

Danos Y Perjuicios Disparo Efectuado Por Agente Policial De Franco Responsabilidad Del Estado Prejudicialidad

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Disparo efectuado por agente policial de franco.

Responsabilidad del Estado. Prejudicialidad Se mantiene la condena del Estado provincial por las lesiones sufridas por el actor al recibir un disparo por parte de un agente, pues ha quedado acreditada la falta de servicio de la policía provincial, ante el uso de un arma de fuego sin que se presenten las circunstancias autorizantes al efecto, omitiendo el deber primario y sustancial de cuidar de la vida de los ciudadanos.

En la ciudad de General San Martín, a los 7 días del mes de julio de 2015, se reúnen en acuerdo ordinario los jueces de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín para dictar sentencia en la causa caratulada Nro. 4347 CABANCHIK GUSTAVO ARIEL C/ MINISTERIO DE SEGURIDAD Y OTRO/A S/ PRETENSION INDEMNIZATORIA?. ANTECEDENTES I. A fs. 316/322 la Jueza Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 2 del Departamento Judicial San Martín dictó sentencia definitiva: 1) Hacer lugar a la demanda instaurada, condenando a Walter Damian Tomaselli y a Provincia de Buenos Aires al pago en favor de Gustavo Gabriel Cabanchik de la suma de Pesos doscientos sesenta y un mil quinientos (\$ 261.500). 2) Conforme lo disponen los arts. 63 C.C.A. y 163 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, deberá darse cumplimiento con la presente, en el plazo de sesenta (60) días contados desde que quede firme la presente. 3) Las costas se imponen a las demandadas vencidas (art. 51 inc. 1° CCA, modif. por la ley 14.437), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad prevista en el art. 51 del dec. ley 8904/77?. II. A fs. 326 la actora interpuso recurso de apelación, sin fundamentar el mismo. III. A fs. 346/360 la demandada Provincia de Buenos Aires, apelo la sentencia de grado con expresión de fundamentos. IV. A fs. 384 vta, fueron recibidas las actuaciones en esta sede y a fs. 386/387 fue declarado inadmisibile el recurso de la actora y concedido el de la demandada. Efectuado el sorteo pertinente, que arrojó el siguiente orden: Saulquin - Bezzi - Echarri, el Tribunal estableció la siguiente cuestión: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? VOTACIÓN A la cuestión planteada, el Sr. Juez Jorge Augusto Saulquin dijo: 1°) Para resolver del modo indicado en los antecedentes la Sra. Jueza a quo relacionó los hitos procesales relevantes de la causa, y formuló las siguientes consideraciones: a) Que en primer lugar, dijo que correspondía abordar el análisis de las piezas probatorias aportadas a estos autos a los fines de determinar si se encontraba debidamente acreditado el hecho dañoso y, en su caso, establecer si existía responsabilidad por parte de los demandados. Y que, encontrándose cuestionada la plataforma fáctica del reclamo, la carga de la prueba le correspondía a la parte que afirma el hecho controvertido invocado como fundamento de su pretensión o defensa, la cual sería valorada de conformidad con las reglas de la sana crítica (arts. 375 y 384 CPCC). b) Que respecto al hecho dañoso, consideró acreditada la existencia del mismo a tenor de las siguientes pruebas incorporadas: i) Surgía de los propios dichos de la demandada Provincia de Buenos Aires (fs. 41 punto V) y del legajo personal agregado, que el demandado Walter Damian Tomaselli, al momento del hecho de marras, se desempeñaba como agente de la policía de la Provincia de Buenos Aires. ii) De la causa penal acompañada, y de los informes periciales incorporados en el marco de dicha investigación se advierte que: Aproximadamente tres horas después del acontecimiento, mediante los análisis pertinentes, se le detectó a Tomaselli un nivel de graduación alcohólica en sangre de 0,5 G/L, (fs. 24). Que del informe pericial balístico, obrante a fs. 36/37 surge acreditada la eficiencia del arma utilizada. Que la declaración testimonial de VANELLI, en términos generales, coincide en la descripción del actuar de Tomaselli efectuada en los escritos postulatorios de estas actuaciones. iii) Con la historia clínica del actor, se habían acreditado las lesiones sufridas por el mismo, así como la atención médica, internaciones e intervenciones quirúrgicas que requirió a raíz del disparo. c) Que luego, afirmó que valorando las pruebas aportadas al proceso, así como las actuaciones penales, cabía concluir que luce acreditada la plataforma fáctica descrita en el escrito inicial, esto es, que el día 02 de abril de 2006, siendo aproximadamente las 02:30 de la madrugada, el Sr. Gustavo Gabriel Cabanchik se encontraba en el domicilio del aquí demandado Walter Damián Tomaselli, agente de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, junto con el demandado y en compañía de Vanelli. Que Walter Tomaselli portaba el arma de fuego reglamentaria y que unos minutos antes de la hora indicada, Tomaselli abandonó la habitación donde se encontraban reunidos, para dirigirse al cuarto de baño, dejando el arma sobre la mesa. Que el Sr. Vanelli fue en busca de Tomaselli para entregarle el arma y que minutos después, el demandado entró al cuarto de cocina donde se encontraba el actor y disparó su arma reglamentaria, alcanzándole el proyectil al señor Cabanchik a la altura del tórax. Destacó, que respecto a la incidencia que las actuaciones penales pudieran tener en este reclamo indemnizatorio, tiene dicho la doctrina así como la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal Provincial, que independientemente del análisis de responsabilidad que en cada sistema se efectúe, la determinación de la forma en que ocurrieron los hechos no es revisable en sede civil (entendiéndose comprendido este fuero) una vez dictada

sentencia en sede penal (art. 1102 C. Civil).- d) Que respecto a la responsabilidad de los demandados, afirmó que encontrándose debidamente probado el hecho dañoso, se imponía ponderar la responsabilidad emergente del mismo. En ese sentido, sostuvo que en lo que respecta al demandado Walter Tomaselli, las circunstancias y los hechos acreditados develan sobradamente su negligencia en el manejo y custodia del arma que le fuera entregada en su condición de agente de policía, por lo que su responsabilidad surge clara en virtud de lo dispuesto por el art. 1109 del Código Civil. Y aclaró respecto del codemandado Tomaselli que siendo que a fs. 60 se había declarado la rebeldía, era pertinente a partir de las probanzas aportadas hacer aplicación de la presunción prevista por el art. 60 del Código Procesal Civil y Comercial. Seguidamente, analizó la responsabilidad estatal desde la órbita del art. 1113, segundo párrafo, del Código Civil. Que la responsabilidad del dueño o guardián por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, responsabilidad de la que podrá eximirse únicamente demostrando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Y que en el caso de autos, la eximente llevaba necesariamente a analizar si la conducta dañosa ha sido llevada a cabo por el agente en ejercicio de sus funciones, ya que es necesario recordar que, en el caso que nos ocupa, el demandado Tomaselli se encontraba prestando servicios cuando utilizando el arma reglamentaria disparó contra el actor. Señaló, que si para determinar la responsabilidad estatal o su eximente, se evaluara la conducta exclusivamente dentro del marco del art. 1113 CC, se debería tener en cuenta que en su última parte la norma dice que si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, éste no será responsable. Pero que resultaba importante destacar que entre los deberes y prohibiciones que el estatuto del personal de la policía impone a los agentes policiales, y no obstante la modificación introducida por decreto 1068/1995, se establece el deber de portar el arma reglamentaria sólo durante la prestación de servicio, pero seguidamente el art. 14 inc. c) impone el deber al agente policial de "utilizar, en cualquier lugar y momento, inclusive franco de servicio y cuando optare por portar el arma reglamentaria provista por la institución, el procedimiento policial correspondiente para prevenir el delito, interrumpir su ejecución o reprimir a sus autores, cómplices o encubridores?". En esos términos, dijo que si la reglamentación permite al agente de policía utilizar el arma que el Estado puso en sus manos con el fin de prevenir delitos, aún encontrándose fuera de servicio, resultaba lógico concluir que en estos casos no operará la eximente (uso de la cosa riesgosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián) porque existe un vínculo de causalidad adecuada entre el hecho dañoso del agente y el perjuicio ocasionado. Esto, ya que había sido el Estado quien colocó el arma en manos del dependiente. Posteriormente, cito amplia jurisprudencia del cívico Tribunal Nacional y de la Suprema Corte Provincial sobre el tema, concluyendo que en razón del análisis de los hechos, de la normativa aplicable, fallos y jurisprudencia citados, la Provincia de Buenos Aires era directa y objetivamente responsable de los daños ocasionados, por lo cual tiene el deber de responder. e) Que, sentada la responsabilidad de los demandados en el hecho, correspondía analizar cada uno de los daños reclamados por la parte actora: i) En relación a la incapacidad sobreviniente, dijo que era indudable que las consecuencias del disparo habían sido altamente disvaliosas para el actor, provocando no sólo una disminución de sus capacidades físicas sino también psíquicas. El hecho generó en el actor una alteración en su estado de salud psicofísica, por lo que el resarcimiento en este punto debe tener en cuenta la proyección que el daño tuvo en todas las esferas de la persona. Refirió que conforme surgía del informe pericial médico, en la actualidad el actor padece una disminución funcional consistente en una leve restricción respiratoria que importa un 20 % de incapacidad, en tanto desde el punto de vista estético debido a la cantidad de cicatrices que presenta en el tórax por los diversos tratamientos que recibió durante su internación y ante el potencial riesgo de eventraciones, adiciona un 19.8%. Y que era importante tener en cuenta que, el cuadro inicial que debió atravesar el Sr. Cabanchik revestía suma gravedad, y su recuperación, en un principio incierta, demandó alrededor de 25 días de internación, algunos de ellos en terapia intensiva. Señalo a modo de ejemplo, que según surge de las pertinentes historias clínicas agregadas en autos, que durante su internación en el Sanatorio Otamendi el paciente presentó traumatismo hepático, renal, pulmonar, diafragmático, coagulopatía y shock séptico, soportó durante 45 días drenaje abdominal, y fue sometido a tres cirugías. Además, señaló que del informe pericial psicológico se había determinado, con fundamento en la batería de tests practicados al actor y que fueran agregados por la experta como anexos a su informe, una incapacidad psíquica crónica del 10%. En virtud de ello, consideró adecuado reconocer al actor en concepto de incapacidad sobreviniente, tanto física como psíquica un total de \$ 195.000. ii) En relación al daño moral, dijo que es una afección a la esfera de los sentimientos y afectos más íntimos de la víctima, y que no requiere para su procedencia, prueba específica, desde que resulta viable por el sólo hecho de la acción antijurídica -daño "in re ipsa"- aunque correspondería al responsable del hecho dañoso acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un daño moral. Aseveró, que si bien de la descripción de los hechos y las secuelas padecidas por el actor se infiere que cualquier persona debió haberse visto íntimamente afectada, en el caso, además, se había demostrado mediante las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 149/151- que existieron momentos de angustia y zozobra vividos por el Sr. Cabanchik y su familia durante la internación. Por lo que, reconoció al actor la suma de \$ 65.000. iii) En relación a los gastos de atención médica, destacó que es jurisprudencialmente aceptado el reconocimiento de ciertas erogaciones de asistencia médica, farmacéutica y traslados, aún cuando

no se acredite puntualmente el gasto, cuya procedencia habrá de estimarse teniendo en cuenta el tipo de padecimiento, aplicando un criterio prudente y razonable. Por lo que, teniendo en cuenta esas premisas considero adecuado reconocer al actor la suma de \$ 1.500 en concepto de gastos médicos de farmacia y traslados. f) En cuanto a los intereses, dijo que los mismos tienen por finalidad compensar al acreedor la indisponibilidad del uso de su capital. Que éste es debido desde el momento en que se produjo el daño (o lo que es lo mismo, desde que el damnificado se hallaba habilitado a reclamarlo). Y que en consecuencia corresponde hacer lugar a los mismos a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires por depósitos a treinta días, tasa pasiva de acuerdo a la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia provincial, en autos C 100375, S 25/11/2009 "Quadrana, Sergio c/ Línea 54 Expreso Roca S.A. y o/s. s/ Daños y Perjuicios"; C 94859, S 9/12/2010, "Yocco, Graciela Haydeé c/ Narváez Hugo Pascual s/ Daños y Perjuicios", desestimándose en consecuencia el pedido de la actora respecto a la aplicación de la tasa activa de interés proporcionada por el Banco de la Nación Argentina. Aclaró, que la tasa de interés fijada debía liquidarse desde la fecha en que el hecho tuvo lugar -2 de abril de 2006- hasta su efectivo pago.- g) Que, expresó que el cumplimiento de la sentencia, debía efectuarse en el plazo de sesenta (60) días contados desde que quede firme la presente sentencia (Arts. 63 CCA y 163 de la Constitución Provincial).

h) Que, por último, dijo que las costas debían ser impuestas a la demandada vencida, de conformidad con lo dispuesto por el art. 51 inc. 1º CCA, modif. por la ley 14.437. 2º) Que, las críticas planteadas por la recurrente Provincia de Buenos Aires -en su apelación de fs. 724/730- pueden sintetizarse del siguiente modo: La Provincia cuestiona: a) Que el primer agravio gira entorno a la responsabilidad atribuida en la sentencia de grado. Explica, que en el caso no se da uno de los requisitos básicos que torna procedente la responsabilidad estadual, cual es que el acto dañoso fuera ejecutado en ejercicio u ocasión de la función propia del cargo, y, en segundo lugar, que no existe nexo adecuado de causalidad entre la entrega del arma y el daño que habría ocasionado al actor. Luego de analizar la evolución tanto doctrinaria como jurisprudencial de la responsabilidad de estado y, en particular, del concepto de falta de servicio y falta personal del funcionario, dijo que constituye falta personal los hechos de la vida privada del agente como resulta ser el caso que motiva el recurso. Señaló, que si bien es cierto que los actos de los empleados y funcionarios públicos deben ser imputados a la persona jurídica pública en forma directa, ello no lleva a concluir que todos los actos de estas personas corren la suerte. Es que, los actos serán imputados al ente de que se trate, en tanto se vinculen a la finalidad del actuar administrativo que corresponda y sean dictados en ejercicio de la competencia atribuida por una norma positiva concreta. Dijo, que teniendo en cuenta lo dispuesto por los arts. 43 (en su actual redacción) y el art. 1112 del Código Civil, se tornaba necesario delimitar en qué momento u ocasión un agente perteneciente a las fuerzas de seguridad se encuentra ¿en servicio? o ¿fuera de servicio?, lo que vale a decir que actos y hechos administrativos son directamente imputables a la institución policial. Que obviamente la naturaleza de la función hace que ¿el estado policial? no pueda tener horarios. Así, si bien el agente presta servicios en horas determinadas, las exigencias del cargo que detenta pueden obligarlo a actuar fuera de ellas, teniendo en cuenta esto último encuentra sentido en la obligación de portar el arma provista por la repartición en forma permanente. En ese sentido, cabía concluir que en tanto los hechos del personal policial se vinculen a las exigencias del estado detentado, ellos pueden ser considerados, cuando ocasionen perjuicios a terceros, como falta de servicios, en los demás supuestos nos hallaremos irremediamente ante una falta personal de exclusiva responsabilidad del agente. Y que en autos, no se trata de la responsabilidad prevista por el art. 1112 del Código Civil, en tanto de modo manifiesto y tal como lo han descripto las partes y el juez a quo en el proceso, la alternativa dañosa deriva de una actuación no solo ajena a su labor específica sino absolutamente opuesta al ejercicio de sus funciones, exponiéndose el caso de autos como un supuesto de responsabilidad genérica por el hecho propio en el marco del art. 1067 del C.C. Y que el autor del daño responde por las consecuencias de su conducta no como agente público sino directamente frente al tercero, por tratarse de un actuar absolutamente personal. Afirmó, que el hecho ilícito cometido por Walter Tomaselli aparece como un accionar ilícito producido de modo absolutamente ajeno a su labor o incumbencia específica como miembro de la Policía Provincial. Ello, por cuanto de las declaraciones de los testigos se desprendía que el hecho ocurrió un sábado a la noche cuando el actor, el demandado y un grupo de amigos se disponía para salir a bailar, que el Sr. Tomaselli se encontraba sin el uniforme, salía de ducharse y después de tres horas del hecho contenía 0,5 gr/l de alcohol en sangre. Posteriormente, hizo hincapié en la falta de relación de causalidad entre el hecho y las consecuencias dañosas. Dijo que la relación causal no revestía los caracteres de ser directa, inmediata y exclusiva, y más que el ejercicio de un acto de incumbencia de la función policial existía un hecho emocional que deriva en un caso criminal con consecuencias regidas por el art. 1067 del C.C. Por último, señaló que la peculiaridad del objeto -arma de fuego- hace que algunas consideraciones revistan el carácter de especiales. Por ejemplo, la obligatoria portación del arma reglamentaria no autoriza, por sí sola, el uso de ella y que diferente sería el supuesto de la entrega de un automóvil puesto que difícilmente ello no comprenda el uso. Aseveró, que ante un supuesto de falta personal en principio el agente público responde directamente ante el tercero damnificado. Cuando esa falta personal se vincule de tal forma con las funciones a su cargo, que permita denotar un funcionamiento irregular de la actividad estatal nos hallaremos ante un supuesto de

conurrencia en que el estado resultará igualmente responsable, sin perjuicio de las acciones posteriores de repetición que le correspondan. Si esta vinculación no existe, toda construcción tendiente a obligar al estado resulta injusta, que es el supuesto de autos. Y expresó, que la loable intención de sortear la insolvencia del agente para evitar que el daño causado no encuentre la debida reparación -impuesta por principios elementales de justicia-no puede conducir a responsabilizar a la administración pública ante cualquier evento. Por todo lo expuesto, señaló la improcedencia de la acción contra la Provincia de Buenos Aires. b) Que las críticas realizadas en el segundo agravio giran en torno a la suma establecida por el rubro daño moral e incapacidad sobreviniente. i) En relación al rubro daño moral, dijo que en merito a la jurisprudencia imperante monto acordado en la sentencia de grado era excesivo, por lo que solicito su morigeración. ii) En relación al rubro incapacidad sobreviniente, dijo que de la pericia psicológica se concluyo que el índice de respuestas dio una impresión clínica global dentro de lo normal, sin psicopatología, razón por la cual no correspondía considerar que haya una incapacidad sobreviniente. 3º) Efectuada la reseña de la sentencia y del recurso planteado por la accionada, cabe advertir inicialmente que, al no haber la actora fundado su recurso, se tuvo por inadmisibile el mismo por encontrarse desierto. Llega, entonces, recurrido por la accionada Provincia de Buenos Aires la responsabilidad endilgada a su parte, criticando la misma por considerar que en el caso se trata de una falta personal del demandado Tomaselli, y eventualmente, la cuantía de los montos establecidos por incapacidad sobreviniente y daño moral por considerarlos elevados. 4º) Efectuadas estas consideraciones, encuentro importante señalar que llegan firmes a esta Alzada la mecánica de los hechos, que produjeran las graves lesiones al actor. Así, de las pruebas que surgen de la causa penal 880/07 en trámite ante el Juzgado Correccional Nº5 del Departamento Judicial San Martín y de acuerdo a la plataforma fáctica establecida en la instancia de grado -la cual no fuera cuestionada por las partes- se encuentra acreditado que: "...el día 02 de abril de 2006, siendo aproximadamente las 02:30 de la madrugada, el Sr. Gustavo Gabriel Cabanchik se encontraba en el domicilio del aquí demandado Walter Damián Tomaselli, agente de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, junto con el demandado y en compañía de Vanelli. Que Walter Tomaselli portaba el arma de fuego reglamentaria y que unos minutos antes de la hora indicada, Tomaselli abandonó la habitación donde se encontraban reunidos, para dirigirse al cuarto de baño, dejando el arma sobre la mesa. Que el Sr. Vanelli fue en busca de Tomaselli para entregarle el arma y que minutos después, el demandado entró al cuarto de cocina donde se encontraba el actor y disparó su arma reglamentaria, alcanzándole el proyectil al señor Cabanchik a la altura del tórax (ver fs. 318?). Actualmente se advierte que la labor del Juez no se circunscribe a describir los hechos, sino que los "construye", en tanto realiza la definición jurídica de los mismos. Esta definición de los hechos constituye el momento más trascendente del proceso, pues es el sustrato o la base sobre la cual luego se dice el derecho; y en cuanto, "la verdad de los hechos es la condición de la justicia?". Así, entiendo que la construcción lógico- jurídica de los hechos realizada por la jueza de grado ha sido correcta, con fundamento en las probanzas obrantes en autos (conf. art. 384 del CPCC), las que llevaron posteriormente a considerar la participación del agente policial como una falta atribuible al servicio. Por lo demás, es dable destacar que resultaba necesaria la determinación de los hechos en esta acción civil, por cuanto en sede penal no se tuvieron por acreditados los acontecimientos dañosos dado el sobreseimiento dictado a fs. 329/331. Véase así que a fs. 331 vta se dice "...sobreseer a Walter Damian Tomaselli...en relación al hecho...presuntamente cometido el 2 de abril de 2006?. Ello, a contrario de lo afirmado por la jueza de grado quien destacó que los mismos no eran revisables en esta sede (conf. art. 1101, 1102 y 1003 del C.C). En este aspecto, cabe destacar que la SCBA ha dicho que la sentencia penal absolutoria ejerce una menor influencia en sede civil que la sentencia condenatoria, ya que puede entrar a considerarse la culpabilidad del imputado (o su responsabilidad objetiva) desde el ángulo civilista. Y agregó que, dicho criterio fue sostenido por esa Suprema Corte en muchas causas: "la responsabilidad penal y la civil no se confunden porque se aprecian con criterio distinto, pudiendo afirmarse la segunda aunque se haya establecido la inexistencia de la primera. Por último, señaló el Máximo Tribunal que en los casos en que la absolución opera mediando situación de duda, el juez penal debe absolver al acusado en tanto al juez civil le está permitido averiguar si medió alguna culpa a los fines de establecer la reparación al damnificado, pese a la absolución penal. El ilícito civil es una noción abierta que resulta de cualquier infracción a una norma legal, en cambio el ilícito penal responde a la nota de tipicidad, es decir, requiere una prefiguración taxativa en el Código Penal (ver voto Dr. De Lazzari, causa Ac. 79389, S. 22-VI-2001, el subrayado es propio). Ello, en tanto -sin perjuicio del sobreseimiento del demandado en sede penal atento la solución pacífica del conflicto en los términos de la ley 13.433 art. 6 y 17-, lo cierto es que el hecho materia de investigación ocurrió (disparo de bala al actor por parte del agente Tomaselli); también que si bien el Fiscal solicitó el sobreseimiento por la solución del conflicto entre imputado-victima, no existe controversia en cuanto a que el proceder del Sr. Tomaselli fue la causante directa incidencia en las graves lesiones sufridas por el actor. 5º) Establecidos la secuencia de los hechos objeto de litis, corresponde ahora determinar en atención al agravio planteado por el letrado apoderado de Fiscalía de Estado, si la conducta desarrollada por el agente Tomaselli constituye una falta personal, o si por contrario es una falta atribuible al servicio tal como lo sostiene la jueza de grado. Cabe reparar que en el caso de autos se debate la responsabilidad estatal endilgada a la

Provincia de Buenos Aires, con motivo de los daños sufridos por el actor -Gustavo Ariel Cabanchik- a causa del disparo recibido proveniente del arma del agente de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, Sr. Walter Tomaselli. Seguidamente, a fin de analizar tal planteo, resulta pertinente reseñar algunos aspectos de la responsabilidad del Estado por los daños causados a terceros, por la actuación u omisión de cualquiera de sus poderes constituidos y los presupuestos o requisitos para su configuración y sus alcances. Así, tanto el origen de su reconocimiento, como la ulterior evolución de los alcances y los presupuestos necesarios para tenerla por configurada, han sido construcción jurisprudencial pretoriana, vinculada a la consolidación del Estado de Derecho, en tanto se vincula a la demandabilidad del mismo. Inicialmente, a partir de su reconocimiento en las causas ?Devoto? (1933) y ?Ferrocarril Oeste? (1938) fue considerada como responsabilidad indirecta. Es a partir de la causa ?Vadell, Jorge F. c/ Provincia de Buenos Aires? (1984) que la Corte Suprema sostiene la configuración de una responsabilidad directa, al considerar que: ?La actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas?. ?La idea objetiva de la responsabilidad del Estado por falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del Art. 1112 del Cód. Civil?, no requiriendo recurrir al Art. 1113?. Asimismo, y ahora con sustento en la cláusula constitucional se reconoce la responsabilidad del Estado por omisión, comprendida asimismo en el Art. 1112, norma de derecho público contenida en el Código Civil (cfr. entre otra autorizada doctrina: MARIENHOFF, Miguel, ?Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del Derecho Público?, Edit. Abeledo-Perrot, 1996; CASSAGNE, Juan Carlos ?La responsabilidad extracontractual del Estado en la Jurisprudencia de la Corte?, EL DERECHO, t. 114, p. 217-; ?Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema?, RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL FUNCIONARIO PUBLICO, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Edit. Ciencias de la Administración, pags. 29 y ss. GORDILLO, Agustín A., TEORIA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, Inst. de Estudios de Adm. Local, Madrid, 1984, ps. 777 y ss.; ARANA RODRIGUEZ MUÑOZ, Jaime ?Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública EL DERECHO, 28-6-2002, ?...los daños los causan los servicios públicos como consecuencia de la conducta humana?; NIETO, Alejandro, ?LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION Y EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO?; RAP n° 37, p. 73). Por otra parte, cabe distinguir, y la doctrina y la jurisprudencia lo hacen, entre la responsabilidad estatal derivada del ?Estado- Administrador?, del ?Estado-Legislador? y del ?Estado-Juez? (Cfr. Marienhoff, Miguel S., Op. Cit., T IV, p. 703) es decir, según que dicha responsabilidad sea originada en la actuación u omisión en el marco de la función administrativa, legislativa o reglamentaria, o finalmente judicial (ver esta Cámara in re: causa N° 1.588/09, caratulada ?González, Domingo Manuel c/ Estado Provincial s/ Pretensión Indemnizatoria?, sentencia del 30 de abril de 2.009; causa N° 2.374/10, caratulada ?Giacopazzi, Jorge A. y otros c/ Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios?, sentencia del 10 de febrero de 2.011). El caso que nos ocupa se encuadra en la responsabilidad del Estado-Administrador, sobre la base de la falta cometida por el subordinado agente Tomaselli, dependiente de las fuerzas policiales. Aparecen reunidos en la causa los requisitos para que se genere la responsabilidad del Estado provincial, en tanto, quien contrae la obligación de prestar un servicio -en el caso de policía de seguridad- 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 su ejecución irregular (cfr. art. 1112 del Código Civil). En tal contexto, cabe tener presente que, en materia de prueba, rige para el Juez el principio de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica - cfr. art. 384 C.P.C.C. -, es decir aquellas reglas ?que son aconsejadas por el buen sentido aplicado con recto criterio, extraídas de la lógica, basadas en la ciencia, en la experiencia, y en la observación para discernir lo verdadero de lo falso? (cfr. SCBA, Ac. y Sent., 1959, V.IV, p. 587). Además, debo señalar que en materia de prueba el juzgador tiene un amplio margen de apreciación, por lo que puede inclinarse por lo que le merece mayor fe en concordancia con los demás elementos de mérito que puedan obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado. No está obligado, por ende, a seguir a las partes en todas las argumentaciones que se le presenten, ni a examinar cada una de las probanzas aportadas a la causa, sino sólo las pertinentes para resolver lo planteado (CSJN Fallos 258:304; 262:222; 272:225; 278:271 y 291:390, entre otros). 6°) Sobre dicha base, reitero, el thema decidendum traído a esta Alzada es determinar si tal como sostiene la representación legal de la Provincia de Buenos Aires, la actuación del agente Tomaselli que fuera la causante del daño al actor debe ser enmarcada como falta personal, o si en su defecto confirmar lo expresado por la a quo que entendió que la misma era una falta endilgada al servicio. Advierto, que en el caso, el carácter de funcionario público del personal policial -agente Tomaselli- no fue controvertido, ya que ese carácter lo tiene por la existencia de una relación de empleo público, sin que sea determinante para su configuración la retribución, la permanencia prolongada en el cargo, la fuente de la designación o la distinción jerárquica (cfr. SCBA, Ac. 84389, S. 27-IV-2005). En tal sentido, observo que, en autos, ha quedado acreditada la ?falta de servicio? de la policía Provincial, advirtiéndose ello ante el uso de un arma de fuego sin que se presenten las circunstancias autorizantes al efecto,

omitiendo el deber primario y sustancial de cuidar de la vida de los ciudadanos. Destaco, entonces, que el planteo de responsabilidad del Estado por falta de servicio o irregular cumplimiento de un servicio público o esencial del Estado encuentra fundamento en el artículo 1112 del Código Civil, resultando de directa aplicación por tratarse de una norma de derecho público contenida en el Código Civil (en este sentido, esta Cámara in re: ?Espinoza?, expte. 937/2007, S. 4-IX-2007). 7º) Bajo tales parámetros, como he mencionado, no conmueven los argumentos vertidos por la demandada, en cuanto a que al momento del hecho, el agente Tomaselli se encontraba ?fuera de servicio? y que ?constituyen falta personal los hechos de la vida privada del agente?. Cabe recordar que sobre el punto, que la jurisprudencia ha expuesto: ?respecto de la pretendida falta de responsabilidad invocada con fundamento en que el agente se encontraba franco de servicio, debe advertirse que, de conformidad con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la circunstancia de que, al momento de cometer el hecho, el entonces agente no estuviera en cumplimiento de funciones, no resulta suficiente para excluir la responsabilidad del Estado como, asimismo, que si bien el acto imputado no fue realizado dentro de los límites específicos de la función propia del cargo, no hay duda de que encontró fundamento en aquélla, toda vez que sólo fue posible en la medida en que derivó de sus exigencias. Al respecto, cabe poner de resalto que el Alto Tribunal tiene dicho que es suficiente que la función desempeñada haya dado la ocasión para cometer el acto dañoso para que surja la responsabilidad del Estado, toda vez que el hecho no se habría producido de no haberse suministrado al agente el arma en cuestión y, que en tal sentido, se observa que la función guardó conexidad con el hecho dañoso (Fallos 327:5295 y 317:1006)? (Cámara Nac. de Apel. en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, in re ?Sayago, Horacio A. v. Estado Nacional -Policía Federal Argentina- y otro?, del 11/10/2007). Por otro lado, y más allá de que el entonces agente Tomaselli haya tenido -o no- la obligación de portar el arma reglamentaria cuando estaba franco de servicio, cabe observar que la doctrina sentada en la materia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, concluye en que: ?si los agentes policiales están obligados a actuar en cualquier momento a fin de prevenir la comisión de delitos que pongan en peligro la seguridad de la población, y en su consecuencia, a portar el arma -más allá de que tal portación haya sido regulada como un derecho o una obligación- resulta lógico admitir que los perjuicios que de ello deriven sean soportados por la colectividad en general y no sólo por los damnificados, ya que si tal protección pública genera riesgos, lo más justo es que esos riesgos sean soportados por quienes se benefician con ella (Fallos 327:5295 y 317:1006)?. (Ver ?Sayago?, ya citado). Por su parte, la SCBA expresó que: ?El ejercicio del poder de policía de seguridad estatal impone a sus agentes la preparación técnica y psíquica adecuada para preservar racionalmente la integridad física de los miembros de la sociedad y sus bienes (arts. 512 y 902 del C.C.), siendo que ningún deber es más primario y sustancial para el Estado que el cuidar de la vida y de la seguridad de los gobernados, y si para llenar esas funciones se ha valido de agentes o elementos que resultan de una peligrosidad o ineptitud manifiesta, las consecuencias de la mala elección, sea o no excusable, deben recaer sobre la entidad pública que la ha realizado?. En el mismo precedente, se sostuvo que: ?En supuestos en que se debate la responsabilidad estatal por el hecho perpetrado por un agente policial, por razones subjetivas, en franco de servicio y sin desempeñar tarea específica vinculada con su función policial mediante el uso del arma reglamentaria entregada por la repartición, debe ponderarse que la culpa en la elección o control del agente ha de gravitar sobre el Estado porque es reglamentación que de éste emana la que permitió armar de manera permanente el brazo de un subordinado y con ello generar la ocasión para provocar daños?. (Ver SCBA, C 91574 S 14-11-2007, Juez SORIA (OP) in re ??Espinoza, Juan Carlos c/ Policía de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios?, con cita de C.S.J.N. causa C.1456.XXXVI, sent. de 24XI2004, in re "Cossio, S. Contra Policía Federal y otro"). 8º) Bajo tales parámetros, estimo que aparecen reunidos en la causa los requisitos para que se genere la responsabilidad del Estado provincial, ante la falta de servicio acreditada, pues el Sr. Tomaselli actuó sin el cuidado por la vida exigido, manipulando el arma de fuego que le fue otorgada en virtud de su función policial, con la cual posteriormente se realizara el disparo que causara los graves daños en el actor (conf. esta Cámara in re: ?Umeres?, expte. 3616/2013, S. 4-IX-2007) . Por último, de acuerdo a los fundamentos aquí expresados, se encuentra debidamente acreditado el nexo de causalidad, razón por la que el agravio en análisis, planteado por la demandada, no prospera. 9º) Sentado ello, corresponde analizar los agravios esgrimidos por la parte demandada con respecto a la cuantía indemnizatoria ordenada por la magistrada de grado a favor del accionante. Por una cuestión de orden metodológica, procederé a examinar en primer término, el agravio relativo al rubro incapacidad sobreviniente, para luego analizar la suma establecida por daño moral. Dicho esto, corresponde señalar que conforme a la doctrina de esta alzada en autos ?Reale? (causa N° 1.725, sentencia del 22 de septiembre de 2.009, entre otros) los porcentajes de incapacidad deben ponderarse en atención al carácter de incapacidades polifuncionales y al principio de incapacidad restante. Es que dichos porcentajes no deben ni pueden sumarse, sino que corresponde su ponderación en atención a tratarse de incapacidades polifuncionales, teniendo en cuenta aquél principio aplicable en la materia, y las fórmulas usuales para la determinación de la misma - cfr. Basile, Alejandro, Defilippis Novoa, Enrique y González, Orlando, ?Medicina Legal del Trabajo y Seguridad Social?, Ed. Abaco, pág. 291 y ss.-. En ese sentido, la jurisprudencia ha dicho que ?En los casos en que concurren varios porcentajes que informan menoscabos en diversos aspectos de la persona, no se suman sino que se

van calculando sobre la capacidad residual que los anteriores han determinado? (causa ?Frías, Berta del Carmen v. Mansilla, Luis A. y otro s/ Daños y perjuicios? RSD 14-3 S 29/9/2003, JUBA y causa ?Saravia, Marcela R. v. Costa, Adrián O. y otros s/ Daños y Perjuicios?, causa N° 573/1, C. Civil y Comercial. La matanza. Sala I, sentencia del 19 de diciembre de 2.006). En relación a las lesiones sufridas por el Sr. Cabanchik, el perito médico dijo a fs. 263/269 que ?...en el caso de autos el actor recibió una herida por arma de fuego en la región esternal cercana al xifoides que provocó un shock hipovolémico por la hemorragia interna de tórax y abdomen por lo que fue inmediatamente operado y controlada parcialmente la hemorragia, para pocas horas después reoperarlo para terminar de controlar la hemorragia y reparar los daños ocasionados por el proyectil. El diafragma y riñón fueron reparados con una sutura, el hemotórax con avenamiento y el hígado con una lobectomía hepática derecha (el hígado tiene 2 lóbulos, derecho e izquierdo siendo el primero el de mayor volumen). La secuela torácica actual es una leve restricción respiratoria con disnea funcional clase I que le genera una incapacidad del 6%, mientras que la hepatectomía (aún cuando el hígado se ha regenerado volumétrica y funcionalmente) le genera una incapacidad de 20 %, debiéndose considerar además 20 % (5 por toracotomía, 5+5+5 por laparotomías) por el daño estético secundario a las cicatrices quirúrgicas, la hipostesia y el potencial riesgo de eventraciones en el hemiabdomen derecho, de acuerdo al baremo de Altube y Rinaldi?. Finalmente en las conclusiones dijo que ?...de lo antes expuesto podemos concluir que en 2006 el actor sufrió una herida de arma de fuego con compromiso tóracoabdominal que requirió de 3 cirugías para control del daño causado por el proyectil, internación prolongada y complicaciones (sepsis, tromboflebitis) que de acuerdo al cálculo de la capacidad restante le generan una incapacidad parcial y permanente de 39.8 %?. En relación a la incapacidad psicológica, sobre este aspecto la perito psicóloga Valdez a fs. 213/216 estableció, que según el baremo de los Dres. M. Castex y D. Silva de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires de octubre de 2005, se establece diagnostico de trastorno por estrés postraumático, en estado leve y que el grado de incapacidad se establece en un 10 %, y que las alteraciones son de tipo crónico por haber durado más de 3 meses. En tal orden de ideas, la incapacidad sobrevenida acreditada para el Sr. Gustavo Gabriel Cabanchik es del 45,82%, ponderando lo establecido por el perito médico Reichman (39.8 %) y la perito psicóloga Valdez (10 %). Dicho ello, he de recordar que esta cámara ha señalado que la cuantificación de las lesiones mediante los baremos o tablas de discapacidad, elaborados muchas de ellas para el fuero laboral, responden a un sistema tarifado que se desentiende de la restitución integral. Aquí, más que la lesión en sí, son sus secuelas discapacitantes las que se toman en cuenta en tanto son ellas las que generan limitaciones en la capacidad de la víctima, siendo estas limitaciones las que se traducen en un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria (arts. 1068 Cod. Civ., cfr. Cam. Apel. Civ. y Com. Dptal. Sala II, c. 49571, 19-06-2001, y esta Cámara en causa n° 1216, ?Wajzman?, del 28/8/08). Además, que en materia civil la incapacidad no se determina en función de baremos de aplicación matemática, sino en razón de la índole de las lesiones y sus secuelas, y de la incidencia discapacitante que ellas tienen en la situación personal y concreta de la víctima, atendiendo al principio de reparación integral que gobierna la materia de daños (arts. 1067, 1068, 1075, 1083 y cctes. Del Cod. Civ.). Así el grado de incapacidad sólo juega aquí como pauta de referencia pero no determinante de la indemnización (cfr. Cámara y Sala citada, causa n° 40020, 18-08-96, y esta Cámara en causa n° 1216, ?Wajzman?, del 28/8/08, entre otras). Ello así, ponderando las circunstancias personales del actor, hombre de 24 años al momento del hecho dañoso, que ha causa del disparo recibido en su tórax permaneció internado en el Sanatorio Otamendi por 25 días, de los cuales la mitad fueron en terapia intensiva a causa de la gravedad de las lesiones. Que tuvo que ser intervenido quirúrgicamente en tres oportunidades, por lo que teniendo en cuenta la integridad del individuo, el plano social, familiar, y siendo que los montos quedan librados al arbitrio judicial y sujetos a equidad, por el tipo de lesiones y sus secuelas, corresponde hacer lugar al agravio de la demandada y reducir por este rubro (daño físico y psicológico) a la suma de pesos ciento sesenta mil (\$ 160.000). 10°) Seguidamente, corresponde efectuar el análisis del rubro ?daño moral?, por cuanto se agravia la demandada, quien lo considera alto, remitiendo a jurisprudencia y sosteniendo que para su justiprecio debe recurrirse a las circunstancias sociales, económicas y familiares de la víctima y de los reclamantes, porque la indemnización no puede llegar a enriquecer al reclamante. Sentado lo expuesto, y a fin de revisar el monto establecido, diré que el daño moral se configura por el conjunto de sufrimientos, padeceres de orden espiritual y angustias causadas por el ilícito, encontrando su cauce legal en el art. 1078 del C. Civil (cfm. C. Civ. y Com. San Martín, causas n° 48469, 48402, 49269, 53459, y este Tribunal en causa n°64/04, ?Bogado?, del 3/4/08, entre otras), su carácter es resarcitorio y no sancionatorio; asimismo, que: ?La fijación de sumas indemnizatorias en concepto de daño moral no está sujeta a reglas fijas. Su reconocimiento y cuantía depende -en principio- del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión? (SCBA, C 85381 S 7-5-2008, ?Valentín, Norma B. y González, Juan C. c/ Durisotti, Rodolfo; Hospital Municipal y Municipalidad de Daireaux s/ Daños y perjuicios?, y esta Cámara en la causa N° 1630/09, ?Spinelli?, del 6/10/09, entre otras). En tal sentido, considero que lo expuesto originó sufrimientos espirituales que tuvo que soportar a causa de la herida sufrida por el disparo del arma de fuego del demandado, que de las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 149/150 (Perazzi), fs. 151 (Lampuri) y 152/153 (Pace) son coincidentes en la gravedad de las lesiones que influyeron en forma negativa en el

desarrollo de las actividades físicas que realizaba en forma habitual con anterioridad al hecho. También valoro, que las lesiones sufridas han dejado varias cicatrices (torax de 23 cm de longitud por 2cm de ancho y en abdomen de 22 cm por 2 cm) las que afectan en forma definitiva su aspecto físico. Bajo tales parámetros, considero relevante destacar que: ¿La fijación de sumas indemnizatorias en concepto de daño moral no está sujeta a reglas fijas. Su reconocimiento y cuantía depende - en principio - del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión? (SCBA, C 85.381, sentencia del 7 de mayo de 2.008, ¿Valentín, Norma B. y González, Juan C. c/ Durisotti, Rodolfo; Hospital Municipal y Municipalidad de Daireaux s/ Daños y perjuicios?, y esta Cámara en la causa N° 1.630/09, ¿Spinelli?, del 6 de octubre de 2.009, entre otras). Así, teniendo en cuenta que el accionante sufrió a raíz del hecho un impacto de bala en su torax, lesiones traumáticas que originaron dolor, molesto tratamiento, daño estético e incapacidad permanente, circunstancias que denotan los sufrimientos e incomodidades que hubieron de soportar, estimo que la traducción económica del aludido quebranto dispuesta en la sentencia apelada refleja los sufrimientos espirituales que a los reclamantes debió haberle provocado el evento dañoso (arts. 1078 Cod. Civ. y art. 165 del CPCC), por lo que propicio mantener la suma establecida. 11°) Por todo lo expuesto, propongo a mis distinguidos colegas: 1°) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada -solamente en cuanto la disminución del rubro incapacidad sobreviniente conforme considerando 10°) - y, en consecuencia, confirmar el resto de la sentencia en cuanto ha sido materia de agravio. 2°) Imponer las costas de esta instancia a la demandada en su calidad de vencida sustancial (art. 51 CCA, texto según ley 14437) y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 decreto ley 8904). ASÍ LO VOTO. La Sra. Jueza Ana María Bezzi y el Sr. Juez Hugo Jorge Echarri, por idénticos fundamentos, adhieren al voto precedente; con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente: SENTENCIA En virtud del resultado del Acuerdo que antecede el Tribunal RESUELVE: 1°) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada -solamente en cuanto la disminución del rubro incapacidad sobreviniente conforme considerando 10°) - y, en consecuencia, confirmar el resto de la sentencia en cuanto ha sido materia de agravio. 2°) Imponer las costas de esta instancia a la demandada en su calidad de vencida sustancial (art. 51 CCA, texto según ley 14437) y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 decreto ley 8904). Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. 008271E