



JUZGADO EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERIA N° 3 - CIRC. I
SANTA ROSA

Avda. Uruguay 1097, Santa Rosa, Centro Judicial 1° Piso Fuero Civil Modulo: D -
(6300) - juzciv3-sr@juslapampa.gob.ar

Santa Rosa, 28 de junio de 2022

AUTOS Y VISTOS:

Los autos caratulados "R [REDACTED] M [REDACTED] S [REDACTED] c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/ORDINARIO", Expte. N° 100800, en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería n° 3 de la Primera Circunscripción Judicial, traídos a Despacho para dictar Sentencia.

RESULTA:

En hojas 5/14 se presenta M [REDACTED] S [REDACTED] R [REDACTED], en su carácter de representante del menor de edad T [REDACTED] V [REDACTED] T [REDACTED], con el patrocinio letrado de los Dres. Alejandra CASTRO WACHS y Marcelo PETRELLI, e inicia demanda de daños y perjuicios contra la Provincia de La Pampa, y/o quién resulte responsable, por los daños y perjuicios sufridos por el menor T [REDACTED] V [REDACTED] T [REDACTED], por la suma de \$383.445,95, o lo que es más o menos resulte de la prueba a producirse, más los intereses y costas.

Refiere que el menor de edad T [REDACTED] resulta ser la persona legitimada para iniciar el presente reclamo, por los daños sufridos y derivados del ejercicio irregular de las obligaciones legales que le están impuestas a los miembros del Tribunal de Impugnación Penal de la provincia de La Pampa (en adelante TIP), por haber otorgado el avenimiento solicitado a favor de Marcelo TOMASELLI.

Relata que la relación que mantenían los padres del menor de edad (Carla FIGUEROA y Marcelo TOMASELLI), hacía imposible el otorgamiento del instituto en cuestión entre la víctima y el imputado. Agrega que ambos tenían el mismo patrocinio letrado, es decir el abogado defensor del acusado; por lo cual Carla no pudo tomar la decisión de manera libre y voluntaria, sino que lo hizo completamente influenciada.

Explica que en el año 2007, cuando Carla tenía 14 años comenzó con la relación afectiva con el Sr. TOMASELLI de 22 años; quedando embarazada, y a los seis meses de gestación se mudaron a un departamento para comenzar la convivencia. Añade que el 05.11.2009 nace T [REDACTED] V [REDACTED] T [REDACTED], y hasta ese momento la relación parecía normal, manteniéndose durante cuatro o cinco meses de nacido el niño. Precisa que Carla se va al domicilio de la demandante por las peleas que existían constantemente, y con el tiempo y ante la insistencia de TOMASELLI, la fallecida lo perdona y vuelven a intentar la convivencia, la que nuevamente falla por las agresiones verbales y físicas del mismo.

Expresa que, en reiteradas oportunidades, intentó convencer a Carla para que efectúe la denuncia, resultando infructuosas; y el 13.05.2011 cuando ya TOMASELLI estaba desesperado por conseguir el perdón de Carla, insiste en mantener una conversación en un lugar alejado, y aprovechándose mediante actos de violencia, la accede carnalmente e intenta matarla, intención que fue admitida por el mismo.

Acota que con motivo de la situación que le tocó vivenciar, Carla nuevamente vuelve a vivir con la actora, y cansada de las agresiones que venía sufriendo, hace la denuncia; dando origen al expte. caratulado "*Ministerio Público Fiscal c/ TOMASELLI, Marcelo Javier s/ abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma*".

Expresa que, al tiempo de iniciado el proceso, la madre de TOMASELLI se acerca a Carla para que mantuviera contacto con el detenido, colocando como excusa a Valentín, y así empieza a visitarlo en la cárcel, alejándose de toda su familia, ya que nadie compartía esa decisión.

Sostiene que, con las visitas, comienzan las estrategias para lograr la libertad de TOMASELLI; el día 20.09.2011, de manera conjunta presentan un escrito únicamente con el patrocinio letrado del defensor del acusado, mediante el cual solicitan la aplicación del instituto del avenimiento.

Refiere que en el escrito de avenimiento, Marcelo acepta la fórmula del mismo a los fines de dar por extinguida la acción penal, solicita se suspenda la acción por el término de tres años, en los cuales asume el compromiso de cumplir con el art. 27 bis CP, y requiere se fije restricción de acercamiento a FIGUEROA, con dos excepciones: poder ejercer el régimen de visitas del hijo de ambos siempre que sea estrictamente, o bien que Carla manifieste voluntad en contrario durante ese término; agrega que el mismo se comprometía a cumplir con un tratamiento psicológico y psiquiátrico a fin de lograr una recuperación de adicciones y problemas de conductas.

Analiza y transcribe las conclusiones de los fiscales y jueces que intervinieron en las actuaciones penales (MPF c/ TOMASELLI Marcelo Javier s/ Abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma n° 912 y MPF c/ TOMASELLI, Marcelo Javier s/ Homicidio Agravado por el vínculo n° 3535), entendiendo que la intención de dicha persona nunca fue reconstruir el vínculo con Carla, sino su impunidad y consecuente libertad.

Explica que, denegado el avenimiento, recurrieron ante el TIP presentando recurso de impugnación, con el fin no sólo de probar una convivencia sino de casarse; quedando (según entiende la actora), la clara intención desesperada de lograr la impunidad del acusado.

Considera que el TIP no podía soslayar la historia de vida de Carla, por cuanto en la sentencia del Tribunal de Audiencia de Juicio de la Segunda Circunscripción Judicial fue expuesta detalladamente, además de contar con los informes de los Fiscales Ivana Fernández y Alejandro Gilardenghi. Explica que en dichos informes, se sostuvo que no era aplicable al caso el instituto del avenimiento, por las características propias del hecho investigado y por el cual se formulara acusación, con la conclusión del informe pericial psicológico, refiriendo que el trauma sufrido por Carla por el hecho investigado, dejó consecuencias que alteraron su capacidad de tomar una decisión en forma libre y voluntaria, vislumbrándose algún tipo de influencia sobre la misma para obtener de ella el consentimiento para el asentimiento.

Agrega que en el segundo informe fiscal (respecto de la vista conferida por el matrimonio celebrado), se determinó que el mismo no implica por sí misma la aplicación del avenimiento, y que de resultar excepcionalmente aplicable, se adhería a lo expresado por la Fiscal Ivana Fernández; explicando el Fiscal Gilardenghi, que la calificación legal establecida por el hecho acaecido, no resulta de las previstas taxativamente por el art. 132 del CP; además consideró que la víctima mantuvo el interés en reiteradas oportunidades de obtener una condena de prisión para el acusado.

Expresa que la intención de TOMASELLI puede corroborarse de las actuaciones en la causa penal, y con el avenimiento buscó la libertad para concretar su deseo de matar a Carla.

Refiere sobre el testimonio de la madre del acusado, donde la misma declaró que *"...por su rostro lo disfrutaba y lo satisfacía ..."*. Agregando que le dijo, luego de cometido el hecho, que salió de la habitación con el hijo en brazos y cantando *"mi corazón está aliviado"*.

Manifiesta que el tribunal conformado por los Dres. Rubio, Lossi y

Abraham, condenó por unanimidad a TOMASELLI como autor material y penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo, a la pena de prisión perpetua; quienes además consideraron que el cuchillo que utilizó para matar a Carla, lo llevó a la habitación con la intención de agredirla.

Dice que el 28.11.2011 la pareja contrae matrimonio, únicamente ante los familiares de TOMASELLI, siendo las testigos su madre y su hermana, y que el día 02.12.2011 el TIP hace lugar al recurso de impugnación revocando el auto de la Audiencia de Juicio de Gra.l Pico. Agrega, que otorgado el avenimiento, el imputado logró su libertad, y el día 10.12.2011 le causó la muerte a Carla FIGUEROA.

Refiere que el error judicial quedó palmario en el fallo del Superior Tribunal de Justicia (en adelante STJ), al hacer lugar al Recuso de Casación contra la sentencia del TIP por errónea aplicación de la ley sustantiva del art. 75 inc. 22 y 24 CN, arts. 3, 5 inc. 2 y 3 y art. 28 ley 26485 y art. 76 bis CP (conf. arts. 419 inc. 1 y 2 del CPP).

Cita distintas partes del fallo y resalta, entre otras "*...el Tribunal soslayó el informe pericial incluso el repentino cambio de opinión de la víctima, que pedía la condena por el ilícito cometido*" "*...el avenimiento es un instituto excepcional por su propia naturaleza, el que debe analizarse en el caso concreto*" "*Aquí la historia de violencia familiar de la víctima; la falta de contención institucional ante un hecho de violencia sexual, excluyen cualquier tipo de consideración que habilite la procedencia de un instituto de estas características*".

Agrega que en el considerando 9 de la sentencia del STJ, se determinó que no se habían observado los Tratado Internacionales con jerarquía constitucional vinculados a la perspectiva de género y la ley n° 26.458, adicionando la expresa remisión al art. 28 de la misma, que prohíbe todas las audiencias de conciliación o mediación, resultando inaplicable el avenimiento por

tácita derogación, ante la sanción de la presente norma y por el marco referencial de violencia sexual y psicológica sufrida por la víctima.

Concluye que, determinado el error judicial por el STJ, al declarar la errónea aplicación de la ley sustantiva, resulta palmaria la responsabilidad del Estado Provincial ante el evento que causó la muerte de Carla FIGUEROA, generando un daño irreparable a su pequeño hijo.

Se expide sobre los presupuestos de la responsabilidad, estima rubros; solicita exención de costas; ofrece prueba, funda en derecho.

A hojas 32/48 contesta demanda la Provincia de La Pampa, a través del Fiscal de Estado Dr. José Alejandro VANINI, y con el patrocinio letrado del Dr. Raúl TAVERNA.

Opone excepción de prescripción de la acción, por cuanto refiere que la accionante sitúa como hecho generador de responsabilidad de su mandante el otorgamiento del avenimiento que solicitaran los progenitores del menor de edad.

Entiende que la sentencia del TIP que otorga dicha figura es del 02.12.2011, y esa fecha marca el comienzo desde el cual debe computarse el plazo de prescripción, considerando superados los dos años que prescribe el art. 4037 del CC, por cuanto la fecha de interposición de la demanda fue el día 10.12.2013. Agrega que, cumplido el plazo, la interposición de la demanda carece de efecto interruptivo de la acción intentada; considerando perimido el mismo.

Sostiene que una cosa es la responsabilidad que le cabe a su mandante por el hecho del dependiente o, como en el presente, el error judicial, y otra es la responsabilidad que le cabe al Sr. TOMASELLI, por quien el Estado Provincial es un tercero por quien no debe responder.

Asimismo, plantea excepción de falta de legitimación activa de la Sra.

M■■■■ S■■■■ R■■■■, quien se presenta como representante del menor T■■■■ V■■■■ T■■■■.

Efectúa negativas, y manifiesta que no se advierte que en el caso haya existido el error judicial invocado, y por ende que el Estado Provincial deba asumir indemnización alguna en favor del actor, por cuanto considera que la actuación dañosa no le es imputable.

Expresa que, sin perjuicio de que en la actualidad el avenimiento se encuentra derogado, en el momento en que se dictó la sentencia del TIP, se encontraba vigente, sin reproche constitucional alguno. Agrega que el acto resolutivo que hizo lugar a dicha figura no estaba firme, siendo revocado por el STJ, al hacer lugar al recurso de Casación interpuesto por la fiscal Ivana Hernández.

Refiere que de los antecedentes obrantes en la causa n° 912, nada hacía suponer y/o prever el lamentable desenlace de la muerte de Carla Figueroa en manos de su esposo.

Remarca que tiene especial valoración la voluntad libre de Carla al momento de solicitar al TIP la concesión del recurso de apelación contra la sentencia del organo judicial de la ciudad de General Pico, que no había hecho lugar al avenimiento. Y entiende que la misma surge de los dichos de la accionante en su escrito de demanda, cuando manifiesta que quisieron convencer a Carla que no perdone a Tomaselli; concluyendo la demandada que en su fuero íntimo Carla había perdonado al Sr. Tomaselli por la agresiones sufridas, y que su verdadera intención era solicitar el avenimiento.

Aclara que el juzgador al dictar la sentencia que hizo lugar al avenimiento, se basó en todas las constancias probatorias de la causa, las que entendieron suficientes, por lo cual entiende que no se encuentran reunidos los presupuestos que se requieren para tener por acreditado el error judicial, y en consecuencia la

procedencia de reparación del daño.

Sostiene que la actora además del error judicial para imputar la responsabilidad de su mandante, invoca de manera soslayada falta de servicio; el que considera que no es de aplicación automática, ni puede permitirse la mera mención.

Enumera los requisitos necesarios para la procedencia de la responsabilidad, y considera que la misma sólo podría configurarse a través de la existencia de error judicial, debiendo estar fundado en una conducta antijurídica.

Concluye que al no existir conducta antijurídica reprochable, no hay responsabilidad jurídica, y en el caso, no hubo falta de servicio de la función jurisdiccional.

Agrega que al no haber dicho nada el actor de los hechos fundantes que le provocaron el supuesto daño reclamado, no existe nexo causal, por cuanto la muerte de Carla fue como consecuencia de un tercero por el cual su mandante no debe responder. Interpreta, por ende que falta ese requisito esencial de la responsabilidad que imputa a su mandante, cual es la causalidad suficiente entre un hecho determinado u omisión de la administración y los padecimientos del actor.

Cita doctrina y jurisprudencia en que funda su defensa, y solicita el rechazo total de la pretensión, con costas.

Niega y desconoce los rubros reclamados, se oponen a la justipreciación de los montos.

Solicita la citación como terceros obligados de Carlos Antonio FLORES y Gustavo Adolfo JENSEN, en los términos del art. 85 del CPCC.

Funda en derecho, ofrece prueba y hace reserva de Caso Federal.

A hoja 50 la actora adhiere a la citación de los terceros, y solicita la

condena conforme alcances del art. 88 CPCC.

En pág. 165/190 contestan demanda los Carlos Antonio FLORES y Gustavo Adolfo JENSEN, a través de sus apoderados Dres. Vanesa RANOCCHIA ONGARO y Marcos Luis PAZ, solicitando el rechazo de su citación como terceros, con fundamento en la inmunidad funcional, y porque el Estado Provincial no aportó argumentos para considerar que exista controversia común.

Adhieren a los fundamentos dados por la Provincia de La Pampa al planteo de prescripción de la acción.

Niegan los hechos. Cuestionan los rubros y montos de los reclamos que formula la actora.

Peticionan el rechazo de la demanda, plantean la prescripción de la acción, con costas. Fundan en derecho, ofrecen prueba, y hacen reserva de caso federal.

Luego de distintos avatares del proceso respecto a la citación de los Sres. JENSEN y FLORES, con fecha 29.09.2021 (act. 1140986), el STJ resuelve confirmar la sentencia de Primera Instancia, la que rechaza la citación a juicio como terceros citados a los mismos.

Agregados los alegatos de la actora y la demandada respectivamente, pasan los presentes a Despacho para dictar Sentencia.

CONSIDERANDO.

Que tal como quedara fijado en la audiencia preliminar, constituyen puntos controvertidos la prescripción de la acción, falta de legitimación, existencia de error judicial, y en su caso los rubros reclamados.

Como cuestión liminar, dejo sentado (en cuanto al derecho aplicable), que es menester diferenciar las consecuencias de la relación jurídica: a) las consumidas, agotadas o producidas, es decir las que ya concluyeron sus efectos, como sería la mecánica y responsabilidad por el hecho, quedan en la

órbita de la ley anterior en virtud a la fecha en que acontecieron los hechos (CC ley 340); b) las que no son instantáneas, sino que se prolongan en el tiempo, quedan alcanzadas por el CCyC. Conforme ello, las cuestiones inherentes a la cuantificación del daño se trata de consecuencias no agotadas, que quedan en la esfera de la ley nueva (arts. 1745, 1746, 1747, 1748 y concc CCyC).

Prescripción de la acción

La Provincia de La Pampa sustenta la misma (en prieta síntesis), en que la circunstancia de la resolución de otorgamiento del avenimiento por parte del TIP es del 02.12.2011, siendo esa fecha el comienzo del curso de la prescripción (art. 4037 del CC), y la demanda se interpuso el 10.12.2013; precisa que una cosa es la responsabilidad que le cabe al Estado por el hecho del dependiente, o por error judicial del funcionario judicial, y otra es la responsabilidad de Tomaselli por el hecho luctuoso, donde la Provincia de La Pampa es un tercero por el cual no debe responder.

Entiende que la falta de servicio achacada a la demandada se patentizó el 02.12.2011, y la demanda se interpuso después de vencido el plazo bianual.

Al respecto, y dando tratamiento a la excepción, no está en discusión que el avenimiento fue otorgado por el TIP el 02.12.2011, más lo cierto, es que, quien reclama una indemnización lamentablemente no es Carla Figueroa, sino su hijo por la muerte de su madre.

Es así que T [REDACTED] V [REDACTED] T [REDACTED] reclama por derecho propio (a través de M [REDACTED] S [REDACTED] R [REDACTED] por ser menor de edad); dicha persona no estaba presentada en las actuaciones penales donde se concedió el avenimiento (por lo que no podía tomar conocimiento de la resolución cuestionada), sino que fue con la muerte de su madre, que ha de interpretarse como fecha de inicio del cómputo de la prescripción, por cuanto fue allí cuando no solo se produjo el daño, sino que tomó conocimiento de los hechos

vislumbrados en el proceso penal.

Más allá de que en autos no se discute la responsabilidad de Tomaselli por la muerte de Carla Figueroa (por no integrar la pretensión), llama la atención que el Estado Provincial se ubique a los fines prescriptivos, en una posición de tercero por el cual no debería responder (ver pág. 33 tercer párrafo), cuando el STJ en la resolución revocatoria del avenimiento, hizo saber (antes de promovida esta causa), que se impone a los tres poderes intervenir en el tratamiento de la violencia de género.

Subsidiariamente al plazo tomado como fecha de inicio prescriptivo (fallecimiento de Carla Figueroa), la jurisprudencia ha dispuesto como inicio del plazo de prescripción, la firmeza de la resolución revocatoria a la que se cuestiona el error judicial.

Al respecto, recientemente se ha dicho que *"Teniendo presente que en el supuesto de autos el plazo de prescripción sólo pudo comenzar a correr desde que fueron revocadas las providencias cuestionadas, debe precisarse que el cómputo del plazo de prescripción inició desde el momento en que quedó firme la resolución de Cámara, es decir, una vez clausurado el debate sobre si la decisión de la Magistrada se ajustaba o no a derecho"* (CSJN, Fallo: 322:2525. - REFERENCIAS NORMATIVAS: Código Civil y Comercial, artículo 2561, segundo párrafo. - DOCTRINA: López Herrera, Edgardo S., "Tratado de la prescripción liberatoria", Abeledo Perrot, pág. 121" -15 de Febrero de 2022 Id SAIJ: SUJ0049606-)

En el caso de autos, entiendo que el plazo prescriptivo debe computarse: o bien desde la fecha del fallecimiento de Carla Figueroa (10.12.2011), o subsidiariamente desde la fecha que adquirió firmeza la sentencia del STJ que revocara (en última instancia) la resolución del TIP (dicha sentencia se dictó el 24.07.2012, y de ahí computar diez días hábiles para la interposición del REF);

en cualquiera de los dos supuestos, habiéndose iniciado este proceso el 10.12.2013, la acción resarcitoria promovida no estaba prescripta, por no haber transcurrido el plazo bianual del art. 4037 del CC aplicable al caso; por lo que se rechaza la defensa esgrimida.

Falta de legitimación:

Los apoderados del Estado Provincial plantean dicha defensa, sustentada en que M████ S████ R████ no ha probado que sea representante del niño T████ V████ T████, por cuanto refieren sólo manifestó tener la guarda respecto del mismo y estar tramitando la adopción.

Que tal como surge de los exptes. que tramitaron en el Juzgado de Primera Instancia de la Familia y del Menor de la Segunda Circunscripción Judicial, "R████, M████ S████ s/ Guarda" Expte. n° 11574, "R████, M████ S████ s/ Tutela" Expte. n° 14307 y "R████, M████ S████ y otro s/ Adopción Simple" Expte. 14236, que tengo a la vista, se otorgó el 05.11.2019 al matrimonio integrado por M████ S████ R████ y M████ A████ T████ la adopción simple de T████ V████ T████.

Al respecto, el art. 627 CCyC determina, respecto de los efectos de la adopción simple, que se transfieren la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental a los adoptantes.

Nuestra legislación establece que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, y éstos son en primer lugar sus padres en el ejercicio de la responsabilidad parental, y para el caso de la falta de ambos padres, o si éstos fueran incapaces, o estuvieran privados o suspendidos de la responsabilidad parental, será el tutor que se designe mediante un proceso judicial.

Por lo expuesto, y atento lo que surge de la causa expuesta en párrafos anteriores en cuanto a que a M████ S████ R████ se le ha otorgado la

adopción simple, ese carácter la habilita para reclamar ante los estrados judiciales la defensa de los derechos de T■■■■ V■■■■ T■■■■; por lo que se rechaza la excepción planteada.

Existencia de error judicial.

Liminarmente digo que respecto a este proceso de daños y perjuicios, he de situarme en la responsabilidad directa del Estado Provincial por el actuar de sus órganos conforme art. 1112 del CC y doctrina emergente de "Vadell" de la CSJN (en este caso a través del voto mayoritario de dos miembros del Tribunal de Impugnación Penal del Poder Judicial Provincial); por cuanto en el Expte. 01/2011 que tramitó ante el Jurado de Enjuiciamiento por denuncia formulada contra los Dres. Flores y Jensen, se evaluó (en relación al primero de los nombrados, ya que el segundo se declaró su no procedibilidad por renuncia a su cargo aceptada), la responsabilidad política, con soporte de consideración extraños a los parámetros que se deben evaluar en autos.

La responsabilidad del Estado por error judicial, ha sido consagrada constitucionalmente a través del art. 75 inciso 22 de la C.N., prevista expresamente en el Pacto de San José de Costa Rica en sus arts.10 y cctes.

Las normas internacionales de jerarquía constitucional, expresan claramente que es el Estado quien debe indemnizar a quienes hubieran sufrido daños y perjuicios que ocasionare el error judicial.

En el presente, surge que se demanda a la Provincia de La Pampa por el actuar de quienes firmaron a favor (el Dr. Balaguer suscribió el fallo en disidencia) la resolución del TIP que concedió el avenimiento al Sr. Tomaselli, y que (ante la inmediata libertad), luego derivó en la muerte por asesinato de quien en vida fuera Carla Figueroa, de manos de la persona a la que se otorgó dicho instituto penal.

Se remarca que no cualquier resolución judicial deriva en una demanda

civil de daños y perjuicios, debiendo analizarse con estrictez, la situación fáctica del caso y el contenido intrínseco de lo decidido, para meritar en cada situación en particular la procedencia del reclamo.

Situándome en el instituto jurídico en cuestión, el error judicial es aquel acto judicial ejecutado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa o con el derecho y la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llegar. Se trata así de un verdadero acto ilícito o contrario a la ley, cometido por el magistrado, sea por acción u omisión en el curso del proceso sometido a su jurisdicción (Fallo CSJN 321:1712).

El principio general es que la responsabilidad del Estado por los daños causados por la actividad judicial reviste carácter excepcional, mas el error que torna ilegítima una actuación estatal, se da cuando se conculcan derechos fundamentales de las personas, a partir de decisiones objetivamente contradictorias con el derecho y la equidad, desviadas del resultado al que debió arribarse, debiendo en esos casos tener como contrapartida una compensación justa para el afectado.

La CSJN se ha pronunciado sobre la responsabilidad del Estado por el irregular o anormal funcionamiento de la administración de justicia y la originada en errores judiciales; acotando que *"quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución. Todo lo cual se funda en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil y pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público"* (Fallos: 307:821; 308:2494; 312:316; 322:2683; 329:1881; 332:2159, entre muchos otros).

Conforme dicha doctrina judicial asentada, corresponde responsabilizar al Estado por error judicial, en la medida en que el acto que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento, el carácter de verdad legal que posee la Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error; obrar en sentido contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley.

En el caso de autos, constituye una herramienta vital el análisis tanto del contenido de la sentencia del TIP, como de la meritación que de ese instrumento procesal efectuó la Sala B del STJ (al presentarse la vía impugnatoria), quien concluyó (al hacer lugar al recurso de casación interpuesto (en la causa T.M.J.s/recurso de casación interpuesto por la Fiscalía), en que existió una errónea aplicación de la ley sustantiva; es decir que la resolución del TIP fue revocada y como tal perimió a su respecto, el carácter de verdad legal.

Al respecto, tengo a la vista la causa penal n° 912/2011, iniciada como consecuencia de la denuncia incoada por Carla Figueroa contra Marcelo Tomaselli.

En la misma, luce un informe del médico forense Koncurat que actuara en dicho proceso, quien expuso respecto a Tomaselli, que su actitud era amenazante, sin sentimiento de culpa o arrepentimiento por los hechos, con marcada tendencia a conductas impulsivas con tendencia a las manifestaciones instintivas de importancias como conductas de auto o heteroagresión, y otros rasgos de trastornos del control de impulsos; por su parte se incorporó informe pericial de la licencia Pérez respecto a Carla Figueroa, dejando de manifiesto sentimientos de soledad e indefensión, con una historia familiar, donde a sus nueve meses su madre fue asesinada por su padre, con rasgos de

vulnerabilidad; acotó sobre el control extremo de Tomaselli hacia Carla Figueroa, con indicadores de abuso sexual, miedo, ansiedad y angustia.

La licenciada acotó que la situación de Carla Figueroa, se complejizaba más aún por su propia historia familiar (muerte de su madre por parte de su padre); donde no prestó un consentimiento verdadero al acto sexual frente a su indefensión y desprotección.

Luego se inició el incidente de avenimiento (n° 912/2), incoado por Carla Figueroa (sin patrocinio letrado) y Tomaselli, con el patrocinio de quien fuera su defensor Dr. Armando Agüero.

En la audiencia de avenimiento, el Ministerio Público Fiscal se expidió sobre el rechazo *in limine* del acuerdo presentado, oponiéndose al mismo, y en caso de aceptarse, consideró que se debía realizar una pericial psicológica a Carla Figueroa, y una encuesta socio-ambiental; el 04.10.2011 los Jueces de Audiencia en Juicio lo rechazaron. Meritaron la impresión recibida del contacto personal con Carla Figueroa, y que del informe pericial de la Lic. Pérez agregado (al que hice referencia), se colegía el colapso psicológico que le ocasionó a la víctima y cuyas secuelas la perturbaban, agregándose una precaria situación existencial.

Acotaron que *"en una nada creíble voluntad libre e igualitaria de avenimiento, apreciable en la audiencia en las lacónicas respuestas dadas por Carla Figueroa, alejando su cambio de parecer en las consecuencias negativas de un eventual encarcelamiento aparejará para el hijo de ambos...la audiencia permitió apreciar que las manifestaciones de la víctima se limitaban a un mero asentimiento a las pretensiones del acusado, mas cercanas a un contrato de adhesión, que a una manifestación convincente de querer verdaderamente un acuerdo, en cuanto al consentimiento brindado libremente y en condición de igualdad, entiendo que el mismo no existió al momento de la formulación del*

pedido...También llama la atención del querellante quien no manifestó convalidar el pedido de su asistida ni estar de acuerdo con el mismo".

Dicho órgano judicial remarcó la excepcionalidad del instituto, haciendo referencia a la ley n° 26.485 sobre protección integral de las mujeres, donde sus arts. 9 inc. e y 28 prohíben cualquier forma de mediación, negociación o conciliación entre las partes, y justamente el avenimiento es una forma de conciliación, por lo que en estos casos no debe privatizarse la cuestión, máxime cuando es una figura incompatible con la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Belem do Para), y del Ac. 2899 del STJ, que dispuso la introducción de la perspectiva de género en esta Provincia.

Rechazado el mismo, se acompañó a la causa penal solicitud de matrimonio entre Tomaselli y Figueroa, ésta última (sin patrocinio letrado) y el Dr. Armando Agüero como defensor de Tomaselli, exponen a hoja 103 sobre la voluntad de contraer matrimonio.

A su turno, el Fiscal Gilardenghi (frente a la vista conferida por el TIP por la apelación contra el rechazo del avenimiento), mantuvo la oposición de dicho organismo de control de legalidad, sustentado entre otras cuestiones, en la evidente presión ejercida por Tomaselli hacia la víctima, quien no contó en el proceso con contención, salvo las entrevistas con la licenciada en psicología, con un desamparo emocional sin resguardo familiar y social, siendo el matrimonio parte de una estrategia defensiva del nombrado frente al rechazo del avenimiento.

Evacuada la vista, se dictó la Sentencia del TIP del 02.12.2011, quien intervino por vía impugnativa contra la resolución del 04.10.2011 de los Jueces de Audiencia de Juicio de General Pico que (como dije en párrafos anteriores), habían rechazado el avenimiento propuesto por Figueroa y Tomaselli.

En dicha oportunidad, el Ministerio Público Fiscal (a través del Dr. Gilardenghi) le remarcó al TIP el carácter excepcional del instituto, y que la calificación legal del hecho imputado no resultaba de las previstas taxativamente en el art. 132 del CP, resaltando el interés manifestado por Carla Figueroa por la obtención de una prisión para el acusado, donde en todo momento manifestó el temor respecto al recupero de la libertad de Tomaselli, siendo evidente la presión ejercida sobre la víctima, quien no contó en el proceso con contención, salvo las entrevistas con la licenciada Brainco, estando prácticamente desamparada a nivel emocional, siendo el matrimonio celebrado parte de la estrategia defensiva del imputado.

A pesar de esa manifiesta oposición fiscal, el Dr. Flores disidente con la postura del Dr. Balaguer (con voto confirmando la negativa de avenimiento), efectuando un análisis aislado y gramatical de los requisitos impuestos por el art. 132 del CP, sin perspectiva de género y desconociendo constancias fundamentales emergentes de la causa.

En sus fundamentos, el magistrado meritó especialmente la audiencia personal llevada a cabo ante el TIP (15.11.2011), y de la misma concluyó en que *"me ha permitido tener por acreditado que lo manifestado por la joven Carla Figueroa y la propuesta realizada luce real y sincera, libre sin presiones, y que desea que la causa se termine para lograr una adecuada convivencia familiar, no coincidiendo por tanto con mi colega preopinante que tal consentimiento no fuera formulado con libertad, que fue presionada para hacerlo y que el matrimonio celebrado no responde a los sentimientos que ambos se profesan";* como también que *"la propuesta formulada resulta el modo más equitativo de armonizar el conflicto no solamente en resguardo del interés de la víctima sino además del hijo de ambos. Negar la posibilidad del avenimiento en tales condiciones significaría sustituir autoritariamente el interés y voluntad de la*

víctima, por un interés público, que como señala la jurisprudencia resulta secundaria en delitos de esta naturaleza", para concluir en que "comprobada la existencia de los requisitos necesarios según el art. 132 del CP para el avenimiento y dado el carácter privado e íntimo del interés protegido, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, revocando en consecuencia la resolución de 14 de octubre de 2011 dictada por los Jueces de Audiencia de Juicio de la Segunda Circunscripción Judicial y conceder el avenimiento solicitado. "

Remarco (en respuesta a la defensa de la Provincia de La Pampa que sostuvo que a la fecha del dictado de la resolución del TIP, estaba vigente el art. 132 del CP), que la vigencia normativa referida, no obstaba a los magistrados de dicho cuerpo judicial a realizar un análisis integral y coordinado con la normativa internacional de aplicación obligatoria en nuestro país sobre derechos humanos; adecuando en el caso en particular, la normativa nacional a los parámetros convencionales (control de convencionalidad de oficio).

Asimismo, el hecho que por más que el hermano y una amiga de la joven tratar de convencerla para que no perdone a su victimario (tal como hace referencia la demandada en su alegato), no era óbice para que los jueces del TIP evalúen la existencia o no de consentimiento conforme a las pruebas de la causa y a la normativa supranacional vigente a la época del dictado de la resolución en que se sustenta el error judicial.

Por su parte el Dr. Jensen, a los fines de dirimir la cuestión a favor del avenimiento conforme voto del Dr. Flores, luego de remarcar que no era una tarea sencilla, entendió que debía decidir el futuro de dos personas que han decidido contraer matrimonio en forma libre y voluntaria conforme expresaron ante el Registro Civil y ante el TIP; precisó en lo que respecta a la tarea proteccionista hacia la víctima (Carla Figueroa), que *"no dejan de traslucir una*

postura futuroológica de riesgosa predicción para quienes nos toca, como mortales, administrar justicia en relación a nuestros semejantes", como también que "no por ello he de caer en el error de negarle la oportunidad a quien lo peticiona, de perdonar a su agresor y de convivir con él si así lo desea, pues en definitiva nuestra tarea consiste en solucionar los conflictos que nos traen en la forma más armónica para el interés de las partes, sin descuidar la protección de la víctima"; y en cuanto al control exigido por la ley y a la excepcionalidad del instituto, hizo referencia a las medidas de apoyo asistencial y psicológico sobre los integrantes del grupo familiar para evitar nuevos hechos de violencia.

Se evidencia que el magistrado erró groseramente en la génesis del instituto, situándose en supuestas medidas de apoyo al grupo familiar (ex nunc), y no analizar adecuadamente las constancias de la causa (informes meritados por el órgano judicial anterior y por el Ministerio Público Fiscal), que ameritaban tener por no acreditado la voluntad libre para la figura del avenimiento respecto a Carla Figueroa.

Ante la concesión del avenimiento (revocando la decisión de la resolución impugnada), se interpuso un nuevo planteo impugnatorio ante el STJ (Recurso Extraordinario Provincial interpuesto por el Ministerio Público Fiscal), cuando ya había acaecido el fallecimiento de Carla Figueroa; es así que el 24.07.2012, el STJ dictó sentencia revocando la resolución del TIP, en relación al instituto que estaba consagrado en el art. 132 seg. parte del CP (posteriormente derogado por ley 26.738), concluyendo en prieta síntesis que: 1) *"nada garantiza la libertad de decisión de una víctima que puede estar fuertemente condicionada, la audiencia personal llevada a cabo por los integrantes de la Sala"*, acotando que la valoración del avenimiento se redujo a las apreciaciones del magistrado en la audiencia con la víctima, con un error de enfoque, parcializando el objeto de valoración al analizar si la propuesta fue efectuada libremente, siendo necesario

apreciar otros elementos como el informe psicológico y propia historia familiar; 2) no haber evaluado que Carla Figueroa tenía una personalidad normal con características fóbicas y rasgos de indefensión y vulnerabilidad que limitaban su capacidad de decidir libremente; 3) no evaluó que en casos de víctimas de violencia debe apreciarse la intimidación o temor que se ejerce, el que quedó sembrado desde el momento del ataque y estuvo presente en cada acto que realizó incluso en la entrevista realizada (voz casi inaudible, respuestas breves); 4) haberse analizado incorrectamente el carácter excepcional del avenimiento por su propia naturaleza, teniendo en cuenta la historia de violencia familiar de la víctima, falta de contención institucional ante el hecho de violencia sexual; 5) no haber analizado el instituto del avenimiento en el marco de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional vinculados a la perspectiva de género y ley n°26.458 (protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollan sus relaciones interpersonales), del que surge que se trata de un instituto inaplicable por su tácita derogación; 6) no haber atendido a la oposición del Ministerio Público Fiscal respecto a la concesión del avenimiento, en el marco de la Convención Belém do Pará (conf. art. 7 ley 24632); 7) no haber realizado una aplicación armónica del derecho vigente, conforme criterios de la CSJN.

De este análisis sentencial (con el cual concuerdo y sirve de soporte argumental en esta sentencia de responsabilidad directa contra el Estado Provincial por error judicial), se advierte que los Dres. Jensen y Flores, con grosero error de enfoque normativo, haciendo un análisis aislado del art. 132 del CP y no armónico de todo el ordenamiento jurídico (en particular de los Tratados vigentes en nuestro país a esa fecha sobre Derechos Humanos), totalmente desprovisto de un análisis jurídico con perspectiva de género (paradigma de aplicación obligatoria a la fecha del dictado del Fallo, por estar vigente normativa

nacional e internacional que así lo imponía), sin advertir que la figura fue solicitada sin que la víctima siquiera tenga patrocinio letrado, ignorando la situación de vulnerabilidad en que se encontraba Carla Figueroa conforme constancias acreditadas de la causa (lo que surgía de la audiencia realizada por los Jueces de Audiencia e informe psicológico ignorado por los miembros del TIP), haciendo referencia a un enfoque privatista (a pesar de la afectación de elementales derechos humanos afectados y del evidente interés público en cuestiones de violencia contra las mujeres), errando burdamente la excepcionalidad del instituto, e ignorando la oposición del Ministerio Público Fiscal (mantenida en todas las instancias con fundamentos sólidos y sustentados en constancias probatorias de la causa), tuvieron por válida la voluntad de Carla Figueroa, y otorgaron una herramienta jurídica (avenimiento) que posibilitó la libertad de una persona, que días después terminó con su vida (un día antes del planteo del recurso de Casación ante el STJ).

Entiendo que el acto judicial ejecutado por los Sres. Flores y Jensen en el proceso penal analizado como jueces del TIP, fue objetiva y gravemente contradictorio con la situación fáctica de la causa (avenimiento solicitado por una persona sin asesoramiento jurídico propio (al pedido lo firman víctima y victimario con la firma del letrado de éste último), en estado de vulnerabilidad, dando por acreditado el consentimiento con una mera entrevista personal, desconociendo los informes psicológicos, forense, y la situación particular de la víctima en situación de vulnerabilidad -madre fallecida también por ser asesinada por su padre-), y desprovista de un análisis armónico de todo el ordenamiento jurídico, sin un examen interdisciplinario y sin perspectiva de género, a pesar de la exigencia en ese sentido del derecho vigente a esa época (en particular art. 73 inc. 23 CN, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres conocida como

Convención Belem do Pará, ley n° 26.485 -en part. art. 4 y 5 sobre violencia emocional del agresor, art. 28, entre otras-, y Ac. 2899 del STJ entre otras).

Considero que en el caso penal meritado, se debió haber juzgado con perspectiva de género, sin perder de vista las relaciones históricas de poder entre hombres y mujeres, y en ese marco analizar rigurosamente los hechos del caso conforme a las constancias de la causa y al derecho armónico nacional e internacional vigente; el haber juzgado ajustándose aisladamente a una norma nacional, sin la mentada perspectiva (de carácter obligatorio), y sin un examen interdisciplinario conforme las probanzas existentes, no permitió que el TIP (a través de los votos mayoritarios) visibilizara las asimetrías estructurales entre la víctima y el victimario (ya advertidas por el órgano judicial de la anterior instancia y por el Ministerio Público Fiscal), y ponderar adecuadamente los hechos y la prueba existente en la causa penal.

El proceder judicial arriba referido, fue violatorio del derecho humano de Carla Figueroa de gozar de una adecuada tutela judicial efectiva protectora, frente a la situación de desigualdad en que se encontraba, y en lugar de nivelar con una tutela especial diferenciada por las circunstancias acreditadas del caso, el decisorio que revocó lo fallado por los jueces de Audiencia en Juicio y otorgó el avenimiento, desniveló la cuestión a favor del condenado Tomaselli, quien logró su libertad efectiva, y terminó días después con la vida de la madre de su propio hijo (T■■■■ V■■■■ T■■■■).

Reitero. Es una obligación del funcionario público judicial, por mandato constitucional y convencional, juzgar con perspectiva de género.

El art. 5 de la Convención de para Prevenir toda forma de Discriminación contra la Mujer, impone al Estado el deber de tomar medida apropiadas para modificar patrones socio-culturales de conductas entre hombres y mujeres en miras a alcanzar la eliminación de perjuicios y prácticas consuetudinarias y de

cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

La recomendación general n° 19 del Comité CEDAW, incluye a la violencia contra la mujer como una forma de discriminación que impide gravemente el goce de sus derechos y libertades, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer es del año 1994, y goza de raigambre constitucional, demarcando el piso mínimo de protección; mientras que la ley n° 26.485 es del año 2009; todos estos instrumentos en una exigencia armoniosa de interpretación integral para los jueces, fueron palmariamente ignorados por Flores y Jensen al momento de tener que decidir sobre el instituto del avenimiento.

Ese proceder judicial del TIP, fue manifiestamente erróneo, discriminatorio, y desvió la solución del resultado al que jurídicamente debió arribarse, cual era confirmar el rechazo del avenimiento efectuado por el Juez de Audiencia de General Pico, constituyendo ese actuar, un acto ilegítimo de prestación del servicio de justicia (que fue revocado en la instancia superior cuando el daño ya estaba consumado).

De haberse ponderado adecuadamente la cuestión a partir de las constancias probatorias de la causa, y con un correcto y obligatorio abordaje interdisciplinario con perspectiva de género, los Sres. Jensen y Flores (entonces miembros de un organismo judicial de máxima jerarquía como es el TIP), hubieran advertido (en respuesta a la invocada inexistencia de relación causal esbozada por el Estado Provincial en su alegato, con merdiano esfuerzo argumental), que existían elementos objetivos (normativa nacional y supranacional) y también subjetivos (pruebas en la causa) que no habilitaban la decisión extrema y perjudicial adoptada, a tal punto que un día antes de

presentado el recurso de impugnación contra dicha decisión, la víctima falleció en manos de quien días antes había salido en libertad por la decisión judicial erróneamente adoptada (el Dr. Jensen refería que decidir lo contrario implicaba futurología).

Finalmente remarco que en la responsabilidad objetiva y directa del Estado por errónea prestación del servicio de justicia (como resulta ser este proceso promovido por el hijo de la víctima fallecida), no se analiza quien es imputable (responsabilidad subjetiva), sino si existió funcionamiento regular o irregular del mentado servicio brindado; y a partir de allí, meritar si el daño causado por ese servicio irregular (en este proceso civil respecto al hijo de Carla Figueroa) tiene relación adecuada de causalidad con la reparación requerida. Si la prestación del servicio es irregular, se está en presencia (como sostuve al inicio) de una responsabilidad objetiva y directa del Estado por actividad ilegítima (conf. art. 1112 del CC vigente a la fecha del hecho), y como tal, el daño causado a la víctima tiene su génesis causal en ese actuar erróneo estatal.

Mas a pesar de su responsabilidad objetiva y directa, el Estado Provincial requirió la citación como terceros de los Sres. Flores y Jensen, y dicho trámite procesal se extendió por años (atravesó varias instancias), lo cual significó a mi entender, re-victimizar y cronificar el daño ya causado al hijo de Carla Figueroa, quien a pesar de haber fallecido su madre en el año 2011 de manos de su padre (remarco que ese hecho luctuoso guarda relación de causalidad adecuada con la errónea decisión judicial que le concedió la libertad a Tomaselli, acudiendo a un instituto al que no debía sujetarse, por cuando de haber fallado con perspectiva de género y con carácter interdisciplinario dicha figura no hubiera sido concedida), no pudo contar con una pronta y efectiva respuesta indemnizatoria hasta la fecha.

En el caso "Furlan y Familiares c. Argentina" del 31/08/2012, la Corte

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sostuvo que las autoridades judiciales a cargo del proceso civil por daños y perjuicios, no actuaron con la debida diligencia y el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima, razón por la cual excedieron el plazo razonable, lo cual vulnera el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de aquélla.

El suscripto en la audiencia preliminar intentó que el Estado Provincial finalmente accediera (por las lamentables particularidades del caso y el tiempo transcurrido por la citación de terceros), a una reparación pecuniaria en una etapa conciliatoria (se recuerda que la audiencia preliminar en un primer momento se había suspendido por la cuestión de la inmunidad judicial y desde allí pasaron varios años); mas a pesar de ello (y de poner a consideración de oficio una fórmula conciliatoria donde la parte actora expuso que estaba de acuerdo), y de la normativa supranacional y jurisprudencial de la CIDH, sus operadores remarcaron una postura inflexible al respecto, haciendo saber sobre la negativa a un acuerdo.

En consecuencia, concluyo que por la ilegítima y errónea prestación del servicio de justicia (vislumbrado en la actuación de los Sres. Jensen y Flores que firmaron el fallo del TIP que en mayoría concedió el avenimiento a Tomaselli en la causa penal n° 912/2011), debe responder objetiva y directamente el Estado Provincial de la Provincia de la Pampa, conf. art. 1112 del CC vigente a la época del dictado de la mentada resolución.

Asimismo, recomiendo, en los términos del art. 1711 y CC del CCyC en carácter de mandato preventivo, al Poder Ejecutivo Provincial, como representante legal de las demandas de este tipo (a través del Procurador Provincial), para que en lo sucesivo, y en casos como el presente (donde se

reclama indemnizaciones pecuniarias producto de error estatal y cuyas consecuencias derivaron en un femicidio en situación de violencia de género), acudir a herramientas jurídicas adecuadas a su alcance, para posibilitar en la medida de lo posible, una pronta solución del daño a sus hijos menores de edad, por existir normativa y jurisprudencia nacional e internacional que así lo impone.

RUBROS:

Habiendo concluido que la errónea Sentencia dictada por el TIP que concedió el avenimiento a Marcelo TOMASELLI, generó responsabilidad directa del Estado por error judicial en su dictado, y que la misma tiene relación de causalidad adecuada con el daño reclamado en autos (901 y cc del CC vigente a la época de su dictado) por T [REDACTED] V [REDACTED] T [REDACTED] (quien goza del derecho a reparación con arreglo a tratados internacionales, con jerarquía constitucional, que contemplan los casos de condena por error judicial (conf. art. 9, inc. 5°, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, arts. 7°, inc. 3, y 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), he de expedirme sobre los rubros reclamados.

A tales fines, y tal como expuse precedentemente, en esta temática (rubros), he de resolver conforme a la normativa del CCyC.

Lucro Cesante:

La parte actora reclama el rubro fundado en el vínculo del menor con la víctima, habiéndolo privado de lo necesario para subsistir a causa del deceso de su madre, como también de aquellos mayores aportes que durante el transcurso de los años la misma le hubiese proporcionado, de acuerdo al incremento de sus necesidades relacionadas con alimentación, educación, esparcimiento, vivienda, etc.

Refiere que Carla Figueroa mantenía sola a su hijo, habiendo estado en

el último tiempo detenido su padre, cubriendo los gastos del hogar con su trabajo en una despensa del barrio donde vivían; también acotaron que estaba al cuidado del menor, limpieza de la ropa y casa, comida, compras, tareas, debiendo entenderse como mínimo que la misma generaba un ingreso similar al SMVM, debiendo descontarse el 30% para gastos personales, y tenerse en cuenta el restante porcentual durante un período de diecinueve años, por cuanto el menor tenía a la fecha del deceso la edad de dos años.

Al respecto, el rubro obedece en rigor de verdad, al daño patrimonial sufrido por el actor por el menoscabo en su patrimonio, debido a la abrupta pérdida de su progenitora para su propio sostenimiento.

En ese sentido se ha dicho que *"...Bajo este rubro lo indemnizable es la pérdida económica que sufren quienes dependían, por derecho, de los aportes económicos de la causante para su propia subsistencia, es decir que se trata de establecer el daño que con motivo de la muerte han sufrido quienes reclaman la pertinente reparación. Se trata de la repercusión patrimonial negativa que experimentan los damnificados indirectos del daño a raíz de la muerte (arts. 1084 y 1085 del Código Civil..."* (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 3 in re "Gasparini María José c/Estado Nacional - M° Defensa s/daños y perjuicios" del 10/06/08, y sus citas).

La CSJN ha expresado que la reparación pretendida en este punto no debe ser apreciada con criterios exclusivamente económicos, sino mediante una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, que deben ser valoradas prudencialmente (conf. Fallos: 310:2103; 312:1597,), como también que *"La vida humana no tiene valor económico per se, pero si puede tenerlo en consideración a lo que produce o puede producir, de suerte que es menester apreciar circunstanciadamente la situación de la víctima y de su familia, pues lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado sino las*

consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes" (doctrinas de Fallos 317:728 y 324:3618).

La SCBA ha dicho que *"...Un ser humano no sólo vale por lo que gana y entrega a los suyos, sino que también un ser humano vale per se, porque es un único y maravilloso fenómeno, dotado de potencialidades que, aunque no generen ingresos, ganancias o cualquier otra forma de lucro, representan una presencia que provoca sensaciones de seguridad, de protección o de amparo, cuya privación o alteración debe integrar este rubro..."* ("Passaglia, María Graciela y otros c/Cardozo, Martiniano Bernardino y otros s/daños y perjuicios" del 11/2/2015 y sus acumuladas; voto del Dr. Eduardo Néstor De Lázari, al que adhiriese el resto de los miembros votantes del Tribunal).

En definitiva, el rubro en cuestión atañe al valor vida, es decir la pérdida económica que sufre quien depende para su subsistencia de los aportes económicos de quien fallece.

El art. 1745 del CCyC contempla frente al fallecimiento, lo necesario para alimentos de los hijos menores hasta la edad de veintiún años con derecho alimentario; e incluso la indemnización no se ve coartada aunque otra persona presta alimentos al damnificado indirecto, debiendo tenerse en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales, y las de quien reclama.

T■■■■ V■■■■ T■■■■ (nacido el 09.11.2019) tenía 25 meses de vida al fallecer su madre el 10.12.2011, (dos años y un mes), quien a su vez tenía dieciocho años de edad (por lo que aún cuando el reclamante llegara a la edad de veintiún años, ésta no hubiera llegado a la edad jubilatoria); Carla Figueroa era ama de casa y a su vez trabajaba al menos en una despensa barrial (testigo Sra. P■■■■ B■■■■ iz T■■■■ expuso que tenía tres trabajos, niñera, cuidado de

vecino y verdulería), careciendo de un ingreso registrado, por lo que he de meritarse a los fines cuantificatorios el SMM a la fecha de esta Sentencia (teniendo en cuenta que el rubro es una deuda de valor conf. 772 CCyC), que arroja la suma mensual de \$45.540 (Res. 06.2022 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación).

Cabe preliminarmente dejar aclarado que, sin perjuicio de que la única testigo Sra. T [REDACTED] manifestó en respuesta a las generales de la ley que M [REDACTED] S [REDACTED] R [REDACTED] era su madre, no se encuentra comprendida en los testigos excluidos que indica el art. 407 del CPCC. Al respecto se ha dicho que "*... la exclusión contenida en el referido dispositivo legal sólo abarca a parientes consanguíneos y afines en línea directa de las partes, y no a los colaterales, por ejemplo hermanos, tíos y sobrinos*" ("Teoría de la prueba y medios probatorios" Jorge L. Kielmanovich, cuarta edición ampliada y actualizada-2010, pág.227 ed. Rubinzal Culzoni). Además, la Sra. R [REDACTED] no efectúa reclamo alguno por derecho propio, sino que lo hace en representación de T [REDACTED] V [REDACTED], quien, en definitiva, resultaría *primo* de la testigo, y como tal no excluido por la normativa procesal citada.

Asimismo el actor era único hijo de Carla Figueroa (al menos no se acreditó que tenía otro hermano), y tenía al momento del deceso dos años de vida (conf. surge de la partida de defunción de su madre y la de nacimiento del mismo); por lo que ha de presuponerse que una porción del salario (que se estima prudencialmente en el 50% conf. art. 157 del CPCC y arroja la suma de \$22.770), era destinado mensualmente en exclusividad a la alimentación y cuidado de su hijo, y así sería presuncionalmente hasta la edad de veintiún años, conforme pauta establecida por el art. 1745 del CCC

En consecuencia, destinando presuncionalmente (conf. cálculo que realizo a la fecha de la sentencia) la suma de \$22.770 mensuales, y calculando

que el menor tenía dos años y un mes, arroja un total de 227 meses, por lo que el rubro prospera por la suma de \$5.168.790 a la fecha de ésta Sentencia.

Daño Extrapatrimonial:

Dicho rubro encuadrado como moral (denominado por el CCyC como daño extrapatrimonial), consiste en los padecimiento físicos y espirituales, las inquietudes y, en general, el sufrimiento o el dolor que padece la persona como consecuencia del hecho perjudicial, independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial (cf. Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil Obligaciones, Tº I, págs. 297 y ss., ed. Perrot, Bs. As., 1983).

Se observa entonces, que el daño extrapatrimonial se traduce no solo en sentimientos, situaciones psíquicas dolorosas, sino también en la pérdida de afectos puntuales y hasta en la aptitud para experimentar afectividad o en una imposibilidad para encontrarse o arribar a una condición anímica deseable, valiosa o siquiera normal (Zavala de González, Matilde, «Tratado de daños a las personas-Disminuciones psicofísicas», Tº 2, pág. 394, Astrea, 2009).

La parte actora (a través de su representante legal), refiere que ante el fallecimiento de la madre de V [REDACTED] ha de presumirse el rubro, aludiendo a la importancia de la figura materna, dejando su ausencia profundas marcas en la personalidad del menor, estimándolo en la suma de \$150.000, sin perjuicio de lo que fije SS, con más intereses.

Considero conforme autorizada doctrina, que no es indispensable probar el dolor experimentado por la muerte de un hijo, pues tal daño se infiere por vía inductiva (conf., Pizarro, Ramón D., Daño moral, Bs. As., Hammurabi, 1996, pág. 563 y sgtes.). *"La reparación «integral» del daño moral no puede resolverse sino en términos de aproximación, tanto desde la perspectiva del daño mismo, como desde la perspectiva de la indemnización, pues el monto que se fije no puede*

representar ni traducir el perjuicio ni sustituirlo por un equivalente" (Zavala de González, Matilde, Cuánto por daño moral, LL, 1998-E-1061; Peyrano, Jorge W., De la tarificación judicial 'iuris tantum' del daño moral, JA, 1993-I-880).

En lo concerniente a la fijación del daño extrapatrimonial, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, y la entidad del sufrimiento causado (de particular importancia en este caso), que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (conf. CSJN n° 329:3403).

En tal sentido, y frente a las circunstancias fácticas del presente caso, relacionadas con el fallecimiento de la progenitor del accionante, considero que no es dable requerir mayores pruebas para acreditar la existencia de dicho daño, pues el mismo deriva naturalmente de los propios padecimientos del demandante (aún menor de edad), en tanto no puede ser puesto en duda que necesariamente la circunstancia de la ausencia materna, hubo de causarle angustias e incertidumbres, lo cual importa un significativo detrimento a ser atendido en este rubro moral.

En cuanto a su cuantificación, *"aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata 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. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. 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" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/4/2011, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, pág. 261, con nota de Jorge Mario Galdós).

Entiendo que el daño extrapatrimonial puede ponderarse en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen goce, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (conf. GALDÓS, Jorge M., "Breve apostilla sobre el daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional", RCyS, noviembre de 2011, pág. 259).

En ese sentido, el art. 1.741 in fine del CCyC establece que *"el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas"*.

En los términos referidos por la normativa citada, la suma a otorgar debe ser meritada a modo de satisfacciones sustitutivas y compensatorias que el dinero puede desempeñar en casos como el de autos, con la complejidad que eso implica; a tales fines he de tomar como pauta sustitutiva el valor del UHON (a fin de no caer en un monto arbitrario) a la fecha en que se practique la liquidación (que de ese modo, puede explicarse la sustitución y la compensación que puede desempeñar la indemnización, con todas las salvedades que ese dolor de los padres debe significar).

En efecto, si bien la parte actora lo cuantificó en la suma de \$150.000 en la demanda, lo cierto es que lo dejó librado a fijación judicial, por lo que tratándose de una deuda de valor (772 CCyC), estimo el rubro a una pauta cuantificatoria meritada como de equilibrio entre la entidad del daño y el monto a

conceder al momento del dictado éste fallo.

Por lo que de conformidad con lo establecido por el artículo 1741 y cc. del Código Civil y Comercial de la Nación, así como el artículo 157 del CPCC (aplicable por remisión del art. 77 inc. 1º del CCA), acudiendo como pauta sustitutiva y compensatoria al UHON que se aplica en la ley arancelaria n° 3371 para los honorarios de abogados, calculo el rubro en el equivalente a 300 UHON.

En consecuencia, siendo el valor del UHOM a la fecha de \$10.456, el rubro procede por la suma de \$3.136.800 a la fecha de esta Sentencia.

Aclaración: atento que se ha calculado el rubro "lucro cesante" sobre la base del SMV a la fecha y el daño extrapatrimonial sobre la base del UHOM también a la fecha, en caso de existir variación (tanto el SMVM como del valor del UHOM) al momento en que la presente adquiera firmeza, deberá presentarse nueva liquidación actualizada.

Costas y honorarios:

Atento como se resuelve la cuestión, las costas (tanto por las excepciones como por la pretensión principal), son impuestas a la demandada perdedora, conforme principio objetivo de la derrota (art. 62 CPCC).

Asimismo regulo separadamente los honorarios concernientes a las excepciones interpuestas y el relativo al reclamo principal (art. 48 Ley 3371); y para su cuantificación, estimo la importancia de los trabajos profesionales vislumbrado en autos en las distintas etapas, el mérito de su labor, diligencia en las pruebas realizadas y el resultado obtenido.

Por todo lo expuesto:

FALLO.

1.- Rechazar las defensas de prescripción y falta de legitimación activa, imponiendo las costas al Estado Provincial perdedor (art. 62 CPCC), regulando

los honorarios de los Dres. Marcelo Petrelli y Alejandra Castro Wachs en forma conjunta en el 5%, y los de los Dres. José Alejandro Vanini, Romina Schmidt y Raúl Taverna en forma conjunta el 3,5% (art. 48 ley 3371); en ambos casos sobre la base del monto por el cual prospera la demanda, debiendo abonarse dentro del plazo establecido en el punto 2.

2.- Hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por M [REDACTED] S [REDACTED] R [REDACTED], en nombre y representación de T [REDACTED] V [REDACTED] T [REDACTED], condenando a la Provincia de La Pampa a que pague al primero la suma dispuesta en los considerandos, la que deberá ser abonada dentro del plazo dispuesto por la Ley n° 1745, conforme los fundamentos y aclaración (en cuanto al monto) allí vertidos.

3.- Imponer las costas por lo dispuesto en el punto 2 a la Provincia de La Pampa, regulándose los honorarios profesionales de los Dres. Marcelo Petrelli y Alejandra Castro Wachs en forma conjunta en el 17,4%, y los de los Dres. José Alejandro Vanini, Romina B. Schmidt y Raúl Taverna en forma conjunta en el 7%; en ambos supuestos del monto por el cual prospera la demanda, con más el IVA de corresponder (arts. 12, 17, 18, 20, 25, 26 ss y cc Ley n° 3371). Los honorarios deberán ser pagados dentro del plazo dispuesto en el punto 2.

4.- Recomendar en los términos del art. 1711 y CC del CCyC, en carácter de mandato preventivo, al Poder Ejecutivo Provincial, como representante legal de las demandas de este tipo (a través del Procurador Provincial), para que en lo sucesivo, y en casos como el presente (donde se reclama indemnizaciones pecuniarias producto de error estatal y cuyas consecuencias derivaron en un femicidio en situación de violencia de género), acudir a herramientas jurídicas adecuadas a su alcance, para posibilitar en la medida de lo posible, una pronta solución del daño a sus hijos menores de edad, por existir normativa y jurisprudencia nacional e internacional que así lo impone.

5.- Firme, procédase a la devolución de las causas requeridas *add effectum videndi et probandi* a los respectivos órganos donde se encuentren radicadas.

5.- REGISTRESE Y NOTIFIQUESE.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a long, sweeping horizontal stroke followed by a smaller, more complex flourish.

Pedro A. CAMPOS

Juez