa eficiente de ese resultado debe buscarse en la decisión de G. -tercero por quien no debe responder- de matar a la víctima y en la conducta de desamparo de ésta, al exponerse como lo hizo.

También que la policía actuó diligentemente para recapturar al preso, no obstante el resultado adverso, motivo por el que se agravia de lo expresado en cuanto a que existió desinterés en la tarea, tal y como lo señala el fallo.

Critica el razonamiento de la aquo cuando sostiene que si el preso no se hubiera fugado, el hecho no hubiera ocurrido, otorgándole igual resultado a la incomparecencia de L. en el día en cuestión.

Afirma que no era previsible que de la fuga se derivara un hecho dañoso como el ocurrido, por lo que niega la existencia de un nexo causal con ese episodio y reclama la modificación del fallo para que la responsabilidad sea atribuida en su totalidad a G. o L., o eventualmente distribuida entre éstos (agravios II.-A y II.-B).

Apela también los rubros y montos acordados en concepto de indemnización y las costas que le fueron impuestas en su totalidad.

El accionar policial que precedió al luctuoso hecho ocurrido el 28 de abril de 2005, merece algunas disgresiones.

No se discute que la fuga del preso, en las condiciones en que ocurrió, trasunta una falla del deber de custodia y seguridad (fs. 253 último párrafo), sino la aptitud de ese hecho para generar la responsabilidad por el homicidio perpetrado. Esta circunstancia nos inhibe de indagar el motivo por el que un preso que era tan peligroso, estaba detenido en un lugar cuyos barrotes se podían limar en 15 o 20 minutos con una sierra de mano, ingresada presumiblemente por una visita, extremo fácilmente advertido por otro de los detenidos (fs. 6 y 8 vta., expte. 14302/05).

También se admite el resultado adverso de las tareas de rastillaje, operativos cerrojo en las rutas y caminos provinciales, etc., para dar con el paradero de los fugados, pero en la causa por evasión -ut supra señalada- se advierte que recién el 26 de abril de 2005, requieren la intervención telefónica de allegados de los prófugos y les informan que ello no es posible porque " los limitados canales de observación que la empresa Unifon tiene asignados a esta Dirección, se encuentran momentáneamente afectados a intervenciones dispuestas con anterioridad por otros Juzgados .producidas las vacantes se efectivizarán.", cosa que ocurre recién el 2/05/05 (fs. 25 y 39). El día 28 de abril de 2005 -cuando ocurrieron los hechos- cobra aceleración la causa, pero ya no buscaban a G., éste había muerto.

Tal vez el ritmo cansino de la investigación se vincula con los hechos de que da cuenta el fallo del juez penal que rola a fs. 27/82 del presente, según el cual el sub comisario Valenti asumió -de hecho- la recaptura de G. -originariamente a cargo de Gandino- con el conocimiento y consentimiento del Comisario Inspector Ayala, pero de manera insuficiente (tal y como se los enrostra a fs. 78 y vta.) "Gandino fracasó en la captura de A. G., pero ahí terminaba su responsabilidad funcional. Nada tenía que ver con la custodia de Y. L." (fs.80).

Admite el fallo penal, que ni Valenti ni nadie tenía ordenes de custodiar a L., pero, la ambigüedad de las atribuciones dadas al nombrado "hizo que éste se excediera en su abocamiento en la cuestión asumiendo funciones que no le competían, en atención que una dependencia policial se encontraba interviniendo debidamente en el hecho -Cria. 2ª- (fs. 81). Acto seguido el juez penal resume de manera locuaz tanto desacierto e irregularidades de parte de Valen- ti, "no sólo esa noche sino desde la evasión." y destaca entre otras conductas reprochables que fuera quien le llevaba las carta amenazantes de G. a la víctima cuando el nombrado estaba privado de libertad. Como corolario de todo cual, destaca el fallo -en negrita- las propias declaraciones periodísticas de Ayala, "algo falló", mientras él estaba estudiando para un examen y no debía ser molestado (sumario administrativo, fs. 3 y declaración de Ayala a fs. 42 del presente).

La responsabilidad por falta de servicio del Estado se presenta cuando el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente. Este concepto involucra tanto las acciones como las omisiones en que se pudo incurrir en la prestación del mismo.

La evasión, la inutilidad de las tareas tendientes a recapturar al reo y las desprolijidades del procedimiento urdido a tal fin, la falta de protección institucional de una persona amenazada que -además- cumplía funciones de informante, son hechos que en forma concordante condujeron al resultado luctuoso.

La apelante es responsable por lo que hizo mal y por lo que no hizo, pues la omisión consiste en no cumplir con el deber de interrumpir un proceso causal, lo que Zaffaroni sintetiza al sostener que en la omisión no se requiere un nexo de causación, sino un nexo de evitación.

Por su parte el hecho del tercero (G.) como eximente de la responsabilidad del Estado debió reunir las características de "imprevisible o inevitable, pues de otro modo, el Estado que tiene a su cargo la policía de seguridad, no podría ampararse en el hecho de un tercero, para pretender evitar ser declarado responsable de un daño (ejemplo, un incendio, etc.)" (Trigo Represas- L. Mesa, Tratado de responsabilidad civil, tomo IV, pág. 98).

Y, nos preguntamos ¿el hecho perpetrado por G. era imprevisible, inevitable, en suma, irresistible para el Estado, teniendo en cuenta los antecedentes analizados?.

Que los responsables no lo hubieran previsto o evitado, no lo convierte en irresistible.

Por ello, el fallo atacado acierta una vez más en la mayor responsabilidad que le atribuye a la demandada y debe ser confirmado, con costas a la apelante vencida.

Igual solución se impone para el agravio relativo al daño material . Ello así, pues, como lo advierte la jueza a quo, se le otorga a ese reclamo el carácter de pérdida de una chance -la de obtener alimentos, educación, esparcimiento, etc, con cita del art.267 del C.C.- y como tal libera a sus reclamantes de la prueba -solo debe existir una probabilidad suficiente- y en tal

inteligencia determina su importe en uso de las facultades que le son propias.

Nada de ello fue objeto de agravio, por lo que la crítica centrada en la falta de prueba que sustente el rubro acogido y su extensión, deviene improcedente.

En lo que hace al daño psíquico, que el apelante pretende subsumir en el moral también condenado, contradice lo que surge de la pericia -no cuestionada- sobre la necesidad de tratamiento de las menores.

Ambos rubros responden a conceptos diferentes. Así, el daño moral está dirigido a compensar las molestias, padecimientos y sufrimientos de las menores derivadas de la pérdida de su progenitora. En tanto que el daño psicológico, atiende las efectivas disfunciones y trastornos de orden psíquico que alteran la personalidad de aquellas y su vida de relación y que pueden ser revertidas por un tratamiento profesional.

Por ello, en el caso, los rubros no se encuentran subsumidos y corresponde la confirmación del que indemniza el daño psicológico y su cuantía, justipreciada por la perito en su informe no impugnado.

Finalmente, en cuanto a las costas, la demandada resultó vencida en proporción a la responsabilidad que le adjudicó la sentencia, reajustándose a esa proporción los valores a indemnizar. Por tal motivo se ha señalado que: "Si al momento de fijar la indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente, se tuvo en cuenta la existencia de culpa concurrente y se distribuyó la responsabilidad, no procede la distribución de los gastos causídicos en proporción al éxito obtenido por cada una de las partes; ello así pues, las costas son parte de la reparación integral, por lo que cabe imponerlas al accionado, aun cuando la demanda no prospere en su totalidad; no obsta a esa conclusión el hecho que se haya establecido la culpa concurrente desde que, en definitiva, al disminuir el monto de la condena que debe satisfacer el obligado, se reduce correlativamente, el parámetro sobre el que habrán de fijarse los honorarios, con lo que aquel no sufre mayor perjuicio que el que surge de la parte de responsabilidad que se le ha imputado" (CNCiv, Sala f, 18.8.92, "Mercado, Ricardo c/ Sirera, Pedro"; autos: TOLEDO FRANCISCO C/ TRANSPORTES METROPOLITANOS GRAL. ROCA S/ SUMARIO.- Nº Sent.: 121214/02. Fecha: 05/09/2006-Lex Doctor.

Por las razones precedentemente expuestas, se desestimaré entonces el recurso de la demandada.

Costas

En atención al resultado desfavorable de ambos recursos las costas de Alzada serán soportadas por su orden (art. 62 segundo párrafo CPCC).

Por ello, la SALA 2 de la Cámara de Apelaciones,

R E S U E L V E:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 215/222, en cuanto fue materia de recursos por ambas partes.

II.- Costas de Alzada por su orden, a cuyo efecto se regulan los honorarios de la Dra. Alina

ACEBAL y del Dr. M.no MARTIN, en conjunto, en el 27 % y los del Dr. José A. VANINI y de la Dra. Marina ALVA REZ, en conjunto, en el 27 %, porcentajes ambos a calcularse sobre los honorarios fijados en la instancia anterior (Art. 14 L.A.).

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Juzgado de origen.-

Dra. Norma A. GARCIA de OLMOS

Dr. Jorge O. CAÑON