



R.I. 76(S)

En la ciudad de Necochea, a los 18 días del mes de julio de dos mil catorce, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario a efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: “**A. M., M. c/ FISCO de la PROVINCIA de BUENOS AIRES s/daños y perjuicios. Resp. Estado**” habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Doctores Fabián Marcelo Loiza y Oscar Alfredo Capalbo; habiéndose excusado el Dr. Capalbo a fs. 274 se integra el Tribunal con los Señores Jueces Doctores: Marcela Fabiana Almeida y Martín Ordoqui Trigo.

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1^a.) ¿Es justa la sentencia de fs.255/266?

2^a.) ¿Qué pronunciamiento corresponde?.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR LOIZA DIJO:

I.- A fs. 255/266 el juez de primera instancia resuelve: hacer lugar a la demanda promovida por M. A. M. contra el Fisco de la Provincia de Buenos Aires sobre daños y perjuicios; condenando a pagar la suma de pesos trescientos cincuenta mil con más los intereses que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósitos a treinta días,



desde el día que quedara firme el sobreseimiento del accionante en sede penal y hasta su efectivo pago. Impone las costas en el orden causado y difiere la regulación de honorarios para la oportunidad en que se apruebe la liquidación correspondiente.

Valoró especialmente el juez de grado la causa penal N° 3590-0271, y su acumulada N° 240-1332, así como la causa 36.047; y la prueba rendida en autos.

Dicha sentencia fue apelada a fs. 267 por la parte actora, fundando el recurso a fs. 302/303. Igualmente a fs. 269 apela la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires fundando el mismo a fs. 304/312.

Asimismo a fs. 316/324 y 325/326vta. contestan traslado de expresión de agravios respectivamente.

II.1. Indica el actor recurrente que le causa perjuicio la imposición de costas.

Expresa que *“la demanda ha sido admitida porque nada menos que la declaración indagatoria y el auto de prisión preventiva fueron declarados en sede criminal absolutamente nulos por violación de garantías constitucionales y derechos humanos consagrados en tratados internacionales que forman parte del texto constitucional... ello determina que se encuentra acreditada la ilicitud del proceder de la accionada porque se halla comprobada la irregularidad e invalidez, por errores de juzgamiento y en el procedimiento, de la privación precautoria de la libertad ordenada en la causa penal.”*



Aduce que por ello corresponde que se aplique el art. 68 del CPCC en virtud de la regla de la derrota en juicio que estable la ley.

II.2. Expresa la parte demandada que no se encuentran configurados los dos presupuestos esenciales para la configuración de la Responsabilidad del Estado por Error judicial.

Relata que le causa perjuicio que el *a quo* considere que la prisión preventiva se torna ilegítima por el dictado del auto de fecha 09-10-2005 que hace lugar al sobreseimiento del Sr. A. M.. Deja aclarado que en oportunidad de contestar la demanda aún no se había agregado al proceso el auto judicial que sobreseyó al accionante.

Añade que el *a quo* en la sentencia recurrida se ha apartado de la doctrina legal de la SCBA en materia de responsabilidad del Estado por Error judicial.

Asimismo indica que yerra el sentenciante al fundamentar la responsabilidad del estado en las nulidades decretadas y en el sobreseimiento decretado, olvidándose de analizar las particularidades de la cuestión en tratamiento.

Añade que uno de los fundamentos dados por el Juez de Garantías en el auto de sobreseimiento es la existencia de nuevos elementos reunidos, haciendo referencia a los extractos de pericias psicológicas realizadas con posterioridad donde se puede extraer de las mismas que los menores ratifican los dichos vertidos, diciendo que se



encontraban coaccionados por su abuela; por lo que mal puede inferir que haya existido error judicial.

Manifiesta que resulta importante poner de resalto que *“expresamente se indica que por los demás hechos investigados entre el 20-08-99 y 19-12-2000 corresponde que se giren las actuaciones a la Sra. Agente fiscal atento no existir imputación formal, con lo cual el actor no fue sobreseído de todos los hechos”*.

De la misma manera expresa que el juez interviniente, y los miembros del Ministerio Público actuaron de acuerdo a la legislación vigente, y eso en modo alguno convierte su accionar en reprochable.

En su segundo agravio expresa que le causa menoscabo el monto del rubro daño moral.

Indica que *“yerra el sentenciante, al considerar que la circunstancia de alojarse en unidades carcelarias de la Provincia de Buenos Aires le ocasionan al actor una mortificación espiritual perfectamente atendible y que corresponda su cuantificación, atento que no existe un elemento probatorio con suficiente sustancialidad para que el mismo sea procedente y por lo tanto el rubro debe ser desestimado”*.

Aduce que *“es necesario demostrar que el ilícito denunciado ha afectado el 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”*. Finalmente hace reserva del Caso Federal.



III.- Para una adecuada comprensión del caso entiendo necesario exponer una reseña de los antecedentes que dieron origen al presente proceso. He de ser minucioso en ella pues estimo que del *racconto* histórico de lo sucedido ya se podrá elucidar la solución para el caso.

De las constancias penales obrantes por cuerda surge que el 25 de agosto de 2000 ante el entonces Tribunal de Menores departamental y con presencia de la Asesoría de incapaces acuden tres de los hijos del actor –menores todos en aquel momento, de 4, 7 y 8 años respectivamente - y la abuela materna de éstos, denunciando abusos sexuales por parte del progenitor a los niños (conf. fs. 143 expte. 3590 y fs. 146 expte. 240; fs. 177/182vta. exp.. 3590 y 184/189 expte. 240).

El 11 de septiembre se cursa denuncia a la Fiscalía de turno (fs. 255/258vta. expte. 3590). En diciembre de ese año 2000 se producen informes médicos y psicológico (fs. 10711; 12/13 y 26/27 de la causa 36.047) que corroboran parcialmente la denuncia, en particular respecto del niño de siete años.

El 27 de febrero de 2001 es aprehendido el aquí actor por las fuerzas policiales (fs. 35/36 causa 36.047) y al día siguiente es convertida su aprehensión en detención por el Sr. Juez de Garantías (fs. 11/vta. expte. 240).

El 30 de marzo de 2001 se resuelve convertir en prisión preventiva la detención, tomando en cuenta los elementos de prueba



referidos supra (testimoniales de los menores e informes periciales) sumados a otras testimoniales (v. fs. 16/20 expte. 240).

No hay constancias en los autos que tengo ante mí de que dicha medida cautelar haya sido impugnada por el hoy actor o su defensa.

Tampoco consta acta de declaración del entonces imputado A. (conf. art. 308 CPP).

El 26 de junio de 2001 la Sra. Agente Fiscal Dra. Silvia Cristina Gabriela presenta la requisitoria de elevación a juicio en el que se le imputan los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante calificado por el vínculo y el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (fs. 22/23vta. expte. 240).

Corrida vista a la defensa en los términos del art. 336 del CPP (el que en su parte pertinente indica *“Las conclusiones del requerimiento fiscal serán notificadas al defensor del imputado quien podrá, en el término de quince (15) días, oponerse instando al sobreseimiento o el cambio de calificación legal, u oponiendo las excepciones que correspondan”*) el defensor particular indica que no tienen *“que realizar manifestación alguna en los términos del art. 336 solicitando se remitan las actuaciones al Tribunal Oral”* (f. 27 expte. 240)

En el mes de julio del 2001 el Juez de Garantía eleva la causa a juicio.



El 31 de octubre la Agente Fiscal ofrece pruebas (fs.70/74vta. del expte. 240) haciendo lo mismo su defensor el 6 de diciembre (fs. 93/96 del expte. 240).

El 15 de marzo de 2002 se lleva a cabo la audiencia del art. 338 del CPP (fs. 114 del expte. 240) posteriormente se provee la prueba y se fija audiencia para el día 13 de agosto del mismo año.

Producido el debate, el 21 de agosto de 2002 el Tribunal en lo Criminal N° 1 da lectura del veredicto y sentencia; *“decretándose la nulidad de la acusación en orden al delito de abuso deshonesto calificado por el vínculo y recaído veredicto absolutorio por el de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, y siguiendo el mismo orden de votación, el tribunal dictó sentencia...I) Decretar la nulidad de la Acusación Fiscal incluida la requisitoria de elevación a juicio obrante a fs. 22/23 de esta causa –como el resto de los actos que han sido su consecuencia, por indeterminación del objeto procesal en orden al delito de abuso deshonesto calificado por el vínculo (arts. 56, 201, 207 y 335 del C.P.P.) II) Girar las actuaciones al señor Fiscal General Departamental para que designe un nuevo representante hábil de ese Ministerio Público a los fines que se renueven los actos anulados en orden al delito de abuso deshonesto calificado por el vínculo, previsto y sancionado por el 2do párrafo del art. 127 del Código Penal en relación con el inc. 1º del art. 119 del mismo testo, ello en su versión anterior a la sanción de la Ley 25.087 y del que habrían resultado víctimas los niños (...) y eventualmente –de así corresponder- bajo*



los nuevos encuadramientos de la citada Ley 25.087.- III) Girar las actuaciones al señor Fiscal General Departamental para que designe un nuevo representante hábil de ese Ministerio Público a los fines que se sustancie causa por la presunta comisión del delito de abuso sexual reiterado gravemente ultrajante y con acceso carnal calificado por el vínculo, previsto por el art. 119 del Código Penal o violación reiterada calificada por el vinculo, prevista y sancionada por el art. 119 del Código Penal en su versión previa a la sanción de la Ley 25.087, hechos aparentemente cometidos entre el mes de enero de 1999 y fines del año 2000 en la localidad de Quequén y en perjuicio del niño (...). IV) Absolver libremente al señor M. A. M., español, (...) en orden al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, previsto y sancionado por el art. 1º de la Ley 13.944 y que se habría registrado desde el año 1997 al año 2001 en perjuicio de su hija T. N. A. (art.367 del C.P.P.).- (...) VI) Mantener la atenuación de la prisión preventiva con control por monitoreo electrónico que sufre el imputado hasta tanto se resuelva el caso y de mantenerse la falta de peligro procesal que oportunamente valorase el Juez que la otorgó.” (ver fs. 9/23).

Al fundar la nulidad el Sr. Juez Dr. Juliano sostuvo “*encuentro una notable incongruencia valorativa en el cotejo de la forma en que se ha producido la acusación y la prueba rendida en la causa*”; relata luego los hechos a partir de las testimoniales del año 2000 y afirma “*es evidente que nos encontramos en presencia de un hecho distinto al tenido en*



consideración por la representante del Ministerio Público Fiscal al momento de sostener su acusación (...) en el tramo referido la Acusación no guarda correlación con la prueba rendida en el juicio ni se compadece con la misma, incurriendo en un grave déficit valorativo que la convierte en inmotivada (3er párrfo del art. 56 del CPP) lo que –como se anticipara- conduce a su fulminación por nulidad”.

Asimismo añade que “*la Acusación ha transgredido en forma palmaria el principio establecido por el art. 335 del ritual, que ordena bajo sanción de nulidad que el requerimiento del Fiscal debe contener “una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho”* y más adelante agrega “*la acusación (...) colisiona abiertamente con la referida exigencia del art. 335 del ritual y con el derecho de defensa en juicio, toda vez que se limita a transcribir el verbo típico (...) omitiendo describir cuales son los actos que lo configuran.*”. Añadiendo que el Defensor del imputado al alegar “*sostuvo que en tales condiciones era muy difícil ejercer su ministerio y que se lo confundía seriamente.*”. Concluyendo, luego de una ilustrativa cita de Maier, en que “*La insuficiencia que padece la acusación por indeterminación del hecho imputado transgrede la manda del art. 335 del CPP y viola el derecho de defensa en juicio del que es titular el imputado y el debido proceso legal (art. 18 CN), por lo que corresponde decretar su nulidad (arts. 201 y 207 del CPP).*”.

Ambas partes hacen reserva de acudir a Casación pero la defensa lo hace tardíamente (v. fs. 245 y 249 expte. 240) mientras que la



Fiscalía si bien lo hace en término, tal remedio no es sostenido por el Fiscal ante el Tribunal de Casación quien, según informa este último órgano, desiste del recurso en forma manifiesta (fs. 234 y 283 del expte. 240).

El 22 de octubre comienza su actividad el nuevo Fiscal designado (fs. 265 expte. 3590) quien solicita “*ad effectum videndi*” la causa donde se dictara la nulidad.

Con las mismas constancias probatorias existentes en el proceso anterior, el Fiscal actuante (el 2 de mayo de 2003, fs. 278/279 del expte. 3590) peticiona la detención del imputado quien en rigor de verdad seguía sometido a la medida restrictiva a tenor de la citada decisión del Tribunal Criminal.

El 7 de mayo de ese año el Juez de Garantías dispone la “inmediata detención” del aquí actor “*la que se efectiviza MANTENIENDO el BENEFICIO de PRISION DOMICILIARIA con control por Monitoreo Electrónico dispuesto en la causa [que motivara la intervención del Tribunal Criminal y la nulidad citada]*” (fs. 280/vta. expte. 3590, mayúscula en el original).

Recién el 14 de mayo de 2003 (la sentencia nulificante fue dictada en agosto del año anterior) es recibida la declaración del imputado conforme el art. 308 del CPP imputándosele el delito de abuso sexual con acceso carnal únicamente respecto de su hijo menor. Allí señala que es la abuela materna la responsable de los menores y que a la presunta víctima



se la debe escuchar sin la presencia de aquella ni de las tías de los niños (fs. 288/290 expte. 3590).

El 12 de junio el Juez de Garantías le dicta al actor de autos la prisión preventiva, valorando las constancias del expediente minoril que ya habían sido tomadas en cuenta en la antecedente causa que culminara en la nulidad. La medida de restricción en rigor significaba la continuación de la dictada en dicho expediente bajo la misma modalidad de monitoreo electrónico, tal como la propia decisión se encarga de destacar (fs. 305/307 vta. del expte. 3590).

La Defensa apela la medida arguyendo, entre otras cuestiones, que la nulidad dictada abarcaba *“todos los requisitos necesarios para tener por acreditada la existencia del ilícito investigado en aquella y en ésta causa”* (fs. 311/312 del expte. 3590).

El 8 de julio de 2003 la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Garantías en lo Penal, confirma la medida cautelar analizando los medios de prueba obrantes en la causa seguida por el Tribunal de Menores sin atender el argumento relativo a la nulidad dictada por el Tribunal Criminal.

El 12 de agosto el menor (con 9 años de edad), supuesta víctima del ilícito enrostrado al aquí actor, presta declaración en relación a los hechos de autos con un escueto –y a esas alturas elocuente- *“no recuerd[o] lo sucedido con [mi] padre”* (fs- 353/vta. del expte. 3590).



No obstante, la causa es elevada a juicio el 9 de septiembre de 2003 (fs. 360 del expte. 3590).

Luego de ofrecidas las pruebas por las partes el Tribunal Criminal con nueva integración ordena acumular la citada causa 240 (donde se dictara la nulidad de lo actuado) a la subsiguiente 3590 y recibe en audiencia del art. 338 del CPP a la Fiscalía y a la Defensa.

Esta última plantea la posible ocurrencia de doble juzgamiento en violación a la garantía del *ne bis in idem*, señala que el Tribunal Criminal debió absolver conforme el art. 374 del CPP y añade que la prisión preventiva excede el plazo razonable en el caso.

El 19 de abril de 2004, el Tribunal Criminal integrado por los Dres. Oscar Alfredo Capalbo, y los con jueces Liliana Ondina Guerrero y Oscar Vicente Guerrero resuelve: “*I) Declarar la nulidad de la declaración del imputado a tenor del art. 308 del C.P.P. obrante a fs. 213/215vta. de la IPP 13.512 y lo actuado en consecuencia, a saber: declaraciones testimoniales obrantes a fs. 221/222; 223/224; 231/232vta.; 239/vta; 276/278; 279/vta; 281/282vta.; 283/284; 289/292 y actuaciones de fs. 237/242; y la nulidad del auto interlocutorio del Juez de garantías de fs. 16/20vta. y todas las actuaciones posteriores del Expte. TC 240-1332 con excepción a lo referido en el hecho 4 (incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuyo fallo absolutorio queda incólume); incluyendo todo lo actuado en la causa TC 3590-0271 (atrs. 201, 202 inc.3, 203 segundo párr., 312, 335 y concs. del C.P.P., art. 18 y 33 de la Constitución Nacional y arts. 10 y 15 de la*



Constitución Provincial. II.- No hacer lugar a la excepción perentoria de doble juzgamiento articulada (art. 1 del C.P.P. 338, inc. 3º y 341 a contrario sensu del C.P.P., arts. 18 y 33 de la Constitución Nacional y 10 y 15 de la Const. Provincial). III) Conceder la excarcelación ordinaria a M. A. M., bajo caución juratoria, (art. 181 CPP) y bajo las siguientes condiciones: 1.- Manifestar en el acta de soltura su domicilio real del que no podrá ausentarse por mas de 24hs sin conocimiento ni autorización previa debiendo denunciar las circunstancias que puedan imponerle una ausencia del domicilio por un término mayor. 2.- Constituir en ese acto domicilio especial en el que se practicarán las notificaciones y emplazamientos. 3.- Comparecer a la Comisaría más próxima a su domicilio todos los viernes. 4.- La prohibición de tomar contacto con los menores (...) y su grupo familiar conviviente, fijándose un radio de exclusión de doscientos metros del domicilio de estos, así como del establecimiento educacional al que concurran, lugares que se le hará saber al imputado, debiendo citarse a ese fin a la progenitora de los menores a los fines de que actualice dichos dato. Notifíquese a la progenitora para que concurra a primera audiencia. 5.- El cumplimiento de las condiciones previstas en los puntos 3 y 4 deberán ser comunicadas por la Comisaría al Juez de Garantías que intervenga – en cada oportunidad, debiendo disponer respecto de las condiciones impuestas en el punto 4.-, los recaudos pertinentes a los fines de su efectivo cumplimiento Librese oficio pertinente.- (arts. 1689 inc. 10, 179, 180 y 181 del C.P.P.). IV.- Remitir la presente causa, su acumulada, incidentes y anexos que corren por cuerda al



Señor Juez de Garantías Departamental a los efectos dispuestos por el artículo 207 in fine del ritual, debiendo en su caso procederse a reordenar la causa en virtud de lo decidido a fs. 64 del Expte. TC 240-1332. V) Librar oficio al Sr. Presidente de la Cámara de Apelación Departamental, con copia de lo aquí resuelto a sus efectos (Acs. 2840 y 2844 SCBA).-". (ver fs. 24/34).

Los fundamentos de tal decisión fincaron, nuevamente, en la violación del principio de congruencia, pues entendió dicho órgano que la declaración del art. 308 del CPP que se había producido en la IPP original (y del que no consta copia en estas actuaciones) no cumplía los recaudos del art. 312 CPP violando así el derecho de defensa del imputado.

Asimismo entendió aquel Tribunal que el auto de prisión preventiva también impidió “*el ejercicio de la debida defensa del encartado*” (fs. 445 expte. 3590) en tanto “*la confusa redacción (...) en la que se pasa de referirse a un delito (singular) a endilgar tres hechos (ello en el auto de prisión preventiva) o de imputarse “el siguiente hecho punible” (singular) para luego referirse a tres hechos (declaración del imputado referida), de por sí resultan de una irregularidad que no se puede soslayar, lo cierto es que la ambigüedad que obsta al efectivo ejercicio de la defensa es aún mayor.*” (fs. 445vta. expte. 3590).

Y luego continúa “*en dicho auto de prisión preventiva se describe la conducta atribuida al imputado con relación al menor (...) mientras que esa misma conducta es la que en el pronunciamiento de este tribunal de fecha 21 de agosto de 2002, se ordena mandar a investigar como*



un hecho distinto a aquellos por los que estaba encausado" (fs. 445vta./446)

Añadiendo que la renovada requisitoria fiscal "también se omite tratar cada uno de los hechos por separado con sus características de modo, tiempo y lugar, lo que nuevamente impide dar por cumplido con la debida descripción de los hechos tal como lo impone el código de rito "en su art. 335.

Concluye el fundamento del Tribunal Criminal señalando que la nulidad es absoluta en tanto vulnera el derecho de defensa por lo que no puede estimarse que exista preclusión "Y ni aún la inacción del Defensor puede repercutir en perjuicio del imputado, en tanto esa inacción, en este caso no puede ponerse en cabeza del imputado (...) Más aún cuando el propio Sr. Agente Fiscal entiende "razonables y atendibles los planteos de la defensa" ..

Ese mismo día 19 de abril de 2004 tras tres años y 52 días es excarcelado el actor (acta de fs. 453/vta. expte. 3590).

El 29 de julio de 2004 queda firme la segunda sentencia anulatoria del Tribunal Criminal y el expediente es girado al Juez de Garantías "a los efectos dispuestos por el art. 207 in fine del ritual" (f.524 expte. 3590).

El 21 de septiembre de 2004 se da comienzo a una nueva IPP (la tercera) investigación que culmina sobreseyendo al actor de autos por los delito de abusos sexuales gravemente ultrajantes calificados por el vínculo (tres hechos) "en virtud (...) que los nuevos elementos reunidos en autos, analizados en su conjunto con todos los elementos de convicción (...)



desvirtúan en forma terminante la totalidad de los indicios de sospechabilidad que pesaban sobre el encartado" aunque, para continuar con el sesgo de confusión que planea por sobre todo el proceso, el Juez indica que "*respecto del hecho investigado entre el 20/08/99 y 19/12/2000 (sic) atento no existir imputación formal (...) corresponde devolver los presentes autos a la Sra. Agente Fiscal*" (fs. 162/165 expte. 36.047). Esta última funcionaria resuelve el 19 de abril de 2005 el archivo de la causa, sin que conste notificación a la víctima o al Juez de Garantías.

El 1 de junio de 2010 (fs. 37/54 de estos autos) presenta demanda de daños y perjuicios la parte actora reclamando la suma de pesos \$600.000 al Estado Provincial.

A fs. 130 obra contestación de oficio del Servicio Penitenciario de la dirección de Monitoreo Electrónico, donde se indica que el actor estuvo bajo el contralor de este sistema cumpliendo detención domiciliaria durante el periodo comprendido entre el 30/05/2003 hasta el 27/11/2003 momento en que fue excluido del sistema.

A fs. 218 la Comisaría Primera Necochea informa que haciendo una compulsa en los libros respectivos se determinó que con fecha 02 de febrero del año 2001, obra el ingreso del ciudadano A. M. procedente de delitos complejos de Narcocriminalidad de Necochea, en el marco de actuaciones caratuladas Abuso Sexual, asimismo y en esa fecha se asienta la salida del detenido, no registrando ninguna otra entrada del encausado a esa dependencia.



A fs. 221/222 obra pericia psicológica y a fs. 229 y 235/vta. se encuentran las explicaciones brindadas por la experta.

A fs. 240/241 se encuentra la certificación de prueba.

Tales las constancias de autos a las que cabe añadir las causas penales citadas y obrantes por cuerda, que tengo a la vista y a cuyas constancias también me referiré en lo que sigue.

La demanda de autos le endilga al Estado responsabilidad por todo el proceso (conforme fs. 43 y fs. 45 donde se refiere a los “*daños que he padecido por la infundada, arbitraria e injusta persecución penal que me ha tocado vivir*”); por la injusta y carente de fundamento legal y fáctico restricción cautelar de poder tomar contacto con sus hijos y grupo familiar (fs 46) por el acto jurisdiccional dejado sin efecto por el TOC integrado por los Dres. Capalbo, Guerrero, L. y Guerrero, O.; y finalmente por la violación de sus derechos a la salud, al honor, a la dignidad y a la integridad física, psíquica y moral, al debido proceso legal

Bajo esa prisma analizaré la pertinencia de la apelación del Fisco y luego si corresponde me detendré en la del actor.

III. En el estado actual de nuestro sistema jurídico bien puede afirmarse que existen dos vías de condena al Estado por su responsabilidad derivada de la actividad jurisdiccional, ambas conceptualizadas dentro del término genérico “error judicial”.

La primera -error judicial en sentido estricto- requiere la existencia de un verdadero acto ilícito ya sea por una condena errónea o por



el dictado de una medida cautelar –v.gr. prisión preventiva- que no se condice con los hechos acreditados en la causa al momento de su dictado.

Supone *“la grave equivocación sobre los hechos del caso y la consiguiente aplicación del derecho a hechos que no existen; puede producirse por deficiencias procesales, circunstancias fortuitas, coincidencias fatales, pruebas falsas o fraguadas, viciadas por el error el odio o los perjuicios, por parcialidad o error de los peritos, etc.”* (Trigo Represas - López Mesa “Tratado de la responsabilidad civil” T. IV, p. 107/171, Ed. La Ley 2004, con cita de Maiorano e Hitters).

La otra vía es algo más elusiva en su definición pues se la determina por exclusión o en forma residual; así dentro de ese grupo encontraríamos *“un conjunto de supuestos de contornos difusos que ataúnen al desenvolvimiento de la labor jurisdiccional, sin estar incluidos en el concepto de error judicial”* (Trigo Represas – López Mesa, ob. cit., p. 172 con cita de Colautti). En esta senda Berizonce afirma la responsabilidad del Estado *“por el funcionamiento anormal del servicio jurisdiccional aplicable en los supuestos de retardo frustratorio de la garantía del debido proceso”* (El contralor de la labor jurisdiccional del Poder Judicial, citado por Trigo Represas, ob. cit. p. 172 nota 634).

De Lázzeri, procurando sistematizar la cuestión, advierte en un reciente voto que *“Continúa presente la idea, como regla, de que el dictado de la prisión preventiva configura una facultad judicial sometida a pautas abiertas y, consecuentemente, si en abstracto la decisión judicial encuadra*

en las previsiones legales, la ulterior declaración de inocencia, per se, es insuficiente para disponer la reparación de los daños causados. Pero, sin embargo, esa indemnización es viable no solamente en los supuestos legal o constitucionalmente previstos en forma expresa, sino también en otros fundados en principios generales de rango constitucional. Esos casos son: a) la dilación indebida de los procedimientos; b) la arbitrariedad manifiesta del auto de procesamiento seguida de la ulterior absolución o sobreseimiento del imputado; c) que la prisión preventiva obedezca a prueba ilegítimamente obtenida por la policía.” (SCBA Ac. 70.729, “D., J. M. contra Poder Judicial y otro. Pretensión indemnizatoria” del 22/5/2013).

También la Corte Nacional ha venido reconociendo esa otra vía de reclamo tal como se advierte en la evolución de los precedentes “Rosa” (1/11/1999), “Arisnabarreta” (6/10/2009) y los dictados en la misma fecha “Mezzadra” y “Poggio” (08/11/2011) siempre procurando dar una especial atención a las particularidades de cada caso y teniendo como premisa la excepcionalidad de este supuesto de responsabilidad; con la distinción en el segundo supuesto de no tratarse del cuestionamiento de “una decisión jurisdiccional —a la cual se reputa ilegítima— sino que lo que se imputa al demandado es un funcionamiento anormal del servicio de justicia.” (considerando 8º en “Mezzadra”).

En el caso de autos y a partir del resumen de lo actuado que efectuó en el apartado anterior bien puede afirmarse que se han dado ambos tipos de responsabilidad del Estado provincial.



En primer orden (error judicial en sentido estricto) ello ha quedado patentizado a partir del dictado de la segunda nulidad donde se fulminó la acusación (declaración del 308 CPP) la primera prisión preventiva dictada contra el aquí actor y la requisitoria fiscal, a lo que se suma que ya la anterior nulidad había dejado sin efecto la requisitoria fiscal y la acusación ante el Tribunal Criminal. Todo ello por la misma razón: tales actos procesales anulados no permitieron la adecuada defensa del entonces imputado en tanto violaron el principio de congruencia.

Los actos anulados conforman así la ilicitud fundante de la pretensión de daños, pues zahirieron palmariamente aquel derecho basilar del proceso penal.

En ese contexto mal puede argumentarse que los actos procesales nulificados se ajustaban a las pruebas de aquel momento - y en consecuencia no puedan reputarse de arbitrarios o ilícitos en sentido civil- pues el plexo probatorio se construyó sin la efectiva posibilidad de ejercer la defensa en juicio, garantía que es consecuencia básica del Estado de Derecho. En otras palabras el cuerpo probatorio era necesariamente parcial pues se construyó en violación del derecho de defensa.

Ello es especialmente achacable al original auto de prisión preventiva (fs. 16/20 del expte. 240) el que fuera nulificado por violación del principio de congruencia, en tanto incurrió en la análoga indeterminación de la imputación que padecía la acusación efectuada por la fiscal actuante.



En palabras del propio apelante *“las circunstancias fundadas”* en las que se dictaron los actos procesales nulificados citados supra, no eran tales, pues claramente prescindían del acabado cumplimiento de las reglas legales y constitucionales aplicables, tal como lo ponen de resalto las decisiones jurisdiccionales nulificantes.

Cabe recordar que en el sistema procesal penal provincial el Fiscal tiene que ejercer *“la acción penal (...) en la forma establecida por la ley”* (art 56 CPP) y que además *“tutela el interés público y las garantías de los habitantes, requiriendo la justa aplicación de la ley y del derecho, sea en lo concerniente a intereses colectivos, difusos o individuales, debiendo velar por la limitación de su ejercicio abusivo o disfuncional”* (art. 1 Ley del Ministerio Público 12.061, vigente al momento de los hechos, donde el subrayado me pertenece). Deberes jurídicos que las nulidades dictadas implícitamente marcan como incumplidos y que por ende generan responsabilidad estatal.

No puede decirse entonces que no se ha respetado la doctrina legal de la SCBA pues ésta exige la determinación de actos arbitrarios o ilegítimos en el curso del proceso penal que conduzcan a la generación del daño (v. v.gr. Ac. 70.729, "D. , J. M. contra Poder Judicial y otro. Pretensión indemnizatoria" del 22/5/2013) carácter que entiendo se ha demostrado aquí a partir de las nulidades dictadas y la índole de la garantía violada.

No empece a esa conclusión el hecho de haberse confirmado por la Cámara Departamental la segunda prisión preventiva dictada (actos



procesales ya referidos *supra*). Ello por un doble orden de razones. En primer lugar porque en ese momento también se mantenía la parcialidad probatoria derivada de la incongruencia acusatoria y que impidió el derecho de defensa del imputado.

Y en segundo orden porque el Tribunal de Alzada no evaluó el argumento de la defensa en torno a la razonabilidad del plazo de detención, aspecto que amén del planteo oportuno, merecía especial consideración pues la demora fincaba en los yerros de la Fiscalía actuante que motivaron una investigación administrativa interna (f. 279 causa 240) y que culminaron en el dictado de la primera nulidad por el Tribunal Criminal.

En tal sentido cabe recordar que la cuestión relativa al plazo razonable del encarcelamiento preventivo ha sido suficientemente tratado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe Nº2/97 de fondo respecto de Argentina Nº 11.205 y otros donde sostuvo “*La determinación de la razonabilidad del plazo corresponde al juzgado que entiende en la causa. En principio, la autoridad judicial tiene la obligación de asegurarse de que la prisión preventiva de un acusado no exceda de un plazo razonable. Para tal efecto, debe analizar todos los elementos relevantes a fin de determinar si existe una necesidad genuina de mantener la prisión preventiva, y manifestarlo claramente en sus decisiones referente a la excarcelación del procesado. La efectividad de las garantías judiciales debe ser mayor a medida que transcurre el tiempo de duración de la prisión preventiva.*”(§19 de dicho informe) Resalta luego el deber de las autoridades



judiciales de emplear *la “debida diligencia en la sustanciación del procedimiento”*, recordando que si la causa de la prórroga en el tiempo de la prisión preventiva es imputable a tales autoridades tornaría en irrazonable el plazo de detención cautelar (§38 al 42 inclusive, con cita del precedente Toth de la Corte Europea DDHH).

Tal estándar de análisis ya resultaba exigible en aquel momento (08/07/2003) –y lo es más claramente hoy a partir del precedente de la CSJN “Carranza Latrubesse” del 06/8/2013- máxime si –como en el caso- la defensa plantea tempestivamente la cuestión y si la demora en la resolución de la causa era imputable a la actividad contraria a derecho llevada adelante por la Fiscalía y –en menor medida- por el Tribunal Criminal que dictó la primera nulidad.

Es que éste órgano si entendía incongruente “la acusación” debió revisar necesariamente la declaración del 308 del imputado en consonancia con la medida de restricción pues éstos actos –en tanto actos de imputación- también importaban lesión al derecho de defensa, inadvertencia que sólo pudo corregirse con la actuación de la nueva integración del Tribunal Criminal. Al dejar firmes tales actos procesales consintió la extensión de la medida restrictiva pese a que ésta era fruto de una construcción viciada.

Volviendo a la decisión de la entonces Cámara departamental, ésta, a su turno, no consideró el argumento del plazo de la restricción cautelar de la libertad y resolvió sólo en base a la prueba que se había



reunido ante el Tribunal de Menores, sin atender al principio de congruencia y con lesión al derecho de defensa, tal como se decidiera posteriormente en la segunda nulidad de la acusación dictada por el Tribunal Criminal.

Esa actuación y todas las anteriores y posteriores que conllevaron a mantener la restricción en la libertad y los derechos conexos del aquí actor conforman los elementos que permiten responsabilizar al Estado Provincial dentro de la llamada “falta de servicio” o, más precisamente “culpa en el servicio” (segunda vía de responsabilidad que considero probada).

Es que tales actos integraron una deficiente prestación del servicio de justicia que, pese a que el caso seguido no presentaba una dificultad especial (no se produjeron pruebas en extraña jurisdicción, no se debieron realizar pericias complejas o necesitadas de conocimientos muy específicos; tampoco se trataba de un proceso con múltiples partes o en algún sentido novedoso, v. ofrecimientos de prueba de fs. 70/74vta. expte. 240 y 388/390 expte. 3590) demoraron excesivamente para el caso la resolución final, fincando la exclusiva razón del retardo en los errores conceptuales de las Fiscalías actuantes que llevaron a una doble declaración de nulidad, todo ello en detrimento del actor.

Adviértase que la prueba fue reunida mayormente en la sede del Tribunal de Menores y que la actividad de los fiscales se circunscribió a anexar tal causa asistencial y repetir alguna declaración en sede de la

Fiscalía, de donde el plazo consumido para llegar a la conclusión de la causa ya se advierte como irrazonable para el caso.

En ese sentido desde la denuncia en sede del Tribunal de Menores hasta el dictado del sobreseimiento pasaron casi cinco años y dentro de ese lapso tres años y 52 días el actor sufrió una medida de restricción de su libertad y de los derechos conexos a ella. Esa extensión se debe casi exclusivamente a los errores en la persecución penal llevada adelante desde la Fiscalía, pues generaron una doble sanción de nulidad basada en el mismo defecto: la incongruencia en la acusación, obligando a retrotraer dos veces la investigación siendo que recién en la tercera IPP pudo llegarse a una conclusión firme, dilucidando la suerte del imputado de manera definitiva.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de aplicación obligatoria a todos los poderes del estado en mérito al juego de los arts. 31; 75 incs. 22 y 23 de la C.N.; 1; 2 y 68.1 de la Convención Americana de DDHH, entre muchas otras; CSJN “Espósito” 23/12/2004, T. 327, P. 5668; “Gioldi”, 07/04/1995, T. 318, P. 514) ha establecido un estándar “*para determinar la razonabilidad del plazo [donde debe analizarse]: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso*” (“Furlan c. Argentina” sentencia del 31/08/2012 párr. 152 y los casos antecedentes allí citados en las notas 298 y 299).



Aquí hemos determinado ya que el caso no se presentaba como complejo, también que el encausado no mostró actividad procesal obstrucciónista ninguna, y que las autoridades judiciales (englobando en el concepto a la Fiscalía) resultan ser las principales responsables de la extensión del proceso penal.

El cuarto elemento de análisis revela igualmente lo irrazonable del plazo, pues frente a la medida de restricción impuesta al entonces imputado, debía procurarse la resolución en un tiempo breve, pues es innegable que la prisión preventiva incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, tornando necesario que el procedimiento corra con más diligencia (Corte IDH “Valle Jaramillo c. Colombia” 27 de noviembre de 2008, párr. 155; también en “Furlán c. Argentina” ob. cit., párr. 194) En otros términos lo que se analiza es “lo que estaba en juego” para quien arguye la violación a su derecho a obtener una decisión jurisdiccional en un plazo razonable (misma Corte caso Furlán, párr. 195 con citas de la Corte Europea de DDHH), resultando tal aspecto nada menos que el derecho a la libertad y sus derechos conexos del aquí actor.

Sin embargo la Fiscalía no logró alcanzar un resultado definitivo sino luego de tres IPP consecutivas, y el encartado recién obtuvo su libertad provisoria cuando el segundo Tribunal Criminal analizó primero y atendió luego su reclamo en orden al exceso en el plazo de la prisión preventiva, decisión en la que ya el propio estado provincial a través de sus



órganos jurisdiccionales, reconoce que se ha excedido en el encarcelamiento preventivo.

En síntesis el proceso penal seguido contra el aquí actor importó una violación a los derechos constitucionales consagrados en los arts. 2; 8 (apartados 1 y 2) 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que conforma una agravante prestación del servicio de justicia y como tal generadora de responsabilidad para el Estado provincial (art. 1112 del Cód. Civ.).

No pueden variar las conclusiones precedentes el argumento relativo a que debe registrarse “*malicia*” en el ánimo del juzgador que dictara el acto procesal ilegítimo. Es que tal no resulta hoy un requisito exigible para concluir en la responsabilidad del Estado, bastando la comprobación de la arbitrariedad o ilegalidad, aspecto éste que entiendo demostrado y al que ya me refiriera precedentemente.

IV. Cabe ahora revisar la cuantificación del daño a la luz del agravio del Estado demandado.

En su ya clásica obra sobre la materia Mosset Iturraspe Kemelmajer y Parellada sostienen que “*el daño moral tiene aquí cabida, junto al daño patrimonial, puesto que las vicisitudes de un proceso judicial y las distintas resoluciones que el mismo va produciendo son capaces de alterar la paz o tranquilidad de espíritu; el proceso, como contienda o debate alcanza a los estados de ánimo y mucho más aún, las decisiones que nos niegan tal o cual derecho subjetivo, poder o facultad*” (“Responsabilidad de



los Jueces y del Estado por la actividad judicial" Ed. Rubinzal Culzoni, 1986, p. 224).

En consonancia, y en sentido genérico, esta Cámara ha venido sosteniendo que *"para fijar el monto del daño moral ha de tenerse en cuenta que es el que se configura con la violación de los derechos que protegen la "seguridad personal", paz, tranquilidad de espíritu, privacidad, libertad individual, integridad física, etc.; y las afecciones legítimas tales como el honor, la honra, los sagrados afectos etc., y que acreditada la acción antijurídica lesiva debe tenerse por probado in re ipsa el consiguiente daño moral, correspondiendo al responsable la demostración de la existencia de alguna situación objetiva que permita excluir en el caso concreto ese tipo de perjuicios, no requiriendo el daño moral de prueba si su existencia puede inferirse naturalmente de las circunstancias del caso"* (expte. 7060 reg. Int. 77 (S) del 24/8/06; reg. Int. 73 (S) del 28/08/07; reg. Int. 120 (S) del 29/11/07; reg. Int. 44 (S) del 17/10/92; reg. Int. 111(S) del 19/11/96; expte. 48 R.I. 20 (S) del 11/11/08).

El Juez de grado valoró para fijar el daño moral en la suma concedida las condiciones en las que se cumple toda detención en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires -apoyándose para ello en el conocido caso "Verbitsky" y los reconocimientos que allí efectúan la SCBA y la CSJN al respecto- también valora la desvinculación social y especialmente familiar que sufrió por el mero hecho de la detención, la ofensa al honor que implicó



la repercusión pública del caso en razón de la índole de la acusación, basándose para ello en las conclusiones de la pericia psicológica.

El Estado recurrente –tal como denuncia el apoderado del actor- omite contrarrestar argumentalmente tales fundamentos y por ello entiendo que el agravio no se funda y debe estimarse desierto (art. 260 CPCBA). Nada refiere respecto de la pericia utilizada como pilar por el sentenciante de grado, ni de la inferencia que éste realiza a partir del fallo Verbitsky, y solo afirma dogmáticamente que no se probó el daño en cuestión.

Esta Cámara viene sosteniendo que quien impugna el daño moral cuantificado en la instancia anterior debe “*concretar, en el específico caso, cuáles son las pautas o parámetros que han sido desatendidos por el Sr. Juez de grado, siendo a todas luces insuficiente las meras referencia genéricas expuestas en su memorial respecto de los padecimientos sufridos. Lo contrario, sería erigir en agravio una mera discrepancia personal sin apoyo en una seria y fundamentada argumentación como lo exige el artículo citado. Ello si bien no con la estrictez que pueda exigirse en otros rubros no puede ser desatendido absolutamente y conduce, en el caso, a desestimar el agravio así deducido*” (arts. 260/261 CPC).” (Expte. 102 reg. int. 11 (S) 23-02-2009).

Es que “*la discrepancia con el monto asignado, a fin de cumplir acabadamente con lo prescripto en el art. 260 del CPC, ha de consistir en una crítica concreta y razonada, de por qué el monto acordado*



resulta injusto" (este trib., expte. 22, reg. int. 11 (S) 04-11-08). De allí que sin considerar los argumentos del a quo afirmar circunstancias en sentido contrario no cumple con los recaudos legalmente exigibles.

V. Resta analizar ahora la crítica del actor por la distribución de costas que efectuara el a quo aplicando el art. 51 del Código Contencioso Administrativo.. En tal sentido entiendo que el agravio debe prosperar pues no se advierte razón alguna para que dicha norma sea aplicada en un litigio que fue totalmente tramitado ante la justicia civil y comercial, pues la traba de la litis resulta posterior a la declaración de incompetencia del Juez contencioso administrativo local (v. fs. 55/57 y contestación de demanda de fs. 78/101).

Tampoco advierto razones para hacer excepción a la regla general del art. 68 del CPC, como entiende el Sr. Representante Fiscal (fs. 325/326vta.) en tanto resistió la pretensión solicitando su rechazo con costas, resulta vencido en la contienda donde por otra parte no existió –tal como sostuve precedentemente- apartamiento de la doctrina y jurisprudencia vigente, sino aplicación de las normas legales y constitucionales pertinentes.

Propicio en resumidas cuentas confirmar la sentencia de grado con excepción de las costas las que se imponen al Estado Provincial en tanto vencido. Las costas de Alzada también se imponen a la demandada en orden al progreso de los respectivos agravios (art. 68 CPC).

Voto por la **AFIRMATIVA**.



A LA MISMA CUESTIÓN PLANTEADA LA SRA. JUEZA

DRA. ALMEIDA DIJO:

Que conforme se ha tratado la litis y se ha dictado sentencia por el Sr. Juez de Primera Instancia a fs. 255/266, teniendo en cuenta los agravios de la demandada, y tomando como base el relato de los antecedentes que efectuara mi colega preopinante que “brevitatis causae” doy por reproducidos, no he de compartir su voto, ya que arribo a una conclusión adversa a las pretensiones de la parte actora, por lo que adelanto opinión en el sentido que el recurso interpuesto por la accionada debe tener favorable acogida y en consecuencia rechazar la demanda por Daños y Perjuicios interpuesta por M. A. M. contra el Fisco de la Provincia de Buenos Aires.

En principio he de decir que si bien abono la postura que sostiene que el ejercicio de la función jurisdiccional puede originar responsabilidad estatal cuando la misma ocasiona daño a particulares, ésta debe ser analizada restrictivamente, procediendo en caso de comprobarse la existencia de “error judicial inexcusable”, máxime cuando deriva de un proceso penal, ya que no puede perderse de vista el deber que tienen los miembros de una sociedad de soportar el sacrificio que el sometimiento a dicho proceso conlleva, hasta obtener una sentencia definitiva que culmine con la consecuente indeterminación de su situación procesal.

Esta es la posición tomada tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decir que “...las sentencias y demás actos judiciales



no pueden generar responsabilidad, en la medida en que no importen un error inexcusable o dolo en la prestación del servicio de justicia" ("Rosa Carlos vs. Estado Nacional", publicado en JA 2000-III-246), como por la Suprema Corte Provincial, al destacarse en este sentido que "en materia de responsabilidad del Estado por 'error judicial' no puede perderse de vista el marco en el cual se desarrolla la función jurisdiccional y en particular sus matices en la esfera represiva" ("Fernandez Blanco" Ac. 66.689 voto Dr. de Lazzari), y que "los daños que no fueran producto de un ejercicio irregular deben ser soportados por quienes los padecen por ser 'el costo inevitable de una adecuada administración de justicia'" ("Torres" Ac 79.211, voto Dr. Negri).-

También la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo sostuvo "que la Responsabilidad del Estado en estos casos es excepcional, y no se extiende a cualquier otra "falta de servicio" sino a "error judicial" y "grave arbitrariedad". (Sala I, sent. 31/03/2000, "Reymundo c/ Mrio. de Justicia" LL 2000-D-660).

Sabido es que la responsabilidad del Estado por sus actos jurisdiccionales procede en dos casos: 1) por la existencia de una sentencia condenatoria firme que a la postre, mediante la revisión de la misma es dejada sin efecto y declarada la absolución de la persona sometida a proceso, y 2) por una resolución cautelar que disponga la privación de libertad del imputado durante el desarrollo del procedimiento.



No obstante, ninguno de estos supuestos como he dicho supra, y también lo reconoce el a quo, procede automáticamente, sino que se requiere la existencia de determinados requisitos que ha ido modelando la jurisprudencia.

Así, en el primero de los supuestos se requiere necesariamente que se haya demostrado el “error judicial” de haber aplicado una condena, mediante la declaración de ilegitimidad de ese acto jurisdiccional y que el mismo sea dejado sin efecto (CSJN “Gonzalez Bellini, Guido c/ Río Negro; SCBA “Fernandez Blanco, Hugo Sandro; “Morán”, “Córdoba, Miguel Angel”, entre otros).

En cambio, en el supuesto del dictado de medidas cautelares privativas de libertad, que es el que nos toca resolver en el presente caso, rige aún más el principio que predica el carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por actos u omisiones judiciales, toda vez que aquí la responsabilidad si bien directa –en cabeza del Estado independientemente del órgano o persona que emite el acto u omisión- no es objetiva sino subjetiva, la culpa o dolo no se presume, se debe probar la ilicitud o arbitrariedad del acto u omisión (CSJN “Gonzalez Bellini c/Rio Negro, Fallo 329:3894).

Ha dicho también la CSJN abonando el carácter excepcional en el caso de las medidas cautelares 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" ("Andrade" del 5/9/2006, Fallos 329:3176).

En el mismo sentido se ha expedido la SCBA en causas "Fernandez Blanco, Hugo Sandro", Ac 66.689 S 26-10-1999; "Berón, Oscar", Ac. 66.582 S 11-5-1999; "Torres, Juan Antonio", Ac. 79.211 S 16-7-2003; "C.,M.A. c/ P.d.B.A.", Ac. 93.104 S 5-4-2006; entre otros.-

También la Sala Primera de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza en causa nº 80.291, con voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en relación a la postura asumida cuando la causa de la pretensión resarcitoria es el dictado de la Prisión Preventiva, ha expresado lo siguiente: "...he adherido a una tesis razonablemente amplia en materia de indemnización de los daños causados por la prisión preventiva...Sin embargo, del contexto de cuanto hemos escrito, surge que exigimos que de algún modo, en algún aspecto, el dictado de esa prisión presente rasgos de antijuridicidad, sea por la excesiva dilación del proceso, sea por la notoria arbitrariedad que presenta frente a las constancias de la causa, sea por requerir una declaración de inocencia manifiesta siendo insuficiente la duda, sea por la necesidad de haber agotado los recursos ordinarios razonablemente eficaces, etc.".

La responsabilidad del Estado por los daños que provoca el dictado de la Prisión Preventiva sólo debe proceder en casos extremos, o bien porque se dicta basándose en criterios arbitrarios que no se condicen con los elementos de prueba existentes al momento de su dictado, o bien porque tuvo una excesiva duración que excede el plazo razonable y fue

mantenida aún cuando las circunstancias del caso aconsejaban dejarla sin efecto.

Así se ha sostenido que “La absolución posterior del procesado no convierte en ilegítima la prisión preventiva que sufrió durante el proceso. Solamente puede considerarse ‘error judicial’ cuando la decisión que impuso la Prisión Preventiva, juzgada en sí misma, independientemente de las demás alternativas del proceso, resulta contradictoria con los hechos probados en la causa y las disposiciones legales que condicionan su aplicación. (Bustamante Alsina, Jorge, La Ley T 1996-B-311 pag. 314).

Ahora bien, ingresando al análisis del concreto caso de autos, se advierte que en la interposición de la demanda de fs. 37/55 (03/06/2010) la actora promueve acción por daños y perjuicios relatando en el capítulo II. Hechos, circunstancias fácticas que según su criterio dan sustento al reclamo indemnizatorio, consistentes en distintos actos procesales acaecidos en la causa penal desde la denuncia interpuesta hasta la resolución dictada el 19/04/2004 por el Tribunal en lo Criminal integrado por jueces distintos a sus titulares, declarando la nulidad de la declaración del imputado a tenor del art. 308 del C.P.P. obrante a fs. 213/215vta. de la I.P.P. 13.512, y lo actuado en consecuencia, y la nulidad de todas las actuaciones posteriores del Expte. TC 240-1332 con excepción del fallo absolutorio por Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar, y de todo lo actuado en la causa TC 3590-0271, resolución que le concedió la Excárcelación Ordinaria y le impuso condiciones entre las que figuraba la prohibición de



tomar contacto con sus hijos menores, fijando un radio de exclusión de 200 mts. del domicilio de éstos y del establecimiento educacional al que concurrían.-

Señala el actor que las nulidades absolutas declaradas, la violación manifiesta de los más elementales principios del debido proceso, era demostrativa de la antijuridicidad cometida en contra del suscripto y de la procedencia de la demanda interpuesta.

De lo cual surge que solo se hace mención a las nulidades absolutas declaradas, sin que en la presente causa la demanda relate éstas al sobreseimiento dictado con posterioridad (fs. 162/165 de la causa tramitada ante el Juzgado de Garantías N° 2 Nro. 36.047, de fecha 09/04/2005).

Teniendo en cuenta lo expuesto y analizando la resolución recurrida, el Juez a quo en el punto III expresa que no desconoce el criterio del Supremo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires con relación a la responsabilidad del Estado por las medidas de tipo cautelar que tienen por fin limitar la libertad de un ciudadano durante el proceso penal, citando un fallo de la SCBA (C 105.561 S 17-3-2010) en el cual se sostiene que “la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente, sino solo cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente arbitrario...”.

Continúa expresando que “sin embargo, teniendo en cuenta las particularidades que presenta la causa en examen (nulidades decretadas y

sobreseimiento posterior) considero que debe acogerse el reclamo", por ser indiscutible en opinión del primer juzgador "que la persona sometida a prisión preventiva y luego absuelta, ha sufrido un daño que debe ser indemnizado".

Es en esta parte de la sentencia apelada, que ha sido motivo de concreto agravio por parte de la demandada (fs. 305vta.), donde reside el yerro fundamental que lleva al primer juzgador a concluir en la responsabilidad del Estado provincial.

Discrepo con el análisis efectuado por el a quo, y más aún cuando en la sentencia impugnada sostiene que el dictado del sobreseimiento fundado en que el hecho oportunamente denunciado no ocurrió, "tornaría ilegítima a la prisión preventiva por constitucionalidad sobreviniente" (fs. 258vta.).

La prisión preventiva es una medida cautelar dictada en el curso del proceso penal, de carácter provisorio dada la etapa procesal en que se dispone, y por estar basada en la existencia de probabilidad, por cuanto la circunstancia de que posteriormente el imputado haya sido sobreseído en función de nuevos elementos arrimados a la causa, no importan la descalificación de aquélla y menos aún la convierten en ilegítima o arbitraria.

Además de ello el a quo, quien reconoce que la indemnización por la privación de la libertad no debe ser reconocida automáticamente, relaciona nulidades decretadas y sobreseimiento posterior sin brindar



ninguna explicación por la cual entiende que estas dos circunstancias del proceso se encuentren vinculadas.

Tampoco determina concretamente en que consistió el “error judicial” en el que se habría incurrido, y que permitiera consecuentemente la viabilidad de la pretensión resarcitoria, abundando en generalidades acerca de las consecuencias negativas que la prisionización provoca en quienes la padecen -lo cual desde ya comparto plenamente-, pero que en el caso que nos ocupa entiendo no son aplicables, teniendo en cuenta que el demandante permaneció la mayor parte de la restricción de libertad en Prisión Domiciliaria con monitoreo electrónico, lo cual y sin que implique minimizar la importancia de dicha situación procesal, no resultaba irrazonable esta medida de coerción a la luz de la gravedad de los cargos que pesaban sobre el mismo.

La afirmación de que “con ello se conforma la relación de conexidad entre la prisión preventiva, la sentencia absolutoria y el perjuicio causado” (fs. 160), es una conclusión automática que no puede compartirse, ya que lo cierto es que las nulidades declaradas no determinaron el sobreseimiento del actor que estuvo fundado en nuevos elementos probatorios recogidos con posterioridad a la última nulidad declarada, sin que el trámite de la causa cesara, entre los cuales debe computarse una nueva declaración de los menores víctimas en la cual se desdicen de sus declaraciones anteriores.



Si bien del análisis de las actuaciones surge que habrían existido irregularidades procesales en virtud de las cuales se declararon en dos oportunidades nulidades que retrotrajeron el procedimiento a etapas ya superadas –y sin perjuicio del acierto o error de las mismas, ya que ninguna de estas resoluciones fueron impugnadas por lo que carecieron de una oportuna revisión judicial, lo cual no corresponde hacer a esta instancia-, lo cierto es que, estas nulidades no resultaron ser la causa que determinó que el imputado quedara desvinculado del proceso, por el contrario, se lo mantuvo procesado y restringido en su libertad –en un principio con prisión domiciliaria y luego excarcelado con restricción de acercamiento a los menores-, al mantenerse las condiciones valoradas oportunamente para disponer la medida cautelar.

Encuentro oportuno hacer mención, en particular, a las nulidades dictadas por los dos Tribunales Orales intervenientes, que como dijera, retrotraen las actuaciones sin que modifiquen la base probatoria sobre la que se sustenta la probable autoría de responsabilidad del causante.

Es así que, con fecha 21/08/2002 (fs. 205/219 del Expte. 240-1332) el Tribunal Oral integrado por los Dres. Mario A. Juliano, Alfredo P. Noel y Blanca Diez, luego de desarrollar íntegramente el juicio oral y público, declaró la nulidad de la Acusación Fiscal por indeterminación del objeto procesal en orden al delito de Abuso Deshonesto Calificado por el Vínculo, girando las actuaciones a la Fiscalía para que se renueven los actos anulados, como también para que se sustancie causa por la presunta



comisión del delito de Abuso Sexual Reiterado Gravemente Ultrajante con Acceso Carnal Calificado por el vínculo, en perjuicio del menor A. N. A., toda vez que valoraron que con la prueba rendida en el debate surgía la probable comisión de ese ilícito.

En este sentido, el Dr. Juliano al referirse al vicio detectado que lo lleva al dictado de la nulidad expresa en su voto lo siguiente: "...Recuerdo en este tramo que dicho déficit no radica en orfandad probatoria, ya que el relato de los niños agregado al juicio por lectura (fs. 184/189), como asimismo el testimonio prestado por los familiares que tuvieron contacto directo con ellos (N. N. C., P. V. P. y A. M. P.) abundan en pormenores".

También debo destacar que este mismo decisorio mantiene la medida de coerción de Prisión Domiciliaria con monitoreo electrónico dictada en su oportunidad, evidentemente en el entendimiento que existían elementos suficientes -que además fueron ventilados en el debate- para sostener la probabilidad de la autoría del acusado.

Con relación a la segunda declaración de nulidad dictada por el Tribunal Oral integrado por los Dres. Oscar A. Capalbo, Oscar V. Guerrero y Liliana O. Guerrero, de fecha 19/04/2004 (fs. 442/452 del Expte. N° 3590-0271), cabe destacar que se produce en la oportunidad del art. 338 del C.P.P., y se anula, en lo que aquí interesa, la declaración del imputado a tenor del art. 308 del ritual y la prisión preventiva dictada con fecha 30/03/2001 (fs. 16/20vta.), por indeterminación del objeto procesal, concediéndose en ese acto la Excárcelación Ordinaria del causante,



sometiéndolo a una serie de condiciones entre ellas la Prohibición de tomar contacto con sus hijos menores de edad y el grupo familiar conviviente.-

De esto se desprende que dicha nulidad retrotrae las actuaciones a fin de renovar los actos declarados nulos, dejando sin embargo vigente las medidas restrictivas respecto del demandante -mucho mas atenuadas al concederle la excarcelación- pero en el entendimiento que se mantenían los indicios vehementes y elementos de convicción por los que se presumía la probable autoría de los hechos ilícitos enrostrados.

De lo contrario, la nulidad de la prisión preventiva hubiese llevado a la concesión de la libertad de oficio del imputado por haber desaparecido los elementos tenidos en cuenta al momento de decretarla (art. 147 del C.P.P.).

Debe tenerse presente que la nulidad de un acto procesal implica quitarle efectos jurídicos a partir del momento de su dictado, "haciendo de cuenta que el mismo no existió", abriendo la posibilidad de renovar los actos viciados, pero no se puede negar que el acto viciado existió, y al momento de su dictado legitimó la privación de libertad (Causa "Torres, Juan Antonio", Ac. 79211 S 16-7-2003, voto del Dr. Roncoroni).-

Luego de ello, y estando ya el imputado excarcelado, acaecen los nuevos hechos que dieron lugar al dictado del Sobreseimiento, esto es la declaración de los menores de edad desmintiendo los dichos vertidos en su primera oportunidad, que fueron corroborados por informes psicológicos practicados en ese momento, que también contrariaron palmariamente los



realizados a los niños por los profesionales del Tribunal de Menores Departamental interviniente al inicio de las actuaciones.-

El Juez de Garantías, tomando en cuenta estos nuevos elementos probatorios, que como expresara supra se contradicen con los tenidos en cuenta al dictar la medida cautelar y que se mantuvieron a lo largo del proceso penal, dicta –a pedido del nuevo Fiscal interviniente- el sobreseimiento del imputado basado en lo normado por el art. 323 inc. 2 del C.P.P., esto es “que el hecho no existió”.-

Sin pretender modificar lo allí decidido y que obtuvo firmeza, toda vez que no resulta ser esta una etapa de revisión, no puedo dejar de advertir que existían otros elementos probatorios, como ser más declaraciones testimoniales, y pericias psicológicas y médicas contrapuestas, que podían haber llevado a una misma resolución (atento la declaración última de los menores), pero tal vez basado en un estado de duda que hubiera jugado en favor del imputado.-

Reitero, esta apreciación de los hechos no pretende desconocer la voluntad final del Estado manifestada en la sentencia firme que declara el sobreseimiento del imputado, pero si me llevan a tomar una postura en torno al tema que me toca decidir, teniendo la convicción que el Estado debe resarcir por los daños causados cuando ha existido una arbitrariedad manifiesta en la resolución por la cual se sometió al imputado a un estado de sospecha que le implicó la restricción de su libertad, lo que no advierto en estas actuaciones.

Así las cosas, entiendo que el progreso de la pretensión resarcitoria queda circunscripto al análisis de la Prisión Preventiva que provocó la privación de libertad del demandante, que sería el acto que habría causado el supuesto daño reclamado, toda vez que debe desvincularse el sobreseimiento -que como se dijo se basó en nuevas circunstancias-, de las nulidades dictadas durante el transcurso del proceso penal.

La medida cautelar que originó la privación de libertad del demandante fue dictada en su momento sobre la base de “semiplena prueba e indicios vehementes” de su probable autoría, de donde no puede invocarse la existencia de “error judicial”, entendido éste como “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” (“Responsabilidad del Estado por error judicial- El auto de Prisión Preventiva y la Absolución”, Bustamante Alsina, Jorge, LL 1996-B-311).

Nada de esto ocurrió, toda vez que de la lectura del auto de Sobreseimiento de fecha 9 de Abril de 2005, dictado por el Juez de Garantías, Dr. Héctor G. Moreno, se advierte que el mismo fue consecuencia de los nuevos hechos arrimados a la causa, concretamente de las declaraciones de los tres menores víctimas que contradicen palmariamente sus declaraciones anteriores, manifestando haber mentido en su oportunidad cuando denuncian a su padre como autor de abusos deshonestos, por



encontrarse presionados por su abuela materna y denunciante en la causa que dio inicio al proceso penal.

Es claro que nos encontramos ante una situación fáctica que difiere sustancialmente a la tenida en cuenta por el Juez al momento del dictado de la medida cautelar, es claro también que no puede atribuirse al Juzgador en ese caso haber incurrido en error judicial o sostener que el sobreseimiento descalificó jurídicamente el auto de prisión preventiva.

Precisamente, las declaraciones de los menores prestadas en su oportunidad, sumados a los informes psicológicos, médicos y declaraciones testimoniales no sólo de la abuela, sino de la madre y tíos de los causantes, tenidas en cuenta en el auto de Prisión Preventiva (fs. 18/22 vta. de la Causa N° 23.181, Cuerpo I), revelan que dicho acto procesal se basó en una apreciación razonable de los elementos probatorios existentes en ese momento y de acuerdo a las normas procesales vigentes (arts. 157 y 158 del C.P.P.).

A esta altura debo decir que no escapa a esta Magistrada el tipo y naturaleza de los hechos denunciados, advirtiéndose que el Estado día a día se esfuerza por sancionar leyes y medidas tendientes a evitar la revictimización de los menores perjudicados por estos delitos (por ej. con la incorporación de declaraciones bajo modalidad de Cámara Gesell, art. 102 bis ley 13.954), como también la protección del desarrollo psíquico y moral de los mismos, evitando las presiones y padecimientos a los que muchas

veces se encuentran sometidos, poniendo en riesgo en muchos casos el resultado de las investigaciones.-

Al respecto dice la doctrina en relación al aseguramiento del buen fin del proceso, cuando de menores víctimas de abuso se trata, que “Asimismo, hay que valorar otros elementos trascendentales que aseguran el buen fin del proceso. Su cuestionada capacidad de comprender el suceso padecido o percibido, la tensión que no obstante experimenta al recordarlo, sus limitaciones para exteriorizarlo, su capacidad de olvido para sobrevivir, son elementos que han de tenerse en cuenta a la hora de fijar las vías para recuperar la información registrada.” (Revista de Derecho Procesal Penal, “Víctimas Especialmente Vulnerables”, N° 2012, Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 126).-

Y es bajo estas pautas, que denotan la complejidad de los delitos de abuso sexual que involucran a niños, niñas y adolescentes, que deben interpretarse los actos en los cuales éstos tienen intervención en el transcurso del proceso penal, que no deben valorarse como si fueran actuados por un adulto.

Relacionado a casos similares al de autos ha dicho la CSJN en el precedente “Balda, Miguel c/ Pcia. De Bs. As.” que “...la sentencia absolutoria pronunciada tras las sustanciación del plenario y en función de nuevos elementos de convicción arrimados a la causa no importó descalificar la medida cautelar adoptada en su momento respecto del



procesado, sobre la base de una semiplena prueba o indicios vehementes para creerlo responsable del hecho." (Sent. del 19/10/95, Fallos 311:1007).-

Es de destacar también, que la Cámara de Apelaciones Departamental, en oportunidad de revisar la segunda Prisión Preventiva dictada con relación al demandante, de fecha 12/06/2003 (fs. 305/307vta. Expte. 3590-0271), por el delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal Calificado por el Vínculo, la que se mantuvo con prisión domiciliaria con monitoreo electrónico tal cual venía gozando, la confirma con fecha 08/07/2003, al entender que aparecían elementos de convicción suficientes e indicios vehementes de la probable autoría del imputado (fs. 320/322 vta. de la citada causa).

Ahora bien, en cuanto a si la prisión preventiva ha excedido el tiempo razonable de duración al que hace mención la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 7 inc. 5) y el ritual bonaerense (arts. 169 inc. 11), no advierto que esto haya existido.

Para encuadrar correctamente la cuestión es necesario determinar los tiempos de detención del demandante, los que sin perjuicio de no surgir claramente de un informe donde conste su cómputo, se pueden establecer de las distintas resoluciones y constancias de autos que tengo a la vista.

Es así que surge que A. M. fue detenido el día 28/02/2001 (fs. 13/vta. de la causa N° 23.181) habiéndosele dictado Prisión Preventiva con fecha 30/03/2001 (fs. 18/22 vta. de la misma causa) y Morigerada la misma



con una Prisión Domiciliaria con Monitoreo Electrónico el 11/05/2001 (conforme surge de la resolución de fs. 280/vta. del Expte. 3590-0271), situación en la que habría permanecido hasta el 19/04/2004 fecha en la que se dictó su Excarcelación (ver oficio de fs. 41 de la causa 23.181 en el que con fecha 25/07/2001 se le notifica al imputado la elevación de la causa a juicio en su domicilio).

De lo dicho se desprende que el demandante permaneció privado de libertad en Comisaría algunos meses (aproximadamente entre 2 y 5), y que el resto del tiempo que duro su restricción a la libertad permaneció alojado en su domicilio cumpliendo una medida de coerción personal menos gravosa (arts. 159, 163 del C.P.P.), distinta de la Prisión Preventiva (arts. 157/158 del C.P.P.), con las condiciones impuestas en virtud de la morigeración que se le concedió, hasta su excarcelación.

Que en orden al plazo razonable de la prisión preventiva el ritual bonaerense en el art. 169 inc. 11, reglamentario de la Convención Americana de Derechos Humanos, que no lo establece expresamente, dispone que se debe tener en cuenta la gravedad del delito, la pena probable y la complejidad del proceso, y es bajo estas pautas, y teniendo en cuenta lo expresado en el párrafo precedente, que debe interpretarse que el tiempo en que el ahora actor estuvo privado de su libertad no ha sido excesivo o irrazonable.

Concluyendo, para que proceda la responsabilidad del Estado en el caso del dictado de medidas cautelares, la Prisión Preventiva debe



revelarse como incuestionablemente arbitraria, lo que sucede cuando no existen en la causa elementos de convicción suficientes e indicios vehementes para sospechar que el imputado es el probable autor de los hechos atribuidos, lo que como he analizado no ha existido; o bien porque la misma en su duración ha excedido el plazo razonable, lo cual como también se ha analizado, no sucedió en el presente caso.

Por los fundamentos expuestos entiendo que no existe responsabilidad por parte del Estado Provincial, por lo que propicio hacer lugar al recurso de apelación interpuesto rechazando la demanda por Daños y Perjuicios, no correspondiendo en consecuencia ingresar al análisis de los demás agravios de la demandada (Arts. 266 y 272 del C.P.C.C.).

En cuanto a la imposición de costas, sobre lo que se agravia la actora en el recurso de fs. 302/303, corresponde en función de la regla general del art. 68 del C.P.C.C. imponerlas a la actora que resultó vencida en la contienda.

Por los fundamentos expuestos propicio revocar la sentencia de grado, y en consecuencia rechazar la demanda incoada por M. A. M. contra el Fisco de la Provincia de Buenos Aires por daños y perjuicios, imponiendo las costas en ambas instancias al actor en tanto vencido.

Voto por la **NEGATIVA**.

A la misma cuestión planteada el señor Juez Ordoqui Trigo votó en igual sentido y por los mismos fundamentos que la Dra. Almeida.



A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR LOIZA DIJO:

Atento el resultado de la primera cuestión corresponde *revocar* –por mayoría- la sentencia de fs. 255/266 y en consecuencia *rechazar* la demanda incoada por M. A. M. contra el Fisco de la Provincia de Buenos Aires por daños y perjuicios. Las costas de ambas instancias se imponen al actor que resulta vencido. Difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 DL 8904).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión planteada la señora Jueza doctora Almeida y el señor Juez doctor Ordoqui Trigo votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Necochea, de julio de 2014.-

VISTOS Y CONSIDERANDO: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se revoca –por mayoría- la sentencia de fs. 255/266 y en consecuencia se rechaza la demanda incoada por M. A. M. contra el Fisco de la Provincia de Buenos Aires por daños y perjuicios. Las costas de ambas instancias se imponen al actor que resulta vencido. Difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 DL 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 CPC). (arts. 47/8 ley 5827). Devuélvase.



Dra. Marcela F. Almeida.

Juez de Cámara

Dr. Fabián M. Loiza

Juez de Cámara

Dr. Martín Ordoqui Trigo

Juez de Cámara.

Dra. Daniela M. Pierresteguy

Secretaria