

En la ciudad de General San Martín, a los 10 días del mes de Febrero de 2.011, se reúnen en acuerdo ordinario los señores Jueces de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, estableciendo el siguiente orden de votación de acuerdo al sorteo efectuado: Hugo Jorge Echarri, Jorge Augusto Saulquin y Ana María Bezzi, para dictar sentencia en la causa N° 2.374/10, caratulada "**Giacopazzi, Jorge A. y otros c/ Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios**".

ANTECEDENTES

I.- A fs. 494/501 vta. el señor Juez de grado falló rechazando la acción de daños y perjuicios deducida por los Sres. Jorge Alejandro Giacopazzi, Elina Olga Quevedo, Guillermo Martín Giacopazzi, Carlos Adrián Giacopazzi y Julio César Giacopazzi, contra la Provincia de Buenos Aires.

Asimismo distribuyó las costas por su orden (art. 51 CPCA) y difirió la regulación de honorarios.

Para así decidir consideró lo siguiente:

a) Que la presente causa se inició con el objeto de obtener del Estado Provincial el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por haber sido sometido el actor, Jorge Alejandro Giacopazzi, a una causa penal, acusado del delito de violación de dos (2) menores, en la que finalmente se dictó su sobreseimiento con fecha 30 de diciembre de 2.002; como así también por la privación de la libertad que sufrió durante once (11) días (ver orden de detención

de fs. 119) e internación en el Hospital Domingo Cabred de Open Door (ver auto que ordena su internación de fs. 151). También para obtener el resarcimiento por el daño moral, ofensa al honor y a la vida sufrido por los restantes actores;

b) Que tiene dicho nuestro máximo Tribunal que los actos judiciales no generan la responsabilidad del Estado por su actividad lícita. El Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto;

c) Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene una doctrina legal restrictiva y excepcional en orden a la responsabilidad del Estado por errores en las sentencias y demás actos judiciales, haciendo excepción, precisamente, con aquellos daños que son producto del ejercicio irregular del servicio;

d) Que el reconocimiento de la responsabilidad estatal ha sido admitido en forma unánime tanto por la doctrina como por la jurisprudencia;

e) Que conforme lo expresara Bustamante Alsina, el error judicial es todo 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. Es un verdadero acto ilícito o contrario a la ley, cometido por el juez, sea por acción u omisión, en el curso del proceso sometido a su jurisdicción ("Responsabilidad del Estado por error judicial", L.L., 1996B311);

f) Que en todo proceso judicial existe una variable que se presenta en forma inevitable, el tiempo. Indicó el Juez de la instancia anterior que el proceso requiere de él para investigar, para otorgar la posibilidad de defensa y prueba, para juzgar los elementos reunidos en juicio, razón por la cual, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de dictar medidas de resguardo que aseguren el cumplimiento de la decisión judicial que resuelve el conflicto. Dentro de esta categoría se inscribe la prisión preventiva que el juez puede dictar dentro de un proceso penal;

g) Que en el caso que nos ocupa, el actor estuvo detenido durante once (11) días y luego fue trasladado al Hospital Domingo Cabred de Open Door, donde estuvo internado veinticuatro (24) días, atento a las conclusiones arribadas por la perito psiquiatra Dra. Nélide Queró (ver fs.135/136). Es decir, que los tiempos procesales fueron relativamente cortos, no pudiéndose cuestionar, en éste caso, un retardo reprochable en la administración de justicia;

h) Que la detención convalidada y transformada luego en prisión preventiva por el Juez en lo penal, no puede ser fuente de sustento de la pretensión resarcitoria del accionante, ya que como toda medida precautoria la prisión preventiva emerge de la ponderación provisional de un conjunto de elementos que, prima facie, conforman semiplena prueba o indicios vehementes para creer que el afectado es responsable del hecho delictuoso. Expuso que la apreciación que en el estadio respectivo formula el juez no constituye un juicio de certeza sino de verosimilitud. Y que precisamente los desarrollos procesales subsiguientes tienen por objeto verificar si aquella conclusión provisoria fue acertada o no. Son dos esferas de actuación jurisdiccional independientes. La absolución finalmente decidida no implica necesariamente error en el dictado de la prisión preventiva. Es que, al materializarse el juicio de certeza, se ha podido constatar la irresponsabilidad penal del imputado y ello nada tiene que ver con la regularidad de lo actuado en el juicio de probabilidad y verosimilitud llevado a cabo en la

instancia provisoria cautelar (CC0203 LP 93665 RSD-168-00 S 13-7-2000, SCBA, Ac. 79.211);

i) Que relata el actor que en toda la actividad jurisdiccional, en la previa (policial), en las pericias, carentes de fundamento científico, con conclusiones no soportadas en los principios de la ciencia que informa a los peritos, en la no aplicación de la manda constitucional del "in dubio pro reo" y la errónea valoración de pruebas, provocaron un resultado objetivamente incorrecto, en base al cual se causó un daño injusto que debe ser reparado;

j) Que le asiste razón a la demandada cuando manifiesta que ". aún en el supuesto de responsabilidad objetiva, es la actora, conforme el art.375 CPCC, quien debe probar no solo los cuatro presupuestos para que prospere la responsabilidad por daño, sino también los presupuestos fácticos de la normativa a aplicar; en autos específicamente deberá acreditar la supuesta "Irregular Prestación del Servicio Jurisdiccional art. 1112 C.C.";

k) Que para que proceda la reparación en el supuesto de un obrar lícito del Estado deben darse los siguientes presupuestos: a) actuación del Estado a través de cualquiera de sus órganos; b) daño; c) relación de causalidad y d) factor de atribución (C. Nac. Civ., Sala D, en ED 126-125);

l) Que sin nexo causal no se establece la responsabilidad civil de las personas, en este caso del Estado de la Provincia de Buenos Aires, ni de sus agentes; no hay causa obligacional (art. 499 C.C.);

ll) Que en el caso de autos, el desempeño judicial a través de los varios funcionarios a que se refiere la demanda, realizado en la forma expuesta por el proceso penal analizado, acredita en estos autos un actuar legítimo exento de arbitrariedad. Esto es, razonablemente ejercido en una extensión de tiempo de privación de la libertad (11 días y 24 días de internación) dada la índole y gravedad de los delitos investigados. Señaló el sentenciante que, jurisdiccionalmente, no es pertinente ni procedente el análisis de conductas procesales en tanto tales conductas no hayan sido expresamente consideradas y calificadas en el mismo proceso. Además, que tal situación importaría que un juez extraño a la causa analizara cuestiones fácticas y procesales propias del debate de la misma. Y que el temperamento que adoptan los funcionarios judiciales en una causa penal, así como el error en el juzgar, por sí mismo, el error de criterio en la apreciación de los hechos no configura una falta en el servicio de justicia ni una prestación irregular del mismo;

m) Que una cosa es la responsabilidad del estado por el obrar de sus agentes (vgr.: las fuerzas de seguridad actuando per se) y otra muy distinta cuando éstas cumplen órdenes o reciben instrucciones de un Magistrado que actúa en el marco de la ley. En este último caso, no puede imputarse responsabilidad al Estado, mientras no se descalifique la actuación del Juez. Consecuentemente, ninguna indemnización le corresponde pagar al Estado por la detención, prisión preventiva, decretada por Juez competente en el marco de sus facultades legales. (CC0000DO, 78356, RSD-160-3, S, 29-4-2003);

n) Que conforme las constancias agregadas en la causa, no ha quedado acreditada la existencia del daño, ni la relación de causalidad, menos aún el factor de atribución, es decir, dolo o negligencia en el proceder de los funcionarios intervinientes, ni la configuración de las supuestas irregularidades cometidas por dichos funcionarios, por lo que la demanda no podía prosperar;

ñ) Que, a mayor abundamiento, no corresponde responsabilizar al Estado por su actividad lícita, pues los actos judiciales son ajenos, por su naturaleza, a ese tipo de resarcimiento. Indicó que en la medida en que no importen un error inexcusable o dolo en la prestación del servicio de justicia, no pueden generar responsabilidad alguna, ya que no se trata de actividades políticas para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular. Si la contienda es dirimida por el juez respetando los hechos y el derecho vigente, la discrecionalidad en la elección de las diversas alternativas posibles no puede quedar condicionada por la atribución de obligaciones reparatorias para el Estado por los daños que se pudieran causar a las partes en ocasión de la tramitación del juicio. Dichos daños, si alguna vez ocurrieran y en la medida en que no deriven de un ejercicio irregular del servicio prestado, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia (confr. fallos: CSJN; 317:1233; 318:1990, voto de los Dres. Boggiano y López);

o) Que menciona el actor que no puede desconocerse el derecho fundamental a la libertad y a la honra que asiste a todas las personas, de naturaleza y jerarquía superior a cualquier norma común. La afectación de tales derechos fundamen tales debe ser resarcida cuando ha provocado un daño injusto. Agregó que el art. 14 de la Constitución Nacional reconoce derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, ". de esta parte de la norma constitucional derivaron dos principios según los cuales: a) no hay derechos absolutos en su ejercicio y b) sólo la ley puede reglamentarlos. El primero de los principios mencionados, el de la relatividad en el ejercicio de los derechos, presupone que todos los derechos pueden sufrir limitaciones, aún cuando las leyes establezcan condiciones de ejercicio de las facultades subjetivas pues, expresa o implícitamente, para el goce de los derechos, las normas impondrán, al mismo tiempo, obligaciones a terceros." (María A. Gelli, Constitución de la Nación

Argentina Comentada y Concordada, Segunda Edición Ampliada y Actualizada, pág. 77). Asimismo, que cuando una norma otorga derecho a una persona, recorta, en la misma medida, las facultades de otra, debiendo ser compatible con los demás derechos declarados y con los principios y valores de la constitución (Gelli, ob cit. pág. 372). Y que es labor de la justicia equilibrar esos derechos para que su ejercicio no constituya un abuso que vaya en desmedro de otros derechos constitucionales;

p) Que la estructura jurídica del derecho represivo en nuestro sistema constitucional reconoce sus simientes en una serie de principios que sustentan y orientan el proceso penal. La presunción de inocencia es una garantía derivada de los principios de libertad e igualdad ante la ley, contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional como elemento esencial de la defensa en juicio. Adujo que la investigación de los hechos y la seguridad de sancionar a los culpables impone a los jueces la obligación, en determinadas circunstancias, de dictar medidas restrictivas de la libertad y de la disponibilidad de los bienes durante el curso del proceso, situaciones previstas por el ordenamiento jurídico a fin de garantizar el cumplimiento de la decisión judicial;

q) Que los daños en tales casos deben ser soportados por quienes los padecen, pues es el costo inevitable de una adecuada administración de justicia. Tales actos jurisdiccionales son formalmente regulares dentro de un razonable criterio judicial y dentro de una apreciación provisional de los hechos que les sirven de fundamentación, aunque las partes a quienes les afecten puedan considerarse perjudicadas y estimen arbitrarias esas medidas (L.L. 1996B311 y ss). La limitación a las garantías constitucionales parece surgir ante la tensión suscitada entre el deber del Estado de investigar y reprimir las conductas tipificadas penalmente y la obligación estatal de proteger a los ciudadanos de tales comportamientos punibles, asegurando el cumplimiento del orden jurídico vigente.

Esta posibilidad legal, que opera restrictivamente sobre la libertad de las personas, no implica en ningún caso la ruptura del principio de inocencia, presunción que sólo cede mediante el dictado de una sentencia condenatoria;

r) Que la condena en costas propiciada por el accionado basada en la pluspetición inexcusable no podía prosperar. Recordó que, conforme la jurisprudencia, se ha determinado que: ". la fórmula, comúnmente empleada, en que se difiere la determinación de los montos a "lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse", implica la intención de no inmovilizar el reclamo a la suma que resulte meramente estimada, y así como en materia de pluspetición, también se ha dicho que no se da tal figura cuando, utilizando cualquiera de las referidas fórmulas, se ha efectuado la estimación de un importe razonablemente abierto." (SCBA, Ac. 75636 S 27-12-1996; CC0102 LP 211165 RSD-62-93 S 19-5-1993; CC0002 SM 48991 RSD-63-1 S 15-3-2001; CC0001 QL 7223 RSD-58-5 S 21-6-2005);

s) Que, asimismo, nuestro código de rito determina en su art. 51 que las costas serán soportadas en el orden causado, aplicándose a la vencida en los procesos de ejecución tributaria o cuando se hubiese actuado con notoria temeridad o malicia, situación que no se da en el caso de autos.

II.- Contra dicho pronunciamiento la parte actora interpuso recurso de apelación (ver fs. 507/522 vta.).

En lo sustancial, previo resumen de los antecedentes del caso, se agravió por considerar que la responsabilidad por actividad judicial - en autos - fue irregular, ilícita y plagada de muy graves errores.

A efectos de explicar el agravio se refirió a la presunción de inocencia, a la igualdad ante las cargas públicas, al sacrificio especial, al doble carácter de la responsabilidad estatal involucrada, a la errónea valoración de las pruebas y a los presupuestos de responsabilidad (actuación del Estado a través de sus Órganos, daño, relación de causalidad y factor de atribución).

III.- El señor Juez a-quo corrió traslado del recurso mediante la providencia de fs. 523 y, previo pedido de fs. 528, elevó las actuaciones a esta Alzada según surge de fs. 529.

IV.- Recibidas de acuerdo a la constancia de fs. 529 vta. pasaron los autos para resolver (ver fs. 530).

V.- Efectuado el pertinente examen de admisibilidad (ver fs.531/532) se llamaron los autos para sentencia.

VI.- El Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

VOTACION

A la cuestión planteada el señor Juez Hugo Jorge Echarri dijo:

1º) Detallados los antecedentes de la presente causa y habiéndose realizado el control de admisibilidad del recurso interpuesto - el cual se encuentra firme - me aboco al tratamiento del mismo.

2º) Los agravios vertidos por la parte recurrente se direccionan en dos sentidos en su crítica al fallo de la instancia anterior. En primer lugar - y luego de hacer un detalle de los antecedentes ciertamente particulares del caso - desarrollan los principios constitucionales por los cuales el caso se encuadraría en el supuesto de responsabilidad Estatal por actividad lícita en el marco de la función judicial, supuesto descartado por el magistrado de primera instancia a tenor de la doctrina judicial imperante.

Un segundo andarivel enfoca la crítica al fallo encuadrándolo en un claro supuesto de responsabilidad Estatal por actividad ilícita. Entraré en el análisis de este último supuesto porque entiendo que, a partir del mismo, el caso puede resolverse desde una óptica que no es la tenida por el Juez a-quo y si parcialmente, como se verá, del desarrollo de la propuesta que pongo a consideración de mis colegas, aquella parte del agravio que se focaliza no en la actuación de los órganos judiciales que dispusieron la medida cautelar de aprehensión del hoy actor por la imputación de delitos reiterados de violación, sino de los órganos administrativos que realizaron las investigaciones previas a la cautelar dispuesta por la justicia: es decir, la actuación policial. Previamente, a los efectos de encuadrar el caso con la mayor precisión posible, haré un breve racconto sobre el desarrollo de la responsabilidad del Estado por su actuación en el campo de la función judicial.

3º) He señalado en reiterados pronunciamientos que la responsabilidad del Estado por los daños causados a terceros por la actuación ilegítima, arbitraria o incluso lícita, de cualquiera de sus poderes constituidos, constituye una garantía cuyo origen se remonta al Estado de Derecho (Cfr. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T IV, p. 701; Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, T I, p. 214; Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, T 2, p. XX-1), que se ha consolidado en el actual estadio de nuestra civilización jurídica en el Estado Constitucional Democrático.

En este marco puede distinguirse, y la doctrina y la jurisprudencia lo hacen, entre la responsabilidad estatal derivada del "Estado- Administrador", del "Estado-Legislator" y del "Estado-Juez" (Cfr. Marienhoff, Miguel S., Op. Cit., T IV, p. 703) es decir, según que dicha responsabilidad sea originada en la actuación u omisión en el marco de la función administrativa, legislativa o reglamentaria, o finalmente judicial. El caso que nos ocupa se encuadra en la responsabilidad del Estado-Juez o responsabilidad por la actuación u omisión del Poder Judicial.

4º) Cabe referir que en materia de la responsabilidad del Estado-Juez la misma puede derivarse de dos tipos de resoluciones de naturaleza distinta. En un primer caso de una sentencia definitiva que a la postre resulta errónea; o de una resolución cautelar, que cuando se dicta en un proceso penal normalmente lo constituye la orden de detención y/o el dictado de la prisión preventiva.

En el primer caso se requiere - necesariamente - para que pueda accionarse por la responsabilidad que los daños de la sentencia judicial errónea pudiera irrogar, la declaración de ilegitimidad de dicho acto jurisdiccional que, una vez firme, deja sin efecto al mismo - Cfr. CSJN Fallos 311:1007 y G. 848.XXXVII; ORI "González Bellini, Guido Vicente c/Río Negro, provincia de s/daños y

perjuicios" , 17/03/2009 T. 332, P. 552, entre otros; y SCBA Ac. 66689, S 26-10-1999, "Fernández Blanco, Hugo Sandro c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios"; Ac. 72773, S 17-5-2000, "Morán, Juan Héctor c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios"; AC. 76041, S 23-4-2003, "Paladino, Cayetano y otra c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios" y Ac. 93104, S 5-4-2006, "Córdoba, Miguel Ángel c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios", entre muchos otros.

Asimismo debo poner de manifiesto que en esta parcela de la responsabilidad que constituye el objeto de la litis, es decir el de la responsabilidad del Estado derivada de los actos jurisdiccionales cautelares, aquel principio mantenido por la doctrina y la jurisprudencia que predica el carácter excepcional de la responsabilidad del estado por actos u omisiones judiciales - Cfr. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T IV, p. 767; Cassagne, Juan Carlos, Op. Cit ., T I, p. 247; Canasi, José, Derecho Administrativo, T IV, p. 505; Sayagués Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, T I, p. 671; - encuentra su mas fértil campo de aplicación.

Si bien la responsabilidad del caso resulta directa, es decir, puesta en cabeza del estado independientemente de la responsabilidad que le pudiera caber al órgano-persona que emite el acto u omisión, la misma no es objetiva sino subjetiva. Aquí la culpa o dolo, o si se prefiere la falta de servicio - Cfr. Reiriz, Graciela, Responsabilidad Estatal, en la obra colectiva "El Derecho Administrativo Argentino, Hoy", p. 226 - en principio, no se presume - como en el caso de la responsabilidad objetiva propia del derecho civil -, sino que el afectado debe probar la ilicitud o la arbitrariedad del acto u omisión (Cfr. CSJN, causa G. 848.XXXVII; ORI-González Bellini, Guido Vicente c/Río Negro, provincia de s/daños y perjuicios, 17/03/2009; Fallos 329:3894; entre otros).

5º) Sentado el cuadro doctrinario y jurisprudencial general que rige la controversia planteada en el sub lite, entiendo que las particularidades del caso, sus elementos fácticos, probatorios y normativos, hacen que el mismo constituya una de las excepciones que pueden plantearse en el universo de casos en materia de responsabilidad judicial por el dictado de medidas cautelares en el proceso penal.

Quiero, para poder marcar claramente la excepcionalidad del presente caso, señalar algunas de las cuestiones fácticas que me llevan a tal convencimiento.

6º) En principio debo señalar que el actor, a quien se le imputara erróneamente la comisión reiterada de un delito aberrante como resulta el delito de violación, era - al momento de su detención - una persona con un serio problema de salud (ver pericias psiquiátricas causa penal - fs. 133/134, 135/136 vta., 144, 145 y 146/146 vta. - y fs. 387/422 vta. y fs. 442/444) que estaba sobrellevando en primera medida un tratamiento psiquiátrico (ver fs. 133/134, 135/136 vta., 144, 145 y 146/146 vta., 387/422 vta. y 442/444) y, en segunda medida, una vida dirigida al estudio y al trabajo (ver fs. 280/285 vta., 304/306, 387/422 vta. y 442/444).

Se trataba entonces de una persona ciertamente vulnerable sin la fuerza y el equilibrio psíquico normal de una persona sana, que le permitieran afrontar con mayores reservas un suceso traumático como resulta el de ser imputado de delitos respecto de los cuales el curso del proceso demostró - indubitadamente - el carácter de inocente en relación a dichos hechos penalmente reprochables.

También quiero poner de manifiesto que el Sr. Giacomazzi no tenía antecedentes penales al momento de los hechos imputados - ver fs.170, copia causa penal, informe de la Dirección de Antecedentes Penales.

7º) Entiendo que la orden de detención que sufriera en la causas penales (IPP N° 39.188 iniciada por la denuncia de violación realizada por el Sr. Guillermo Azpeittia en perjuicio de su hija menor, e IPP N° 39.364 incoada por el delito de violación en perjuicio de Cristina Soledad Román) resulta viciada por las razones que paso a exponer.

Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de La Nación que la responsabilidad del Estado por el dictado de la prisión preventiva en el proceso penal no puede resultar de factura automática sino que solo es procedente cuando aquella resolución se muestra infundada o arbitraria - Cfr. CSJN, causa "Andrada", A.901.XXXVI de fecha 5/9/2006; Fallos 329:3176, entre otros.

Entiendo justamente que la cautelar penal dictada en el proceso penal seguido al accionante resulta ilegítima por la deficiente actuación policial y una meritación judicial que, al desenvolverse en el campo de la verosimilitud, no extremó en el análisis de esa investigación, lo que condujo al dictado de la medida sobre presupuestos claramente insuficientes e infundados, es decir falsos, como claramente se demostrara en las propias actuaciones penales cuando se identificara al responsable penal verdadero de dichos delitos.

Claramente la labor desarrollada por la policía de la provincia de Buenos Aires en la investigación de la responsabilidad del actor en la comisión de los hechos no tuvo ningún viso de consistencia y seriedad - tal vez, y sin que esto

signifique ningún tipo de justificación, ante el apremio social y mediático que significaba la sucesión de hechos de violación en el distrito de Tigre, sin poder ser resueltos hasta el involucramiento erróneo del actor con dichos hechos.

8º) Se trata entonces de actuaciones desarrolladas como auxiliar de la justicia penal pero de claro carácter administrativo, en tanto y en cuanto se trata de un órgano de indubitable naturaleza administrativa cuya actuación se enmarca en el concepto de función administrativa que define nuestra constitución provincial - cfr. art. 166 último párrafo .

De las actuaciones penales individualizadas surge que el Oficial Inspector Guillermo Gustavo Pacheco, de treinta (30) años de edad, fue comisionado por sus superiores para "avocarse a la individualización e identificación del autor de los hechos denunciados", según su declaración obrante a fs. 44 (ver copias glosadas a estas actuaciones). Acto seguido manifiesta textualmente - ver su declaración ante el fiscal actuante, pág. 44 actuación penal individualizada ut supra - "Que luego de diversas tareas de inteligencia e investigaciones en la localidad de Gral. Pacheco y Tigre, pude establecer de las averiguaciones practicadas en forma encubierta y de comentarios en el vecindario, los cuales no desean prestar declaración testimonial de ningún tipo, por miedo a represalias por parte del sujeto, que el presunto autor podría ser Alejandro Giacopazzi".

De esta escueta declaración surge en forma patente que la imputación no tiene ningún grado de fundamento serio, objetivo. No hay testimonios que puedan avalar - aunque sea verosímilmente - la misma imputación que se efectúa. Tampoco se agregan elementos que den alguna certeza o que puedan fundar la supuesta "investigación". No se detalla con alguna extensión y coherencia cuales fueron las "averiguaciones practicadas" por el personal policial. A fs. 45 y 46 obran

ampliaciones del agente Pacheco en las que manifiesta que siguió al actor hasta su casa y "manifiesta que posee antecedentes en el barrio por realizar exhibiciones obscenas", antecedentes que como lo exponemos en el presente voto y como surge de la propia causa penal no existen. Reiteramos que el actor no posee antecedentes penales por lo cual este supuesto también resulta falso; no solo que no constan en ningún registro, sino que el investigador policial no da razón, fundamento, ni prueba alguna que avale dicha imputación. A fs. 46 acompaña una "supuesta" foto del actor cuya procedencia resulta desconocida y que, por otra parte, el mismo califica de "poco actualizada" al momento de la investigación de los hechos delictivos. Veremos que en base a este elemento fotográfico - por demás deficiente -, conjuntamente con otra fotografía de otro sujeto, se ordena un reconocimiento de persona.

En ambos casos las víctimas de los hechos investigados, Cristina Soledad Román y Magalí Azpeitia, no reconocen - con claridad y certeza - al autor de los hechos investigados (ver fs. 52/53). Finalmente quiero señalar que tampoco existen en el caso elementos que prueben una conducta equívoca o sospechosa del actor en orden a los delitos imputados - a contrario sensu ver doctrina CSJN caso "Andrada" considerando 9º.

9º) En base a estos dos elementos paupérrimos, infundados y claramente irrazonables, la fiscal del caso peticiona al Juez de garantías la detención del actor, conjuntamente con el allanamiento de su vivienda - la vivienda de sus padres - y el secuestro de los elementos sustraídos a las menores violadas. Petición que el Juez de Garantías ordena y se lleva a cabo.

La realidad de los hechos - objetivos - verificados penalmente a posteriori que arrojan como resultado que las violaciones imputadas al accionante habían

sido cometidas por Norberto Alejo Moreira, a quien una de las víctimas - Magalí Azpeitia - reconoció al ver al autor de su violación en el colectivo en que viajaba - ver fs. 128/128 vta., declaración copia de actuación penal acompañada - lo que finalmente devino en el procesamiento del delincuente, en el esclarecimiento de todos los hechos denunciados (ver reconocimiento de fs. 133), y en el dictado del sobreseimiento del actor - ver fs. 137/137.

Todo ello constituye una clara muestra de que la detención del accionante resulta injusta, infundada, irrazonable y arbitraria, lo que claramente encuadra en una falta de servicio en materia de investigación policial ante la falta de consistencia, racionalidad y fundamentación en el desarrollo de dichas medidas de carácter administrativo - cfr. art. 1112 CC; CSJN, Fallos 306:2030 -, razón por la cual encuentro que resulta procedente la responsabilidad estatal en el sub lite en tanto y en cuanto de acuerdo al art. 7º inc. 3ro. de la Convención americana sobre Derechos Humanos "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios".

Esta Alzada ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos de pretensiones indemnizatorias por el dictado de medidas cautelares llevadas a cabo en procesos penales, las cuales fueron rechazadas - ver esta Cámara in re: causas N° 1588/09, "González, Domingo Manuel c/ Estado Provincial s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 30 de abril de 2009 y causa N° 1885/10, "García, Reynaldo Julián c/ Estado Provincial s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 5 de agosto de 2010, entre otras - en tanto y en cuanto en dichos procesos la absolución había sido dictada por el beneficio de la duda, es decir, sin pronunciarse efectivamente sobre la inocencia manifiesta de los acusados.

En el sub lite, en cambio, surge indubitablemente que la absolución del acusado obedeció a que se constató en la causa que se le siguió su inocencia, obrando también en la presente causa prueba contundente sobre la identidad y condena del verdadero autor material de dichos hechos aberrantes, tal lo expuesto en el considerando anterior.

Todo lo expuesto demuestra sin ningún lugar a dudas que la orden de detención librada contra el actor por los delitos imputados no solo era absolutamente errónea en dirección a la aprehensión del verdadero autor material de los hechos cometidos, sino que se basaba en una investigación policial apresurada, sin ningún viso de seriedad y basada en una discrecionalidad absoluta sin ningún asidero fáctico ni científico.

El sagrado derecho a la libertad que nuestra Constitución Nacional garantiza (cfr. Preámbulo, arts. 8, 14, 15, 16, 18, 19, 33, 75 inc. 22º; art. 1º Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 7º Convención Americana sobre Derechos Humanos; art.9º Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) merece - para considerar su sacrificio en aquellas situaciones en que el orden jurídico lo permite - actuaciones administrativas y penales con el rigor y seriedad que el cercenamiento de tal derecho implica.

Corresponde por todo lo expuesto hacer lugar parcialmente al agravio formulado en relación a este punto y, en consecuencia, a la pretensión de daños y perjuicios incoada, con el alcance que se detalla a continuación.

10º) En relación a los daños peticionados en el escrito de demanda - ver fs. 209/217 -, adelanto opinión respecto a que solamente pueden prosperar aquellos

daños causados en forma directa al Sr. Jorge Alejandro Giacopazzi, quien en definitiva fuera la persona detenida e imputada de los hechos de violación expuestos en el desarrollo de los considerandos anteriores.

La reparación del daño moral peticionada por la madre y los hermanos del Sr. Jorge Alejandro Giacopazzi no puede tener acogida favorable, en tanto y en cuanto el artículo 1078 del Código Civil veda dicha posibilidad a los damnificados indirectos. Es decir, que el ordenamiento jurídico positivo solo reconoce como legitimado activo para perseguir la pretensión de cobro por daño moral al damnificado directo. La Ley, señala Borda, "ha sido rígidamente limitativa" - en este punto - "...y con razón" (Cfr. Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones, T I, pág. 183 y ss).

Por ello solo cabe reparar al Sr. Jorge Alejandro Giacopazzi por la detención ilegítima que sufriera. De las constancias de autos queda probado que el mismo estuvo detenido once (11) días en una comisaría, y que luego fue internado durante veinticuatro (24) días en un instituto Neuropsiquiátrico en atención a lo aconsejado por los peritos psiquiatras que lo evaluaron en el marco de la causa penal que se le instruyera - ver fs. 135/136 y fs. 146/147 copias causa penal. Tanto la injusta detención como su posterior derivación al instituto psiquiátrico causaron evidentes y notorios daños psíquicos y espirituales al actor, quien no solo se vio privado de su libertad, sino que también se vio expulsado del ámbito familiar y educativo que lo contenía - no debe olvidarse que el accionante padecía desde los diecinueve (19) años de trastornos en su salud psicofísica y que estaba en tratamiento y con medicación al momento de la detención; ver fs. 146/147 copias de la causa penal - situación que vino a alterar gravemente su paz espiritual y física. A ello debe sumarse que se le imputó en forma pública y notoria - ver copias informativas de los diarios La Nación, El Día y Crónica, obrantes a fs. 320/322, 328/329 y 446/448 - la comisión de hechos aberrantes que también le

trajeron un sufrimiento espiritual al ver mancillado su nombre y apellido en forma infundada e ilegítima.

Por ello entiendo que corresponde reparar el daño moral sufrido por el actor y determinar la suma de Pesos Treinta Mil (\$ 30.000) por dicho concepto.

En relación al daño psicológico tengo por probado el mismo en relación al co-actor Jorge Alejandro Giacomuzzi, a tenor de la pericia médico psicológica que se le practicara en autos, donde la experta aconseja tratamiento psicológico individual con una duración aproximada de dos años y con una frecuencia de dos sesiones semanales. - ver informe pericial de fs. 366/422. Determino entonces el costo de dicho tratamiento en la suma de Pesos Trece Mil (\$ 13.000).

A las sumas determinadas se le deberán adicionar los intereses calculados de acuerdo a la tasa pasiva que abona el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de descuento a treinta (30) días, desde el momento de la detención del Sr. Giacomuzzi hasta su efectivo pago. Las costas de ambas instancias deben imponerse por su orden - cfr. art.51 CPCA.

Cabe rechazar en cambio el daño Psicológico en relación al resto de los co-actores, en atención a las siguientes cuestiones de hecho y de derecho. En principio debo señalar que al estar en el marco de la responsabilidad del Estado por la actuación de sus organismos judiciales, recobra vigencia aquel principio doctrinario y jurisprudencial - recordado en el considerando 4º) del presente voto que establece el carácter de excepción de este tipo de responsabilidad. Mucho más cuando se trata del caso de medidas cautelares en el marco del proceso penal. Por otra parte - y en conexión directa con el principio de excepción

individualizado -, debe señalarse que los co-actores no fueron imputados ni detenidos en el proceso penal cuyos vericuetos lucen expuestos en los considerandos anteriores, por lo que no han sido damnificados directos de las actuaciones u omisiones judiciales y prejudiciales expuestas, por lo que entiendo que, más allá del sufrimiento lógico padecido al ver, en un caso, a su hijo, y en el otro, a su hermano imputado de un delito que no cometió, no corresponde extender la reparación por daño psicológico a los co-actores Elina Olga Quevedo, Guillermo Martín, Carlos Adrián y Julio Cesar Giacopazzi.

Por todo ello propongo a mis distinguidos: 1º) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda planteada por el señor Jorge Alejandro Giacopazzi; 2º) Condenar a la parte demandada a abonarle la suma de pesos treinta mil (\$ 30.000) en concepto de indemnización por daño moral y de pesos trece mil (\$13.000) en concepto de daño psicológico. A las sumas determinadas se le deberán adicionar los intereses calculados de acuerdo a la tasa pasiva que abona el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de descuento a treinta (30) días, desde el momento de la detención del Sr. Giacopazzi hasta su efectivo pago; 3º) Distribuir las costas de ambas instancias por su orden (art.51 del CPCA); 4º) Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (conforme art. 31 del Decreto Ley N° 8.904/77).

ASI LO VOTO

Los señores Jueces Jorge Augusto Saulquin y Ana María Bezzi votaron a la cuestión planteada en igual sentido y por los mismos fundamentos, con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

En virtud del resultado del acuerdo que antecede, este Tribunal, por los fundamentos dados,

RESUELVE:

1º) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda planteada por el señor Jorge Alejandro Giacopazzi;

2º) Condenar a la parte demandada a abonarle la suma de pesos treinta mil (\$ 30.000) en concepto de indemnización por daño moral y de pesos trece mil (\$13.000) en concepto de daño psicológico. A las sumas determinadas se le deberán adicionar los intereses calculados de acuerdo a la tasa pasiva que abona el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de descuento a treinta (30) días, desde el momento de la detención del Sr. Giacopazzi hasta su efectivo pago;

3º) Distribuir las costas de ambas instancias por su orden (art. 51 del CPCA); 4º) Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (conforme art. 31 del Decreto Ley N° 8.904/77).

Regístrese, notifíquese de acuerdo a lo proveído a fs. 530 y, oportunamente, devuélvase.

ANA MARIA BEZZI

JORGE AUGUSTO SAULQUIN

HUGO JORGE ECHARRI

ANTE MI

ANA CLARA GONZALEZ MORAS

Secretaria

Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo - San Martín

Registro de Sentencias Definitivas N°.3. F°...46/58 vta