



ACUERDO N° 5 En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los siete (7) días de junio de dos mil diez, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. vocales doctores **RICARDO T. KOHON** y **OSCAR E. MASSEI**, y en razón de existir disidencia, por el Sr. presidente **ANTONIO GUILLERMO LABATE**, con la intervención de la secretaria civil de Recursos Extraordinarios, Dra. **MARÍA T. GIMÉNEZ DE CAILLET-BOIS**, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"GIRI GUSTAVO DANIEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ DAÑOS y PERJUICIOS"** (Expte. N° 233 - Año 2005) del Registro de la Secretaría interviniente.

ANTECEDENTES: A fs. 238/243 vta. obra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad -Sala I-, que revoca la de Primera Instancia (fs. 211/212 vta.), y en consecuencia, hace lugar a la demanda instaurada por el Sr. **GUSTAVO DANIEL GIRI** contra la **PROVINCIA DEL NEUQUÉN**.

Contra dicho decisorio, a fs. 253/275 vta., la demandada deduce recursos por Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad Extraordinario. Corrido el correspondiente traslado, la parte actora lo contesta a fs. 278/279 y solicita el rechazo de los recursos interpuestos.

Posteriormente, a fs. 287/289, mediante Resolución Interlocutoria N° 299/2006, se declara inadmisibles los recursos por Inaplicabilidad de Ley y admisible el de Nulidad Extraordinario.

A fs. 295/296 emite su dictamen el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia se rechace el remedio bajo análisis. Ello, luego de analizar el concepto de cuestión esencial y referir que la evaluación de prueba incorporada al proceso, no constituye el vicio denunciado.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de



dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario deducido? 2) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. **RICARDO T. KOHON**, dijo:

1) Que liminarmente corresponde expedirse sobre la competencia para entender en los presentes.

Tal como surge del escrito de demanda, el actor enmarca su pretensión resarcitoria en la responsabilidad del Estado provincial derivada de la actividad de sus agentes policiales en el desempeño de sus funciones.

Conforme lo resolviera este Cuerpo en causas similares, la naturaleza de la cuestión en debate es contencioso administrativa (Art. 2º, inc. a, apartado 4, de la Ley 1.305) y, por tanto, este Tribunal Superior resulta competente para entender en instancia única en esa materia (Disposiciones Complementarias, transitorias y finales, apartado V de la Constitución Provincial reformada, Art. 35, inc. a, de la Ley Orgánica y 1º de la Ley 1.305). Asimismo, a la luz de lo establecido en el Art. 5º del C.P.A., dicha competencia es improrrogable (cfr. R.I. 5.107/06, 5.879/07, 6.066/07, entre otras, de la Secretaría de Demandas Originarias).

Sin perjuicio de lo expuesto, en los presentes corresponde continuar con la radicación de la causa ante el fuero civil.

Es que, de conformidad a la posición asumida por este Tribunal:

"...la Ley procesal fija oportunidades preclusivas para su alegación por las partes o para su declaración oficiosa por el juez, por lo que luego de pasadas estas etapas no puede alegarse incompetencia..." (cfr. R.I. N° 2.187/99, 2.761/01,



5.335/06, 5.606/06, 6.066/07, ya citada, entre otras, de idéntico Registro Actuarial).

En los precedentes mencionados se decidió que, en estos casos, la regla de la improrrogabilidad de la competencia cede frente a otros principios que guían la actuación procesal: preclusión, economía, celeridad, seguridad y certeza jurídica. También, se dijo que una solución contraria produciría un dispendio judicial irrazonable, en tanto implicaría anular todo el trámite de la causa en perjuicio de las partes y de la prestación del servicio de justicia.

De allí, que

"en los supuestos en los cuales se hayan tramitado, ante los jueces de Primera Instancia en lo Civil o Laboral, causas de competencia de este Tribunal y el trámite estuviera avanzado (entendiéndose por esto, pasadas las oportunidades en las que el Juez puede declarar su incompetencia, ya sea de oficio o a petición de parte por vía de excepción), su conocimiento corresponderá a los mismos" (ibid).

Y esto es lo que acontece en autos, por lo que resulta aplicable la doctrina mencionada.

2) Que sentado lo anterior, habrá de efectuarse una breve reseña de los antecedentes del caso.

A fs. 4/5 vta. el Sr. Gustavo Daniel Giri demanda a la Provincia del Neuquén por el daño moral, que valúa en la suma de \$15.000,00, infligido por personal policial dependiente de la demandada, al haberlo detenido en el marco de la investigación de un homicidio. Señala que en la causa penal se condenó al verdadero criminal y quedó aclarada su inocencia.

Concretamente cuestiona la detención que sufrió y la actuación de los efectivos de la policía, que tilda de arbitraria. Refiere padecimientos personales, tanto por las



condiciones de la detención, como por el impedimento de contacto con sus familiares.

Funda su derecho en los artículos 902, 903, 1069, 1109 y 1078 del Código Civil. Asimismo, invoca el Art. 1113 del mismo cuerpo legal

“toda vez que la Provincia es patronal de los empleados policiales, por su calidad de dependientes” (sic, fs. 5).

3) Que, a su turno, la demandada sostuvo que el trámite de la detención efectuado por el personal policial fue normal y ajustado a las normas legales en vigencia, puesto que se trató de una medida adoptada por la instrucción penal con la urgencia que las circunstancias del caso imponían, destinada a coleccionar lo antes posible elementos de prueba que permitieran individualizar y capturar al autor del homicidio.

Insiste en que la privación temporaria de la libertad se extendió por un lapso de apenas 26 horas. Cuestiona la descripción efectuada en la demanda respecto de las circunstancias que rodearon la detención y dice que son insuficientes para sostener la pretensión resarcitoria.

Alega la inexistencia de responsabilidad del Estado en el caso y que el daño denunciado por el actor no es producto del ejercicio irregular del servicio. Cita el caso “Balda” de la Corte Suprema de Justicia (fs. 18/34).

4) Que la Jueza de Primera Instancia, consideró no acreditada la configuración de una acción antijurídica por parte de los funcionarios de la Policía. Ello, por cuanto actuaron en cumplimiento de una orden judicial dictada en el marco de un procedimiento de investigación de un ilícito, que no fuera cuestionado. Por tanto, rechaza la demanda (fs. 211/212 vta).

5) Que, apelado el fallo, el *Ad-quem* revoca a fs. 238/243 vta. lo decidido en la instancia anterior y condena a la demandada a abonar a su contraria la suma de \$10.000 en concepto de indemnización por daño moral.



Considera que es incontrovertible que causa daño una situación como la soportada por el actor. Y que es éste el contexto en el que se debe responder argumentativamente a las partes.

Luego de transcribir la jurisprudencia mayoritaria que no acompaña su criterio y la doctrina en la que se apoya, concluye en que el actor resulta haber sido severamente afectado por el procedimiento investigativo, sin tener relación alguna con el hecho delictivo, por lo que deben indemnizarse los perjuicios causados.

6) Que, como se desprende de los términos de la sentencia recurrida, los jueces de la Cámara de Apelaciones no se expiden sobre el factor de atribución invocado en la demanda, traducido en una falta o funcionamiento defectuoso, inadecuado o irregular del servicio ejecutado por los dependientes de la demandada. Sin poner en dudas la legalidad del proceso de detención, concluyen en que debe repararse el daño causado, incluso en ese caso.

Así, aun cuando la sentencia no califica expresamente el accionar estatal involucrado, allí se afirma:

"El interrogante que mueve en los presentes es si cabe exigir resignación en el caso de ser alguien privado de libertad, aún cuando hayan confluído oportunamente para que ello ocurriera el que se tomara tal determinación a raíz de un hecho penalmente punible con prisión, que era investigado, y debido concretamente a que había elementos de juicio que podían indicar que era factible la participación del actor en tan grave hecho."

"Por ser ocioso, no cabe confrontar en manera alguna el que se siguieron en el proceso de detención los pasos procesales adecuados por parte del órgano competente para ello" (cfr. fs. 239).

Más adelante, se señala que cabe



"...admitir la posibilidad de que los organismos competentes hayan procedido conforme le indicaban las condiciones de modo, tiempo y lugar, sobre todo teniendo en cuenta la posesión por el actor de un arma de condiciones similares a las que efectuó el disparo con concluyó con la vida de F. L...." (cfr. fs. 241 vta./242).

7) Que en su escrito casatorio (fs. 253/275 vta.), la demandada sostiene que los jueces, pese a no confrontar la legitimidad del accionar estatal, omiten considerar el planteo que su parte realizara desde su primera presentación, en torno a la insuficiencia de los fundamentos brindados por el actor para reclamar el daño moral que alega.

Dice, además, que la supuesta "obviedad" del daño no tiene apoyo o sustento suficiente en las constancias de la causa y que no se ha constatado un daño "especial" o de razonable envergadura.

8) Que el recurso debe prosperar.

La verificación de un perjuicio de tales características es imprescindible, atento el campo de responsabilidad del Estado que la Cámara tácitamente consideró en juego.

Es que, acorde a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los requisitos comunes de responsabilidad estatal (esto es: daño cierto, relación de causalidad e imputación), cabe añadir, como presupuesto específico en casos de actividad lícita: la necesidad de que se configure un sacrificio especial en el afectado, como así también la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño (FALLOS: 180:107, 248:79, 315:1026, 318:2311).

En tal sentido, este Cuerpo ha sostenido:

"El sacrificio que soporta el administrado por el perjuicio causado por el Estado, presenta una diferencia específica importante en cada uno de los casos: mientras en la responsabilidad por actuación ilegítima o defectuosa del



Estado, el administrado no posee la obligación de soportarla, ni menos aún, de padecer el daño sin indemnización, por el contrario, en la actuación legítima, aún cuando tampoco deba soportar el daño, sí tiene el deber de soportar el sacrificio (cfr. Cassagne, "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", E.D. T. 99 pág. 945)" (Ac. 1.118/05 del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

9) Que esa exigencia se justifica a poco que se advierta que la admisión de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita no debe interpretarse como la institucionalización de un régimen de responsabilidad objetiva en el marco de la cual bastaría acreditar el nexo causal entre la actividad del Estado y el perjuicio -de cualquier orden- para suscitar la obligación de indemnizar (FALLOS: 317:1233).

10) Que en ese sentido, y como también ha sostenido la Corte Suprema, la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en estos casos no comprende a los daños que sean consecuencias normales y necesarias de la actividad lícita desarrollada. Es decir, que no van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitación o restricción de derechos individuales (*ibid*).

Sólo un gravamen particular desproporcionado que exceda la cuota normal de sacrificio que supone la vida en comunidad, justificaría la participación de todos los miembros del cuerpo social en la asunción del daño. Ello, como consecuencia de una equitativa distribución de las cargas generales que impone vivir en sociedad (Art. 16 C.N.).

11) Que dentro de dichas cargas, cobran especial relevancia, en casos como el presente, aquellas que todos los integrantes de la sociedad debemos soportar en aras del bien común, representado por la vigencia del derecho y la realización de la justicia en el seno de la comunidad, para consolidar la paz interior.



Esto último se conecta, a su vez, con la necesidad de conciliar el deber imperativo del Estado de actuar en materia de investigación y persecución de delitos -tanto más cuando se encuentran amenazadas la seguridad y la paz pública-, con la libertad individual y el eventual derecho a la reparación, propia de los particulares.

Y en este esquema, la carga de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad incumbe al actor. Es éste quien debe acreditar que fue obligado a soportar desigualmente, respecto del resto de los inocentes, un sacrificio excepcional por haber sufrido una afectación de sus derechos constitucionales más allá del límite razonable.

Es que, de acuerdo a estas pautas, no procede la reparación cuando existe el deber jurídico de soportar el perjuicio -siempre que no sea significativamente anormal o grave- como una exigencia impuesta por la vida en sociedad y en aras del bien común.

12) Que de lo dicho hasta aquí, se sigue que la Cámara de Apelaciones mal podría haber responsabilizado al Estado por su actuar lícito, sin antes verificar un sacrificio especial en los términos indicados. Ello implica examinar si el perjuicio generado a raíz de las acciones que el Estado promueve por el interés general sobrepasa un límite normal o razonable, en virtud de lo cual deja de ser una carga propia de la vida en comunidad.

13) Que no obstante, en autos, **se concede la reparación sin considerar adecuadamente la concurrencia de este extremo ineludible y determinante. Se ha recurrido, en cambio, a generalizaciones desvinculadas de las específicas modalidades del caso, lo cual torna el decisorio arbitrario por carecer de debida motivación.**

Pues, lejos de realizarse el escrutinio antes indicado, se esgrime en la sentencia que no cabe analizar si



el daño causado "fue mucho o poco" y que lo importante es que en definitiva se ha causado un daño (fs. 239).

Por otra parte, al abordar este aspecto, los jueces inicialmente afirman que resulta complejo determinar la dimensión del perjuicio sufrido por el actor (fs. 238 vta.). Y posteriormente, contrariando esa postura, manifiestan que es obvio que se causó un daño severo (fs. 242), lo cual equivale a negar dicha complejidad.

Y bien, la única referencia que, indirectamente, se hace respecto de la consideración del daño en el sentido apuntado, consiste en afirmar:

"Se aduce una cierta suerte de tributo al vivir en sociedad, al que todos estaríamos sometidos, en tanto los mecanismos institucionales funcionen conforme a la ley [...]"
(fs. 238 vta.).

Tal aseveración resulta dogmática, puesto que no se indica concretamente cuál es el mecanismo institucional que en el caso no ha funcionado conforme a la ley, máxime cuando la propia Alzada no cuestiona la legalidad de la actividad estatal, conforme se indicara anteriormente.

14) Que además, para conceder la indemnización, los jueces se apoyan en una opinión doctrinaria que claramente no contempla el caso que nos ocupa, puesto que refiere al derecho a la reparación por la prisión preventiva cumplida durante un proceso que culmina con el sobreseimiento o la absolución del inculpado y en la que se alude a casos jurisprudenciales donde la privación de la libertad se había extendido más de tres años y medio, en un caso, y cinco años, en otro.

Nada de ello aquí ha ocurrido. En autos, el actor estuvo detenido aproximadamente 25 horas (desde las 11:40 hs. de un día hasta las 12:20 del siguiente -ver fs. 163 y 174-. Recuperó su libertad rápidamente conforme lo dispusiera el Juzgado interviniente. No hubo auto de procesamiento a su respecto.



15) Que aun así, los magistrados consideraron que se había causado un daño "severo" al actor.

Sin embargo, los hechos específicos alegados en la demanda para sustentar esa gravedad no fueron acreditados, lo cual no hace más que reafirmar la desatención a las circunstancias singulares de la causa.

Al respecto, cabe señalar que aun cuando el daño moral se considere muchas veces como configurado *in re ipsa*, para esclarecer una *particular gravedad* se requiere el aporte de circunstancias objetivas que permitan evaluarlo en su justa medida. No es igual un daño moral inferido por el juez sólo en el ámbito presuncional, que otro cualificado sobre la base de datos concretos (cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, T. 5º, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 386).

16) Que la tarea probatoria rendida en autos resulta insuficiente para acreditar un perjuicio del tenor señalado a lo largo de los presentes. Más allá del arresto, el actor invocó una serie de circunstancias agravantes que supuestamente habrían rodeado ese acto. Ninguna de éstas -se insiste- fueron probadas.

En efecto, el accionante no acreditó que su estado de salud se hubiese deteriorado durante la permanencia en la dependencia policial. Dicha circunstancia puede extraerse de las conclusiones alcanzadas en la prueba pericial médica (fs. 123/124), no impugnada por las partes.

Tampoco surge de las testimoniales rendidas -R. A. G., fs. 84; A. C. B., fs. 85 y E. S. G., fs. 86- ni de los restantes medios de prueba, que se haya ejercido violencia sobre el accionante en el momento del arresto o durante el tiempo que permaneció detenido.

Sin perjuicio de que con la partida de fs. 3 se procura dar cuenta del fallecimiento del abuelo del actor, dicho documento resulta absolutamente inconducente para



demostrar la pretendida influencia del arresto con el deceso, de quien además contaba con 79 años.

Y con respecto a la pena que -según dice el actor- padeció su padre, se está haciendo referencia a un daño extrapatrimonial que, en todo caso y como fuera planteado, habría sufrido su progenitor y no él.

Igual deficiencia probatoria se advierte en punto a lo afirmado respecto de su cónyuge. No se produjo prueba fehaciente sobre el estado civil del accionante -por el contrario, en el acta de fs. 166 se consignó "soltero"-, o bien, de que mantuviera una relación de pareja, ni de la eventual reacción que ésta pudo haber tenido.

La partida de nacimiento que luce a fs. 136, también aparece insuficiente a los fines señalados. Además, allí no consta el tiempo de gestación del nacido, por lo que no puede conocerse si la madre de este último estaba embarazada cuando sucedieron los hechos que aquí se cuestionan.

17) **Que conforme el desarrollo que precede, es claro que la mera declaración efectuada en la sentencia de que el Estado debe responder porque "una situación como la soportada por el actor causa daño", sin un examen razonado de los recaudos específicos que rigen la materia y de las particularidades de la causa, no constituye argumento válido para sustentar el fallo, por lo cual, éste carece de debida fundamentación.** Y todo ello deriva, como lógica consecuencia, en el acogimiento del **Recurso de Nulidad Extraordinario** bajo examen.

18) Que el déficit señalado implica una grave conculcación al deber constitucional de motivar los actos del Estado, a cuyo respecto tuve oportunidad de expedirme recientemente en Ac. N° 1/10 del Registro de la Actuaría.

Es que en el plano nacional, la doctrina especializada encuentra arraigado dicho deber entre las diversas cláusulas de la Constitución Nacional. Tanto lo



enraízan en el propio Preámbulo cuando se propone como objeto afianzar la justicia, cuanto en el Art. 1° -porque establece el sistema republicano y representativo para el gobierno-, en el Art. 18° -puesto que se garantiza a la persona y sus derechos la defensa en juicio-, en el Art. 19° -ya que todo sujeto solo puede ser obligado cuando lo manda la ley-, en el Art. 28° -que establece el principio de razonabilidad-, como también en el Art. 31° -que impide apartarse del orden jurídico allí dispuesto-, todos de las Carta Magna Nacional.

Y en el ámbito local, nuestra Constitución Provincial es explícita y clara cuando prescribe en el Art. 238, segundo párrafo, que las sentencias deben ser motivadas bajo pena de nulidad.

Esta obligación constitucional exige la exposición de las justificaciones o motivos que llevan a una conclusión y la respaldan. Su satisfacción demanda reseñar los hitos principales que conforman el razonamiento y que preceden al enunciado final. De ese modo hallará su justificación.

Ella expande su fuerza en un doble aspecto, a modo de cara y contracara de una misma moneda.

El primero -público-, se halla estrechamente ligado al ejercicio del poder del Estado, una de cuyas funciones es la jurisdiccional. La elección de un sistema de gobierno republicano, impone que la práctica del poder desplegado por el Estado -y claro está, también por el juez, en tanto órgano de éste- no sufra desvíos, es decir, que su proceder no resulte arbitrario.

Precisamente la motivación constituye la garantía que el ordenamiento jurídico les concede a los individuos para que el poder se desenvuelva racionalmente y dentro de cauces limitados. Justifica el modo en el que se desarrolla, en tanto permite conocer las razones que lo llevaron a juzgar que esa forma de actuar es la correcta o aceptable (cfr. Marina Gascón Abellán en *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la*



prueba, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 2004, segunda edición, pág. 189 y sgtes.).

Además de entenderse como una exigencia técnica, también se la ve como el fundamento mismo de la legitimidad de los jueces. La actuación del poder concedido a estos, fundamentalmente a través de la sentencia, resultará legítima en tanto quede plasmada la racionalidad que guió su desarrollo, desde las premisas hasta la resolución final. De esa manera no se presentará como fruto de la arbitrariedad (cfr. M. Gascón Avellán, obra citada, pág. 192).

Por lo demás, la trascendencia de la motivación cobra relevancia en un Estado democrático. Entendida la decisión judicial como un acto público, pues deriva del ejercicio de un poder público, la justificación le permite, a la comunidad, la fiscalización de las razones dadas por el juez.

El otro aspecto -privado-, sobre el que se proyecta el deber constitucional, está ligado a las partes directamente afectadas por la resolución.

Para éstas, la motivación constituye una garantía que tiende a asegurar su derecho de defensa en juicio y debido proceso. La justificación posibilita a los justiciables el ejercicio de las vías de impugnación, cuando no se conformen con las razones aportadas por el juez.

El ejercicio pleno del derecho de recurrir demanda que el juez explicita los motivos por los cuales ha fallado en un sentido y no en otro. De lo contrario la parte de que se trate verá licuado cualquier intento de criticar el resolutorio y, por ende, de explicar su disconformidad ante la instancia revisora. Como correlato, esta última también se verá impedida de cumplir adecuadamente con su tarea de contralor (cfr. voto del suscripto en autos "AEBERT ELSA MARGARITA Y OTROS C/ CLÍNICA PASTEUR S.A. s/ DESPIDO" (Ac. 1/10, ya citado)).



En similar sentido se ha expedido la C.S.J.N. al entender:

"Para resguardar las garantías de la defensa en juicio y debido proceso es exigible que las sentencias estén debidamente fundadas tanto fáctica como jurídicamente y de tal modo constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las concretas circunstancias de la causa, sin que basten a tal fin las meras apreciaciones subjetivas del juzgador ni los argumentos carentes de contenido" (Fallos: 327:5456).

19) Que, por otra parte, el análisis riguroso de los requisitos señalados más arriba se imponía atento la índole o campo de la responsabilidad estatal en juego y las consecuencias que una postura flexible en esta materia podría acarrear.

Nótese que los argumentos de la Alzada podrían trasladarse para admitir la reparación de cualquier daño y ante cualquier detención lícita realizada en el marco de una investigación penal.

Fácil es advertir que un criterio de tanta amplitud podría prácticamente neutralizar la actividad del Estado en materia de persecución del delito.

Se trata, sin dudas, de una cuestión respecto de la cual no cabe hacer generalizaciones, dado que corresponde atender a las circunstancias propias de cada caso, lo que aquí no acontece.

20) Que nulificado el fallo de Cámara por los motivos expuestos en los considerandos que anteceden, corresponde ahora analizar los agravios vertidos por el actor en su apelación.

Se adelanta que estos tampoco podrán ser admitidos. A las razones ya señaladas pueden agregarse las que se exponen a continuación.



El reclamo incoado en los presentes exige dar cumplimiento a la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular. Y a ese efecto, no basta con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos singularmente, tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en punto a su falta de legitimidad (C.S.J.N., Fallos: 317:1233 y Ac. 1237/06 del Registro de Demandas Originarias), como ocurre en el caso.

Más allá de ello, **en autos no se ha acreditado el cumplimiento irregular o defectuoso del servicio del personal de la policía que tenía a su cargo la efectivización de la medida de arresto dispuesta por el juez de instrucción interviniente.**

Por otra parte, las horas que el Sr. Giri estuvo detenido no tienen relación causal directa con el accionar del personal policial, cuestionado al promover la acción. Pues, la restricción de la libertad no fue consecuencia de los hechos denunciados como lesivos e imputados a la policía de la provincia, sino de la medida judicial que la dispusiera.

Ahora bien, **el actor no cuestionó la mentada orden de allanamiento y arresto. En el reclamo plasmado en la demanda, claramente atribuye el daño que dice haber sufrido al obrar de los dependientes de la demandada, mas no a un eventual error o irregularidad en la medida judicial que le diera origen.** Por ende, la impugnación introducida a ese respecto en el recurso de apelación resulta extemporánea.

No obstante, a mayor abundamiento, cabe señalar que tampoco se ha puesto de manifiesto que la decisión judicial fuera infundada o arbitraria, bien que no encontrara sustento en elementos objetivos contenidos hasta ese momento en la causa, máxime cuando la misma noche en que se cometió el homicidio, el actor portaba un arma y conducía un auto de



similares características al involucrado en ese grave hecho delictivo (fs. 163/164, 178/193 vta.).

A raíz de esas circunstancias, el accionante debió permanecer detenido por un lapso aproximado de 25 horas, sin que se acreditaran motivos para considerar irrazonable o desproporcionado tanto el tiempo en que se extendió la medida, cuanto el modo en que se ejecutó.

Y si bien el artículo 71 (anterior Art. 40), último párrafo, de la Constitución Provincial, establece:

"[...] La Provincia indemnizará los perjuicios que ocasionen las privaciones de la libertad por error o con notoria violación de las disposiciones constitucionales"

El caso analizado en los presentes no aparece dentro de los presupuestos de la norma, ya que no se denuncia error ni se acredita violación constitucional alguna.

Por último, cabe mencionar que, en punto a la responsabilidad del Estado en casos de privaciones provisorias de la libertad, nuestra Corte Suprema de Justicia ha mantenido una postura claramente restrictiva al considerar necesaria la acreditación de que la medida cautelar no estaba suficientemente fundada en los hechos de la causa, o la existencia de una irrazonable dilación del procedimiento, o que aquella proviene de prueba ilegítimamente obtenida (criterio que puede observarse en "Cura", FALLOS: 317:1738; "Rosa", FALLOS: 322:2683; "Gerbaudo", FALLOS: 328:4175; "Pedezert", FALLOS: 329:3176; "Quiroz", FALLOS: 329:3894; "Pouler", FALLOS: 330:2112, entre otros).

21) Que invalidada la sentencia recurrida, y a la luz de lo prescripto por el art. 21° del ritual casatorio, corresponde recomponer el litigio, mediante el rechazo de la apelación deducida por el actor y la consiguiente confirmación de la sentencia de Primera Instancia en cuanto no hace lugar a la demanda impetrada, a tenor de los fundamentos aquí desarrollados.



22) Que antes de abordar la última de las cuestiones sometidas a votación, debo detenerme en un aspecto que considero importante. Pues, la resolución de la presente causa ha generado un sano debate entre quienes habremos de decidir, que me lleva a efectuar algunas precisiones adicionales.

En primer lugar, señalar que no se propone nulificar el decisorio de la Alzada por omisión de un hecho único, sino por no haberse tenido en cuenta las constancias y singularidades de la causa, en virtud de estar en juego la responsabilidad estatal por actividad lícita, legítima o regular y las pocas horas que duró la detención del actor, a más de la insuficiencia probatoria desarrollada precedentemente, todo lo cual confluye en la carencia de debida fundamentación de la sentencia bajo examen.

Por otra parte, esa mirada a las particularidades del caso, determina que tampoco resulten análogos los precedentes jurisprudenciales citados en la opinión discrepante, puesto que en todos ellos se trataba de un cumplimiento defectuoso, anómalo o irregular de la función pública.

Conforme el deber constitucional que tienen todos los jueces de la República de fundar adecuadamente sus decisiones (ver al respecto, el desarrollo efectuado en el considerando N° 18), no basta con adherir a una corriente doctrinaria, sino que deben exponerse los motivos que la tornan aplicable al caso concreto. Y ello debe efectuarse, siempre, con apego a las constancias y particularidades del caso. Esto es, sin incurrir en generalizaciones o afirmaciones dogmáticas, que tornen sólo aparente la fundamentación de la sentencia.

En el voto que propongo no se niega *ab initio* la posibilidad de que el Estado sea responsabilizado en casos de privaciones de la libertad de los individuos, pero sí se exige



que se expliciten y luego, se acrediten los presupuestos para arribar a tal conclusión. En la medida que esto no ocurra, la sentencia será indefectiblemente nula, por orfandad de fundamentación.

De modo que, dentro del carril recursivo examinado, no se ha tratado de tomar postura o expedirse por una determinada doctrina judicial. Es que, más allá de la corriente en la que los sentenciantes pudieran enrolarse - cualquiera sea, incluso la escogida por jueces de Cámara-, deben exponerse en forma adecuada las razones por las cuales se concede la reparación, sin olvidar las particularidades y constancias del caso concreto.

No puede soslayarse que la propia Constitución de Neuquén, en su Art. 238, 2do párrafo, obliga a los jueces a motivar sus sentencias bajo pena de nulidad. Ello implica que el constituyente ha creado un vicio constitucional, cuya constatación provoca la nulidad, también constitucional, del acto sentencial.

Cuando ese deber no se cumple, además de la referida infracción constitucional, también se afectan otros derechos arraigados en la Ley Suprema (ya reseñados en el presente). Y al propio tiempo, se enerva una de las principales funciones encomendadas a todos los jueces por la Constitución, cual es constituirse en su garante para resguardar y defender las instituciones y derechos consagrados en ella.

En esta ocasión, ese lugar lo debe tomar este Tribunal Supremo, dada la oportunidad -sentencia de Cámara- del quebrantamiento. Por consiguiente, le cabe desplegar, sin retaceos, sus atribuciones en pos de tutelar los derechos afectados para asegurar su plena efectividad.

En resumidas cuentas, este Cuerpo no puede resignar su deber de custodiar la fiel observancia a la manda constitucional antedicha, aduciendo que se trata de una



solución excepcional y de interpretación restrictiva. Porque - en rigor-, lo excepcional es que los magistrados incurran en un defecto tan severo. Y si ello acontece, la actitud del Tribunal Superior de Justicia, bajo ese prisma y por imperativo constitucional, no puede ser otra que la de descalificar el decisorio de la Alzada con la máxima sanción de nulidad aludida.

23) Que a la tercera cuestión planteada, emito mi voto en el sentido que deben imponerse las costas de todas las instancias al actor perdedoso (Arts. 68 del C.P.C. y C. y 12° de la Ley 1.406), debiendo adecuarse los honorarios correspondientes a la instancia anterior (Art. 279 del C.P.C. y C.) y regularse los de la presente, de conformidad con lo dispuesto por el art. 15° de la Ley de Aranceles. **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

El señor vocal doctor **OSCAR E. MASSEI**, dijo:

I. Que comparto la línea de pensamiento expuesta por el Sr. Fiscal ante el Cuerpo en su dictamen de fs. 295/296, en cuanto propicia el rechazo del recurso de Nulidad Extraordinario interpuesto por la parte demandada, por considerar que no se encuentran configuradas las causales de omisión de cuestión o falta de sustento en las constancias de la causa, como para proceder a invalidar la sentencia de la Cámara de Apelaciones Civil -Sala I-. Por tanto, voy a discrepar con la postura expuesta en el voto que abre el Acuerdo.

II. No obstante el disenso apuntado, y previo a ingresar en su desarrollo, expreso mi adhesión con el voto precedente, en cuanto a que la cuestión en debate es de naturaleza contencioso administrativa, motivo por el cual, este Tribunal debiera haberse pronunciado por el carril constitucional del contencioso-administrativo, de competencia improrrogable de acuerdo a las normas constitucionales y legales que así lo disponen. Como también, que sin perjuicio



de la aludida improrrogabilidad de la competencia, precedentes de este Tribunal que se citan expresamente y con los que concuerdo, han fijado etapas preclusivas en pos de principios superiores como economía, celeridad, seguridad y certeza jurídica; que hacen, que la cuestión, deba ser examinada en esta instancia.

III. Ahora bien, entrando en el análisis del caso, se desprende que la Provincia del Neuquén cuestiona la sentencia de la Cámara Civil, mediante ambos recursos de casación por Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad Extraordinario.

Que mediante R.I. 299/06 de este Cuerpo, se declara inadmisibles el de Inaplicabilidad de Ley y admisible el de Nulidad Extraordinario.

A fin de proceder al examen de este último, señalaré cuál es, en mi opinión, el marco de prudencia e interpretación restrictiva con que el remedio debe ser analizado, trayendo a colación jurisprudencia pacífica de este Tribunal Superior, en cuanto ha reiterado:

"la sanción de nulidad es siempre el último recurso al que debe apelarse en el mundo jurídico, por las consecuencias que el mismo acarrea: la invalidación del documento sentencial" (conf. Acuerdo n° 26/01, con cita de Hitters, Juan Carlos "*Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*", pág. 455).

Y aquí cabe detenernos y preguntarnos si el planteo formulado por la quejosa es hábil para anular la sentencia de Cámara, en el marco restrictivo en que debe considerarse un recurso de esta naturaleza, para lo cual, se examinará el planteo de la parte.

Sobre el particular, el escrito recursivo cuestiona el fallo de Cámara por el vicio de Nulidad Extraordinario, sosteniendo que dicho Tribunal omitió resolver cuestiones esenciales y que su pronunciamiento carece de sustento en las



constancias de la causa, tornándolo inválido en los términos del Art. 18 de la Ley 1.406.

Más concretamente, el recurso planteado se centra en cuestionar que los jueces de Cámara omitieron considerar el planteo que su parte realizó desde la primera presentación, en torno a la insuficiencia de los fundamentos brindados por el actor para reclamar el daño moral; estimando, que la supuesta "obviedad" del daño -como lo califica el fallo de Cámara- no tiene apoyo o sustento suficiente en las constancias de la causa. Sobre este último tópico, agrega que omitió considerar que el demandante sólo permaneció detenido por el término de 26 horas; extremo éste que -alega- no puede ser asimilado a otras situaciones que resultarían aptas para generar una lesión de entidad tal, que merezca ser indemnizada.

IV. Luego, y a efectos de evaluar la procedencia del recurso en análisis, resulta esencial delinear el contorno de las causales nulificantes que se invocan.

En este sentido, es doctrina reiterada y coincidente del T.S.J., que

"la carencia de sustento suficiente en las constancias de autos que acarrea la extrema sanción de nulidad, sólo se configura, cuando se advierte un grueso error al determinar el presupuesto fáctico indispensable para la dilucidación integral del juicio" (conf. R.I. N° 335/89, Acuerdo N° 26/01.- "Herrera, Argentino Isaías c/ Cooperativa Copelco s/ despido"; entre tantos, del Registro de la Actuaría).

Se ha coincidido en que no cualquier cuestión puede ser considerada esencial, para poseer entidad suficiente para invalidar una sentencia. Así se ha establecido con precisión:

"...son cuestiones esenciales aquéllas que constituyen la estructura de la traba de la litis y conforman el esquema jurídico que la sentencia atenderá para la solución del litigio, sin que sea dable asignarle tal carácter a los meros argumentos de derecho invocados por las partes como fundamento



de sus pretensiones; es decir, los que integran los capítulos básicos del pleito demarcando su ineludible territorio, y de cuya consideración concreta no puede prescindirse sin parcelar la solución correcta de la sentencia por la gravitación que tienen o pueden tener en el resultado final [...] El tema omitido debe ser esencial [...] por su naturaleza y no porque las partes lo consideran tal" (Alcalá-Zamora y Castillo, Alvarado Velloso, Arazi y otros en "Temas de casación y recursos extraordinarios en honor al Dr. Augusto M. Morello", pág. 343/344, citado en Acuerdo n° 9/2000).

V. El detenido análisis de la sentencia de Cámara, me lleva a concluir en que no se advierte ese "grueso error" en la determinación de los hechos, o que se haya omitido una cuestión esencial en los términos antes explicitados, que aparejen su invalidación.

Es que nos encontramos frente a un caso, en el que no resulta posible que un tribunal prescinda de hechos o pruebas conducentes, porque estamos en presencia de un único hecho, esto es, la evaluación de la procedencia o no del daño moral que solicita el Sr. Gustavo Daniel Giri, le sea reconocido por los padecimientos personales que alega haber sufrido el 28 de marzo de 1998, con motivo de su detención por casi 26 horas, en el marco de una investigación judicial penal de un homicidio, del que, con posterioridad se lo desvinculó completamente.

En efecto, el fallo del *Ad-quem*, lejos de omitir considerar las condiciones y modalidades de la detención -tal como lo sostiene la demandada-, asegura, y así lo expresa,

"...que el actor resulta haber sido severamente afectado por el procedimiento investigativo, sin relación alguna con el hecho" (textual, sentencia fs. 242); para luego, a renglón seguido, haciendo propios los razonamientos del maestro Germán Bidart Campos, expone, que el Estado debe indemnizar al actor por los perjuicios causados; no obstante



resaltar, que la postura asumida es minoritaria en la doctrina y jurisprudencia. Sobre esto último manifiesta el sentenciante: "Tengo perfectamente presente que la jurisprudencia mayoritaria no acompaña mi criterio" (fs. 239).

Refuerza lo anterior, la circunstancia relativa a que la sentencia de Cámara, aun con cita de precedentes judiciales que tienen como presupuesto de base al instituto de la prisión preventiva (atento lo novedoso del tema de la detención), pone de resalto las dos posturas antagónicas que actualmente suscribe doctrina y jurisprudencia nacional, respecto de la responsabilidad del Estado, inclinándose por la minoritaria -como se dijera- al resaltar, citando a Bidart Campos, que la postura, que con convicción adopta, no es acompañada por el Derecho Judicial de la Corte.

Con lo expuesto, se quiere significar, que versando la causa sobre un hecho único (y no una multiplicidad de hechos), no puede predicarse, en este caso concreto, que medió en el pronunciamiento omisión de cuestión esencial o prescindencia de prueba decisiva; sino más bien, la subsunción de los mismos hechos y pruebas valorados en la sentencia de primera instancia, pero aplicándoles una postura doctrinaria y jurisprudencial diametralmente opuesta.

Y ello encuentra su fundamento en que, sin duda, el caso que nos convoca nos enfrenta con uno de los temas de mayor actualidad en el derecho y de constante evolución. Por ello, la diversidad de criterios y casuística que presenta.

Como lo ilustra Félix A. Trigo Represas, se encuentra aceptado por los administrativistas que el reconocimiento de la responsabilidad del Estado fue tardía en su aparición en el ámbito del derecho público; recordando, que originariamente, el principio general fue el de la irresponsabilidad del Estado; y en lo que concierne a la responsabilidad por actividad judicial, indica que se la acepta mayoritariamente cuando proviene de actos ilícitos y en



supuestos específicos de actos lícitos. Y agrega, con cita de Casagne, que esta diversidad de criterios, tiene que ver con los valores que se encuentran en juego, señalándolo de la siguiente manera:

“En esta parte del derecho de la responsabilidad estatal se enfrentan varios principios antagónicos. De una parte, se encuentran los derechos de los afectados -puntualmente los que han sido privados de su libertad personal-. Sin embargo, de cara a estos derechos, existen otros principios cuya dimensión de peso resulta proporcionalmente mayor, habida cuenta de que representan el interés de la comunidad en mantener ciertas cargas -como la de soportar el funcionamiento regular de la justicia- con el objeto que esas cargas o privaciones que todos los ciudadanos tienen que asumir no resulten gravosas para el propio Estado, cuyos recursos, provienen, en definitiva, de la masa de ciudadanos” (conf. Félix A. Trigo Represas en su artículo “Responsabilidad de los Jueces y del Estado-Juzgador por daños derivados de errónea actividad judicial”, publicado en Revista *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, lunes 11-05-2009).

La aludida tensión entre valores jurídicos de jerarquía similar se ve reflejada en las posturas doctrinarias. Así, hay autores que niegan la posibilidad de reclamar indemnización a quienes estuvieron privados de su libertad como medida cautelar en un proceso penal y luego fueron absueltos o sobreseídos, tales como: Altamira Gigena, Scola y Maiorano en nuestro país y también Duguit y Rivero en Francia. Por otro lado, autores de la talla de Bidart Campos, Cassagne, Diez, Gherzi, Hitters, Kemelmajer de Carlucci y Parrellada, Sagarna y Semon, en nuestro país y Waline en Francia, reconocen con diferente extensión y alcances, el derecho al resarcimiento de los detenidos preventivamente, luego de ser absueltos o sobreseídos, invocándose como



fundamento el principio de la igualdad de las cargas sociales ante la ley (Art. 16 de la Constitución Nacional).

En lo que respecta al supuesto de personas detenidas, obran precedentes como el de la Sala IV de la Cámara Nacional Federal Contencioso-administrativa, en autos "Cozza c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación" (ub. en La Ley -2006-C, 386), y el caso "De Gandia c. Provincia de Buenos Aires" emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (4-6-95 ub en E.D 165-85 y La Ley, 1996-D, 79). Y también se registran antecedentes a nivel internacional, como el sentenciado por el Tribunal Supremo de España, Sala I, 23-01-2004, en la causa "José Luis c. Magistrados del Tribunal Constitucional" (ub en La Ley 2004-E, 282 y RCyS, 2004-1573), y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 13-06-2006 en el caso "Traghetti del Mediterráneo SpA c. República Italiana" (ub. En RSyC 2006-1504).

Por su parte, Carlos A. Chiara Díaz sostiene que deberían existir normas específicas que reconozcan el derecho resarcitorio para quien haya sufrido detención o prisión preventiva en un proceso, donde finalmente resultó sobreseído o absuelto, e indica que obra un antecedente sobre el particular, cual es, el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación, que en su art. 10 lo regula (31-08-06) (conf. autor citado en su artículo "Compensación y Resarcimiento por la Prisión Preventiva", publicado en elDial.com Biblioteca Jurídica Online).

Pero lo cierto es que, sin desconocer las aristas de la problemática relativa a la responsabilidad del Estado por error judicial, entiendo que, en el marco del recurso extraordinario de nulidad que nos toca examinar, no corresponde expedirse por una determinada doctrina judicial, si no se advierte, como en el caso, que la sentencia es nula.



VI. Es que, tal como se viene evaluando, no corresponde dejar sin efecto la sentencia, cuya nulidad se persigue, dado que el desarrollo efectuado en los considerandos precedentes pone de manifiesto una discrepancia del demandado con el criterio jurídico adoptado por la Sala I de la Cámara Civil para resolver la cuestión.

En otras palabras, puede decirse que la sentencia atacada cuenta con fundamentos mínimos y suficientes, resultando extraño al carril de Nulidad Extraordinario elegido -y vedado, por tanto, al suscripto-, el análisis y consideración acerca del acierto o error del pronunciamiento atacado, habiendo quedado, asimismo, incólume la plataforma fáctica determinada y -reitero-, la validez constitucional del decisorio bajo examen.

Lo expuesto, además, resulta coherente con la interpretación restrictiva que debe adoptarse con rigurosidad respecto de la nulidad de sentencias, que es criterio de este Vocal. Además, tal como lo indica el maestro Morello,

"...debe observarse la línea principal de política que no aconseja la recepción de la nulidad sino en supuestos límites, porque de ese modo se preserva el principio de conservación y la actividad jurisdiccional confiable, dándose así una más beneficiosa respuesta a las finalidades que conlleva el servicio" (cfr. Augusto Morello *Recursos Extraordinarios y Eficacia del Proceso*, Edit. Hamurabi, pág. 203).

VII. Por lo considerado, doctrina y jurisprudencia citadas, propongo al Acuerdo declarar improcedente el recurso casatorio incoado por la demandada y en consecuencia confirmar el fallo de la Cámara en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería -Sala I- de esta ciudad, con costas a la recurrente (Art. 17 de la Ley 1.406). **ASI VOTO**

El señor presidente doctor **ANTONIO GUILLERMO LABATE**, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor Ricardo T. KOHON, así como la solución que propicia,



por lo que expreso mi voto en igual sentido. **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

De lo que surge del presente Acuerdo, oído el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, por mayoría, **SE RESUELVE: 1°) DECLARAR PROCEDENTE** el recurso de Nulidad Extraordinario deducido por la demandada -PROVINCIA DEL NEUQUÉN- a fs. 253/275 vta. contra la sentencia dictada a fs. 238/243 vta. por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería -Sala I- de esta ciudad, **NULIFICANDO** dicho fallo, sobre la base de la causal prevista en el Art. 18° de la Ley 1.406. **2°)** Por imperio de lo dispuesto en el Art. 21° de idéntico ritual, **RECOMPONER** el litigio mediante la confirmación de lo resuelto en el decisorio de Primera Instancia de fs. 211/212 vta., en cuanto rechaza la demanda promovida por Gustavo Daniel Giri contra la Provincia del Neuquén, **3°)** Imponer las costas de todas las instancias al actor perdidoso (Arts. 68 del C.P.C. y C. y 12° de la Ley 1.406), a cuyo fin, se adecuan los honorarios regulados a los letrados intervinientes del siguiente modo: *-Por su actuación en la Alzada: Por la presente etapa,* se regulan los honorarios de los doctores: ..., (Art. 15°, Ley 1.594). **4°)** Disponer la devolución de los depósitos cuyas constancias lucen a fs. 250 y 283 (Art. 11°, Ley Casatoria). **5°)** Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos.

Con lo que se dio por finalizado el acto, que previa lectura y ratificación firman los señores Magistrados por ante la Actuaria, que certifica.

Dr. ANTONIO GUILLERMO LABATE - Presidente. Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI
Dra. MARÍA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS -Secretaria