En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de abril del año 2012, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"E. B. N. C/ PROVINCIA DEL CHUBUT S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 83/2011)** venidos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de esta ciudad ((Expte. N° 578/2001)), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia dictada a fs. 209/213?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.Conforme el sorteo practicado a Fs. 250,

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1) Antecedentes y la sentencia.

Llegan los autos a esta Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 217 por la parte actora y que fuera concedido a fs. 218. El recurso ha sido fundado por la recurrente mediante su presentación obrante a fs. 239/244, cuyo traslado no fue contestado por la contraria.

La sentencia en crisis rechazó la demanda entablada por B. N. E. contra la PROVINCIA DEL CHUBUT, con costas a la parte actora y regulando

los honorarios a los letrados intervinientes en el proceso.

Para así resolver la sentenciante comenzó considerando que el Estado resulta responsable por hechos u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando cumplen las mismas de una manera irregular. Ello surge de lo dispuesto por el art. 1112 del Cód. Civil y permite responsabilizar al Estado sin acudir a la idea de culpa del agente ni individualizar al autor del daño, pues basta con acreditar que el funcionamiento del servicio aparece defectuoso o irregular para configurar el factor objetivo que determina la responsabilidad del ente estatal.

Establece luego que incumbe al actor en la acción de daños y perjuicios por presunta falta de servicios según los términos del art. 1112 del Código Civil la carga de acreditar el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio en cuestión, pues recién a partir de tal demostración queda configurado el factor objetivo que permite atribuir responsabilidad de acuerdo con la citada disposición legal.

El reclamo demandado se fundamenta en los daños ocasionados a la presentante y sus hijos por la muerte del Sr. M. A. A., esposo y padre, debido al incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia que pesa sobre la Policía de esta provincia con respecto a los detenidos en las dependencias a su cargo.

Se encuentran incorporados como prueba a estos actuados dos causas

penales N° 5025 F° 261 Año 1997 s/ “Suicidio” y N° 4941 F° 219 Año 1997 s/ “Violación”. De la primera se desprende que como consecuencia de la detención de A. el 07 de Julio de 1997, el mismo estaba alojado en la Seccional Primera de la Policía del Chubut, en relación a la investigación del delito de violación que se le imputaba. A fs. 69/73 de dicho expediente se dispone su procesamiento y se convirtió en prisión preventiva su detención.

Del expediente s/ “Suicidio” surge que el día 17 de Agosto de 1997, a las 6,15 hs., de los barrotes de la celda ubicada frente a las duchas, cuelga sujeto del cuello el detenido M. A. La sentencia hace referencia a las declaraciones testimoniales prestadas con motivo de este hecho y especialmente la del Sargento D. E. C. quien relató que a las 22,30 hs. se les dio el racionamiento a los detenidos judiciales, entre ellos al Sr. M. A.; a las 00,00 hs. procedió a alojarlos, ubicando a A. en el calabozo frente a las duchas; les consultó si necesitaban algo, la respuesta fue negativa y procedió a cortar la luz por seguridad. A las 2,30 hs. aproximadamente -relató este testigo- efectuó un control de detenidos, no advirtiendo nada anormal. Posteriormente, a las 5,15 hs. ingresó el detenido E. A. y al ser alojado en el pabellón de mujeres, encendió las luces generales de los calabozos para un nuevo control, observando que A. se encontraba ahorcado con una tira de nylon sujeta a la reja.

La Magistrada del inferior hace mención que el estado anímico de A.,

según el testimonio en cuestión, era normal, que no advirtió signo alguno que indicara que estaba deprimido, que era callado y no tenía ningún diálogo con el personal policial; que nunca solicitó ayuda médica pero que sí había pedido estar solo, por lo que se lo ubicó en el calabozo frente a las duchas. Estos dichos, conforme la sentencia recurrida, están corroborados por el Oficial Ayudante A. G. y el Sargento 1° F. R. Este último refirió que con anterioridad a su muerte nunca Aranda manifestó la intención de quitarse la vida, pues de así haber sido se hubieran tomado las prevenciones del caso. Por último, se menciona la declaración del Oficial Ayudante A. G. quien manifestó que durante la noche de su muerte A. no solicitó asistencia médica, no se quejó ni se encontraba medicado.

Se hace referencia luego a la autopsia realizada al fallecido la que determinó como conclusión: muerte violenta producida por ahorcamiento, siendo la hora probable de la muerte las 03,00 hs.

Alude luego la Magistrada *a quo* a que el Procurador Fiscal interviniente sostuvo que en el caso no se configura incumplimiento de los deberes del funcionario público, teniendo en cuenta que resultaba ilógico que la corta correa de un bolso de mujer pudiera ser idónea para quitarse la vida, agregando que por la forma en que se produce el ahorcamiento, da una idea de la fuerte determinación de A. de quitarse la vida.

En lo que hace a la prueba testimonial producida en este proceso, la sentencia vuelve a remitirse a los dichos del testigo C. quien calificara a A. como tranquilo, callado y que nunca mencionaba la causa por la que se encontraba detenido. Relata que a las dos de la mañana cuando lo vio por última vez tenía un bolsito en el que había recibido sus pertenencias y le dijo que lo tendría para sacar su ropa sucia al otro día. Los tres testigos indicaron que era usual que los detenidos tuvieran en su poder elementos como ropa de cama, vestimenta, vasos, etc., siempre que se cumplan las medidas internas de precaución y relata que A., a fin de quitarse la vida, sacó las dos manijas del bolso, las unió y con ello armó un cinta.

La Sra. Magistrada del inferior ha considerado que en este caso no puede tenerse por configurada la falta de servicio consistente en el incumplimiento del deber de custodia y seguridad respecto de los detenidos; que no se demostró en autos que el Sr. A. hubiera tenido problemas psicológicos, depresión, etc., con proyección o entidad suficiente que hicieran seriamente presumir que pudiera quitarse la vida y exigiera a los funcionarios policiales de una conducta acorde con ello; que los testigos aseguraron que la víctima nunca manifestó intenciones de autoeliminarse o signos que indicaran algún trastorno depresivo, lo cual tampoco lo sostiene la actora en su demanda.

Al considerar el tema del ingreso del bolso con el cual A. se quitara la

vida, la sentencia señala que no existe una norma expresa que determine qué elementos pueden o no tener en su poder los detenidos y que tanto la Ley 20.416 del Servicio Penitenciario Nacional ni la ley local (Ley XIX N° 5) establecen pautas al respecto. Hace mención a que en las seccionales policiales de esta provincia se aplica supletoriamente el Reglamento de Alcaidías de Policía (Dec. 1568/82) el cual en su art. 12 establece que al ingreso de un interno se le retirarán los elementos cuya tenencia no se encuentre autorizada, pero tampoco se indican en esta norma cuáles son los elementos que los internos no pueden tener en su poder, con lo cual ello se ajusta al criterio de los funcionarios intervinientes, en tanto los mismos no impliquen o configuren un peligro para su propia seguridad o de terceros.

Conforme la sentenciante, los funcionarios a cargo cumplieron con las rondas de control necesarias, según se desprende de los testimonios incorporados en autos.

Ahora bien, como la actora ha imputado responsabilidad a la Policía provincial por falta de servicio por omisión de los agentes encargados de la custodia del Sr. A., resultaba necesario -dice la sentencia- que se acreditara la irregular ejecución de las obligaciones a cargo de aquéllos y de los elementos incorporados a estas actuaciones –continúa- el incumplimiento del deber de custodia y seguridad no se encuentra configurado. Para esta conclusión la sentenciante ha dicho que de la

prueba surge que A., a su pedido, fue alojado solo en una celda frente a las duchas; que durante la noche de su muerte se cumplieron las rondas o controles de rutina; que con respecto al bolso que tenía en su poder y que utilizara par quitarse la vida, por su tamaño pequeño y características, nada hacía presumir que desarmando las pequeñas manijas pudiera confeccionar una soga de escasa longitud como la que muestra la fotografía de fs. 36 del Expte. N° 5025/97 (agregado por cuerda) con la que perpetrara el suicidio; que nada hacía suponer que A. tomara la decisión de autoeliminarse y menos con ese elemento.

Es en virtud de lo hasta aquí señalado que la Sra. Jueza del inferior determinó que ningún agente de la Policía de esta provincia omitió el cumplimiento de una conducta debida en relación a su cargo o tareas asignadas que hubiera impedido que A. concretara su intención de quitarse la vida y que, aun cuando no contara con el bolso, bien pudo llevar a cabo su cometido con las mangas de una camisa o con un pantalón.

2) <u>Los agravios de la parte actora</u>.

2.1) Agravia a la parte actora que la sentencia haya considerado que en el caso no puede tenerse por configurada la falta de servicio consistente en el incumplimiento del deber de custodia y seguridad respecto de los detenidos. Sostiene que el hecho de que el Sr. A.

estuviera detenido en un calabozo de la Comisaría Primera de la ciudad de Puerto Madryn y falleciera mientras estaba alojado en el pabellón de mujeres de la misma, es responsabilidad de la Policía provincial por falta de servicio en cuanto a la obligación de seguridad que le corresponde sobre todo interno. Insiste en que es evidente que ha mediado, por parte de la policía provincial, una evidente falta de servicio en lo que hace al deber de custodia y seguridad de los detenidos porque si bien estamos ante un caso de "suicidio", para que el mismo sucediera resultó necesario el obrar estatal irregular que configura la falta de servicio constituida por haber permitido ingresar al calabozo donde se alojaba el Sr. A. un elemento (bolso) que facilitó la producción del hecho dañoso. Si se hubiera impedido el ingreso del bolso en cuestión, dice la queja, el detenido A. se hubiera quedado privado de los medios materiales con los que se autoeliminara y no podría haberse quitado la vida con ellos.

Afirma la agraviada que el suicidio del Sr. A. constituye una consecuencia fatal, necesaria y en elación causal que deviene como una consecuencia material y jurídica de la omisión antijurídica en que incurrieran los policías provinciales en el ejercicio de sus funciones (arts. 1074 y 1112 Cód. Civ.) que configuran una falta de servicio.

2.2. Agravia también a la quejosa que la sentencia haya considerado que no se demostró en autos que el Sr. A. hubiese tenido problemas

psicológicos, depresión, etc, con entidad suficiente que hiciera presumir que pudiera quitarse la vida y que nada hacía suponer que A. tomara la decisión de autoeliminarse. Afirma que en el caso los agentes de la policía provincial no actuaron diligentemente conforme las circunstancias de modo, tiempo y lugar para evitar el suicidio del Sr. A. por cuanto eran conocedores de una serie de componentes que debieron llevarlos a representarse lo que posteriormente sucediera. Los componentes aludidos son, según la queja, a) que la detención de A. había repercutido notoriamente en los medios de comunicación local con la consabida deshonra que ello genera en una persona, máxime por la causal que se le imputaba, b) que era padre de dos hijos y su esposa estaba embarazada y próxima a dar a luz lo cual conmueve a todo ser humano, c) la gran repercusión negativa que significó para A. estar privado de libertad y d) que había requerido ser alojado solo, evidenciando así su intención de que nadie aborte su intento de autoeliminarse. A lo dicho, agrega el agravio que el Sargento 1° F. R. declaró que antes de la muerte A. nunca manifestó su intención de quitarse la vida, pues de ser así hubieran tomado las prevenciones del caso, lo cual quiere decir que sólo hubieran actuado debidamente si A. les hubiera hecho saber su intención de suicidarse, cuando en realidad siempre debieron actuar con la debida diligencia ya que tratándose de un detenido no se requiere que éste tenga problemas psicológicos, depresión, etc. que hagan presumir que pudiera quitarse la vida.

Sostiene la agraviada que el solo hecho de estar detenido provoca en la persona un estado de ánimo que afecta la psiquis del sujeto y ello puede llevarlo a adoptar decisiones que pueden ser nocivas tanto para sí como para terceros, por lo que el hecho de suicidarse no puede resultar un hecho imprevisible para la autoridad policial o en su caso, inevitable, si arbitra los medios para que ello no suceda.

2.3. Esgrime luego la actora su queja por el razonamiento que hace la sentencia con respecto a que no existe una norma expresa que determine qué elementos pueden o no tener en su poder los detenidos y que la individualización de los elementos que pueden tener queda sujeto al criterio de los funcionarios intervinientes, en tanto los mismos impliquen o configuren un peligro para su propia seguridad o de terceros. La agravia que la sentenciante exprese que por su tamaño pequeño y características, nada hacía presumir que desarmando las pequeñas manijas pudiera confeccionar una soga de escasa magnitud y con ella perpetrara el suicidio.

Destaca en este punto que aun cuando no exista una norma expresa que enumere los elementos que pueden o no tener los detenidos y quedando ello a criterio de los funcionarios intervinientes, la propia normativa que cita la sentencia impone la obligación de impedir que llegue a manos de los detenidos fajas, cinturones, tirantes, corbatas y todo elemento que pueda servirle para quitarse la vida. Por ello es evidente que en este caso medió falta de servicio traducido inexcusable

omisión por lo cual debe responder la demandada.

Agrega que la afirmación de que nada hacía presumir que un pequeño bolso sirviera para concretar el suicidio, constituye una excusa insustancial para disimular una ostensible deficiencia en el desempeño de la función del personal policial que torna inaplicable la eximición de responsabilidad al no haber extremado los cuidados y prevenciones prescriptas por el ordenamiento normativo en materia de seguridad y custodia de los detenidos protegiéndolo de los daños que provengan tanto de terceros como de la propia víctima.

2.4. En el punto siguiente hace referencia la recurrente a la conclusión de la sentencia en cuanto a que ningún agente de la Policía de esta provincia omitió el cumplimiento de una conducta debida en relación a su cargo o tareas asignadas que hubiera impedido que A. concretara su intención de quitarse la vida. Afirma aquí que estando acreditado que la muerte del Sr. A. fue violenta por ahorcamiento y que ello sucedió con una soga confeccionada con la correa de un bolso de mujer que le ingresara personal policial de la Seccional Primera de la Policía Provincial, no cabe duda que medió una inadecuada prestación de las tareas a cargo del personal policial de incumplimiento del deber de seguridad respecto de los internos bajo su custodia.

2.5. Finalmente alude la queja a la conclusión de la sentencia en cuanto a que no se encuentran acreditados los presupuestos que determinen

responsabilidad del Estado Provincial por lo que se rechaza la demanda.

Entiende la reclamante que es evidente que se han acreditado los presupuestos que determinan la responsabilidad del Estado Provincial, razón por la cual se debió admitir la demanda. En el caso, afirma la agraviada, surge que el personal policial de la Comisaría Primera de esta ciudad incumplió o cumplió deficientemente el deber de custodia y seguridad respecto del detenido A., quien se suicidó en el calabozo utilizando para ello las correas de un bolso ingresado por el personal policial. Según el agravio, este incumplimiento o cumplimiento irregular del deber de custodia debe ser considerado una falta de servicio, debiendo afrontar la demandada la consecuencias que derivan de él y que configuran un supuesto de responsabilidad extracontractual con fundamento en el art. 1112 del Cód. Civil.

Culmina la fundamentación del recurso haciendo el planteo de la Cuestión Federal (art. 14 Ley 48).

3. <u>Tratamiento de los agravios de la parte actora</u>.

3.1) Sin perjuicio de haber descripto y separado en apartados los agravios de la recurrente, es evidente que todo su planteo gira en torno a la existencia de *<u>responsabilidad</u>* por parte de la Policía Provincial en el lamentable hecho del suicidio del detenido M. A. A. La Sra. Magistrada

del inferior ha considerado que no ha existido responsabilidad alguna, mientras que la actora sostiene y fundamenta la posición totalmente contraria solicitando la condena de la demandada y es ésta la cuestión sustancial que la Alzada debe resolver.

Tal como lo ha dicho la SCBA en la causa Ac. 89.545 del 08/03/2007, la responsabilidad del Estado puede ser originada tanto por su actividad como por su comportamiento omisivo: un "no hacer". En este último caso, lo que lo convierte en un ilícito sancionable es que el mismo constituya un deber jurídico que el sujeto debió cumplir (ídem, 30/09/09, Causa A. 69.485, "Lobato, L.E. c/ Pcia. de Bs.As. s/ Daños y Perj.").

En el derecho público no existe un texto específico que contemple lo atinente a la obligación del Estado por las consecuencias de sus hechos o actos de abstención. Por ello, su tratamiento jurídico básico debe efectuárselo recurriendo a la norma del art. 1074 del Código Civil -art. 16 del Código Civil- que permite ubicar en ella el tema de la responsabilidad del Estado por sus comportamientos o actitudes omisivas o de abstención (conf. SCBA, Ac. 73.526, 23/02/2000, DJBA, 158-100; MARIENHOFF, M., "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" en el ámbito del derecho público", ED, 169, p.1096).

Doctrinariamente, se ha distinguido entre los delitos de omisión simple

-en los que el objeto prohibitivo es una abstención-, de los de comisión por omisión -en los que la prescindencia en sí misma no es punible, lo es cuando ella se ha constituido en un medio para delinquir-, aunque señalándose que los primeros están sometidos en nuestro derecho al mismo régimen jurídico-legal que los segundos y que el ejercicio regular del derecho de no hacer no provoca la responsabilidad del requirente, debiendo éste responder cuando una obligación legal le impone el deber de hacer o la ley sanciona la inacción (conf. BELLUSCIO, A. - ZANNONI, E., "Código Civil", Ed. Astrea, Bs.As., 1984, T.V, págs. 93 y 101).

En esta línea argumental, la abstención ilegítima del Estado ha sido señalada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como factor de atribución, sosteniendo que corresponde hacer lugar a la acción de daños deducida contra la Provincia de Buenos Aires, en razón de que por omisiones en que incurrió el Registro de la Propiedad, se atribuyó el dominio de un inmueble a quien en realidad no le correspondía, otorgándose escrituras en perjuicio del actor (CSJN, 18/12/84, "Vadell, J.F. c/ Pcia. de Bs.As.", LL 1985-B-3).

Dice Giovanni Duni -citado por Aída Kemelmajer de Carlucci in re "Torres, F. c/ Pcia. de Mendoza", La Ley 1989-C-511- que el ilícito omisivo no puede responder a un principio amplísimo cual es el del *neminem laedere*, pero eso no significa que se requiera una omisión

típica, a la manera del delito penal. Lo que se exige es que el Estado se enfrente a una situación en la cual está obligado a actuar; esa obligación no es menester que sea expresa sino que basta con que se den tres requisitos: a) la existencia de un interés normativamente relevante, sea en relación cualitativa o cuantitativa, b) la necesidad material de actuar para tutelar tal interés y c) la proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se persigue con el accionar (conf. ídem, p. 517).

Cabe puntualizar además que resultan aplicables a la abstención ilícita los mismos requisitos derivados del régimen general de responsabilidad. En consecuencia, como en toda pretensión indemnizatoria que involucre una reparación de daños y perjuicios no puede estar ausente el nexo causal entre el daño invocado y la prescindencia estatal, de manera que pueda serle objetivamente imputado. Así, sólo deberá responder si el perjuicio es consecuencia de la omisión en una relación de causa a efecto sin elementos extraños que pudieran fracturar la vinculación causal. Dentro de este marco, quien reclame la correspondiente indemnización deberá probar como principio, esa relación de causalidad.

Se exige, en definitiva, en términos generales, para que se concrete la responsabilidad del Estado: a) imputabilidad del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus

funciones; b) falta de servicio por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento; c) la existencia de un daño cierto; d) la conexión causal entre el hecho o acto administrativo y el daño ocasionado al particular. En este aspecto, tratándose de una omisión, la ausencia de actividad debe producir un daño que sea consecuencia directa de la misma (conf. BELTRAN GAMBIER, "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión a la luz de la jurisprudencia", LL 1990-E-617, en esp. pág. 623). En tal sentido, la omisión antijurídica, según lo predica el autor antes citado, "no se configura con el solo incumplimiento de una norma legal, incluso aunque ésta sea de rango constitucional. Habrá que analizar en cada supuesto cuál es el tipo de norma conculcada y muy especialmente cuál es la relación de causalidad entre la omisión y el daño" (ob. cit., p.626).

"El Estado resultará entonces civilmente responsable siempre que se acredite una relación causal adecuada entre el incumplimiento de su obligación y el daño producido, es decir, cuando el damnificado demuestre la existencia de un obrar u omisión de un deber a cargo el Estado, a consecuencia de lo cual hubiese resultado un perjuicio (conf. F. TRIGO REPRESAS, "El caso Zacarías: un fallo con importantes aportaciones, pero no obstante deficitario", Jurisprudencia Argentina, 1999-I-380). En tal aspecto, es dable remarcar que hay que analizar detenida y especialmente la relación de causalidad entre la omisión y

el daño" (conf. S.C.J.M., "Norton, M.C. c/ Municip. De Godoy Cruz", LL 1997-B-92).

En principio, el Estado responde por sus simples actos omisivos cuando existe una norma que imponga el actuar. La simple omisión que genera el deber de reparar es aquélla que guarda adecuada relación de causalidad. El juez debe ser estricto en la apreciación del nexo causal. La omisión es causal cuando la acción esperada hubiere probablemente evitado el resultado, en otros términos, la relación causal se establece juzgando la incidencia que el acto debido, de ser realizado, hubiere tenido con respecto al resultado o a su evitación (conf. SCJM, fallo cit. supra).

3.2) Adentrándome a la solución de las cuestiones planteadas, recuerdo que la Corte Federal en el precedente de Fallos 318:2002 sostuvo que es un principio constitucional el que impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas, proscribiendo toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija (conf. arg. art. 18 de la Const. Nacional).

Tal cláusula constitucional, dado su carácter operativa, impone al Estado la obligación y responsabilidad de dar a quienes estén cumpliendo una condena o un detención preventiva la adecuada custodia, que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e

integridad física y moral (conf. doct. C.S.J.N. Fallos 330:1135). Es que, la seguridad, como deber primario del Estado, no solamente importa el resguardar los derechos de los ciudadanos frente a los hechos delictivos sino también, los de los propios detenidos -condenados o no-, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas de control carcelario (conf. doct. C.S.J.N. Fallos 326:1269).

En particular, en cuanto al derecho a la integridad física de los detenidos, la Corte Federal señaló que no solamente implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (conf. doct. C.S.J.N. Fallos 328:1146).

En idéntico sentido, el Cimero Tribunal de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que es deber primario del sistema carcelario la celosa custodia y seguridad de los encartados, debiendo tender no sólo a preservar la vida y la integridad de aquellos que están privados de su libertad ambulatoria y a promover la readaptación social, sino también a evitar que el quiebre y desborde de tal deber de custodia y seguridad por los penados o detenidos derive en daños a ellos mismos o terceros (conf. doct. S.C.B.A., causa L. 71.070, sent. 23/12/2003).

Se encuentra acreditado en el sub examine -y no controvertido- que el fallecimiento del cónyuge y padre de las reclamantes se produjo por suicidio mientras se encontraba detenido en la Comisaría 1era de la ciudad de Puerto Madryn, utilizando para tal cometido la cinta que une los extremos de un bolso que tenía en su poder, la cual fue atada a la reja de la puerta de acceso al calabozo donde estaba alojado. La cinta referida es la que sirve para colgarse el bolso del hombro o en la espalda.

Debo destacar que, conforme surge de la Causa N° 5025 del año 1997 incorporada como prueba a estos autos, cuando prestó declaración testimonial el Sargento Ayudante F. R. (fs. 8/9), se le preguntó si recuerda en qué fecha y turno ingresó el bolso de nylon que se incautó en la celda al cual podría corresponder la cinta que utilizó A. para quitarse la vida, contestó: *"…que no recuerda, pero es muy probable que lo hayan traído familiares con ropa limpia para el detenido u otros elementos…"*. Al declarar en la misma causa el Oficial Inspector C. G. y ser preguntado si recuerda con qué fecha y turno ingresó el bolso de nylon que fuere incautado en la celda del detenido y al cual podría corresponder la tira de nylon con que A. se habría ahorcado, contestó: *"…lo ignoro…"*.

En la causa penal en cuestión, el Sr. Juez de Instrucción dictó la resolución de fs. 50 con fecha 01 de Octubre de 1997, en la cual dejó

constancia que *"…se procede a incautar el elemento con que causó su propio deceso…la propia actitud de M. A., quien con la manija de un bolso que se encontraba en su poder, de la que obra fotografía a fojas 36, causó su propio óbito…"*.

Considero importante tener en cuenta que no hay ninguna duda sobre cuál fue el elemento que utilizó la víctima para suicidarse, así como también que la autoridad policial no supo explicar cómo llegó ese elemento a poder del detenido y que lo utilizara para suicidarse.

3.3) En reiteradas oportunidades ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con sustento en el artículo 1112 del Código Civil, que quien contrae la obligación de prestar un servicio -en el caso, el establecimiento de un régimen carcelario donde la seguridad e integridad de los detenidos sea garantizada- lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o ejecución irregular (conf. doct. C.S.J.N. Fallos 306:2030; 307:821; 315:1892; 330:2748; 331:1690). En idéntico sentido ha sostenido la S.C.B.A. que, en tanto se encuadren supuestos como el de autos en los cánones de la responsabilidad consagrada por los arts. 43, 1112 y 1113 1er párrafo del Código Civil como daños derivados por las acciones u omisiones de quienes dirigen o administran el establecimiento de reclusión o por sus subordinados o dependientes, en razón de las

falencias en la organización o en la ejecución del deber de vigilancia y cuidado de los detenidos bajo su custodia, el Estado debe responder (conf. doct. S.C.B.A., causa L. 85.940, "Guerra", 27/11/06).

En la especie, las condiciones adecuadas de prestación del servicio vienen impuestas por la garantía consagrada en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 18, 22, 48 y 51 de la Provincial, así como el Reglamento de Alcaidías de Policía (Decreto Provincial N° 1568/82) y la Ley 20.416 (Ley Orgánica del Servicio Penitenciario), cuyos textos invoca la sentencia en crisis. Es así que el artículo 6° del Dec. 1568/82 dispone claramente que *"La dirección del establecimiento deberá procurar con particular dedicación que el régimen aplicable, dentro de la observancia de las disposiciones de este reglamento, sea en todo instante adecuado a la situación jurídica de los detenidos y a la presunción de inocencia que le es inherente. Asimismo, tenderá a que la detención no constituya un desmedro para su actuación ulterior en sociedad…, a preservar su educación y su salud física y mental"*. A su vez, el artículo 8° del mismo cuerpo normativo dice: *"Al ingreso el detenido será advertido por intermedio del jefe de Alcaidía y/o segundo jefe que el régimen al que quedan sujeto no tiene otro propósito que el de asegurar su propio beneficio…"* y el artículo 12°, ubicado dentro del Capítulo que trata el Ingreso del detenido, establece que *"Cumplidas las formalidades legales y reglamentarias le será retirado al detenido el dinero y los objetos que traiga consigo cuya tenencia no se encuentra autorizada…"*. Con respecto a la Ley Nacional 20.416 que la

sentencia menciona, su artículo 1° es terminante en cuanto dispone que el Servicio Penitenciario Federal es una fuerza de seguridad de la Nación *"destinada a la custodia y guarda de los procesados…"* y en su artículo 5° al detallar las funciones de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, dice: *"a) Velar por la seguridad y custodia de las personas sometidas a proceso procurando que el régimen carcelario contribuya a preservar o mejorar sus condiciones morales, su educación y su salud física y mental"*. No obstante las precisas obligaciones funcionales y sin perjuicio de continuar analizando la problemática planteada en autos, adelanto que en la especie ellas ni siquiera fueron puestas en práctica por la autoridad policial.

3.4) He dicho ya que la cuestión a dilucidar consiste en determinar el alcance del deber de cuidado/vigilancia, custodia y seguridad a cargo del Estado Provincial-Policía de la Provincia del Chubut, a fin de imputarle o no responsabilidad por falta de servicio, por no haber tomado las medidas de prevención necesarias para evitar el suicidio de M. A. A.

No estando controvertida la causal del fallecimiento de la víctima, debe destacarse que la responsabilidad del Estado por los actos u omisiones de sus órganos es directa y se encuentra fundada en la idea objetiva de la falta de servicio (art. 1112 del Cód. Civil), quedando subsumido dentro de este concepto general todos los elementos de la responsabilidad civil y en particular lo atinente a la ilicitud del acto de

la administración pública por no ejecutar el acto a que estaba obligada por medio de sus agentes (conf. BUSTAMANTE ALSINA, J., "La Responsabilidad del Estado en el ejercicio del Poder de Policía", LL, 1990-C, pág. 429).

En concreto y con relación a la función y cometidos específicos que conciernen a la Policía de la Provincia, ha de señalarse a título de regla general que el Estado debe garantizar la vida e integridad de los detenidos en una dependencia policial, por lo que se incurre en culpa y se compromete su responsabilidad si no se dispensa a aquéllos los cuidados y seguridad pertinentes, constituyendo así irregular prestación del servicio y origen de la obligación de responder, la falta de cumplimiento de los fines constitucionales y de las obligaciones propias del sistema carcelario (conf. Cám.Civ.Com.Fed., Sala I, 26/11/98, LL 1999-E, 968; ídem, 26/11/98, LL, DJ, 1999-3, 668).

Con la reforme introducida por la ley 17.711 al art. 43 del Código Civil, quedó fuera de toda discusión que el Estado, como persona jurídica, responde por los daños causados por subagentes y funcionarios en forma directa. Los presupuestos para que ello opere son el cumplimiento irregular de las funciones, sean éstas regladas o discrecionales, la producción del daño y el nexo causal, objetivo o subjetivo. Por su parte, la previsión del art. 1112 del mismo código contempla tanto las faltas personales como las de servicio de los

funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, que responsabiliza también al Estado, en armonía con la previsión del art. 1113.

En precedente de similares características a la de autos (suicidio de un detenido en una comisaría), resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. "Manzoni y López c/ Gobierno de la Pcia. de Jujuy", Fallos 252:11005) que para su correcta solución no era dable encontrar apoyo exclusivamente en las previsiones del art. 1113 del Código Civil ni omitir considerar "a la luz de las circunstancias acreditadas en la causa, si hubo un falta de servicio que comprometa la responsabilidad del Estado en los términos del art. 1112 del Código Civil" (del dictamen fiscal que el Tribunal hace suyo) y que correspondía analizar si la demandada (en aquel caso, al igual que aquí, la Provincia de Jujuy) había acreditado que no hubo culpa de su parte, que fue diligente en la custodia de la víctima, que no tuvo a su alcance la posibilidad de evitar la muerte del detenido y que adoptó las medidas necesarias para resguardarlo. Aludió también al principio constitucional que establece como propósito fundamental de las cárceles la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas imponiendo al Estado la obligación y responsabilidad de conferir adecuada custodia "que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral", conforme lo tenía dicho en precedente anterior (Fallos 318:2002). Este criterio fue seguido en "Torres c/ Estado Provincial" (Fallos 255:4926) también de características similares al caso de autos.

No hay duda que la detención de personas es actividad estrictamente reglada, tanto para disponerla, como para ejecutarla. Las normas que regulan la actuación del Estado y de sus funcionarios en ese cometido dan especial contenido a su genérico deber de seguridad. Como lo señala la Corte en el citado precedente, el art. 18 de la Constitución Nacional establece expresamente cuál es el fin de los sistemas carcelarios, télesis que también contempla nuestra Constitución local en sus artículos 48 y 51 y que es predicable, en cuanto a las condiciones de seguridad, salubridad e higiene a las comisarías y demás dependencias destinadas al alojamiento de detenidos. Similares y conexas previsiones campean en tratados internacionales que a partir de 1994 forman parte de nuestro derecho interno, con jerarquía constitucional (art. 75, inc.22) y que entroncan en el principio "pro homine" (Art. 5, incs. 1, 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y arts. 6 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Es dable resaltar que éstas no son simples declaraciones retóricas, sino exigencias de cumplimiento posible por parte del servicio penitenciario, basados en la experiencia y el conocimiento técnico de los problemas que a diario debe enfrentar. Si el Estado no puede garantizar la vida de sus internos, de nada sirven las políticas preventivas del delito, ni menos aun las que persiguen la reinserción social del reo, conforme señala la manda constitucional (conf. Cám.Civ.Com. Resistencia, Sala II, 10/08/09, "Vargas, N.N. c/ Policía de

la Pcia. del Chaco y/u Otros", RCyS 2009-XII, 180).

En el precedente "Badín" sentó la Corte que "la cláusula constitucional que impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas tiene contenido operativo e impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo un condena o una detención preventiva, la adecuada custodia, que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral" (La Ley, 1996-C, 584).

3.5) No comparto las conclusiones de la sentencia en crisis en cuanto sostiene que de los elementos incorporados en estas actuaciones el incumplimiento del deber de custodia y seguridad no se encuentra configurado.

Corresponde analizar la constancias de autos y las pruebas arrimadas por las partes, a fin de determinar si efectivamente existió falta de servicio por parte de quienes tenían a su cargo velar por la vida, salud e integridad física, de quien en vida fuera M. A. A.

De las constancias de la Causa Penal instruida con motivo del suicidio y que está incorporada a estos actuados, surge que el día 16 de Agosto de 1997, a las 22,30 hs aproximadamente, se les dio el racionamiento a los detenidos, a las doce de la noche se los alojó quedando A. solo en un calabozo frente a las duchas. El declarante (testigo C., fs. 6/7 vta. de

la causa penal) dijo que cortó la energía eléctrica por razones de seguridad y que aproximadamente a las 02,30 hs. ingresó al sector de detenidos para controlarlos no observando nada anormal. Continuó diciendo que a las 05,15 a 05,20 hs. ingresó el detenido E. A. A. en averiguación de sus antecedentes, siendo alojado en el pabellón de mujeres; que en esas circunstancias procedió a controlar nuevamente al resto de los detenidos, encendiendo las luces generales del sector de calabozos observando que el detenido A. se encontraba ahorcado con una tira de nylon color negro sujeta a la reja del calabozo y a su cuello, colgando en posición semi sentada con sus piernas hacia delante.

De este relato tengo en claro que la única ronda de control en los calabozos que hizo el personal policial de guardia esa noche fue a las 02,30 hs. y no hubo otras. De allí que no comparta los dichos de la sentenciante cuando expresa: *"…Durante la noche de su muerte, se cumplieron las rondas o controles de rutina…"*. Adviértase que en la segunda oportunidad que el policía de guardia en la zona de calabozos ingresó a la misma fue porque trajeron un detenido a las 05,15 o 05,20 hs. de la madrugada (habían pasado casi tres horas de la realización de la primera ronda), pero tengo en cuenta que el policía en cuestión no entró a realizar la "ronda" de control correspondiente sino a alojar a un nuevo detenido. Con lo cual, la narración del testigo me hace pensar que si no aparecía en la sede policial el nuevo detenido a quien hubo que ubicarlo, el personal de guardia no se hubiera hecho presente en la

zona de los calabozos. Tampoco ha acreditado la demandada cómo era el sistema de "rondas" o controles de rutina, cada cuánto tiempo se hacían, quién o quiénes las hacían, en qué consistían, cuántos controles se hicieron esa noche/madrugada en que su suicidara la víctima, quiénes o quién hizo los controles o "rondas" en la noche/madrugada en que ocurrió el suicidio, etc.

Todo lo cual denota que los guardias no se encontraban cerca o en las inmediaciones del lugar en que sucediera el evento dañoso, motivo por el cual difícilmente hubieran podido evitar un intento de suicidio de algún interno, o una pelea, o cualquier hecho que pudiera afectar la integridad física de éstos.

La accionada, al contestar la demanda, para repeler la responsabilidad objetiva que le es atribuible (art. 1112 C.Civ.), lo hace con el argumento de que el hecho fue solo imputable al difunto, basado en lo normado por los arts. 1111 y 1113 del Cód.Civil, y que sólo una vigilancia constante o exclusiva custodia del reo por las 24 horas del día hubiera podido evitar que el mismo se suicidara y descarta la factibilidad de ese tipo de vigilancia ya que ello implicaría transformar vigilancia y/o control en persecución y acoso de una persona que se encuentra privada de su libertad pero que goza de todos sus restantes derechos constitucionales, considerando que la vigilancia ejercida por el personal policial ha sido el propio y adecuado.

De sus propios argumentos, considerados a la luz del hecho ocurrido, y teniendo en cuenta las pruebas antes reseñadas, se desprende con facilidad que lo que la demandada estima un cumplimiento "propio" y "adecuado" de sus obligaciones constituye en realidad un accionar impropio, negligente, insuficiente, inadecuado -a la postre irresponsable- para garantizar el resultado que la ley le exige, que no es otro que la absoluta integridad psicofísica y moral de los internos, a cuyo fin, como es lógico, debe mantener ininterrumpidamente una actividad de vigilancia y control.

Para que quede claro, la demandada no aduce que el detenido logró suicidarse a pesar de una vigilancia permanente. Directamente afirma que una vigilancia continua no podría realizarse porque eso sería una "persecución" o un "acoso" para el detenido. Pero no aclara cómo se concreta efectivamente el ejercicio de su deber de vigilancia en la zona de los calabozos. Así que, partiendo de la base de que el accionar "propio" y "adecuado" no resultó en el presente caso eficaz, tampoco hay parámetros que permitan al menos justipreciar, en el contexto de la realidad, si el cumplimiento de la labor se llevó a cabo en la forma más adecuada y correcta, posible y exigible.

Tampoco ha sostenido la demandada que el suicidio sobrevino a pesar de haberse extremado los recaudos mínimos corrientes (como por ejemplo, privar al detenido de todo elemento potencialmente peligroso

para su integridad, en este caso, un bolso que contenía una manija o correa de nylon). Alegó que nada hacía suponer que A. atentara contra su vida y tampoco que lo llegara concretar utilizando ese elemento. Con ello está dando a entender que una evaluación de tal naturaleza está comprendida en la esfera discrecional de las autoridades a cargo de la vigilancia y que el resultado de la apreciación faculta a éstas a descartar, en cada caso concreto, la adopción de alguna o algunas medidas preventivas. Pero no aporta ningún elemento de juicio del que pueda inferirse que las autoridades policiales están investidas de tal pretenso poder. Y lo cierto es que la mera idea contraviene el sentido común más elemental. Sobre todo atendiendo al hecho de que la evaluación de riesgos para la seguridad e integridad del detenido ha resultado, en este caso, del todo desacertada.

En cuanto a la alegación de que el hecho del suicidio no pudo ser previsto dado que no había ningún signo en A. que lo mostrara deprimido, que nunca solicitó ayuda médica y que tampoco manifestó su intención de quitarse la vida, es sorprendente que esas circunstancias se invoquen a modo de eximente y que la sentencia lo avale, dado que es obvio que una decisión de tal naturaleza se desarrolla y adopta en el fuero íntimo y se concreta en soledad.

Como es lógico, sólo una vigilancia permanente -o por lo menos un control muy frecuente-, parece eficaz para impedir un desenlace fatal

en situaciones de este tipo. Y la accionada no ha invocado una sola razón que le impidiera ejercer un control más frecuente que el que queda demostrado por los mismos hechos.

Concluyendo, no alcanzo a visualizar en la presente causa ni en las actuaciones del fuero Penal ningún elemento de juicio que acredite en forma categórica, positiva, irrefutable -sobre todo- directa, que la accionada ha intentado cuanto menos cumplir adecuada y eficazmente con su obligación de vigilancia y custodia, sino todo lo contrario, dado que no ha logrado garantizar la integridad psicofísica del condenado, como lo prescribe la manda constitucional.

No podemos saber si una vigilancia frecuente habría evitado o frustrado el suicidio de A., pero sin duda se trataba de una posibilidad que la ausencia de aquélla no permitió.

Tiene dicho la jurisprudencia que el fundamento jurídico que impone al Estado el deber de custodia de los penados es el artículo 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad por hechos y omisiones de funcionarios públicos, por cumplir de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas. En cuanto a la relación de causalidad y la antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual, se ha sostenido que la antijuridicidad es una contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico apreciado con sentido unitario. Se trata de un presupuesto de la responsabilidad,

independiente de la voluntariedad y la culpabilidad. Concretamente es causar un daño a otro sin causa de justificación, lo que permite llegar a la conclusión que vincula la muerte por suicidio del interno con el obrar del servicio penitenciario (conf. Cám.Civ.Com. Concep. del Uruguay, 12/06/97; Cám.Civ.Com. Resistencia, 10/08/09, cit.).

Privado un ciudadano de su libertad (ya por condena judicial firme o por prisión preventiva; ya por la detención que suele preceder a esta última; por el arresto inicial dispuesto por la instrucción o la aprehensión llevada a cabo por funcionarios o agentes policiales, y ya sea que en razón de ello sea alojado en cárceles, dependencia del servicio penitenciario o judicial, comisarías, celdas policiales o cualquier lugar escogido por los funcionarios o agentes del Estado), cautivo -en forma provisoria o no- de la fuerza del Estado e impedido, por ello, no sólo de su libertad ambulatoria sino también de la posibilidad de defenderse frente a ataques de terceros, el deber constitucional de custodia y seguridad del Estado -que dimana con eficacia o virtualidad operativa del art. 18 de la Constitución Nacional- no varía cualquiera sea el lugar de detención. Al lado de la responsabilidad que le cabe al autor material de un acto homicida a partir del factor de atribución subjetivo dolo, puede llegar a responsabilizarse también, en forma conjunta y objetivamente al Estado, siempre y cuando se acredite que el mandato que la Constitución Nacional pone sobre sus espaldas de preservar la vida y

la integridad de sus detenidos se frustró -en particular- por la irregular o inadecuada prestación que sus funcionarios hicieran del deber de vigilancia y custodia del detenido (falta de servicio), concurriendo y facilitando, de tal modo, en la producción del trágico resultado (conf. Cám.Civ.Com.Resistencia, Sala III, 28/02/05, LLOnline AR/JUR/9822/2005).

Así las cosas, considero que en este caso hubieron omisiones por parte de quienes tenían a su cargo la custodia del detenido, lo que constituye una irregular prestación del servicio que lleva a admitir la responsabilidad del Estado Provincial, con fundamento en lo previsto por los arts. 43 y 1112 del Código Civil, admitiendo así los agravios vertidos por la recurrente en este sentido.

3.6) Constituye otro punto de la sentencia que objeta la recurrente en sus agravios, la circunstancia evaluada respecto a que no se demostró que el Sr. A. hubiese tenido problemas psicológicos, depresión, etc., con entidad suficiente que hiciera presumir que pudiera quitarse la vida.

Entiendo que esta queja también es atendible. Es sabido el estado de alienación que en una persona causa su reclusión y ello se refuerza aun más cuando se pondera la afectación que sobre la psiquis del sujeto privado de libertad produce la imputación de un delito de índole sexual el cual -conforme las actuaciones penales arrimadas

como prueba a estos autos- no se encontraba claramente probado a la fecha de concretarse el suicidio; también lo es el tipo de peligros que se ciernen sobre él, uno de los cuales es el de causar su propia muerte. Se trata de consecuencias previsibles que el estado organizado debe conjurar empleando los recursos a su alcance, no sólo en razón de la ley civil (art. 912 del Cód. Civil), sino también y principalmente por imperio de la constitución y de los tratados internacionales de rango equivalente (art. 18, in fine, de la C.Nacional y art. 5, incisos 1, 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos humanos y arts. 6 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). No se trata de declaraciones retóricas sino de exigencias de cumplimiento posible a la luz del nivel de eficiencia del servicio penitenciario sustentado en la experiencia y el conocimiento técnico de los problemas que debe enfrentar (doctrina de los arts. 512 y 902 del Código Civil). Es que si el estado no puede garantizar la vida de sus internos, de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aun las que persiguen la reinserción social de ellos. Consentir en su impotencia en ese plano, importa admitir una degradación funcional de sus obligaciones primarias; y esto, a su vez, constituye el camino seguro de la malversación de los valores que le dan soporte a una sociedad justa (conf. CSJN, fallos 318:2002; Cám.Civ.Com.Fed, Sala III, 11/08/06, Expte. N° 2.221/99; Cám.Civ.Com.Resistencia, Sala II, 10/08/09, cit.).

En base a ello es que el no cumplimiento -o cumplimiento irregular- de

dicha obligación por parte del Estado debe ser considerado como una "falta de servicio", por lo que debe afrontar las consecuencias derivadas de su incumplimiento o ejecución irregular, lo que trae aparejada la idea objetiva de falta de servicio -por acción u omisión-, configurando un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado, y encuentra su fundamento en el art. 1112 del Código Civil.

La C.S.J.N. en reiteradas oportunidades ha dicho al respecto que: "Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular, y la idea objetiva de la falta de servicio -por acción o por omisión- encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil, sin que se trate de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de lasque dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas" (CSJN, 12/08/08, "Reynot Blanco, S.C. c/ Santiago del Estero Provincia de s/ Daños y Perj.", SAIJ, sumario: A0070872).

3.7) Otra de las quejas que contiene la fundamentación del recurso de la actora está dirigida a que la sentencia ha considerado que no hay una norma expresa que determine qué elementos pueden o no tener en su poder los detenidos, que la individualización de los elementos que pueden tener queda sujeto al criterio de los funcionarios intervinientes y que nada hacía presumir que A. se suicidara con la correa del bolso que obraba en su poder.

Lo primero que advierto en este punto es que la sentencia no ha profundizado el tratamiento del mismo, el cumplimiento de la obligación de la requisa, los elementos que pueden ser peligrosos en poder de un detenido, si era seguro para el detenido que tuviera ese elemento en su poder, si se evaluó correctamente o no el peligro potencial de dicho elemento, etc.

Más allá de las presunciones efectuadas por la juzgadora para sustentar la exclusiva responsabilidad por el daño en el actuar de la víctima, referidas, por ejemplo, a que *"…aun cuando no contara con el bolso, bien pudo llevar a cabo su cometido con las mangas de una camisa o un pantalón…"*, a que nada hacía presumir que con las manijas del bolso el detenido perpetrara el suicidio y a que por la forma en que se produce el ahorcamiento da una idea de la fuerte determinación de A. de quitarse la vida, lo cierto es que no ponderó si la demandada tuvo a su alcance la posibilidad de evitar la muerte del detenido, como tampoco -

ya lo he dicho supra- la obligación legal del personal policial de adoptar las diligencias necesarias para resguardarlo, tal como controlar la entrada en el calabozo de objetos que pudieran ocasionar daños al detenido o a terceros. En tal entendimiento, estimo que debe descalificarse la sentencia apoyada sólo en presunciones del juzgador sobre la conducta de la víctima y del personal policial. Sobre todo si se tiene presente que el Máximo Tribunal del país, en casos similares al sub lite, ha sido particularmente exigente en el deber de cuidado de los detenidos porque un *"…principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas, proscribiendo toda medida 'que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija' (art. 18 de la Constitución Nacional)… e impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral"* (conf. Fallos 318:2002; ídem, 23/12/2004, M. 3804. XXXVIII. Rec. de Hecho. "Manzoni, J.C. y López, N.M. c/ Gobierno de la Pcia. de Jujuy").

El hecho de que la normativa mencionada en la sentencia no especifique expresamente cuáles son los elementos que el detenido puede tener consigo o no, no es en modo alguno una causal para eximir de responsabilidad a quien tuvo el deber de controlar y de

efectuar la requisa obligatoria de todo detenido que ingresa en tal carácter a un establecimiento carcelario o a una comisaría. Y digo más, si esa cuestión queda sujeta a la consideración y/o al criterio del funcionario policial actuante -conforme lo expresa la sentencia en crisis-, ello compromete aun en mayor medida la responsabilidad de la autoridad policial en lo que hace a su obligación de custodiar y proteger al detenido tratando de evitar e impedir en todo momento que pueda recibir daños de terceros o que pueda él mismo causárselos.

No tengo ninguna duda en afirmar que la cuestión aquí considerada se vio nítidamente agravada por la deficiente requisa en la que el personal policial no se percató de la correa o manija que tenía el bolso que estaba en poder del detenido y que fue con la que a la postre se ahorcó. Es evidente que el deber de seguridad que corresponde al Estado no se prestó en la ocasión de forma adecuada, como así también que hubo falta de custodia y asistencia, todo lo cual contribuyó al acaecimiento del hecho dañoso cuya responsabilidad debe recaer sobre el Estado Provincial.

Y en este punto no puedo dejar de reiterar lo que surge de las declaraciones testimoniales de los policías de la comisaría donde ocurrió el hecho con relación al hecho de que el detenido tuviera en su poder el ya mencionado bolso. En efecto, en sus declaraciones prestadas en sede Penal (Causa N° 5025 del año 1997) el Sargento

Ayudante F. R. (fs. 8/9), al ser preguntado sobre la fecha y el turno en que ingresó el bolso en la celda de A., contestó no recordarlo y que era probable que se lo hayan traído los familiares con ropa limpia u otros elementos; cuando declaró el Oficial Inspector C. G. y ser preguntado sobre esta misma cuestión, dijo que lo ignoraba. O sea, no hay ninguna duda sobre cuál fue el elemento que utilizó la víctima para suicidarse, pero los funcionarios de la policía no supieron explicar cómo llegó ese elemento a poder del detenido.

Por otra parte, considero insustancial esgrimir que no podía suponerse que A. se quitara la vida con las manijas o la correa del bolso que estaba en su poder. O sea, la sentencia supone o presume que ese elemento no era "apto" para suicidarse. Pues resultó todo lo contrario ya que los hechos han demostrado -lamentablemente- que era perfectamente apto para tal cometido. Esto agrava aun más la responsabilidad de la autoridad policial encargada de cuidar al detenido y lo agrava porque los funcionarios policiales no deben suponer ni presumir sobre si el elemento es apto o no para suicidarse, directamente deben impedir que el detenido tenga en su poder cualesquier tipo de objeto con el cual pueda dañar a otro o dañarse a si mismo. En este caso se trataba de un bolso que tenía las manijas y, además, una correa que se utiliza para llevarlo colgado del hombro o sobre la espalda. Es evidente la falla de la policía al no advertir y/o prever que tanto las manijas como la correa podrían perfectamente ser

utilizadas para lo que finalmente se utilizó: ahorcarse.

Resulta claro que debió resultar previsible para la autoridad policial que aconteciera el suceso examinado dejando en su poder el elemento con el que finalmente se suicidió. Y aunque resulta indubitado que fue la intencionalidad del propio sujeto de quitarse la vida, tal eventualidad no puede reputarse en la especie como inesperada o sorpresiva para quienes tenían el deber de custodiar al detenido (conf. doctr. CSJN, Fallos 332:2842; SCBA, causa C 69.845, 30/09/09).

Aun cuando la muerte fue autoprovocada, en el particular caso de autos estimo inaplicable la eximición de responsabilidad que prescribe el art. 1111 del Código Civil (daño causado por falta imputable a la víctima), en tanto el personal policial no extremó los cuidados y prevenciones prescriptas por el ordenamiento normativo en materia de seguridad y custodia de personas detenidas protegiéndolo de los daños que pudieran provenir de la autoridad, de otros detenidos y también de la propia víctima.

No puede reputarse imprevisible la posibilidad de un suicidio tratándose de un detenido, acusado del delito de violación y que había solicitado estar solo en el calabozo, en circunstancias tan extremas como lo es, para cualquier persona, la privación de su libertad. Ello obligaba a extremar los recaudos y guardar estricto apego a la obligación impuesta por el reglamento retirando de su alcance todo

elemento que pudiera servir para atentar contra su vida y custodiándolo exhaustivamente.

La omisión referida y el incumplimiento de las normas que reglamentan el proceder de los funcionarios policiales en las circunstancias apuntadas, tal como lo he referido supra, encuadran en el supuesto de falta de servicio que se erige en el caso como causa eficiente de los daños irrogados a los actores por los que la demandada, en definitiva, debe responder.

3.8) En los puntos hasta aquí desarrollados he dado debido tratamiento a los agravios esgrimidos por la parte actora como fundamento del recurso que le ha sido concedido.

Los antecedentes de la causa patentizan que el suceso ocurrido el 17 de Agosto de 1997 en la Comisaría 1era de la ciudad de Puerto Madyn comprometen la responsabilidad estatal, desde que resultan demostrativos de la irregular prestación del servicio a cargo de la autoridad policial (conf. CSJN, Fallos 321:1776; 325:1277) al configurarse en la especie un defectuoso cumplimiento del deber de custodia y seguridad del detenido (conf. Cám.Cont.Adm.Mar del Plata, 27/08/09; ídem, 02/09/2010, LLBA 2011 (Febrero), 84).

En consecuencia y por los fundamentos vertidos considero que deben admitirse la totalidad de las quejas, revocándose la sentencia en crisis. Así lo voto y propongo al Acuerdo.

4) <u>Los rubros reclamados en la demanda</u>.

4.1) <u>Daños por la pérdida del esposo y del padre</u>.

Reclama la esposa del fallecido una indemnización por la pérdida del cónyuge y las hijas por la pérdida de su padre.

El artículo 1084 del Código Civil confiere derecho a la viuda para deducir reclamo por la pérdida de su esposo, circunstancia que, en principio, no arroja dudas sobre su legitimación.

En cuanto a los presupuestos económicos del resarcimiento, es necesario tener en cuenta que el estándar "lo necesario para la subsistencia de la viuda e hijos" radica en el principio que asignaba en forma exclusiva al hombre el sostén económico de la familia.

Resulta obvio que la muerte del cónyuge importa la privación de la asistencia y de los alimentos que el supérstite recibía del fallecido.

Al momento del fallecimiento de A., éste era padre de dos hijas menores de edad no emancipadas y su esposa estaba embarazada de una tercera niña que nació pocos días después del deceso de su padre.

La hipótesis de las hijas no suscita ninguna controversia: los hijos menores de edad, no emancipados, se ven favorecidos por la presunción de daño legal regulada por el art. 1084 del Código Civil. Ello deriva de la obligación a cargo de los progenitores, emergente de

la patria potestad (art. 264, Cód. Civ.), de naturaleza alimentaria y ampliamente asistencial, que legislan los arts. 265, 267 y concs. del Cód. Civil. El hijo menor y no emancipado se encuentra normalmente en situación de amplia dependencia, económica y espiritual, en relación a sus padres: no se vale por sí mismo y vive a expensas de éstos, lo cual se proyecta en un imperativo legal para quienes le dieron la existencia. Por consiguiente, es lógico inferir, como lo hace el art. 1084, que la muerte de alguno de los progenitores priva a ese hijo de lo necesario para su subsistencia.

Por otra parte, los efectos inherentes a la patria potestad comienzan desde la concepción de los hijos (art. 264, Cód. Civ.). En consecuencia, entre los hijos del causante aludidos por el art. 1084, Cód.Civil, también los concebidos se benefician con la presunción de daño concerniente a la privación de lo necesario para subsistir. Ese perjuicio puede reclamarse como *futuro*, es decir, en virtud de las carencias materiales en que se encontrará el hijo luego de su nacimiento, al faltar uno de quienes debieron velar económicamente por él.

Desde luego, la problemática de la acción por el daño del ser concebido no pierde gravitación aun cuando éste tuviese hermanos, pues corresponde mensurar el perjuicio que sufre *cada hijo*, y a título personal; por tanto, la reclamación del concebido junto con la de otros hijos redimensiona la cuantía de la indemnización debida por la

muerte del padre (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., "Daños a las personas", T. 2b, ed. Hammurabi, págs. 188 y sigs.).

Queda en claro, por lo expuesto, que en estas condiciones juega a favor de la madre y sus hijas (actoras de autos) la presunción *iuris tantum* de los mencionados artículos 1084 y 1085 Cód. Civ.; sin embargo, debe ser considerara a la luz de las circunstancias particulares del caso.

Es evidente que la atención de la subsistencia de su cónyuge e hijas menores no podía ser asumida por A. mientras durara su detención (no estaba condenado sino con prisión preventiva), pero sí al término de ella. El hecho de que se encontrara detenido con prisión preventiva y por ello negarle sin más la posibilidad de atender regularmente a esa asistencia, sería admitir un determinismo delictivo que la ciencia penal no acepta y rechazar la posibilidad de una readaptación social, sobre todo teniendo en cuenta que el fallecido no registraba antecedentes criminales y al momento de su muerte no había sido dictada sentencia condenatoria en su contra (conf. doct. de la CSJN in re "Badín, R. y Otros c/ Bs.As. Pcia. de s/ Daños y Perj.", 19/10/95, B. 142. XXIII).

A los fines de establecer el daño emergente debe destacarse que la vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana,

reducirla a valores crematísticos, hace la imposible conmutación de lo inconmutable. Pero la supresión de una veda, aparte del desgarramiento del mundo afectivo que produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. En ese orden de ideas, lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue.

No obstante lo expuesto, para fijar la indemnización por valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino considerar y relacionar las diversas variables relevantes de cada caso en particular tanto en relación con la víctima (edad, grado de parentesco, condición económica y social, profesión, expectativa de vida, etc.) como con los damnificados (grado de parentesco, edad de los hijos, educación, etc.) (conf. CSJN, 19/10/95, jurisp. cit.). La "prudencia de los jueces" en la fijación del monto de la indemnización, a que alude el art. 1084 del C.Civil cumple aquí un papel esencial.

En tal sentido, y por una parte, habrá que valorar si hay o no hijos de la

unión, puesto que en el primer caso se reduce la porción económica de lo que pueden brindarse recíprocamente los miembros de la pereja. Por la otra, siempre habrá que deducir de la indemnización aquella aprte de lo que la víctima destinaba a sí misma; osea, lo que ésta insumía para gastos y necesidades personales (conf. Cám. 6ª Civ.Com. Córdoba, Sent. N° 29, 21/04/89; cit. ZAVALA de GONZALEZ, M., ob. cit., pág. 319).

La privación de lo necesario para la subsistencia, como daño legalmente presumido por la muerte del cónyuge (art. 1084, Cód. Civil), constituye una plataforma primaria o básica para delimitar la reparación en defecto de otros elementos de juicio. De tal manera, cabe la eventualidad de que la indemnización supere la idea estrictamente alimentaria que anida en el art. 1084. De allí que se haya resuelto que el hecho de no hallarse la actora incapacitada para trabajar no constituye, en principio, razón valedera para disminuir el monto de la indemnización por accidente mortal ocurrido a su cónyuge, ya que el mayor esfuerzo para el trabajo y el tiempo que para ello debería distraer del cuidado de su hogar, constituyen un perjuicio que debe indemnizarse (conf. CNATrab., Sala III, 31/03/78, LT, XXVII-930, 50-S).

En base a lo expuesto, tengo en cuenta que el fallecido tenía 31 años de edad a la fecha de su fallecimiento, que no había sido aun condenado por el delito que se le imputaba, que tenía una esposa de 31 años de

edad, dos hijas de 8 y 6 años de edad y otra por nacer, que -como antes he dicho aquí- no hay fundamentos para descartar que pudiera contribuir con su trabajo al sostenimiento de su familia una vez concluido el proceso penal en el que estaba involucrado, aun cuando no se llegó a demostrar durante este proceso cuáles eran sus reales ingresos antes de la detención. Debe evaluarse también que bien podría haber desarrollado una actividad laboral el fallecido hasta que llegara la edad de obtener los beneficios jubilatorios (65 años) con lo que le restaban a su muerte 34 años de vida laboral, sin dejar de tener en cuenta que hoy en día por lo general se continúan desarrollando tareas pasados los 65 años de edad.

En base a los fundamentos vertidos, considero prudente fijar como indemnización por el valor vida para la cónyuge supérstite y las tres hijas habidas del matrimonio, la suma de $ 200.000.- (Doscientos Mil Pesos). Este importe está determinado a la fecha del presente pronunciamiento.

4.2) <u>El daño moral por la pérdida del cónyuge</u>.

Reclama la cónyuge una indemnización para reparar el "daño moral" padecido con motivo del fallecimiento de su esposo.

La mayoría de la jurisprudencia actual considera que el daño moral tiene carácter resarcitorio o predominantemente resarcitorio. Mediante

la admisibilidad del daño moral no se trata de punir al autor responsable, de infligirle un castigo, sino de procurar una compensación del daño sufrido (conf. Cám. 1ª C.C. La Plata, Sala 2ª, 07/03/2002, Juba B 152578).

La muerte del integrante de un matrimonio ocasiona por lo común un gravísimo daño moral al cónyuge supérstite. Es que el matrimonio trasunta de ordinario una profunda unión espiritual entre los esposos, con honda compenetración vital. Dentro de regulares aspiraciones, ese vínculo se encuentra destinado a perdurar, con participación en las alegrías y penas que depara la existencia. Las primeras se fomentan en compañía, las segundas se acrecientan en soledad.

Así pues, en el daño moral por muerte del esposo cabe apreciar no sólo el dolor que apareja la muerte de un ser querido, sino también la situación espiritualmente disvaliosa que significa la viudez, como ruptura de un plan de vida y frustración de un elenco de expectativas afectivas.

La legitimación activa del cónyuge se encuentra formalmente reconocida por revestir, en principio y con las precisiones que luego efectuaré, la calidad de heredero forzoso (art. 1078, Cód. Civil).

Rige una presunción *iuris tantum* de daño moral, que libera de prueba a este respecto, sin perjuicio de los elementos de juicio que puedan aportarse a fin de calificar la intensidad de la lesión espiritual sufrida:

"No es exigible la prueba del daño moral sufrido por la esposa ante la muerte violenta del marido, máxime tratándose de una pareja joven, pues la consideración de lo que acontece según el curso normal y ordinario de las cosas releva holgadamente de todo gravamen probatorio" (CNATrab., Sala VII, 24/05/88, LL, 1989-A-273).

La corta edad de los hijos -tal como aquí ocurriera- o la cantidad de éstos si son incapaces, son también factores a considerar, pues entonces al padecimiento ordinario se agrega una intensificación de la responsabilidad y de las dificultades que el esposo sobreviviente habrá de afrontar para atender a las necesidades morales y materiales de la descendencia. Tengo en cuenta que el caso se trata de una joven esposa que quedó viuda a los 31 años de edad, con dos hijas de 8 y 6 años de edad respectivamente y estando embarazada de una tercera que nació pocos días después del fallecimiento de su padre.

Es de destacar aquí que para la titularidad resarcitoria por daño moral no se requiere investir *en concreto* la calidad de heredero forzoso, bastando el llamamiento *potencial*. La alusión a los herederos forzosos por el art. 1078 responde sólo a la finalidad de introducir una pauta objetiva que delimite el elenco de personas presuntamente más cercanas y allegadas afectivamente al fallecido, pero no supedita la responsabilidad del tercero a las circunstancias de la sucesión de la víctima (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., ob. cit., pág. 338 y cigs.).

La evaluación del perjuicio moral es tarea delicada, al no poder pretenderse dar un equivalente y reponer la cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo con el art. 1083 del Código Civil, pues el dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia (conf. CNCiv, Sala F, 06/09/2000, ED 196-51).

En base a lo hasta aquí desarrollado, teniendo en cuenta la edad de la cónyuge supérstite, la de sus hijas y que estaba embarazada de su tercer hija al momento de producirse la muerte de su esposo, considero razonable fijar para indemnizarla por el Daño Moral padecido por el fallecimiento de su cónyuge la suma de $ 80.000.- (Ochenta Mil Pesos), el cual está determinado a la fecha del presente pronunciamiento.

4.3) <u>El daño moral por la pérdida del padre</u>.

Se ha demandado la indemnización por "daño moral" a favor de las tres hijas habidas del matrimonio.

El hijo que reclama indemnización por el daño moral que le ha ocasionado la muerte del padre, ejercita un derecho propio, como es el sufrimiento que produce esa desgracia. La acción por reparación del daño moral en caso de muerte corresponde a los herederos forzosos, sin distinción de edad. Nace en cabeza de los herederos *iure propio* y no

iure hereditatis (conf. Cám. 3ª Civ.Com. Córdoba, 29/08/85, Semanario Jurídico, 24/10/85).

El daño moral, no susceptible de prueba directa, se infiere presuncionalmente. Dada la estrechez del vínculo biológico y espiritual que liga al progenitor con el hijo, cabe aceptar, en principio, la lesión a las legítimas afecciones de éste en caso de muerte de aquél. *"El deceso de un padre produce -in re ipsa- la afectación profunda de los más íntimos sentimientos, quedando en consecuencia demostrado el daño moral por el solo hecho de la acción antijurídica"* (CNCiv., Sala E, 09/11/83, ED, 107-433).

La presunción expuesta no se subordina en sí misma a la edad del hijo; los padecimientos inherentes a la muerte de un ser querido no reconocen límite de edad en el sobreviviente. Es que, salvo casos particulares o excepcionales, la ligación afectiva, normalmente entrañable, entre padres e hijos no se rompe o anula a pesar de llegar éstos a su madurez y autonomía vital.

Es claro que el daño moral se magnifica cuanto más joven es el hijo, no sólo por un mero factor cronológico, sino porque a la mutilación del ser depositario del afecto filial se agrega la pérdida de alguien destinado a ser guía, educador, sostén y consuelo en un desenvolvimiento personal en ciernes (conf. BENAVENTOS, "Algunas reflexiones sobre el valor de la vida humana, o el denominado "privación de la vida"", Juris, N° 15, 1989, p. 345).

Son pautas orientadoras para el cálculo del daño moral, los sufrimientos psíquicos y afectivos padecidos por los reclamantes y la naturaleza del interés moral en juego, los que son dable presumir tratándose de los hijos del muerto: el hondo sufrimiento que provoca naturalmente la muerte del padre; la edad preescolar de los niños, privados de quien conforme sus personalidades y oriente sus destinos, carencia que dejará huellas indelebles en ellos; a lo que debe agregarse la necesidad de la madre de salir a trabajar, lo que implica dejar de estar con los pequeños muchas horas del día.

Debe destacarse que el hecho de tratarse de un niño no es motivo bastante para negarle la indemnización que pretende, ya que justamente se ha visto privado de su progenitor en una etapa decisiva de su vida, durante la cual la figura paterna ejerce marcada influencia en el desarrollo de la personalidad (conf. CNEsp.Civ.Com., Sala IV, 25/10/83, JA, 1984-I-síntesis).

Otra cuestión de interés es la acción por indemnización del daño moral del ser concebido en razón de la muerte de su progenitor, tal como aquí ocurre.

Ciñéndonos al fallecimiento del padre, cabe recordar que el art. 1078 del C.Civil confiere titularidad resarcitoria por daño moral a los herederos forzosos. Y bien, el ser concebido tiene vocación hereditaria actual (art. 64), puesto que el nacimiento con vida sólo consolida los

derechos ya adquiridos (art. 70), de modo que reviste la calidad de heredero forzoso y puede demandar (por vía de la representación legal: art. 57, inc. 1°) aunque más no sea por el daño moral futuro, representado por el desamparo espiritual que significa venir al mundo y desenvolverse en él sin el apoyo y guía de su progenitor (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., ob. cit., p. 223).

El juez, al determinar la cuantía del monto resarcitorio por daño moral, debe imaginar el dolor y el trastorno espiritual sufrido por los reclamantes, por lo cual debe atenerse a una prudente apreciación y a las características particulares de la causa. El reconocimiento y cuantía del daño moral depende -en principio- del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión. La determinación de este daño no se halla sujeta a parámetros objetivos pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual del reclamante, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal de aquél (conf. CNCiv., Sala G, 18/10/2002, DJ 2003-1-247).

Sin perjuicio de todo lo hasta aquí dicho, analizado y reflexionado sobre las especiales circunstancias que le ha tocado vivir a esta familia con relación al esposo y padre, no debo dejar de evaluar y tener presente que justamente el jefe de la familia se encontraba detenido al momento de su fallecimiento y que el mismo se produjo nada menos

que por vía del suicidio colgándose de la reja de la celda donde estaba alojado. Estas circunstancias han sido sin duda notablemente impactantes y traumáticas y han dejado sus huellas en las hijas menores configurando un daño moral de relevancia. A lo dicho no puedo dejar de lado la circunstancia de la hija por nacer quien, a raíz del hecho dañoso, ni siquiera pudo llegara conocer a su padre y que se criará sin él. Es indiscutible que aun en estas circunstancias el daño en tratamiento se configuró y debe ser reparado en la medida de lo posible.

En base a lo hasta aquí expuesto, considero justo y razonable indemnizar a las hijas por el daño moral sufrido la pérdida de su padre, con la suma de $ 80.000.- (Ochenta Mil Pesos) a cada una de ellas, la cual -como en los puntos anteriores- está fijada a la fecha de dictarse el presente pronunciamiento.

4.4) <u>El daño psicológico</u>.

Reclama la parte actora, como rubro independiente, una indemnización por el "daño psicológico". Advierto que no ha hecho una estimación indemnizatoria del mismo sino que se lo ha cuantificado en forma conjunta con el "daño moral" también reclamado como rubro autónomo.

Independientemente de que no soy partidario de considerar al "daño

psicológico o psíquico" como un daño autónomo indemnizable, advierto que de la prueba rendida en autos no surge que las accionantes hayan padecido daño "psíquico" alguno, y eran ellas quienes debían demostrar su existencia. En consecuencia, la inexistencia de prueba vinculada al alegado daño psíquico como lesión subsistente impone el rechazo del rubro, lo que así habré de decidir.

Es necesario dejar sentado que el daño psicológico no es la afección emotivo-espiritual, el padecer de sentimientos, pues ello encuadra dentro del concepto de daño moral. El daño psicológico es la lesión del funcionamiento cerebral.

De allí que no cabe conceder indemnización por lesión psíquica a causa de la muerte de un ser querido cuando la repercusión del evento es la que tiene normalmente toda persona que atraviesa una etapa dolorosa de ese tipo.

Es que las alteraciones o secuelas en la esfera psicológica, totales o parciales, son indemnizables cuando derivan en una incapacidad. Debe haber, para ser resarcido, una disminución o anulación, según sea total o parcial, en el rendimiento psíquico, en la idoneidad psicológica. Pero, aun en estos casos, guardando relación de causalidad adecuada con el hecho, este tipo de daño no ha de escindirse de la incapacidad total sobreviniente o incluirse dentro de la indemnización por el daño moral padecido como consecuencia del evento dañoso.

Hay una íntima relación entre el trastorno psíquico y el daño moral; no en cambio, que se trate de dos rubros diferentes, que permitiese resarcir el perjuicio psíquico como categoría autónoma del daño moral y del posible daño patrimonial. Insisto en que el "afinamiento en la distinción y evaluación" debe encauzarse por vía de un redimensionamiento de la indemnización a acordar por daño moral, a fin de computar debidamente la gravedad espiritual que representa para el sujeto una enfermedad anímica como consecuencia del hecho (conf. ZAVALA de GONZALEZ, ob. cit., pág. 223).

En base a estos principios es que se ha resuelto que "No corresponde admitir el reclamo en concepto de daño sicológico, pues ese rubro está implícitamente incluido en el daño moral. En la unidad de cuerpo y alma que integran al hombre, su vida síquica se encuentra vinculada a esta última, razón por la cual no cabe distinguir ninguna otra categoría que permita considerar los perjuicios morales sufridos como si fueran materiales" (Cám.Civ.Com.Morón, Sala 2ª, 14/12/79, LL, 1982-C-96).

Con relación a todas las neurosis traumáticas se plantea el problema de formar convicción sobre su efectividad, es decir, a propósito de la realidad del menoscabo síquico que permita un juicio positivo con respecto a la certidumbre del daño. Ello es así, por una parte, debido a que las manifestaciones físicas o síntomas fisiológicos que pueda sufrir la víctima tienen como exclusiva o principal fuente su propia

subjetividad alterada. Así, no serán "registrables" en los estudios que se realicen (los análisis clínicos dan resultados normales, no se perciben irregularidades en el electroencefalograma…). En suma, se carece de la "perceptibilidad" más o menos fácilmente constatable que caracteriza a las lesiones contra la integridad física de la persona. Esa "intangibilidad" del daño síquico o la ausencia de signos exteriores y palpables ha llevado en ocasiones a no reconocer su realidad.

Sin perjuicio de admitir la dificultad probatoria del tema -dice Zavala de González-, no es aceptable la afirmación de que el daño sea incierto por la sola circunstancia de provenir de la intimidad de la conciencia. Si se siguiera dicha tesitura, nunca sería resarcible el daño moral, que en su vertiente más frecuente se traduce, precisamente, en alteraciones anímicas (dolor, aflicción, angustia…); es decir, en sentimientos que anidan en lo íntimo del alma. Y para su esclarecimiento el juez no necesita convertirse en siquiatra, sino efectuar una inferencia lógica, apoyada en los hechos mismos.

Lo que sucede es que, mientras en los casos usuales o más típicos de daño moral el juicio presuntivo sobre su realidad y adecuación con el hecho no representa demasiadas aristas conflictivas, en las lesiones síquicas (como fuente de daño moral y, eventualmente, patrimonial) el estudio pericial médico es de rigor, a fin de detectar e individualizar la situación patológica del sujeto.

Desde otro punto de vista, la aprehensión y prueba del daño síquico tropieza con los obstáculos de la posible simulación y sobresimulación. La dilucidación de los límites entre la verdad y lo ficticio en la siquis de la víctima confiere extrema importancia a las opiniones de los profesionales que atendieran al enfermo y, en especial, al peritaje a rendirse en la causa (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., ob. cit., pág. 210).

Otro factor que atenta contra la consideración de este rubro como autónomo es la influencia que tiene la personalidad de la víctima en las lesiones psíquicas. Estas afecciones, aun desencadenadas por un factor traumático (el hecho que obliga a responder), tienen siempre cierta relación, más o menos intensa, con la personalidad de la víctima. Este vínculo despierta diversas dudas al efecto de establecer la debida conexión causal entre el hecho y la lesión psíquica. Es que no se trata de tutelar cualquier afectividad, por real que sea, si no responde a patrones de normalidad y significa en cambio una exageración. El derecho no puede supeditarse a los caprichos de la subjetividad del damnificado, tal vez deformada, exagerada.

Conviene advertir que no toda alteración anímica a consecuencia del hecho constituye una lesión psíquica en sentido propio. Podrá haber un impacto emocional innegable, hondo y persistente, pero no un daño psíquico, salvo que el sujeto "enferme" intelectual, afectiva o

volitivamente a raíz del hecho, más allá de límites de normalidad o del poder de la personalidad para absorber, elaborar y superar la situación lesiva. En tales hipótesis (y salvo la excepción últimamente enunciada), se configurará un daño moral, y no una lesión psíquica, ya que ésta no implica cualquier desequilibrio espiritual sino uno patológico, diagnosticable y clasificable por la ciencia médica.

Ahora bien, cuando la lesión psíquica existe, ella produce siempre un daño moral, pero no se identifican conceptualmente ambas nociones.

A nuestro juicio, cuando la lesión psíquica y el daño moral coinciden en un caso dado (coincidencia que es constante toda vez que se verifique una enfermedad de esa índole), la diversidad se encuentra en que aquélla es el presupuesto material de dicho perjuicio espiritual resarcible (como también puede serlo un daño patrimonial).

El daño psíquico reside en la alteración misma de la personalidad; el daño moral recoge esa realidad y la valora en tanto desequilibrio espiritual profundo, que el derecho no puede ignorar en tanto y en cuanto implica una honda lesión de las afecciones legítimas de la víctima.

La sustancia espiritual que posee la noción de daño moral muestra una coincidencia fáctica con la lesión psíquica toda vez que ésta se presenta, pero el derecho le insufla juridicidad, moldeándola para sus fines propios. Dada la íntima relación etiológica (aunque con

autonomía ontológica) entre lesión psíquica y daño moral, no cabe resarcir la misma alteración por ambos conceptos, es decir, resulta improcedente una acumulación de dos títulos resarcitorios por razón de esa idéntica situación lesiva: como daño psíquico y como moral. Lo que sí se impone, en cambio, es valorar la enfermedad psíquica como un factor de intensificación del daño moral resarcible que de otro modo hubiese correspondido. (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., ob. cit., pág. 221 y sigs).

Concluyo el punto dejando sentado que el daño psicológico o psíquico no puede verse como un rubro resarcitorio autónomo y distinto del daño moral y patrimonial; no constituye un *tertium genus*. En consecuencia, la lesión psíquica no es resarcible *per se* sino en sus disonancias espirituales y en la eventual proyección patrimonial.

"Mientras no se demuestre de manera cabal que promedia una lesión síquica, con motivo del hecho, susceptible de traducirse en una real y efectiva minusvalía, la alteración anímica y aun la síquica no podrá ser resarcida como perjuicio material sino, en todo caso, a título de daño moral, cuya indemnización enjugará la lesión de los sentimientos o afecciones legítimas, traducidos en los padecimientos físicos o síquicos, la tranquilidad y el ritmo normal de vida de la víctima" (T.S.Córdoba, Sala Penal, 05/10/84, LLC, 1985-605).

Conforme lo anticipara supra, por los fundamentos aquí vertidos y

teniendo en cuenta que ninguna probanza ha producido la parte actora para acreditar la existencia del daño que invoca en su demanda, no obstante haber ofrecido una prueba pericial psicológica que no se concretó, se impone el rechazo del rubro en tratamiento. Así lo voto.

5) <u>Conclusión</u>.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, corresponde revocar la sentencia en crisis y hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando a la PROVINCIA DEL CHUBUT a abonar a B. N. E., C. K. A., M. A. A. y A. L. A., los siguientes conceptos: 1) La suma de $ 200.000.- (Doscientos Mil Pesos) en concepto de "Valor Vida" por el fallecimiento de M. A. A., la cual está fijada a la fecha del dictado de la presente y 2) La suma de $ 80.000.- (Ochenta Mil Pesos) a cada una de las reclamantes en concepto de "Daño Moral" por la pérdida del cónyuge y padre, la cual se fija también a la fecha del presente pronunciamiento.

Las sumas condenadas deberán ser abonadas dentro del término de diez días de quedar firme este pronunciamiento. En caso de incumplimiento en el pago de la liquidación a aprobarse en autos dentro del plazo aquí fijado, deberá imponerse a la condenada el pago de los intereses a favor de la parte actora conforme la tasa activa que determina el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento

de documentos a computarse desde que la suma es debida hasta el efectivo cumplimiento de la obligación (conf. arts. 165, 166, 167 y concs. CPCC; art. 622 y concs. Cód. Civil).

6) <u>Adecuación de las costas y honorarios</u>.

Teniendo en cuenta lo propuesto en mi voto como resolución del recurso interpuesto y en cumplimiento de lo dispuesto por la norma del Art. 282 del CPCC, corresponde adecuar las costas y el monto de los honorarios dispuestos en la instancia de origen.

En consecuencia y atento lo dispuesto por el art. 69 del CPCC, corresponde imponer las costas de primera instancia a la parte demandada que resulta perdidosa en el proceso y regular los honorarios del letrado patrocinante de la parte actora, Dr. A. A. P., en el 11% del monto que resulte del proceso según liquidación a practicarse oportunamente y los de los Dres. A. V. P. y J. E. F., apoderados de la parte demanda, en conjunto, en el 7% del monto que resulte del proceso, con más el I.V.A. si correspondiere (conf. arts. 5, 6, 7, 9, 38, 46 y concs. de la Ley XIII N° 4 y su modificat.).

7) <u>Las costas de la Alzada</u>.

Las costas de la Alzada deben ser impuestas a la parte demandada que

resulta perdidosa en el recurso (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la letrada patrocinante de la parte actora, Dra. M. B. I., en el 30% de los honorarios que les corresponden al Dr. A. A. P. (patrocinante de la parte actora) por su labor en primera instancia (conf. arts. 5, 6, 9, 13, 38, 46 y concs. de la Ley XIII N° 4 y su modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

1.

Que las cuestiones fácticas han sido ampliamente detalladas por mi colega de primer voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Heraldo E. Fiordelisi.

Centraré mi atención, para el sustento individual de mi voto, en el análisis de los aspectos traídos a revisión de esta Cámara.

Y en orden al análisis de esta primera cuestión, adelanto que mi voto será en sentido coincidente con el del Sr. Juez preopinante, y daré razones de ello.

2.1.

Los agravios de la parte actora, tal como lo destaca el Sr. Juez de voto anterior, gira en torno a la existencia de responsabilidad de parte de la Policía de la Provincia del Chubut a consecuencia del suicidio del detenido M. A. A.

En tren de desbrozar las quejas contenidas en ellos, al igual que el Dr. Fiordelisi, debo señalar que la apelante las centró en las siguientes: a) la falta de servicio del Estado, consistente en el incumplimiento del deber de custodia y seguridad respecto de los detenidos; b) la afirmación sentencial en el sentido que no quedó demostrado en la presente causa la existencia de padecimientos psicológicos de entidad suficiente en el actor, que permitiera inferir que A. tomara la decisión de suicidarse; c) que el pronunciamiento afirmó que no existe norma que determine qué elementos pueden conservar los detenidos, quedando los mismos a criterio de las autoridades responsables de su custodia acerca de cuál de ellos constituye un potencial peligro para éstos o para terceros; d) que no ha habido responsabilidad alguna del personal policial en el cumplimiento de su deber con relación a la drástica decisión del detenido; e) la ausencia de responsabilidad del Estado provincial, que se conecta, a mi juicio, con la primera de las quejas.

2.2.

Ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la falta de

servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño ("Répertoire de la responsabilité de la puissance publique", Dalloz, "Faute de service", Nº 178) (cfr. CSJN, in re “Zacarías, Claudio H. c. Provincia de Córdoba y otros”, 28/04/1998, LA LEY 1998-C , 322, DJ 1998-2, 1097; 321:1124; AR/JUR/935/1998).

Esta línea la ha sostenido nuestro Máximo tribunal en innumerables ocasiones (fallos 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:1881, 3065; 330:563, 2748 y 331:1690, entre muchos otros).

La falta de servicio es una noción multívoca o proteiforme, que puede obedecer a multitud de causas, tanto por acción como por omisión, y plasmarse en infinidad de comportamientos o actuaciones de agentes u órganos estatales.

El Sr. Juez de voto anterior ha dado cuenta de los presupuestos que deben configurarse a fin que el Estado deba ser responsabilizado de los actos u omisiones de sus órganos, por lo que en honor a la brevedad, los doy por reproducidos.

En el sub examine, se trata de analizar si, a consecuencia del suicidio de un detenido en una comisaría provincial, esa falta de servicio, en definitiva, se ha plasmado.

En las actuaciones penales labradas como consecuencia del luctuoso

hecho (Expte. 5025/1997), surgen las declaraciones testimoniales de F. R. (fs. 8) y A. C. G. (fs. 9/10), Sargento Ayudante y Oficial Inspector de la Policía provincial, las que a mi juicio, revisten particular importancia para la elucidación de la presente litis.

El primero de ello se encontraba a cargo del turno de la Comisaría 1ª. de Puerto Madryn, al momento del suicidio de A., el que dijo haberlo recibido sin novedad respecto a detenidos allí alojados a las 21,45 hs. del 16.09.1997, recibiendo la noticia del suicido de boca del sargento C.

Asevera el Sargento Ayudante R. no recordar la fecha y turno en que ingresó al calabozo de A. el bolso de nylon, con cuya cinta se ahorcó, sin poder dar certeza acerca del modo en que dicho bolso fue a parar a dicha celda. Se limitó a señalar, a modo de conjetura: *" es muy probable que lo hayan traído familiares con ropa limpia para el detenido u otros elementos"*.

Por su parte, el Inspector G. afirmó *ignorar* en qué fecha y turno se ingresó dicho bolso de nylon que fuera incautado en la celda del detenido.

Es decir, tanto el Sargento Ayudante como el Oficial Inspector, a cargo del servicio -lo que incluye lógicamente la responsabilidad por los detenidos- desconocían cómo llegó, nada menos que un bolso, a manos de un detenido. Esa circunstancia me hace pensar que, bien pudo ingresar al calabozo un arma de fuego u otro elemento peligroso que pusiera en riesgo, no sólo la vida del detenido, sino de todas aquellas

personas que se encontraban en la Comisaría.

Finalmente, la declaración testimonial de C. rendida en estos autos (fs. 178) es por demás elocuente. El testigo, a cargo de los detenidos en ese día y horario, reconoció que a las 22 hs., A. "tenía un bolsito con las pertenencias que había recibido en el día. Y como no había un lugar determinado para dejar las cosas personales de los detenidos quedó ahí en la celda".

De ello se puede colegir sin mayor esfuerzo que en la seccional policial en cuestión se omitió el debido control que debe practicarse sobre los elementos que ingresaban con destino a los detenidos; es más, de sus dichos no se infiere que el mismo hubiese ingresado de modo clandestino, pues el mismo numerario da cuenta de su existencia.

Afirmar -como lo hacen los responsables inmediatos del servicio- que ignoraban cómo había ingresado un bolso de nylon a la celda, o qué elementos contenía en su interior es reconocer, lisa y llanamente, un descontrol inadmisible en la seguridad -nada menos- que de una seccional policial.

Es el sentido común el que indica acerca de la inconveniencia de ingresar bolsos sin control a un calabozo. Y donde el sentido común impera, huelgan las normas expresas.

A todo evento, y contrariamente a lo considerado en el pronunciamiento en crisis, el art. 71 del Reglamento de Alcaldías de Policías de la Provincia del Chubut, perfectamente aplicable al caso,

(Decreto XIX – n° 1568/82, que reglamenta la Ley Orgánica de Policía Ley XIX n° 5, antes ley 815), señala expresamente que "Los visitantes no podrán introducir objetos personales, ropas y otros elementos, sin autorización previa debiendo éstos ser depositados en la guardia..". Sin embargo, no se advierte que se hubiera concedido autorización alguna para la introducción del bolso en cuestión al calabozo, de lo que se infiere que quien lo llevó infringió la reglamentación, y quien permitió que ello sucediera, también. Ello así, pues el art. 72 de dicho Reglamento impone a los agentes responsables registrar a los visitantes de detenidos, salvo excepciones que, bajo constancia, pueda otorgar el Jefe del establecimiento. Finalmente, el art. 77 prohíbe el ingreso al lugar de detención de artículos manufacturados o del tipo casero, veda que la reglamentación impone tanto a visitantes como a los agentes públicos. Pese a todo ello, los numerarios policiales "ignoraban" la procedencia y el contenido del bolso.

El fundamento para condenar al Estado por la seguridad de los detenidos radica en el art. 1112 del Cód. Civil, y como bien señala el Sr. Vocal preopinante, habrá de remitirse al caso "Badín" fallado por la Corte Nacional, en el que se señala que "la seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia, sino también, como se desprende del art. 18, CN, los de los propios penados".

La responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos (agentes

con competencia para realizar los hechos o actos pertinentes que dan origen a los daños) es siempre una responsabilidad directa, fundada en la idea objetiva de la falta de servicio, aun cuando no excluye la posibilidad de que se configure la falta personal del agente público (cfr. CASSAGNE, Juan C, "Derecho Administrativo", T° I, p. 298).

Una de las claves para determinar la responsabilidad estatal por omisión se encuentra también en que el incumplimiento debe ser de una obligación legal expresa o implícita (art. 1074, Cód. Civil) y no de un deber genérico o difuso, siempre y cuando sea razonable y posible esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar daños en las personas o en los bienes de los particulares.

De lo expresado, se colige que el Estado provincial, desde este ángulo, es responsable por la falta de servicio, en tanto omitió ejercer un debido control y adoptar las medidas de seguridad en los calabozos, al permitir el ingreso de un bolso destinado a un detenido, sin conocer su procedencia ni su contenido. Esa conducta omisiva de los responsables resultó, a la postre, sin dudas, como se verá, causalmente adecuada con la muerte del encausado.

Y, a mi juicio, el hecho de haber efectuado el numerario C. la ronda correspondiente, a las 02,30 hs. de la madrugada del 17.08.1997 y haber procedido al corte de suministro eléctrico del sector -tal como surge de las declaraciones de fs. 6/10 de la causa penal traída-, no obsta a la responsabilidad de la demandada. Es decir, fue la introducción del

bolso al calabozo del detenido el que se constituyó en la causa adecuada del resultado final de los acontecimientos y no la falta de vigilancia permanente sobre las celdas de detención.

2.3.

Señala el pronunciamiento en crisis que no se ha demostrado en autos que A. padeciera trastornos psicológicos que hicieran presumir un desenlace como el que se produjo.

Tengo para mí que detener a una persona imputada de un delito aberrante no consiste precisamente en llevarla a hacer una excursión turística o un viaje de placer, de modo que tales situaciones resultan absolutamente incomparables en cuanto al estado de ánimo del agente en cuestión.

Un estudio realizado por la Organización Mundia de la Salud (OMS; publicado en www.who.int/es) señala que el suicido es con frecuencia la causa individual más común de muerte en escenarios penitenciarios. Es más, los escenarios penitenciarios luchan con el problema de la prevención del suicidio en los reclusos.

Dicha Organización estima que un intento suicida ocurre aproximadamente cada tres segundos, y un suicidio completo ocurre aproximadamente cada minuto. Eso significa que más personas mueren a causa del suicidio que a causa de conflictos armados. Por consiguiente, la reducción del suicidio se ha convertido en una

importante meta internacional (pub. Cit, p. 7; World Health Organization. Figures and facts about suicide, Geneva, 1999).

El estudio de mención señala que las causas del suicidio son complejas: algunas personas parecen ser especialmente vulnerables al suicidio cuando tienen que hacer frente a eventos difíciles de la vida o a una combinación de factores de estrés.

En el caso particular de los reclusos, se ha establecido que tienen mayores tasas de suicido que sus contrapartes en la comunidad (Snow, L, Paton J, Oram, C, Tres R. "Self.inflicted deaths during 2001: análisis of trenes. The British Journal of forensic Practice, 2002). Los detenidos en espera de juicio tienen una tasa de intentos de suicidio de aproximadamente 7,5 veces que la de los hombres fuera de prisión en la población general.

Se señalan entre las posibles causas de que las tasas de suicidio sean más altas en los escenarios penitenciarios, los siguientes: las cárceles y prisiones son repositorios para grupos vulnerables que tradicionalmente tienen el mayor riesgo de suicidio; el impacto psicológico del arresto y el encarcelamiento; en general, las cárceles carecen de un monitoreo adecuado de los niveles de aflicción de los detenidos, y por lo tanto hay muy pocas posibilidades de detectar un riesgo agudo; en los escenarios penitenciarios tienen muy poco o ningún acceso los profesionales de salud mental (cfr. pub. cit. , p. 9).

Continúa señalando el informe que los suicidios pro ahorcamiento

tienden a ocurrir, cuando las víctimas se mantienen aisladas o en celdas segregadas, y durante el tiempo en que hay menos personal, como por ejemplo, en las noches o en fines de semana. También hay muchos suicidios que se cometen cuando los presos están solos aun si técnicamente están compartiendo una celda (pub . cit., p. 11).

Concluye el informe que algunas veces no se tiene la capacidad para predecir con precisión si un detenido tendrá un intento suicida o cometerá suicidio: Los funcionarios del servicio penitenciario, especializados en atención médica y salud mental están en la mejor posición para identificar, evaluar y tratar la conducta potencialmente suicida. Aun cuando no todos los suicidios de reclusos se pueden prevenir, puede ocurrir una reducción sistemática de estas muertes si se implementan programas integrales de prevención del suicidio en los centros penitenciarios alrededor del mundo.

Claro está que lo que el informe señala para el servicio penitenciario, bien vale para las comisarías, que es, donde se supone, el imputado de un delito es *prima facie* alojado.

Con lo expuesto, cabe señalar que no es una rareza que un detenido se suicide en un calabozo, como parece inferirse del fallo en análisis.

Francamente, dudo que un detenido en esas condiciones hubiese acudido a su custodio para confesarle sus pensamientos suicidas; también dudo de la preparación profesional de dicho custodio para manejar tal situación, ya que no está obligado a ello, ni es su función.

Pero, lo que no me deja lugar a dudas es que el hecho de no haber expresado el encausado sus propósitos pueda operar como un factor de eximisión de responsabilidad de la demandada.

Esto es, tengo para mí que la posibilidad del suicidio de un detenido en un calabozo de una comisaría es un hecho previsible, y que los agentes encargados de la seguridad de una seccional policial no podían desconocer esa circunstancia, pues el profesionalismo que se les exige en el cumplimiento de un deber esencial a cargo del Estado al que representan, alcanza dicha posibilidad.

De esa guisa se desprende que el caso fortuito, como eximente de responsabilidad no puede operar, pues éste requiere para su configuración la presencia de la diligencia debida junto con la previsibilidad o imprevisibilidad, pero inevitabilidad del evento (cfr. LM, T° , p. 853).

Es más. La previsibilidad del daño y la responsabilidad del agente son conceptos atados por una cadena de hierro. Sin previsibilidad del daño no hay imputación posible al agente, ya que ello implicaría imponerle una conducta supererogatoria y es sabido que el derecho no puede legítimamente exigir imposibles a las personas, pues ello equivale a elegir pagadores y no responsables, que es cosa bien distinta (Trigo Represas, Félix – López Mesa, Marcelo J, "Tratado de Responsabilidad Civil",T° V, Ed. La Ley, Bs.As, 2011, p. 918).

De allí que, el hecho de no haber advertido, con palabras, signos o

expresiones anímicas el encausado sus luctuosas intenciones, no exonera en modo alguno, a mi juicio, la responsabilidad de los agentes, y en consecuencia la de la Provincia. En razón de lo precedentemente expuesto, los agentes a cargo de su custodia debieron prever, entre las posibilidades, que el detenido, pudiera suicidarse. Es decir, la falta de controles tornaba previsible que el siniestro pudiera ocurrir, conforme con pautas generales de experiencia (art. 901, Cód. Civil).

2.4.

Del resultado de la autopsia de fs. 26/27 de las actuaciones penales labradas como consecuencia del suicido, surge que el deceso de A. se produjo por ahorcamiento, el que se produjo (conforme con la declaración testimonial de C. (fs. 6 de la instrucción penal y fs. 178 de estas actuaciones) con una cinta de nylon de un metro y medio aproximadamente. Para cumplir con su cometido, y siguiendo los dichos de C., sacó las dos manijas del bolso, las unió y se quitó la vida, rodeando dicha cinta a su cuello, y atándola a la reja del calabozo. Las fotografías de fs. 31/33 de la causa 5025/97 dan cuenta de lo expresado .

Conforme con lo expuesto, tengo para mí que la introducción de un bolso al calabozo sin control de la autoridad policial, constituye una infracción a las normas del reglamento de Alcaldías ya citado.

Si a ello se suma el hecho que el bolso contuviera cintas de nylon, con el que el detenido pudiera infligirse daños a sí mismo o a terceros,

constituye a mi juicio un agravamiento del riesgo, que no puede soslayarse, y respecto del cual nada dijo el pronunciamiento en crisis.

Se trata, a mi criterio, de un elemento extraño a la población carcelaria, que el decisorio debió tener en cuenta.

Por esa razón, no es susceptible de comparación, a los efectos de la responsabilidad estatal, que el detenido se hubiera ahorcado con una camisa o un pantalón (como se señala en la sentencia en análisis) o, como ha sucedido en otros ocasiones, con una sábana (ver fallo de la Cámara Nacional en lo Contencioso-administrativo Federal, sala III, 2007-12.19, in re: "Sosa, Nimia J. c/ estado Nacional").

Ello así, pues lo que a mi juicio ha de tenerse en cuenta para dirimir dicha responsabilidad, es la extraneidad del objeto con el que el sujeto se quita la vida. Y en nuestro caso, la presencia de dicho objeto era ajena al *habitat* de quien se encontraba privado de su libertad.

Considero atinado hacer mención, como lo adelantara el Sr. Vocal preopinante, que, el principio constitucional que impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas tiene carácter operativo, y como tal, impone al Estado, por intermedio de sus agentes, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva, la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral (cfr. PREVOT, Juan M, LL, DJ 28.05.2008, 235-DJ 2008-II,235). A ello, debe

adunarse que el art. 51 de la Constitución Provincial, exige también que los lugares de detención deben ser "seguros".

La omisión en la que incurrió el Estado provincial al permitir, sin objeciones acreditadas, la introducción de un bolso con cintas de nylon aptas para un ahorcamiento, constituyen una falta al deber de custodia y seguridad de los detenidos.

No debe perderse de vista que para llevar a cabo el suicidio, la víctima no debió eludir vigilancia alguna; por el contrario, se valió de las rejas del calabozo, aprovechando el corte de energía eléctrica provocado por los mismos agentes policiales, que tenían a su cargo el control directo de los detenidos.

Pero también existió falla en el servicio toda vez que la conducta permisiva de los empleados policiales (arg. art. 1112, Cód. Civil), allanó el camino de A. para cumplir con sus propósitos. La cinta de nylon en cuestión, es cierto, no estaba destinada naturalmente a la finalidad para la que se la usó, pero es evidente que facilitó la determinación suicida.

No tengo dudas que en este caso particular no ha de operar el art. 1111, del Cód. Civil. Ello, así, por las razones que expongo a continuación.

Por empezar, el art. 12 del Cód. Penal, dispone que "*la reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de*

los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces".

Señala Llambías que la incapacidad civil de los condenados a que se refiere la norma transcripta, es una incapacidad de hecho y no de derecho, en la medida que no se dicta contra el incapaz sino a favor suyo, como un remedio para paliar la inferioridad de su situación para concluir que la incapacidad del condenado sólo se extiende a los actos que él mismo no puede realizar eficazmente, pero que es dable efectuar por medio de un representante, lo que muestra el sentido protector de la incapacidad (cfr. "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Buenos Aires, 1973, T. 1, pág. 559).

Y en ese orden de ideas, soy de la opinión que lo que la ley busca es proteger al detenido mientras dura el encierro. Es decir, da igual, a mi criterio, que el detenido estuviese privado de su libertad por tres meses o por cinco años, que hubiese tenido sentencia firme, o se encuentre procesado. No se trata de una cuestión jurídica, sino fáctica. Es el hecho del encierro el que lo condiciona psicológicamente, y esa es la razón por la que la ley, más que sancionarlo, lo protege, considerándolo un incapaz.

El fundamento de la incapacidad para contratar es proteger al penado frente a su imposibilidad para actuar sobre sus bienes por sí o a través de un mandatario convencional. Dicha incapacidad se debe

exclusivamente a la falta de libertad personal del sujeto (cfr. Núñez, Ricardo C., "Derecho penal argentino", t. II, Parte general, 2a ed., Buenos Aires, 1965, ps. 448 y 449).

Esa incapacidad de hecho, relativa, subsanable como tal, está asociada a la importancia que corresponde a la voluntad humana, en la determinación y actuación de valores jurídicos. Esta capacidad entraña la aptitud de dirigir las propias acciones y de obrar por sí, lo que supone la existencia de una voluntad propia, esto es, de un grado de madurez suficiente y de un estado mental que lo permita (cfr. Aparicio, Juan Manuel, "Contratos/2", Ed. Hammurabi, p. 38).

Siendo, a mi juicio, el encierro en sí el que lo condiciona para actuar libremente, no puedo soslayar que tal condicionamiento lo es tanto para celebrar un acto jurídico, como para tomar cualquier otra decisión, inclusive drástica. Lo expuesto precedentemente respecto a la tendencia suicida de los detenidos, es ostensible.

Otro motivo lo encuentro en el hecho de los controles deficientes de seguridad en los calabozos de la Comisaría. Su ausencia, tornaba previsible para los encargados de aquélla que el siniestro pudiera ocurrir, acorde con pautas genéricas de experiencia, conforme con el art. 901, Cód. Civil.

Finalmente, considero que los funcionarios policiales facilitaron la producción del hecho dañoso al no quitarle el bolso, pues de haber sido así, seguramente el detenido no hubiese podido cumplir con su

cometido. Además, el elemento con el que A. se quitó al vida era un extraño, ajeno a la población carcelaria, y su presencia en el lugar es atribuible exclusivamente a la autoridad policial

No tengo dudas, en consecuencia, de la plena responsabilidad estatal, y acompañaré, por ello, el voto del Sr. Juez Dr. Fiordelisi.

3.

3.1.

En cuanto al reclamo efectuado en la demanda, respecto al valor vida, tengo por probado que, al momento de su fallecimiento, el actor contaba con 31 años de edad (fs. 4), que se encontraba unido en matrimonio con B. N. E. (fs. 5), que tenía dos hijos menores de edad (fs. 6/7), y que a poco de su deceso nació una tercera hija (fs. 8).

No existen en autos otros registros probatorios tendientes a determinar si la víctima desarrollaba actividad laboral alguna; menos aun claro está, la existencia de ingresos económicos. Todo lo que se sabe, es que la actora tuvo una peluquería, que debió cerrar (ver declaraciones testimoniales de fs. 46/47).

No obstante ello, tengo para mí, tal como lo han señalado otros pronunciamientos, que la indemnización en concepto de valor vida reclamada por la esposa e hijos menores, no requiere la acreditación de que el occiso fuera el sostén económico de ella, pues, el art. 1084 del Cód. Civil, crea una presunción "*juris tantum*" de que la muerte, por sí

sola ha provocado un perjuicio en el patrimonio de las personas enumeradas en la referida normativa (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, in re: "Moyano, María Teresa y otros c. Martínez, Diego Alfredo y otros s/cobro de sumas de dinero" 12/05/2011, La Ley Online, AR/JUR/25770/2011), y ello así pues, aunque el grupo familiar no pruebe daño patrimonial alguno, obtienen de todas formas un resarcimiento.

Al fijar la indemnización en concepto de valor vida que corresponde a la esposa y los hijos por el fallecimiento del cónyuge y padre deben valorarse todas las manifestaciones de la actividad del occiso que pueden ser económicamente apreciadas, tanto las actuales como las futuras, así como también las circunstancias relativas a quien efectúa el reclamo de la indemnización, debiéndose calcular el monto en función de la edad y demás particularidades de la víctima, sexo, grado de cultura, posición social, tareas que desempeñaba y aporte en el hogar, entre otras consideraciones (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, "P., C. I. c. Medina, Claudia Raquel y otros", 10/06/2009, La Ley Online, AR/JUR/24002/2009), extremos éstos que lamentablemente no se han acreditado en autos.

El hecho de no haberse acreditado actividad laboral previa a su detención, ni ingresos del occiso, anteriores o concomitantes con tal estado de cosas, no me releva de deducir que, necesariamente, el grupo familiar debía contar con algún ingreso económico, aun que mínimo,

que le permitiera su subsistencia.

Por tal razón, valorando la orfandad probatoria en este sentido, pero presumiendo la existencia de algún aporte del occiso que le permitiera a su grupo familiar subsistir, es que me permito coincidir con el Sr. Juez preopinante, en cuanto a que el valor vida, en este concepto ha de ser fijado en la suma de pesos doscientos mil ($ 200.000.-), a valores actuales.

3.2.

Ha señalado esta Excma. Cámara que, para la determinación del daño moral no se requiere prueba de su entidad, pues se lo debe tener por acreditado con la sola comisión del acto antijurídico, tratándose de una prueba *"in re ipsa"*, que surge inmediatamente de los hechos mismos (cfr. SDC N° 11/12 CAPM); y por la propia calidad de la conducta y la condición del afectado que permiten inferir la trascendencia del agravio espiritual padecido (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, "Battafarano, Alberto L. c. Telearte S.A.", 10/11/1997, LA LEY 1999-A LA LEY 1999-A, 484, AR/JUR/5034/1997).

En el caso de autos, la víctima dejó esposa y tres hijos menores, que, indudablemente, han sufrido su pérdida, y como consecuencia de ello, el daño ocasionado debe ser reparado.

Por tal razón, basta tenerlo por configurado ante la razonable presunción de que el ilícito debatido pueda haber conformado un

sentimiento lastimado, un dolor sufrido o una lesión al equilibrio espiritual que la ley presume y tutela, no sin dejar de tener en cuenta que toda acción resarcitoria debe atender fundamentalmente a las circunstancias del caso.

La reparación por este agravio se encuentra prevista en el art. 1078 del Código Civil, y sabido es que está dirigida a compensar los padecimientos, dolor, e inseguridades, únicamente desde el plano espiritual, cobrando especial importancia la índole del daño y el grado de menoscabo que dejaren, para mostrar en qué medida ha quedado afectada la personalidad y el sentimiento de autovaloración.

Para estimar pecuniariamente tal reparación falta toda unidad de medida, pues los bienes espirituales no son mensurables en dinero. Sin embargo, al reconocerse una indemnización por este concepto, no se pone un precio al dolor o a los sentimientos, sino que se trata de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas. Si la indemnización en metálico no puede por sí restablecer el equilibrio perturbado del bienestar de la víctima, puede sin embargo, procurarle la adquisición de otros bienes que mitiguen el daño (cf. C.N.Civ., esta sala L. 465.066, del 13/2/07 y L. 563.986, del 22/2/11, entre otros).

Bajo esos parámetros, coincidiré con el Dr. Fiordelisi en cuanto a que el presente rubro debe ser cuantificado en pesos ochenta mil ($ 80.000.-) para cada uno de los reclamantes, a saber: B. N. E., C. K., M. A. y A. L.

A., a valores actuales.

3.3.

Solicita la demanda la indemnización por daño psicológico, aduciendo que este rubro ha de ser cuantificado y resarcido como autónomo.

Me adelanto a sostener, tal como lo señala el Sr. Vocal preopinante y lo ha dicho esta Excma. Cámara en otros supuestos similares (SDC N° 03/10 CAPM), que el ordenamiento civil no admite más que dos parcelas del daño: el patrimonial y el moral.

Y ello es así, pues por imperio del art. 1068 del Cód. Civil el daño que se involucra reconoce sólo esa dualidad. Daño es lo que altera la integridad física hasta el menoscabo de la morada, pasando por el del prestigio, del crédito comercial o del derecho del nombre o la invasión a la esfera íntima y en todos los casos debe valorarse atendiendo a las circunstancias personales, socioeconómicas y culturales. Pero siempre, en función de esos dos anaqueles que nos autoriza la ley positiva.
No hay terceros géneros indemnizatorios. Y como tal, dicho daño debe ser computado, si resulta indemnizable, dentro del rubro daño moral o dentro del acápite patrimonial, o en ambos a la vez, según las particularidades del caso; pero en ningún caso cabe su resarcimiento autónomo (cfr. Cám. Nac. Fed. CC, Sala II, 18/11/99, in re " Del Valle Ferreira, Osvaldo c/ Estado Nacional – Ejército Argentino", J.A. 2000-

IV-234). También lo ha señalado la Cámara Nacional en lo civil: *"El daño psicológico carece de autonomía, por cuanto se trata de un detrimento que puede tener proyecciones potenciales en el daño moral o en el material"*(LEVIN, Gregorio c/ M.C.B.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS CNCIV - Sala D - Nro. de Recurso: D039427 - 14-5-1997 - elDial - AE3CD). Calificada doctrina también ha puesto el acento en destacar ese postulado, señalándose al respecto que el daño psicológico no es un rubro resarcible por sí mismo, sino en cuanto causa daño patrimonial o moral (cfr. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. "Incapacidad sobreviniente y lesión estética". en LL 1989-C-521).

Por otra parte, no se ha acreditado en autos que el infortunio haya provocado secuelas psíquicas en los damnificados que permita reconocerlo, sin perjuicio de ubicarlo en alguno de los anaqueles reconocidos por nuestro ordenamiento.

Soy de la misma opinión que la del Dr. Fiordelisi, en el sentido que este acápite debe ser desestimado.

4.

Coincido con el Sr. Juez de voto anterior en señalar que corresponde la readecuación de costas, imponiéndolas del modo en que lo hace y que deben regularse los honorarios de los profesionales intervinientes, tal como lo practica el Sr. Camarista de primer voto (art. 282, del CPCC).

5.

También coincido en que las costas de la presente Instancia deben ser impuestas a la demandada vencida (art. 69, del CPCC) y en la forma que regula el honorario de la Dra. M. B. I. (arts. 5,6,9 y cc. de la ley arancelaria).

Por las razones expuestas, voto por la **NEGATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

Atento la forma como he propuesto la resolución del recurso interpuesto y de compartir sus fundamentos mi colega Dr. Mario Luis Vivas, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1) REVOCAR la sentencia dictada a fs. 209/213.

2) HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda entablada por B. N. E. por si y en representación de su hija menor A. L. A.; C. K. A. y M. A. A. contra la PROVINCIA DEL CHUBUT.

3) CONDENAR a la demandada a pagar a las actoras dentro de los diez días de quedar firme el presente pronunciamiento los siguientes rubros: 1) Por indemnización del "valor vida" la suma de $ 200.000.- (Doscientos Mil Pesos) y 2) Por indemnización del "daño moral" la suma de $ 80.000.- (Ochenta Mil Pesos) a cada una de ellas, lo cual hace un monto total de la condena de $ 520.000.- (Quinientos Veinte Mil

Pesos) fijados a la fecha del dictado de la presente. De no cumplirse la obligación en tiempo y forma, deberán computarse los correspondientes intereses a favor de las reclamantes a la tasa activa que determina el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos, desde la mora hasta el efectivo pago (art. 622 y concs. Cód.Civil).

4) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS que corresponden a la Primera Instancia, imponiendo las mismas a la parte demandada (art. 69 CPCC) y regulándose los honorarios del letrado patrocinante de la parte actora, Dr. A. A. P., en el 11% del monto que resulte del proceso según liquidación a practicarse oportunamente y los de los Dres. A. V. P. y J. E. F., apoderados de la parte demanda, en conjunto, en el 7% del monto que resulte del proceso, con más el I.V.A. si correspondiere (conf. arts. 5, 6, 7, 9, 38, 46 y concs. de la Ley XIII N° 4 y su modificat.).

5) IMPONER las costas de la Alzada a la parte demandada (conf. art. 69 del CPCC), regulándose los honorarios de la letrada patrocinante de la parte actora, Dra. M. B. I., en el 30% de los honorarios que les corresponden al Dr. A. A. P. (patrocinante de la parte actora) por su labor en primera instancia (conf. arts. 5, 6, 9, 13, 38, 46 y concs. de la Ley XIII N° 4 y su modificat.).

6) REGISTRESE , NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Así lo voto

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces de Cámara por haber alcanzado mayoría, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de abril de 2012.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) REVOCAR la sentencia dictada a fs. 209/213.

2) HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda entablada por B. N. E. por si y en representación de su hija menor A. L. A.; C. K. A. y M. A. A. contra la PROVINCIA DEL CHUBUT.

3) CONDENAR a la demandada a pagar a las actoras dentro de los diez días de quedar firme el presente pronunciamiento los siguientes rubros: 1) Por indemnización del "valor vida" la suma de $ 200.000.- (Doscientos Mil Pesos) y 2) Por indemnización del "daño moral" la suma de $ 80.000.- (Ochenta Mil Pesos) a cada una de ellas, lo cual hace

un monto total de la condena de $ 520.000.- (Quinientos Veinte Mil Pesos) fijados a la fecha del dictado de la presente. De no cumplirse la obligación en tiempo y forma, deberán computarse los correspondientes intereses a favor de las reclamantes a la tasa activa que determina el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos, desde la mora hasta el efectivo pago (art. 622 y concs. Cód.Civil).

4) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS que corresponden a la Primera Instancia, imponiendo las mismas a la parte demandada (art. 69 CPCC) y regulándose los honorarios del letrado patrocinante de la parte actora, Dr. A. A. P., en el 11% del monto que resulte del proceso según liquidación a practicarse oportunamente y los de los Dres. A. V. P. y J. E. F., apoderados de la parte demanda, en conjunto, en el 7% del monto que resulte del proceso, con más el I.V.A. si correspondiere (conf. arts. 5, 6, 7, 9, 38, 46 y concs. de la Ley XIII N° 4 y su modificat.).

5) IMPONER las costas de la Alzada a la parte demandada (conf. art. 69 del CPCC), regulándose los honorarios de la letrada patrocinante de la parte actora, Dra. M. B. I., en el 30% de los honorarios que les corresponden al Dr. A. A. P. (patrocinante de la parte actora) por su labor en primera instancia (conf. arts. 5, 6, 9, 13, 38, 46 y concs. de la Ley XIII N° 4 y su modificat.).

6) REGISTRESE , NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /12. SDC. CONSTE.