



Expte. 9554.

(RGE:NE-710-2011 )

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial-Necochea

**Expte. 9554; Reg 44 (s) del 29/5/2014**

En la ciudad de Necochea, a los días del mes mayo de dos mil catorce, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: “**A...., J... S... c/Poder Judicial y ot. s/Daños y perjuicios**”, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y el art. 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Doctores Oscar Alfredo Capalbo, Fabián Marcelo Loiza y Humberto Armando Garate, habiendo cesado en sus funciones el Dr. Garate (Decreto nº 200 del 13 de mayo de 2013.)

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

### **C U E S T I O N E S**

1a ¿Es justa la sentencia de fs. 298/305?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde?

### **A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ**

#### **DOCTOR CAPALBO DIJO:**

I) Conforme surge de las constancias de autos a fs. 298/305 el Sr. Juez de grado dictó sentencia en la que resolvió: 1) Hacer lugar a la demanda promovida por J... S... A... contra Mónica Patricia Juárez y el Fisco de la Provincia de Buenos Aires sobre daños y perjuicios; II) Condenar



Expte. 9554.

a los demandados a pagar al actor la suma de pesos treinta y siete mil doscientos (\$37.200), con más los intereses que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósitos a treinta días, desde la mora y hasta su efectivo pago; III) Imponer las costas a los demandados vencidos; IV) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad en que se apruebe la liquidación correspondiente.

Contra dicho pronunciamiento a fs. 306, 310/vta. y 312 interponen recurso de apelación el actor, la codemandada M... P... J.... y la Fiscalía de Estado, obrando sus agravios a fs. 341/346, 347/368 y 369/378 respectivamente.

II) 1. Agravios del actor:

1.1. En su primer agravio critica el actor el monto establecido en concepto de daño moral, debido a la exigüidad del mismo.

Aduce que “a fin de merituar los perjuicios y el daño ocasionado al suscripto es dable recordar que no sólo sufrí la pérdida de mi hijo de forma abrupta y violenta sino que no obstante ello, me fue arrebatada la posibilidad de acudir al cementerio a rendirle tributo a mi hijo.”

Destaca que “al fijarse el monto indemnizatorio definitivo se deberá tener especialmente en cuenta la pericia psicológica practicada en autos, la cual no recibió impugnación alguna por las partes intervinientes.”

Expresa que “de la pericia surge que debido al hecho motivo de autos, el suscripto deberá efectuar ‘tratamiento psicológico y psiquiátrico’ y que ‘los síntomas de ansiedad se muestran agravados por el hecho’.”



Expte. 9554.

Concluye señalando: “el dolor, el sufrimiento y el grave daño ocasionado al suscripto, no cesará, en cuanto me veré privado de por vida en rendirle culto a mi hijo. Considero que el monto establecido en concepto de resarcimiento por daño moral es exigió teniendo en cuenta la gravedad del daño padecido y que el mismo debe elevarse al estimado por tal concepto en el escrito de demanda; es decir, a la suma de PESOS DOSCIENTOS MIL (\$200.000).

1.2. Respecto del daño psicológico estimado en la instancia en la suma de pesos siete mil doscientos (\$7.200) estima el recurrente que el sentenciante “ha valorado arbitrariamente la prueba producida en esta litis e incurrido en absurdo, debido a que ha infringido las reglas elementales de la sana crítica.”

Señala que “cuando la víctima –como en el caso de autos- resulta disminuida en su aptitud psíquica y esa disminución es parcial y permanente, la misma debe ser objeto de reparación –independientemente de lo que corresponda por su incidencia en la actividad productiva del sujeto o por el daño moral- puesto que ello en sí mismo posee valor indemnizable.”

Aduce que “el daño ocasionado al suscripto por la cremación del cuerpo de mi hijo me acarreó una disminución de mis aptitudes y facultades; se me desencadenó una depresión reactiva que se observa en todos los aspectos de mi vida; repercutió en mis relaciones interpersonales y lo hará –sin lugar a dudas- en el futuro en mi vida familiar y laboral; incidió en mi estructura anímica; etc.”



Expte. 9554.

Expresa que “el señor Juez a quo ratifica lo manifestado por la perito psicóloga al manifestar en la sentencia recurrida que los síntomas sufridos por el suscripto deberán ser atenuados por un tratamiento psicológico y psiquiátrico, sin embargo al meritar económicamente el monto a resarcir, omite incluir ambos tratamientos (psiquiátrico y psicológico).”

Es decir -añade el recurrente- “debió efectuar el cálculo de la siguiente manera, una sesión psicológica y una sesión psiquiátrica por semana durante un año, son 96 sesiones a un valor cada una de \$150, da como resultado la suma de PESOS CATORCE MIL CUATROCIENTOS (\$14.400), para el tratamiento psicológico y psiquiátrico. A dicho monto, que comprende solamente el tratamiento psicológico y psiquiátrico, se le deberá adunar el daño psíquico efectivamente sufrido y que sufriré durante toda mi vida, el cual ha quedado fehacientemente acreditado con la pericia psicológica.”

Solicita en consecuencia, se proceda a elevar el monto establecido en concepto de daño psicológico, conforme los parámetros indicados precedentemente y la estimación efectuada en el escrito de demanda (\$90.000).”

## 2. Agravios de la codemanda M... P... J.....:

2.1. En su primer agravio señala la recurrente que “el a quo al fundamentar la responsabilidad de la suscripta ha dejado de lado principios generales del derecho que dan respuesta en forma clara y precisa a este hecho en concreto y que llevan a la conclusión inequívoca de que no ha



Expte. 9554.

existido antijuridicidad alguna en mi obrar que pueda conllevar consecuencia jurídica en mi contra, como asimismo, también ha ‘confundido’ en forma clara y evidente los términos reducción por cremación a la cremación del cuerpo propiamente dicha, generándole en consecuencia una interpretación errónea en lo que respecta a la aplicación del articulado de la Ordenanza Municipal Nro. 4629/01 que regula este tipo de situaciones.”

Destaca que “no se han dado los presupuestos de una responsabilidad civil imputable a la suscripta, toda vez que no ha existido antijuridicidad, en los términos del art. 1066 del Código Civil, atento que la ley no prohíbe expresamente reducir por cremación los restos de una persona, puesto que es una acto personalísimo que no reviste el carácter de ilegítimo.”

Señala que “la acción instaurada por el Sr. J... S... A... no es procedente y debió ser rechazada por el Juez de grado en razón de que: a) no ha tenido lugar un accionar antijurídico de la suscripta; b) no han tenido lugar los daños y perjuicios invocados por el actor en su demanda, como asimismo tampoco ha podido demostrar el alcance de los mismos debido a la orfandad probatoria evidenciada en las probanzas rendidas en las presentes actuaciones, que sella en forma lapidaria la suerte de su reclamo.”

Expresa que “ante la ausencia de normativa de fondo que regule la reducción por cremación del cuerpo, la cuestión debe zanjarse por el art.19 de la Constitución Nacional, leyes análogas y principios generales del derecho, lo cual se encuentra íntimamente relacionado con lo expresado



Expte. 9554.

precedentemente en lo que respecta a los requisitos necesarios para lograr una responsabilidad civil que genere un daño que deba ser resarcido.”

Reitera que “no existe normativa de fondo que regule esta cuestión, pero no obstante ello, si contamos con una normativa a nivel local, como es la Ordenanza Municipal Nro. 4329/01”, y que “no se ha violado en absoluto la misma, sino muy por el contrario se han respetado todos y cada unos de los pasos legales indicados a los fines de poder llegar a la reducción por cremación de los restos de mi hijo.”

Sostiene que “la reducción por cremación de un cadáver no está prohibida por ninguna norma legal, pero sin embargo y pese a ello, la suscripta sometió la decisión a una autorización judicial”, y que como consecuencia del pedido “el Dr. E... F..., Instructor Judicial de la Fiscalía (...) el día 27 de febrero de 2009, hizo lugar al pedido ut supra señalado y ordenó el libramiento de un oficio dirigido al cementerio parque ‘Las Acacias’, de la ciudad de Necochea, autorizando la reducción por cremación de los restos de quien en vida fuera A..., J... C.... DNI 30.519.551, basándose en lo normado en la Ordenanza Municipal N° 4629/01, haciendo expresa significación en lo normado en los arts. 16 y 22 de la misma, según constancias de fs. 128 de la mencionada causa penal.”

Destaca la recurrente que “en la causa penal señalada precedentemente, el actor se encontraba presentado en su carácter de particular damnificado”, por lo que “conocía perfectamente de la existencia



Expte. 9554.

del pedido realizado por la suscripta, no habiéndose opuesto en ningún momento a tal requisitoria.”

Reitera luego que “es evidente la confusión del a quo en el tratamiento del asunto, toda vez que su yerro radica en que ha confundido los términos reducción por cremación y cremación del cuerpo propiamente dicha, siendo dichas cuestiones diametralmente opuestas y que generan responsabilidades distintas, haciendo caer en consecuencia la aplicación del art. 25 de la citada ordenanza, basamento único del Juez de grado a los fines de imputarle la responsabilidad a la suscripta, para dar lugar a la aplicación del art. 5, 18, 22 y 23 de la citada normativa legal.”

Sostiene luego que “la suscripta no ha omitido ‘aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que corresponden a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (artículo 512 del Código Civil) puesto que ha quedado demostrado acabadamente en las presentes actuaciones que he sido diligente en mi accionar, ajustándome a derecho y arbitrando los medios necesarios a los fines de cumplimentar con la voluntad de mi hijo de ser cremado, acudiendo a la justicia penal a los fines de obtener la debida autorización a tales fines.”

Concluye su agravio señalando que “la acción llevada a cabo por la suscripta en lo que respecta a la reducción por cremación del cuerpo de mi hijo, queda amparado y legitimado por el art. 19 de la Constitución Nacional y por la autorización otorgada por un funcionario judicial, lo cual no puede constituir como ilícito ningún acto’ (art. 1071 del Código Civil), atento



Expte. 9554.

encontrarse amparada por la Ordenanza Municipal Nro. 4629/01, y en consecuencia, no puede ser tenido como configurativo de uno de los presupuestos necesarios e indispensables para que exista responsabilidad civil: la antijuridicidad.”

Solicita en consecuencia se haga lugar al agravio, “revocándose parte de la sentencia atacada, determinándose que no ha existido responsabilidad alguna de la suscripta en lo que respecta a la reducción por cremación de los restos de quien en vida fuera mi hijo Jorge Carlos Argel.”

2.2. Sostiene en su segundo agravio que “no han tenido lugar, como asimismo tampoco han quedado acreditados los daños y perjuicios invocados por el actor en su demanda, debido a la orfandad probatoria que es a todas luces clara y evidente y surge sin mayor hesitación del análisis de las pruebas rendidas en estas actuaciones.”

Aduce que “el actor no precisó, no acreditó ni probó en forma acabada, detallada y pormenorizada ‘los sucesos acaecidos’ (hipotético acto ilícito), como así tampoco las ‘consecuencias’ (presuntos daños y perjuicios) derivadas de los primeros, el ‘alcance y estimación de estas últimas (valuación de los supuestos daños y perjuicios) y la relación de causalidad adecuada entre los primeros y las segundas.”

Añade que “el accionante no acreditó los extremos en que funda su reclamo, que debieron ser probados fehacientemente” ya que “la pericia psicológica a la que hace mención el Juez de grado, en solo dos





Expte. 9554.

renglones sucintos expresa textualmente que ‘La estructura de base del peritado es neurótica con ansiedad generalizada’; ‘Actualmente los síntomas de ansiedad se muestran agravados por el hecho de este auto caratulado’ (sic), no existiendo otro punto de interés en la misma, y aunque suene ilógico ha sido el único elemento probatorio suficiente para el ‘a quo’, a los fines de dar por acreditados los daños y perjuicios invocados, denotando una orfandad probatoria por demás llamativa.”

Resalta asimismo que “es importante hacer un análisis del resto de las pruebas producidas en las presentes actuaciones, toda vez que ‘el a quo’ no ha hecho ni somera mención a las mismas, léase declaraciones testimoniales, confesionales, etc., no tomando en cuenta las mismas al momento de crear su sana crítica y proceder a su posterior sentencia.”

Sin perjuicio de ello, y para el caso en que entendiera que han tenido lugar los daños y perjuicios invocados por la accionante, expresa la recurrente que “ellos no implican ni son responsabilidad de la suscripta, toda vez que respecto de ellos no han tenido lugar los restantes presupuestos de la responsabilidad civil.”

Así, sostiene que no ha habido nexo causal entre un hipotético accionar y los hipotéticos daños y perjuicios invocados y no ha habido culpa o dolo.

2.3. Seguidamente cuestiona el acogimiento del rubro daño moral. Expresa la recurrente que en la sentencia “se ha plasmado una



Expte. 9554.

incorrecta evaluación de los elementos probatorios acumulados en el juicio desatendiendo la verdad jurídica objetiva.”

Sostiene que “no ha sido probado en autos que haya representado un daño moral en la persona del actor el hecho de que se haya reducido por cremación los restos del cuerpo de su hijo, cuando en realidad lo que ocurrió fue que toda su vida se ha desentendido del mismo, no colaborando jamás en la crianza y menos en la manutención de quien en vida fuese nuestro hijo, pretendiendo ahora lucrar con la muerte del mismo, aduciendo sentir un falso dolor porque ya no puede ir al cementerio a ponerle flores a su hijo, denotando un maquiavelismo por demás llamativo.”

Solicita en consecuencia “se rechace el presente rubro, entendiendo que en el supuesto y remoto caso de admitírsele en alguna medida, el quantum de la indemnización en modo alguno puede siquiera, acercarse a la desmedida suma reclamada, que sin lugar a dudas sería pasible de un pedido de plus petición inexcusable.”

2.4. Respecto del daño psicológico, rubro que fuera fijado en la instancia en la suma de pesos siete mil doscientos (\$7.200), expresa la recurrente que “el Juez de grado ha tomado únicamente a la pericia psicológica como elemento probatorio bastante a los fines de hacer lugar el reclamo por daño psicológico”.

Aduce que “la escueta pericia psicológica que sólo arrojó como resultado lo reseñado en el agravio que antecede, ha sido el único elemento probatorio suficiente a los fines de crear la convicción en el sentencia de



Expte. 9554.

grado a los fines de dictar la resolución en crisis, la cual adolece de deficiencias jurídicas insalvables, siendo ostensible la orfandad probatoria rendida en autos que hacen que sea imposible la prosperación de la demanda.”

Añade que “el daño psicológico no es independiente del daño patrimonial y el moral que pueda padecer la víctima”, afirmando que “tanto las lesiones psíquicas como las físicas están comprendidas por el concepto más amplio de ‘incapacidad’ entendida ésta como la pérdida o aminoración de las potencialidades psicofísicas del afectado.”

Sostiene que “a la hora de cuantificar el resarcimiento, la incidencia del daño físico o psíquico será mayor, menor y hasta excluyente pero, siempre procederá una sola indemnización dado que partimos del presupuesto de que de lo que se trata es de reparar el daño provocado a la ‘integridad psicofísica’ de la persona.”

Por último, formula reserva del caso federal.

### 3. Agravios de la Fiscalía de Estado:

3.1. En primer término se agravia el recurrente en cuanto “la sentencia responsabiliza a la Provincia de Buenos Aires, al considerar que omite constatar los recaudos exigidos por la Ordenanza Municipal Nro. 4629/01 al otorgar la autorización en al causa penal nro. 45.950 a la Sra. M... P... J... -progenitora del joven fallecido- para la exhumación del cadáver que posteriormente fuera cremado.”



Expte. 9554.

Sostiene que “el sentenciante en el considerando III indica que no se dio cumplimiento al art. 25 de la normativa y consiguientemente existió una omisión imputable a la Provincia de Buenos Aires”.

Que “de acuerdo a la normativa específica y de acuerdo a lo sostenido, ante el tipo especie de la solicitud no resulta aplicable el art. 25 de la ordenanza.”

Expresa que “nos encontramos en presencia de una reducción por cremación y no como erróneamente se habla en toda la sentencia de cremación, según técnicamente lo indica la normativa aplicable” y que consecuentemente resulta aplicable el art. 26 de dicha ordenanza.”

Alega que para formular tal petición no se requiere más que demostrar ser un deudo cercano cualquiera, (en singular dice el texto de la norma) o persona autorizada. Y en el caso de autos, fue la progenitora Sra. Suárez, quien solicita ante la Unidad Fiscal Departamental la petición y además resulta persona autorizada por la UFI interviniente en la causa por homicidio culposo del hijo del actor.”

Consecuentemente, concluye el recurrente, “con la autorización de exhumación no se ha violado el derecho subjetivo del actor, y la sentencia debe ser revocada en lo que hace a la responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires.”

3.2. Se agravia seguidamente del auto recurrido “en cuanto sostiene en el considerando IV que trata específicamente sobre la responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires, que existió error o por lo



Expte. 9554.

menos 'ligereza' culpable en la autorización otorgada a la progenitora por parte del Fiscal G.... S....”

Indica que “el a quo hace responsable a la Provincia de Buenos Aires por entender acreditado la existencia de la omisión por parte del Poder Judicial en el cumplimiento de la Ordenanza Nro. 4629/01 y el razonable deber jurídico del Estado de haber cumplido el acto omitido citando el art. 1074 C.C. a tales fines.”

Sostiene al respecto que “no corresponde acudir a la aplicación de este artículo, ya que tal como lo tiene reconocido la Corte se debe analizar la responsabilidad del Estado desde el punto de vista de la falta de servicio”; la que –añade luego- “no se encuentra acreditada en estos autos ni debidamente probada. Consecuentemente yerra el sentenciante al no analizar la cuestión desde la perspectiva del art. 1112 del CC.”

Expresa asimismo que “para que exista responsabilidad del estado por su actividad jurisdiccional debe probarse y declararse en sentencia cuáles concretamente son los actos judiciales tachados de ilegítimos o ilícitos. Hecho que no se verifica en autos.”

Señala que “bajo ninguna circunstancia ha existido un actuar con 'ligereza' como indica el 'a quo' para endilgar responsabilidad a esta parte, ya que no existe error del funcionario judicial, cuando se alega como defecto de actuación la supresión del dictado de la resolución, para luego incorporarlo en el oficio judicial.”



Expte. 9554.

Agrega: “No hay norma jurídica que así lo establezca ni siquiera la menciona el accionante, por el contrario, es propio de la investigación penal preparatoria, por aplicación del los arts. 275 y 284 del Cód. Procesal Penal.”

“Precisamente, lo ocurrido en la IPP demuestra un desapego al formalismo en este sentido, y una muestra del principio de celeridad y economía procesal que, por cierto, no implica deficiencia en la prestación del servicio jurisdiccional, sin todo lo contrario.”

Y concluye: “No existe la responsabilidad endilgada por no encontrar los requisitos indispensables que exige nuestra más destacada doctrina en la materia.”

A mayor abundamiento destaca que “tampoco podría responsabilizarse al Estado por su actividad lícita, pues los actos judiciales son ajenos por su naturaleza a este tipo de resarcimiento.”

Finalmente señala que “eventualmente de haber existido alguna irregularidad de parte de la Provincia de Buenos Aires, ésta no operó como causa adecuada del daño (art. 901/906 CC) puesto que el hecho de reclamar la exhumación partió de la Sra. S..., progenitora de quien en vida fuera J... C... A..., quien expresamente se hace responsable de su petición y conocía de la existencia del aquí actor -su ex cónyuge y padre del occiso-.”

Por todo lo expuesto, “no acreditados los presupuestos ineludibles para que prospere la denominada responsabilidad por daño por error judicial, y no tratándose de un caso de falta de servicio, la sentencia



Expte. 9554.

debe ser revocada y rechazarse la demanda en cuanto a la existencia de responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires.”

3.3. Critica en su tercer agravio el acogimiento del rubro daño moral en la suma de pesos treinta mil.

Señala al respecto que “no existe un elemento probatorio con suficiente sustancialidad para que el mismo sea procedente y por lo tanto el rubro debe ser desestimado.” Y que “es necesario demostrar que el ilícito denunciado ha afectado al fuero íntimo del damnificado alterando sus afectos o su honor y con una significancia tal que repercute de alguna forma en su vida actual, todo lo cual no ha acontecido en autos”, por lo que solicita el rechazo de la indemnización en concepto de daño moral.”

4. Se queda seguidamente del progreso en la instancia del rubro psicológico, fijado en la suma de pesos siete mil doscientos.

Expresa que “corresponde que se tenga presente que en los casos de error judicial donde no existen bienes en juego, correspondería sólo la indemnización del rubro daño moral, no correspondiendo en consecuencia ningún tipo de resarcimiento por el daño psicológico, el cual como fuera señalado anteriormente se encontraría comprendido dentro del rubro de daño moral en caso de ser probado el mismo.”

Solicita en consecuencia se rechace el rubro por improcedente.

Por último formula reserva del caso federal.



Expte. 9554.

III) Cabe en primer lugar analizar los agravios vertidos por la Provincia en lo concerniente a su responsabilidad frente al reclamo efectuado.

Para ello ha de considerarse de manera liminar el sentido y la finalidad de lo actuado por el Ministerio Público Fiscal con relación al hecho que se constituye en causa de la pretensión.

Pero aún antes, debe afirmarse que autorizar una cremación es sustancialmente distinto a disponerla. Así se aclara, porque el actor al fundar su pretensión se desliza de una premisa a otra sin solución de continuidad y afirmando: "...Podrá apreciar V.S. que el daño ocasionado al suscripto se genera al disponer sin fundamento alguno, sin el dictado de la resolución judicial pertinente, y con el solo libramiento del oficio dirigido al Cementerio Parque 'Las Acacias' la cremación del cadáver de quien en vida fuera J... C... A... (DNI N° 30.519.551) según constancias de la causa penal caratulada IPP N° 45950 "S/HOMICIDIO CULPOSO VICTIMA: A..., J... C...", de trámite por ante la Unidad Fiscal de Instrucción N° 3." (f. 29vta.).

Más allá de ello, ha de analizarse si el oficio obrante a f. 128 de la referida IPP, que textualmente reza: "Necochea, 27 de Febrero del 2009. SR. TITULAR CEMENTERIO PARQUE "LAS ACACIAS" NECOCHEA S/D. Tengo el agrado de dirigirme a Ud., en la por disposición del Sr. Agente Fiscal, Dr. G... S..., en IPP N° 45950/06 actuaciones caratuladas "S/HOMICIDIO CULPOSO VICT: A... J... C..." de trámite por ante la Unidad Fiscal de Instrucción N° 3, instrucción a mi cargo, a efectos de





Expte. 9554.

AUTORIZARLO a realizar la cremación del cadáver de quien en vida fuera A... J... C... DNI n° 30.519.551 (art. 16 y 22 Ordenanza n° 4629/01). Saluda a Ud. atentamente Firmado: Dr. E... F... Instructor Judicial. M.P.F.N.”, resultó ser causa eficiente del hecho antes aludido. Es por eso que debe encuadrarse la actividad fiscal en su debido marco para luego dar respuesta a ese análisis.

Así, el art. 267 del CPP dispone que la investigación penal preparatoria estará a cargo del Ministerio Público Fiscal, según las disposiciones de la ley y la reglamentación que se dicte, debiendo el Fiscal proceder directa e inmediatamente a la investigación de los hechos que aparezcan cometidos en la circunscripción judicial de su competencia.

Y en lo que nos concierne, el art. 266 del mismo ordenamiento dispone que la investigación penal preparatoria tendrá por finalidad: 1° comprobar, mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad, si existe un hecho delictuoso.

Es dentro de ese marco de actuación que ese Ministerio Público resulta titular de un conjunto de atribuciones.

Ciñéndonos a aquellas que ahora nos convocan acudiremos a Clariá Olmedo a quien seguimos en el punto (Tratado de Derecho procesal penal, T. V, La actividad procesal, Rubinzal Culzoni editores, capítulo quinto).

Dicho autor, con la sapiencia que lo caracteriza y al tratar la actividad coercitiva, enseña que la misma “se integra por una variedad de



Expte. 9554.

actos independientes regulados por la ley procesal, que tienden a asegurar la efectiva satisfacción del resultado del proceso en cada una de sus fases fundamentales, evitando el daño jurídico que podría sobrevenir si no se alcanzan los fines perseguidos. El orden jurídico destruido ante la imputación de un supuesto hecho delictuoso, se reconstruye mediante la efectiva actuación de la ley, en función de la verdad adquirida a través del proceso cognoscitivo. Estos fines difícilmente podrían ser alcanzados si no se aseguran en momento oportuno los elementos indispensables que necesaria o eventualmente han de servir para la materialización de aquellos. En otras palabras la efectiva realización del derecho por la vía jurisdiccional exige que pueda llegarse a una condena posible fundada en la verdad de los hechos que constituyen el objeto procesal, y a la completa ejecución de esa posible condena o de la ya impuesta, para alcanzar el agotamiento en la actuación del derecho sustancial. A asegurar este agotamiento, que implica el efectivo imperio de la ley, tienden todas las medidas coercitivas reguladas por los códigos procesales, sea para adquirir y hacer eficaz la prueba a rendirse, para impedir la detención del proceso, o para que se cumpla la pena tanto privativa de la libertad como económica y otras condenas (civil, costas, etc.), ya impuesta o que podrían imponerse.”

Y continúa: “La satisfacción de ese propósito de prevenir un futuro daño jurídico requiere que las personas, cosas u otros elementos necesarios para el proceso sean conseguidos, conservados y custodiados



Expte. 9554.

hasta tanto cumplan la función para la que están destinados.” (págs. 207/208).

Al analizar los caracteres de estas medidas y en lo que interesa, señala que son provisionales y en algunos casos, dicha “provisoriedad depende de la satisfacción del fin previsto, como ocurre con las cosas secuestradas que dejan de constituir elementos necesarios o útiles para el proceso.” (pág. 210).

Es por ello que como expresa “Deben ordenarse, cumplirse y mantenerse, dentro de los límites de la estricta necesidad, vale decir: sus efectos cautelares no deben exceder la finalidad perseguida por la ley, y ésta, a su vez, no debe conculcar las garantías constitucionales emanadas de los principios de libertad y propiedad.” (pág. 212).

El autor citado luego de analizar los medios coercitivos personales estudia los medios coercitivos reales. Y es en ellos en los que nos detendremos. Concretamente observa que “el Secuestro es la medida coercitiva principal de mayor trascendencia para la adquisición de la prueba material en el proceso.” Y agrega: “Implica, por tanto, una limitación al derecho y uso y goce de los bienes para proveer a las necesidades probatorias.” (pág. 387).

Y al enunciar su objeto explica que “Nuestras leyes son amplias en cuanto a la determinación del objeto de secuestro. Comprenden las ‘cosas’ como expresión genérica de materialidad cualquiera sea su naturaleza o significación, y sin tener en cuenta su situación o afectación



Expte. 9554.

jurídica, lugar donde se encuentren, valor económico u otras circunstancias semejantes.” Y seguidamente aclara: “El hombre es objeto de captura y no de secuestro; pero puede secuestrarse su cadáver y los restos o fracciones inertes del cuerpo humano.” (págs. 391/392).

Por último, al considerar lo que atañe a su conservación y cese, y en lo que concierne a éste último, expone: “Cuando el secuestro se efectuó al solo efecto probatorio, su cesación definitiva puede producirse en cualquier estado del proceso, siempre que la medida haya cumplido su finalidad, vale decir cuando ya no sea necesaria a los fines de la investigación. En tal caso, como regla, el objeto deberá ser devuelto por el juez penal a la persona de cuyo poder se secuestró. Pero si se suscitare controversia sobre la restitución o la forma de ella, el juez penal la mantendrá retenida hasta tanto la cuestión sea resuelta por la jurisdicción civil, donde deberán ocurrir los interesados a dilucidarla.” (pág. 397).

En el caso, la medida cautelar que tuvo vigencia y no por acto expreso del Ministerio Público sino por actuación de la ley (conf. ley 10.072/83 entonces vigente, arts. 8 y 28 y dec. Nac. 8.204/63, art. 61) – obsérvese que aún por entonces no había entrado en vigor la ley 14.078-), fue una de menor intensidad, la indisponibilidad transitoria de los restos corpóreos que se mantuvo mientras ésta se consideró útil para la investigación penal preparatoria.

En dicho procedimiento no se vislumbra que se haya suscitado controversia alguna y si bien el oficio ya aludido debió solamente expresar



Expte. 9554.

que los restos ya no eran útiles para la investigación, en demasía y motivado por el pedido de la madre obrante a f. 127, se autorizó la cremación solicitada.

Dicha expresión, si bien desafortunada, no puede tener la implicancia que quiere otorgarle el actor, habida cuenta que su alcance queda circunscripto a lo establecido en el entonces vigente en la provincia artículo 61 del dec. Nac. 8204/63: “Si del informe del médico o de otra circunstancia surgieran sospechas de que la muerte se hubiera producido como consecuencia de un delito, el Registro deberá dar aviso a la autoridad judicial o policial y no expedirá la licencia de inhumación, hasta que se le comunique por autoridad competente, haberse practicado las diligencias a que hubiere lugar.”.

Y en efecto, el actor se presenta en el trámite en dos oportunidades: A f. 78 “como particular damnificado en estas actuaciones, para promover posteriormente un juicio de daños y perjuicios contra quien resulte responsable del fallecimiento de mi hijo, hecho que dio motivo a la formación de la presente causa” y a fs. 80/85vta. a los fines de ofrecer prueba. En ningún momento, ni de esas presentaciones ni de otra alguna, se plantea controversia respecto del destino final del cadáver, ni desavenencia alguna que se ponga de relieve con relación a la progenitora. Cuando ésta, a la sazón, a f. 127 solicita autorización para proceder a cremar el cuerpo de su hijo, se otorga la referida autorización, que sin embargo no podía tener



Expte. 9554.

otra significación que poner de manifiesto, como ya se expresara, el desinterés fiscal en mantener la ya referida indisponibilidad.

Quiere decir entonces que lo que tuvo en miras el Ministerio Público Fiscal no fue sino aplicar lo dispuesto en el artículo 523 del CPP, sin que tuviera razones ni motivos para hacer uso de lo dispuesto en el artículo 524 del mismo ordenamiento, ya que transcurrido dos años y medio desde el inicio del procedimiento, y a pesar de ser parte el actor en el procedimiento penal, ningún pedido efectuó respecto de esos restos.

Apoya el argumento expuesto que tanto el cementerio municipal como el cementerio privado le otorgan nula vinculación al oficio ya citado resultando como único recaudo para proceder tanto al traslado como al posterior ingreso y cremación la declaración jurada de la progenitora que expresamente declara “Por la presente afirmo garantizo y certifico tener pleno derecho para solicitar el traslado de mi hijo en quien vida fuera A... J... C... para ser trasladado al Cementerio Las Acacias para su Cremación. Al mismo tiempo asumo todas las responsabilidades que por ello se deriven y eximo de toda responsabilidad al Cementerio de Quequén, frente a cualquier reclamo, presentación y/o acción legal de cualquier naturaleza o descripción, que suscite como resultado de este pedido.” (v. f. 273).

En similares términos obra la solicitud de traslado efectuada por el Cementerio Parque Las Acacias en la que consta la declaración jurada prestada por la progenitora y en la que dicha institución “certifica que el/la



Expte. 9554.

solicitante ha cumplimentado con todos los requisitos para poder dar ingreso en este Cementerio los restos citados.” (f. 263).

No de otra manera puede interpretarse lo acontecido. El Ministerio Público expresó su falta de interés respecto del cuerpo, el Instructor libró el oficio pertinente y el ente administrativo y el privado actuaron en consonancia con la voluntad de la progenitora, única quien se expresó en tal sentido asumiendo la disponibilidad del cuerpo.

Así, la solución que se propicia guarda por lo demás coherencia con lo dispuesto en el art. 25 de la ordenanza 4629/01.

Tornando a la legalidad de la actuación del Ministerio Público Fiscal el hecho de que no obre resolución escrita del Sr. Agente Fiscal nada le agrega ni le quita a la expresión de ese Ministerio, no controvertida, en cuanto a que el cadáver ya no resultaba útil para la instrucción y por lo demás, se ajusta, al parecer, a una práctica recibida. Así, Canosa-Rubio, en su “Manual para el instructor judicial y el investigador criminal”, expresa: “Finalizada la operación de autopsia, de haberse acreditado la identidad del cadáver y de existir familiares del mismo, debe entregarse formalmente el cuerpo a los familiares, a efectos de su inhumación conforme a las disposiciones vigentes en la materia. A continuación reseñamos la forma que usualmente se utiliza para tal diligencia” (pág. 212/214). Y presenta un modelo de acta que firman “compareciente, instructor y secretario”.

En ese orden de ideas, el oficio remitido al cementerio Las Acacias tampoco eximía a éste, ni se lo entendió así, de tener por cumplidos



Expte. 9554.

los recaudos necesarios de práctica para proceder a la cremación. Y éstos resultan ser, en definitiva, los comunes a cualquier acto de ese tipo con prescindencia de la ambigua “autorización fiscal” recibida.

Cabe observar por lo demás que no se atacó como ilegítima la orden verbal y en cuanto al contenido de ésta queda expresada en el mismo oficio de f. 128 de la IPP que en tal sentido goza del principio de legalidad con sus consiguientes efectos.

En cuanto a la atribución del Sr. Fiscal actuante para disponer el cese de la ya mentada indisponibilidad cabe remitirse al comentario que efectúa Irisarri al artículo 231 del CPP: “Órgano de la devolución. El artículo no explicita quién debe proceder a la devolución, si el Juez o el Fiscal. Si bien el art. 23, inc. 2, pareciera imponerle tal cometido al Juez de Garantías, el art. 226 regula que los efectos secuestrados serán inventariados y puestos bajo debida custodia, a disposición del Agente Fiscal (existe una oficina de efectos a cargo de las Fiscalías Generales departamentales). Entendemos que tanto los jueces como los fiscales pueden devolver los objetos secuestrados.” (Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, comentado, anotado y concordado, T. 1, pág. 464; íd. Bertolino, Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, pág. 423; ver asimismo art. 63 de la ley 12.061).

En síntesis, el Ministerio Público Fiscal actuó dentro del orden de sus atribuciones y el oficio librado por el Sr. Instructor en cumplimiento de lo dispuesto por el Agente Fiscal, no resultó ser causa adecuada respecto





Expte. 9554.

del efecto en que se sustenta la pretensión, esto es, la cremación de los restos mortales.

Pero si aún quisiera analizarse el caso desde la órbita de la actividad ilícita (art. 1112 del C.C.), como se ha señalado “Para que proceda la responsabilidad del Estado, debe mediar una relación de causalidad adecuada entre la acción y el daño, en tanto requisito ineludible, imprescindible e inexcusable. Dicha causalidad debe ser directa, efectiva y posible, con gravitación relevante, esencial y suficientemente demostrada o comprobada a la luz de las reglas existentes en la materia.” (SCJ Mendoza “García, Francisco c/Municipalidad, por daños”, cit. por Correa, José Luis, “Dilación indebida de los procedimientos penales”, LL 07/03/2012, 9, LL2012-B-122).

Siendo que por lo demás como se explicitará a continuación, la actuación no puede calificarse de incuestionablemente arbitraria o ilegítima (conf. SCBA, A 70213 S 22-5-2013, Juez SORIA (OP) JUBA sum. B4001071; CSJN, Fallos 318:1990; 321:1721; 325:1855; 327:1738; 328:2780; 329:3806; 333:273; 333:2353).

Como es doctrina legal de la Suprema Corte Provincial “Los presupuestos exigidos para hacer lugar a la indemnización en supuestos de responsabilidad del Estado por actividad ilícita son, según la doctrina de la C.S.J.N.: a) que medie un acto ilícito por parte de la Administración; b) que la actora haya sufrido un daño cierto y especial y c) que exista relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya



Expte. 9554.

reparación se persigue.”(B 58527 S 26-12-2012, Juez PETTIGIANI (MA), JUBA sum. B4000138)

IV) Ello sentado, cabe a esta altura abocarse a la responsabilidad de la codemandada M... P... J.....

Como señalan Highton-Lambois, la temática en examen no ha sido encuadrada legalmente en nuestro ordenamiento jurídico (“Quien dispone de nuestros cuerpos cuando morimos”, El Derecho, T. 136, págs. 97/105; pto. II in fine).

Sin embargo, como sostienen estos autores, “El culto de los muertos ha constituido siempre una constante en la historia de la humanidad. La razón de tal veneración subyace en los misterios del alma, y ya sea que pretendamos encontrarla en el miedo a la muerte o en la justificación de la vida, lo cierto es que a través de la historia, el hombre ha guardado siempre un respeto sagrado por la memoria de sus muertos.” (v. pto. I).

A pesar de ello, como refieren, “el derecho, una vez desvinculado de la religión, no se ha ocupado del tema, ya sea porque lo consideró sagrado, ya porque entendió que excedía del ámbito de la regulación legal. Por ello, la cuestión relativa al derecho de inhumación y custodia de los despojos mortales es un problema que, por no estar legislado, cae dentro de las previsiones del artículo 15 del cód. civ., no pudiendo escapar de la competencia de los jueces”.



Expte. 9554.

En principio, no es discutido en doctrina y jurisprudencia que toda persona goza del derecho personalísimo, caracterizado como verdadero derecho subjetivo, para disponer el destino ulterior de sus restos mortales (conf. Pierri Alfonsín, Milagros, “Los vínculos después de la muerte”, DFyP 2011 (septiembre), 273).

El problema se suscita cuando no existen disposiciones del causante relativas a su cadáver, y es en torno a la prioridad en el derecho de custodia de los restos mortales, que en la doctrina se han desarrollado dos teorías. La primera de ellas, subjetiva o de aproximación afectiva, fundamenta el derecho a sepultar al difunto en la mayor aproximación afectiva con el causante, independientemente del orden sucesorio (Pierre Alfonsín, artículo ya citado, pto. V).

La teoría objetiva en cambio, considera que “no habiendo manifestación alguna de voluntad, el derecho mejor sobre los restos mortales de una persona corresponde al cónyuge, en su defecto a los descendientes, y en defecto de éstos a los ascendientes, pasando en su caso a los colaterales.” (conf. Goldschmidt, “Mejor derecho sobre los restos mortales de una persona”, El Derecho, T. 28, págs. 691/697).

Es en este sentido que se ha expedido la jurisprudencia al establecer que la custodia del cadáver o restos de una persona corresponde por igual a quienes racional y objetivamente se encuentran en el mismo grado de afecto, que en un orden normal de cosas puede identificarse con los distintos grados de parentesco (conf. Cámara 1ª. de Apelaciones en lo



Expte. 9554.

Civil y Comercial de La Plata, Revista del Colegio de Abogados de dicha ciudad, V. 8, N 15, julio-dic, 1965, pp. 258/265; cit., por Pierri Alfonsín, Milagros, artículo ya citado).

A idéntica solución se arribaba también por la aplicación analógica de las leyes 21.541, modificada por la ley 23.464 (v. Highton-Lambois, op. cit. p. 104) y 24.193 de transplante de órganos, que en sus artículos 18 y 21, respectivamente, enumeraban el orden de familiares legitimados para disponer de órganos y material anatómico para su implante, regulando un orden prioritario y excluyente que legitimaba la decisión ante la ausencia de voluntad expresa del familiar fallecido.

Esos textos, otorgaban dicha legitimación a ambos progenitores, en caso que el fallecido no hubiera manifestado su voluntad disponiendo por lo demás que en caso de oposición de uno de ellos no se podía efectuar el procedimiento.

Sin embargo la ley 24.193 modificada por la ley 26.066, vigente al tiempo del hecho, ya no otorga legitimación a dichos parientes sino que lo que éstos podrán hacer es testificar acerca de la última voluntad del occiso (v. art. 21) y en caso de contradicción entre sus testimonios dispone que se podrá cumplir con la ablación de los órganos (art. 21 y 19 bis).

No obstante, esta solución no resulta aplicable a casos como el de autos.

En efecto, las leyes citadas tienen un indudable interés público en la realización de los trasplantes, mas cuando ese interés no se halla



Expte. 9554.

presente, la solución más ajustada es la del orden de parentesco del Código Civil y en ese caso la voluntad de quienes se encuentran en el mismo grado, debe ser concurrente (arts. 345, 347 y 352 del Código Civil).

De igual modo se concluye a partir del análisis y aplicación del art. 3568 del Código Civil al que alude el citado artículo de la Ordenanza Municipal Nro. 4629/01.

En efecto, ostentando ambos progenitores el mismo grado sucesorio, ninguno de ellos, separadamente, tiene un derecho preferencial para disponer de los restos mortales de su hijo.

Tornando al caso de autos, a fin de no considerarse vulnerado ese derecho, la progenitora debió haber acreditado que su hijo dejó instrucciones sobre la disposición de su cadáver, o en su defecto, que obtuvo la conformidad del padre. Sin embargo, ninguna de las dos afirmaciones, contradichas por el actor, fueron acreditadas.

En efecto, las declaraciones testimoniales rendidas en autos con las que la demandada intenta probar el primer extremo, fueron prestadas por testigos de oídas o meramente referenciales, y al no tener un conocimiento personal y directo del hecho sobre el que deponen, carecen de poder de convicción (art. 456 CPC).

Como tiene dicho la Suprema Corte de Justicia Provincial "la eficacia probatoria de estos "testigos de oídas" es sumamente restringida, desde que sólo acreditan haber escuchado un relato de boca ajena (arts. 384 y 456 del C.P.C.C.) (conf. SCBA, Ac 90993 S 5-4-2006, JUBA, sum.



Expte. 9554.

B28277); tanto más si –como en el caso- los testigos declaran que lo saben por comentarios de la propia demandada.

Así, la testigo Elda Benigna Cerecedo, al preguntársele ‘Cómo ha sido el procedimiento de cremación de los restos de J.. C... A...’ responde: “Que fue una decisión del fallecido el cual se lo había manifestado a la madre, y que lo sabe por la Señora J... que pidió permiso judicial para poder cremarlo.” (v. f. 236vta.).

En similares términos, y a idéntica pregunta el testigo Sebastián Antonio Stella depone: “Que cree que la mamá pidió autorización judicial para efectuar la cremación y porque era el deseo de su hijo” (v. f. 238vta.).

Por su parte, el Sr. Néstor Julio Romero, “al responde la primera repregunta –‘Si presenció el supuesto momento en que C... J... A... le pide ser cremado a la madre’, contesta: Que no, la madre se lo comentó, viajó con Jorgito a varias localidades y salió esa conversación y Jorgito le manifestó su intención de ser cremado y de que lo esparzan en el río.”(v. f. 240).

Como se anticipara, estos testimonios no logran formar convicción respecto de la expresión de voluntad que se intenta acreditar, conclusión que queda reforzada a poco de observar cómo los mismos testigos enlazan esa voluntad con el supuesto ‘permiso judicial’ para la cremación.



Expte. 9554.

De igual modo, tampoco se acreditó que el actor haya consentido la cremación (v. resp. a la décima posición, f. 191), lo que se corrobora con las declaraciones testimoniales que se transcriben a continuación.

Así la testigo Elda Benigna Cerecedo, al preguntársele 'Si la Sra. J... le transmitió al Sr. J... S... A... la voluntad de cremar los restos de su hijo en y caso afirmativo si sabe la respuesta al mismo' declara: "Que fue invitado al proceso de la cremación pero no fue." Seguidamente, al contestar la primera repregunta -'Si presenció el momento en que la Sra. J... le transmite la voluntad de cremación de su hijo al Sr. A...'- afirma: "Que no estuvo presente por que fue una charla íntima pero le consta que se le dio fecha y hora pero que no estuvo presente." (v. fs. 236vta./237).

Por su parte, el testigo Sebastián Antonio Stella sostiene que no le consta si la Sra. J... transmitió al Sr. A... la voluntad de cremar a su hijo (v. f. 238vta.) y el Sr. Néstor Julio Romero declara: "Que la primer instancia habló con el padre del chico el cual respondió hace lo que quieras o algo parecido, entonces ella quedó con dudas y decidió hablar con la hermana del padre quien era la madrina del nene también y le dijo que había hablado con el padre y le dijo volvé a comentárselo vos, que luego el dicente no tuvo otra información y se comenzó a realizar los trámites correspondientes a la cremación dentro de la justicia." (v. f. 239vta.).

En síntesis, ha de afirmarse que conforme nuestro ordenamiento jurídico la disposición de los restos mortales, cuando no media



Expte. 9554.

instrucción del causante, ha de dirimirse conforme las reglas del parentesco y el orden sucesorio y en caso de concurrir varios en el mismo grado, la decisión ha de tomarse de manera conjunta. Un proceder violatorio de ello ha de considerarse antijurídico.

Han de considerarse ahora los argumentos traídos por la demandada en su primer agravio en cuanto señala la “confusión del a quo en el tratamiento del asunto”, la que –aduce– “radica en que ha confundido los términos reducción por cremación y cremación del cuerpo propiamente dicha.”

Ahora bien, tal cuestión no fue introducida por el recurrente al contestar demanda (v. fs. 60/75) lo que obsta a su consideración.

En efecto, en el acápite pertinente (fs. 67/vta. en particular) con fundamento en el artículo 22 de la Ordenanza municipal citada, que expresamente reza: “Si el fallecimiento es a causa de un delito doloso o culposo y el mismo se encuentra en proceso judicial, deberá solicitarse al juez de la causa la respectiva autorización para proceder a la cremación”, sólo intenta su defensa, atribuyendo la responsabilidad en exclusividad al Ministerio Público Fiscal.

En efecto, la única defensa que articuló fue la siguiente: “Concretamente entiendo que, no existen responsables en este litigio **pero en caso de que V.S. entienda que hay alguno, sin dudas el único responsable es el Poder Judicial**, órgano éste, que autorizó la cremación del cuerpo de mi hijo, exonerando por lo tanto a la suscripta de cualquier tipo





Expte. 9554.

de responsabilidad jurídica al respecto.” (subrayado y en negrita en el original).

Y si bien es cierto que en el caso de un litisconsorcio facultativo pasivo, cuando las defensas opuestas revistan un carácter general o común, deben ser consideradas con relación a todos los litisconsortes, ello supone que la defensa deba ser tratada. En el caso, habiendo sido innecesario ingresar a la distinción que propuso la Fiscalía de Estado entre ‘cremación’ y ‘reducción por cremación’, el agravio que al respecto formula esta codemandada ya no puede ser atendido pues no integró su propio repertorio de defensas (arg. art. 88 CPC).

Lo contrario significaría una violación al principio de congruencia estatuido por el art. 34 inc. 4 del CPC y a la garantía del debido proceso consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional. Como señala Palacio “A las partes incumbe, en otras palabras, fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica (ne eat iudex ultra petita partium; iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet; sententia debet esse conformis libello) incurriendo en incongruencia el juez que, al fallar se aparta de las cuestiones incluidas en la pretensión del actor y la oposición del demandado.” (Derecho Procesal Civil, T. I, Nociones Generales, pág. 258/259).

Por lo demás, dicha distinción no aparece aplicable al caso. En efecto, más allá de la literalidad de las definiciones contenidas en el art. 5 de la Ordenanza municipal 4629/01, lo cierto es que las mismas han de



Expte. 9554.

analizarse a la luz del caso de marras. En este caso, el depósito del cadáver en un nicho resultó de la interdicción a su disposición derivada de la muerte violenta y no de una disposición voluntaria que luego pudiera activar la aplicación del art. 26 de dicha ordenanza.

Amén de las distintas definiciones que proponen otras reglamentaciones, (verbigracia, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires define Cremación por reducción como “la reducción por cremación de restos óseos de sepulturas, cumplido el plazo legal de ocupación y de ataúdes de nichos, bóvedas y panteones, sin considerar el tiempo de fallecido. Lo solicita la parte interesada.” v. [www.buenosaires.gob.ar/tramites/cremación-por-reducción](http://www.buenosaires.gob.ar/tramites/cremación-por-reducción); la Ordenanza 12288 del Partido de General Pueyrredón establece que la reducción por cremación es “La referida a cadáveres con restos orgánicos adheridos o restos esqueletizados, provenientes de enterratorios temporarios, nichos, panteones o bóvedas de cementerios públicos o privados.” v. [www.concejomdp.gov.ar/biblioteca/docs/o12288.htm](http://www.concejomdp.gov.ar/biblioteca/docs/o12288.htm); la Ordenanza 30182 de Concordia establece: “ARTICULO 2°.- Entiéndase por cremación la acción de reducir por el fuego un cadáver, parte de este o del cuerpo humano, y convertirlo en ceniza.- Entiéndase por reducción por cremación, la cremación de cadáveres que provengan de cementerios públicos o privados” v. [egob.concordia.gov.ar/servicios/digesto.do?=idNormativa](http://egob.concordia.gov.ar/servicios/digesto.do?=idNormativa) lo cierto es que las mismas, incluida la de orden local, en modo alguno pueden avanzar sobre el derecho consagrado por nuestro ordenamiento jurídico conforme ya



Expte. 9554.

se expusiera. Pero volvamos una vez más a decir que la propia codemandada solicitó la cremación bajo su responsabilidad y así se dispuso tanto el traslado como dicho acto (v. fs. 272, 273, 283, 284). En esto también difiere la posición de la Provincia, la que no intervino en esos actos.

Tampoco puede eximir su responsabilidad la pretendida autorización; si quería obtenerla con ese alcance resultaba de rigor poner en conocimiento del Fiscal que existía controversia al respecto para luego acudir a la sede correspondiente a fin de dirimirla, conforme ya se expusiera anteriormente al hacer mención de lo dispuesto en el art. 524 del C.P.P.

Reiterando los fundamentos ya dados en cuanto al alcance que debe dársele al artículo 22 de la Ordenanza municipal, que en modo alguno puede aplicársela contrariando las normas superiores en la materia (arts. cits. del Código Civil y del Código de Procedimientos en lo Penal), y atendiendo a que, según las propias afirmaciones de la demandada, ésta tenía conciencia de que debía obtener la conformidad del progenitor (v. f. 66 in fine), amén de haber declarado bajo juramento de la forma que ya se expusiera, no cabe sino concluir su responsabilidad por el hecho que se le endilga (arts. 1063, 1083 Cód. Civ.).

En cuanto al segundo agravio, con lo expuesto precedentemente queda debidamente fundada la existencia del nexo causal que en este acápite se niega.



Expte. 9554.

Por lo demás también queda zanjado lo atinente a la atribución de responsabilidad de la codemandada. Concretamente, como ya se explayara, debió haber pedido la conformidad del actor, y no lo hizo.

Ingresando al tercer agravio, y en lo que concierne a la concesión del daño moral y su cuantificación, ha de meritarse que en supuestos como el de autos se trata de un daño de aquellos que se derivan necesariamente del mismo hecho. La imposibilidad de rendir culto quedó frustrada con la cremación.

Dicha presunción, no queda desvirtuada por la afirmación de la demandada en cuanto a que el actor se haya desentendido de su hijo, no colaborando jamás en su crianza ni en su manutención, pues ello queda contradicho con las testimoniales rendidas que a continuación se citan.

Así, al declarar el Sr. Néstor Antonio Zunda (v. fs. 231/232vta.) expresa que la relación entre el Sr. A... y su hijo era “normal de relación de padre a hijo” (v. resp. a la cuarta pregunta). Sostiene que “Cuando era chico vivía con sus padres en la misma casa luego cuando tendría entre 17 y 18 años lo vio vivir como dos años en la avenida 42 entre 63 y 65 (vivía con el padre)” (v. resp. a la preg. décima).

El Sr. Miguel Angel Fernández (v. fs. 233/234vta.) expresa “Que padre e hijo mantenían la misma pasión por el deporte motor. Estaban muy unidos” (v. resp. a la pregunta cuarta) y que “el dicente veía que el padre del Sr. A... abonaba los permisos y gastos que ocasionan estas competencias” (v. resp. a la cuarta repreg.).



Expte. 9554.

En similares términos depone el testigo José María Pose (v. fs. 235/vta.). Así al preguntársele cuál era la relación entre el Sr. A... y su hijo (preg. cuarta) responde: “Que era una relación normal de padre a hijo.”

Despejado lo anterior, habrán de valorarse todos aquellos elementos probatorios que puedan tener incidencia en su extensión.

En cuanto al concreto dolor que pudo haberle ocasionado la cremación, obra testimonio a fs. 233/234 que da cuenta de ello.

En efecto, el Sr. Miguel Angel Fernández al preguntársele ‘Qué ocurrió el día 20 de junio del año 2009’ responde: “Que lo llevó a J... A... al cementerio de Quequén cuando salió de ahí salió totalmente desencajado, porque no encontró el cuerpo del hijo que estaba en ese lugar, que el Sr. A... es muy creyente y que lo había cremado lo afectó mucho.”

En sentido contrario también corresponde evaluar las declaraciones de Elda Benigna Cerecedo (fs. 236/237) y Sebastián Antonio Stella (fs. 238/vta.) quienes deponen acerca de la concurrencia del Sr. J... S.. A... al cementerio de Quequén (preg. sexta). La Sra. Cerecedo expresa al respecto: “Que no le consta que fuera hay un episodio que sucedió justamente a raíz del cementerio, llendo (sic) a visitar la tumba de los familiares de la dicente pasaba por la tumba de J... dejando una flor en ella, un día concurrió al cementerio encuentra la fotito de J... de la sepultura en el suelo, no quiso entregarla en mesa de entradas la levantó y se la llevó a la casa la dicente y para no darle el disgusto a M... P... J..., entonces se la dio al esposo que trabajaba enfrente de donde trabaja J... A... para dársela y



Expte. 9554.

dispusiera de la foto, cuando se la llevó el padre le manifestó al marido de la dicente que no se la diera a el papá que la pegara porque él no iba al cementerio, así que volvió a llevar la foto a su casa y se la dieron a la pareja de la señora M... J.....”

Por su parte, el Sr. Stella declara: “Que dicho por el padre no iba al cementerio y porque el dicente tiene familiares en ese cementerio, encontraron la foto del hijo tirada en el suelo y el dicente se la llevó al padre para que la pegase nuevamente al cual manifestó que al cementerio no iba que le daba el padre el pegamento para que lo realizara él, que el dicente luego se la entregó a la mamá para que lo hiciera ella.”

Dentro de ese plexo probatorio deberá entonces acudir al principio de la sana crítica para extraer la convicción necesaria para dirimir la cuestión.

Si bien el testimonio de fs. 233/234vta. ha sido puesto en crisis al ser repreguntado el testigo Fernández donde quedaba el cementerio, - “Que no lo sabe por que vive en Lobería hace dos años que vivió en Necochea anteriormente, pero no sabe por que calle ir que no memoriza las calles”, resp. primera repreg.-, ese solo elemento resulta insuficiente tanto para desentenderse de los hechos narrados como para concluir que el daño no existió.

En cuanto a las expresiones atribuidas al actor por los testigos Cerecedo y Stella en el sentido de que el actor no concurría al cementerio, aún teniéndoselo por cierto, ello no empece a la existencia del daño en



Expte. 9554.

tanto, como se sabe, el proceso de luto puede generar distintas emociones y estados de ánimo circunscriptos a determinados períodos, sin que ello importe que el actor de manera definitiva considerara no visitar más el cementerio para tomar contacto con los restos de su hijo. Tal determinación pudo haber tenido distintas vicisitudes, pero lo que interesa es que ella se tornó irreversible por la conducta que asumió la contraparte.

En síntesis, el daño resultó relevante, aunque como no hay prueba que indique que las visitas fueran de la mayor asiduidad ni otras circunstancias particulares que agraven los efectos del hecho imputado, estimo que ha de morigerarse la suma otorgada en la instancia; ello, teniendo en cuenta que la cuantificación de esta lesión afectiva ha de efectuarse, como se ha sostenido, “con sensatez y justo discernimiento, pues lo incomensurable del daño no debe propiciar decisiones que, por involucrar facultades discrecionales del órgano jurisdiccional, puedan eventualmente derivar en injusticia, excesos o inseguridad” (conf. CC0203 LP 103963 RSD-31-6 S 16-3-2006, JUBA, sum. B354077).

Ello así, estimo adecuado fijar el rubro en la suma de PESOS CINCO MIL (\$5.000) (arts. 375 CPC; 1078 Cód. Civ.).

Con relación al daño psíquico, cabe señalar como sostiene Zavala de González que el mismo, “supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente.” (Resarcimiento de daños, 2ª, Daños a las personas, pág. 193).



Expte. 9554.

Esa lesión -máxime en este tipo de daño en el que se observa una gran dificultad para su delimitación- debe perturbar la normalidad del sujeto y trascender en su vida individual y de relación.

La única prueba rendida en autos y que resulta fundamental para acreditar tales extremos resulta ser la pericia psicológica (v. fs. 255/256). Sin embargo, la misma resulta insuficiente.

En primer lugar, ha de resaltarse que la experticia carece de un rigor que permita al juzgador apoyarse en sus conclusiones. Como se ha sostenido “Se configura la validez científica del dictamen de un perito en cuanto recurre a una característica más de toda labor de ese tenor, cual es la remisión a múltiples pautas objetivas para la elaboración de conclusiones verificables y cuya validez no se basa únicamente en el título del experto, sino también en la coherencia interna del dictamen y en la posibilidad de comprobación y verificación de sus referencias a elementos externos útiles, para la ordenación lógica de la labor respectiva.” (conf. CNciv., Sala B, 12-5-89, DJ 1990-1-679, cit. por Falcón, Tratado de Derecho Procesal, Civil y Comercial, T. 3 pág. 386, nota 173).

No ha de olvidarse que el perito actúa como auxiliar de la justicia y contribuye con su saber, ciencia y conciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos técnicos especiales. No puede consistir en una mera opinión del perito que prescinda del necesario sustento lógico-científico. Es en esa tarea de auxiliar respecto de quien es ajeno a su formación, que ha de explicitar todos aquellos elementos necesarios para





Expte. 9554.

seguir su ilación lógica de modo de poder efectuar al menos un análisis formal externo del desarrollo de su trabajo, habida cuenta que el artículo 474 del CPC prescribe que el juzgador deberá estimar la fuerza probatoria del dictamen teniendo en consideración los principios científicos en que se funda y la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, entre otras pautas. Tales recaudos no pueden ser desatendidos invocando una mera alusión al resguardo del secreto profesional.

Así entonces, en el acápite titulado DESARROLLO PERICIAL, la profesional expresa que “La estructura de base del peritado es neurótica con ansiedad generalizada. Actualmente los síntomas de ansiedad se muestran agravados por el hecho de este auto caratulado.”

Seguidamente se refiere a los ‘Indicadores Psicodiagnóstico’ y destaca que “Estos rasgos de ansiedad se muestran el Test Gráfico de Bender en el cual la ansiedad se expresa por la alteración en las distancias entre puntos de la figura 1,3 o 5 y por las diferencias de presión en los trazos.”

Luego describe los “Síntomas de ansiedad agravada”: 1. Inquietud o impaciencia; 2) fatigabilidad fácil; 3. Dificultad para concentrarse o tener la mente en blanco; 4) Irritabilidad; 5. Tensión muscular; 6. Alteraciones del sueño (dificultad para conciliar o mantener el sueño, o sensación al despertarse de sueño no reparador).”

Como se observa, el dictamen no concluye que los referidos síntomas trasciendan la vida individual y de relación del actor ni explicita en



Expte. 9554.

modo alguno la relevancia del agravamiento de la sintomatología de base – ansiedad-, indicando de qué modo y en qué grado el supuesto episodio disruptivo operó dicho agravamiento, explicitando cómo observa que los trastornos que refiere se enlacen con dicho episodio (ver, vgr. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, DSM-IV),pág. 401 y ss, introd. pág. XXI, XXII).

Por lo demás, tampoco indica la perito de qué modo el tratamiento que sugiere va a coadyuvar en una mejoría de los síntomas que afirma agravados, agravación ésta que como se dijo, no quedó objetivada eficientemente; y con más razón queda descartado el reclamo de terapia psiquiátrica que introduce el recurrente en sus agravios.

Ello descarta la procedencia del rubro reclamado, sin perjuicio de su valoración en su faz moral que ya fuera considerada precedentemente. Como se ha dicho, “Mientras no se demuestre de manera cabal que promedia una lesión síquica, con motivo del hecho, susceptible de traducirse en una real y efectiva minusvalía, la alteración anímica y aún la síquica no podrá ser resarcida como perjuicio material sino, en todo caso, a título de daño moral, cuya indemnización enjugará las lesión de los sentimiento o afecciones legítimas, traducidos en los padecimientos físicos o síquicos, la tranquilidad y el ritmo normal de la vida de la víctima” (TS Córdoba, Sala Penal, 5/10/84, LLC, 1985, 605; cit. por Zavala de González, ob. cit. págs. 230/231).



Expte. 9554.

Por las consideraciones expuestas a la cuestión planteada voto por la **AFIRMATIVA**, con las modificaciones propiciadas precedentemente.

A la misma cuestión planteada el señor Juez doctor Loiza votó en igual sentido por análogos fundamentos.

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ**

**DOCTOR CAPALBO DIJO:**

Corresponde I) Rechazar la demanda contra la Provincia de Buenos Aires, con costas al actor en su calidad de vencido (art. 68 CPC); II) Confirmar parcialmente la sentencia de fs. 298/305, en cuanto condena a M... P... J..., modificándose el importe de ésta, que se fija en la suma de PESOS CINCO MIL (\$5.000.-) en concepto de daño moral. Las costas de alzada se imponen en el orden causado (art.274 CPC); III) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 dec. Ley 8904).

**ASI LO VOTO.**

A la misma cuestión planteada el señor Juez doctor Loiza votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

**S E N T E N C I A**

Necochea, de mayo de 2014.-

**VISTOS Y CONSIDERANDO:** Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, I) Se rechaza la demanda contra la Provincia de Buenos Aires, con costas al actor en su calidad de vencido (art. 68 CPC); II) Se confirma parcialmente la sentencia de fs. 298/305, en cuanto condena a



Expte. 9554.

M... P... J..., modificándose el importe de ésta, que se fija en la suma de PESOS CINCO MIL (\$5.000.-) en concepto de daño moral. Las costas de alzada se imponen en el orden causado (art.274 CPC), III) Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 dec. Ley 8904). Téngase presente la Reserva del Caso Federal. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 CPC). (arts. 47/8 ley 5827). Devuélvase.

Dr. Oscar A. Capalbo  
Juez de Cámara

Dr. Fabián M. Loiza  
Juez de Cámara

Dra. Daniela M. Pierresteguy  
Secretaria