

Expte: 52.234

Fojas: 997

En Mendoza, a los diecinueve días de febrero del dos mil dieciocho, reunidos en la Sala de Acuerdo, los Sres. Jueces de esta Excma. Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, trajeron a deliberar para resolver en definitiva los autos N° 250.469/52.334 caratulados “MONTUELLE MASMOUK ENRIQUE HUGO C/ PROVINCIA DE MENDOZA p/ D Y P”, originarios del Gejuas n° 1, de la Primera Circunscripción Judicial, venidos a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 943 contra la sentencia de fs. 930/42.

Llegados los autos al Tribunal, se ordenó expresar agravios al apelante, lo que se llevó a cabo a fs. 952/7, quedando los autos en estado de resolver a fs. 996.

Practicado el sorteo de ley, quedó establecido el siguiente orden de estudio: Dres. COLOTTO, MASTRASCUSA y MARQUEZ LAMENA.

En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del C.P.C., se plantearon las siguientes cuestiones a resolver.

PRIMERA CUESTION:

¿Es nula la sentencia apelada?

SEGUNDA CUESTIÓN:

¿Es justa la sentencia apelada?

TERCERA CUESTION:

Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTION EL DR. COLOTTO DIJO:

1º) La sentencia de primera instancia glosada a fs. 930/42 rechazó la acción resarcitoria promovida por Enrique Hugo Montuelle Masmouk en contra del Gobierno de la Provincia de Mendoza e impuso costas.

2º) El decisorio fue recurrido por la actora, manifestando disconformidad con el fallo apelado.

Luego de relatar los antecedentes del caso como el fallo apelado, se agravia manifestando la omisión absoluta de considerar la responsabilidad del Estado en el marco de la reforma constitucional de 1994 la que ha incorporado los Tratados de Derechos Humanos integrando el bloque constitucional. Que no ha esbozado la evaluación de la doctrina de la falta de servicio y esta no puede verse a la luz del derecho privado, puesto que no resiste la adecuación a la convencionalidad.

La sentencia viola los arts. 18 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, siendo nula por incumplir con el art. 31 CN al contar los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

En el segundo agravio destaca que la sentencia omite deliberadamente la situación del lugar donde se encuentra Montuelle cumpliendo la condena, a la cual describe, manifestando que este carece de condiciones mínimas de un establecimiento penal que da cuenta la prueba de Amnistía Internacional, resultando un ataque directo a la dignidad del mismo y violando el Derecho de los Tratados.

En el tercer agravio indica la omisión de de la nueva prueba agregada de la Cárcel de Mendoza en donde se ha indicado por Amnistía Internacional que se habla de hacinamiento y torturas, omitiéndose valorar el ambiente carcelario.

Como cuarto agravio indica la equivocada interpretación de la relación causal que hace la sentencia, la que se relaciona con el estándar de previsibilidad , invocándose erróneamente el caso Mosca de la CSJN, puesto que este hace referencia a una situación diferente ocurrido en un estadio de fútbol, se refiere al poder de policía que señala la corte y esto es distinto, es una cárcel donde se encuentra Alejandro y las omisiones o mandatos expresado determinados se pueden identificase con una falta de servicio por parte del Estado.

Fija que el servicio de seguridad es diferente dentro del claustro penitenciario a un estadio de fútbol y el inferior se ha equivocado, argumenta en su perjuicio, que invoca jurisprudencia provincial que le resulta contraria a sus motivaciones. El fallo invocado es claro si la reyerta se produce dentro del establecimiento penal, el deber de seguridad del Estado es total y hace nacer la responsabilidad de éste por falta de custodia y vigilancia para dar seguridad a las personas allí detenidas.

En el quinto agravio (4° en el recurso) menciona la responsabilidad de la víctima como eximente, calificando como un dislate del inferior. Menciona que ha fallado extra petita puesto que funda la sentencia en la culpa de la propia víctima y la demandada ni la Fiscalía de Estado plantearon ella, debiendo declararse nula.

En relación al autoflagelo no está analizado por el a quo, interrogándose como pudo ser esta el productor causal de su propio daño, que se remonta a condiciones anteriores, omitiendo toda consideración del Estado de controlar a los reclusos en el penal.

Es la propia sentencia la que acude a la víctima pero no a un análisis ponderado de causalidad objetiva y si el recluso se autoflagelaba no están acreditado los hechos y aún están prescriptos, puesto que este aparece por lo vertido por este en la pericia psiquiátrica y además las sanciones se registran en los primeros meses del 2004.

Agrega que el juez no considera, por que no le conviene citar los otros dichos de Montuelle que vive en una “jaulita” desde hace varios años.

Que debe observarse que la pericia psiquiátrica narra que se trata de una patología actual se asienta en respuesta a trece años de encierro, debiendo ponderarse que el recurrente no está en sus cabales psíquicos normales.

Agrega que omite el inferior considerar que no puede utilizar la declaración en contra de sí mismo por ser nulo.

El siguiente agravio se refiere a los antecedentes del recurrente en el que el juez los utilizar en su contra cuando estos están prescriptos. Dice que para fundamentarse se base en los antecedentes penales, en sus condenas por varios delitos, a la cantidad de sanciones y condenas recibidas, agregando los informes médicos de adicción a drogarse, por lo que el juez llega a la conclusión que “nunca se adaptó al régimen penitenciario” lo que critica puesto que una cosa son tales adicciones o estado psicológico y otra son las lesiones físicas sufridas y ellas son consecuencia del obrar omisivo del Estado, no teniendo antecedentes valor jurídico alguno y peor aún es que aún así tiene derecho a tener un trato digno y un establecimiento carcelario sospechado e incriminado por Amnistía Internacional por ser carente de todo contralor de seguridad, sanidad y ambiente.

Indica la falta de cuidado y atención médica del personal penitenciario, agregando que la sentencia sostiene que el recurrente Montuelle no probó quiénes fueron los que causaron las heridas al recurrente para terminar perdiendo el bazo.

Entiende que hay responsabilidad colectiva o anónima, puesto que el actor no podía causarse su propio daño y que los demás puedan causar este tipo de lesiones graves. Agrega que no existieron custodios penitenciarios en el lugar del hecho a pesar de haberse perpetrado en el establecimiento carcelario y no fuera de él como señala el inferior apelando al fallo Mosca.

A tal punto llega que la sentencia hace referencia a “efectos no deseados” de los propios antecedentes del recurrente, pero de sus homicidios el actor paga su condena y no puede dejar de ser librado a su propia suerte con relación al resto de reclusos y sin control alguno.

En el sexto agravio indica en referencia a la riña entre reclusos tratándose de un hecho de la víctima y no es culpa de la víctima, cosa que es distinta. Que no puede ni por los antecedentes que el mismo se podía autolesionar acudiendo el inferior a la referida eximente.

Dice que se omite la obligación estatal de respetar y hacer respetar las garantías y derechos, puesto es deber del Estado prevenir las violaciones de derechos humanos, generar un ambiente normal para los reclusos y no un campo de concentración, debiendo proporcionar recursos jurídicos y reparación a las víctimas hechos que no trasunta la sentencia.

Manifiesta también que se omite considerar las pericias médicas que destacan la incapacidad que sufre el actor por su sistema inmunológico desprotegido, no conteniendo en relación a ello manifestación alguna.

Aduce por último una interpretación errónea de la pericia psiquiátrica, puesto que este no tiene derecho a preguntarse cuáles han sido los beneficios que le ha traído autolesionarse, participar en riñas o matar a reclusos, destacando también la utilidad que para el juez establece el sistema carcelario para Montuelle y la causa y que no se trata de una consecuencia que no puede desentenderse.

Reitera que el recurrente no está pagando sus culpas, pero no tiene porqué el juez perder el equilibrio, máxime cuando se trata de un ser humano, considerando al recurrente no como una persona, sino alguien que por sus faltas ha dejado de ser humano y se ha transformado en cosa.

3°) A fs.959/65 contesta el traslado conferido el Gobierno de Mendoza, haciendo lo propio a fs. 976/80 Fiscalía de Estado, quedando luego en estado de resolver.

4°) Recurso de nulidad:

La parte actora solicitó de declaración de nulidad de la sentencia al haberse destacado como fundamento de la misma la arbitrariedad y voluntarismo en dicho fallo y en especial que ha omitido aplicar los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional que conforme a la Constitución Nacional integran el bloque normativo. Así también dice que ha fallado extra petita puesto que funda la sentencia en la culpa de la propia víctima y ni la demandada ni la Fiscalía de Estado plantearon ella.

El art. 133 inc. IV, del C.P.C. establece que el recurso de apelación comprende los agravios ocasionados por defectos en el procedimiento, no convalidados, o en la sentencia.

Este Tribunal siguiendo a Podetti ha señalado reiteradamente que son muy escasos los defectos de contenido de la sentencia que no pueden ser subsanados por la apelación y que requieren la declaración de nulidad de la misma. Así, sólo permiten tal remedio extremo, en el caso de las omisiones, las de pronunciamiento cuando son graves y las de fundamentación sólo cuando son totales. En el caso de las extralimitaciones del decisorio sólo cuando se trata de cuestiones no planteadas, o de cuestiones planteadas extemporáneamente. Finalmente puede declararse la nulidad cuando existe cambio o errónea calificación de las cuestiones litigiosas, pues evidentemente el pronunciamiento versa sobre una cuestión ajena a la litis y por ende es extra petita.

Todos los demás defectos de contenido no merecen la declaración de nulidad, pues en todo caso, afectarán la justicia del pronunciamiento y por ello Podetti enseña que en principio resulta natural que se omita la invalidación, debiendo restituirse la justicia mediante la revocación o modificación del pronunciamiento defectuoso. (Podetti, Ramiro, "T. de los recursos", pag. 241, Bs. As. 1958).

Este por lo demás, es el criterio que también sustenta el Dr. LINO E. PALACIO en "Manual de Derecho Procesal Civil", 6º ed. 1986, Tº II, ps 95 / 96, ap. – b) al señalar que el Recurso de Nulidad es admisible: "... si se pronuncia- la sentencia – sobre cuestiones no debatidas en el proceso, o excede los límites de lo reclamado en la demanda o reconvención. Por consiguiente, el objeto del Recurso de Nulidad, no consiste en obtener la revisión de un pronunciamiento judicial que se estima injusto (error in iudicando), sino lograr la rescisión o invalidación de una sentencia por haberse dictado sin sujeción a los requisitos de lugar, tiempo y forma prescriptos por la ley. De ahí que no constituyan materia del Recurso de Nulidad, los agravios que hacen a la cuestión de fondo debatidas, como son por ejemplo, los relativos a la errónea aplicación del derecho o valoración de pruebas ...", ya que estas pueden y deben ser revisadas y comprendidas en la "appellatio", razón por la cual no debe declararse la nulidad del fallo (ver L.S. 64-46; 69- 193 ; 91- 43 ; 94-200; 97-81 , entre varios mas).

Por ello es menester recordar que la sentencia judicial necesita legitimarse en algo más que en un mero hecho de fuerza, dado que el derecho no es solamente voluntad o poder, sino también – y principalmente – justicia. De ahí que la sentencia tenga que mostrar que sigue principios de justicia, y la manera de verificar la conformidad de ella con tales pautas axiológicas es, precisamente, mostrando los fallos el porqué se dictan (Conf. WERNER GOLDSCHMIDT "Justicia en democracia", Rev. La Ley 87-384). Dicho en otros términos, la motivación responde a la necesidad de justificar la razonabilidad del mandato judicial, es fuente de justificación de la sentencia (Conf. NESTOR PEDRO SAGUES "El recaudo de la

fundamentación como condición de la sentencia constitucional “en Rev. E.D. 97 – 943).

A tal punto es así que en jurisprudencia del Superior Tribunal de la Provincia “ La tacha de arbitrariedad requiere que se invoque y demuestre la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial , consistentes en razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios , apartamiento palmario de las circunstancias del proceso , omisión de considerar hechos y pruebas decisivas , o carencia absoluta de fundamentación “ (Sup. Corte Mza , Sala I , L.S. 188 – 311 y 446 ; 190 -161 ; 194- 279 ; 195-465 ; 196 -446 , 198- 257 , entre varios mas).

A ello debe agregarse que si bien el Juez puede en el mejor de los casos, suplir el derecho en virtud del principio “ iura novit curia” , no le es permitido suplir la deficiencia en el planteo de la acción , ni por medio de la “apreciación” deducir lo que se reclama . Es función propia de los partes, cumplir seriamente con los recaudos necesarios para dejar clara y legalmente planteados sus exigencias.

Lo expuesto adquiere trascendencia ya que la base de todo litigio son los hechos y no el derecho , pues en la mayoría de los casos se discute lo que ha ocurrido y como ha ocurrido (SENTIS MELENDO “ Fijación de los términos de la controversia en el proceso civil argentino “ en Rev. del Colegio de Abogados de La Plata , N° 13 , pág. 48); y que son los hechos cuando son respetados a través de la tarea de interpretación , y cardinalmente de evaluación de la prueba , los que en verdad gobiernan la solución jurídica (MORELLO A.M “ Prueba : incongruencia , defensa de juicio “ , pág. 15) . De ahí la importancia que reviste la contestación de la demanda al trabarse la litis pues se cierra el ciclo introductivo de la instancia quedando fijadas las respectivas posiciones que adoptaron , el actor en la demanda y él o los demandados en la contestación, y sobre los cuales el Juez deberá expedirse respetando dos principios procesales básicos : el de preclusión (representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva

mediante la clausura de cada una de ellas , impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados – art. 62 del C.P.C.- pues de lo contrario se violaría el principio constitucional de la defensa en juicio); y de congruencia entendiendo por tal la conformidad que debe existir entre lo demandado y lo resistido por las partes , por un lado , y la sentencia del juzgador , por el otro .De tal modo que la sentencia deba recaer , exclusiva y necesariamente , sobre los hechos que proceden de la demanda y su contestación , “ ... delimitando así el thema decidendum del Juez ... con indudable trascendencia constitucional , pues implica el principio de inviolabilidad de la defensa en juicio ...” (Conf. ALVARADO VELLOSO en “Estudio Jurisprudencial “ , tº II ps. 844 / 845).

Por último el sentenciante debe formar su convicción, conforme a las pruebas rendidas en autos, dentro de las exigencias de la sana crítica. Si bien es cierto que para conformar esta, no debe expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, si debe hacerlo con aquellas que fueron esenciales y decisivas para el fallo de la causa , siendo estas últimas las que conforman la “ sana critica “ a la que alude el art. 207 del C.P.C. . Es decir las normas de criterio sustentadas exclusivamente en la lógica, entendimiento y conciencia de los jueces encargados de discernir lo verdadero de lo falso y de la cual, anticipo luego extenderé su tratamiento.

En el caso de autos no es ajustada a derecho la pretensión nulificatoria, puesto que y en cuanto a la aplicación de las normas que corresponden al caso planteado o en su caso la invocación jurisprudencial sobre la que se sustenta el fallo apelado no puede constituirse en causal como para declarar la nulidad de la sentencia en crisis.

Por otra parte el hecho de denunciarse que la sentencia ha fallado de manera extra petita supone verificar si las partes al momento de la traba de la litis invocaron la eximente sobre la que entiende el a quo se sustenta la desestimación de la demanda, advirtiéndose en varios pasajes de la contestación de la demanda por parte del

Gobierno Provincial no solo la dificultad que le acarrea el cuidado del actor dentro del establecimiento carcelario sino la violación que éste realiza de dicho régimen, a los actos libres que realizan los penados para agravar la responsabilidad del Estado, la patología de base que sufre el actor y que deliberadamente infringe la ley resultando lesionado, lo que resulta en la evidencia asimilable a la invocación de la eximente por parte del juez al momento de evaluar la conducta del actor frente al hecho objeto de la litis.

Por consiguiente no resulta admisible la pretensión nulificatoria sin perjuicio del análisis del contenido de la misma a la luz de los agravios planteados, lo que se desarrollará en los siguientes acápite.

Voto a la PRIMERA CUESTIÓN por la negativa.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. COLOTTO DIJO:

5°) He tenido la oportunidad de resolver en otros juicios de responsabilidad en contra del Estado Provincial en relación a hechos de violencia producidos dentro del penal mendocino y en lo cual he sustentado su admisión en base a los siguientes postulados (v.g. n° 50.265 B., R. S. vs. Provincia de Mendoza s. Daños y perjuicios; 29-09-2015, RC J 6462/15), los cuales y adelantado opinión no advierto que este caso tengan que ser modificados, sin perjuicio de la valoración particular que el juez de primera instancia formula, de la cual y también adelantado mi opinión no comparto.

Es así que este Tribunal ha indicado que para realizar un juicio de ilicitud por omisión por parte del Estado, corresponde: 1°) identificar una abstención

respecto de un mandato; 2º) precisar el mandato incumplido, recurriendo a un juicio de antijuridicidad material, basado en la ley y en el ordenamiento jurídico en general ; 3º) establecer la medida en que el ordenamiento juzga que debe ser cumplido (Agustín Gordillo en R.D.P y C seguros , I , n° 19 págs. 143 y sgtes .)

En el caso de responsabilidad estatal, la imputabilidad presupone la factibilidad de que un hecho u omisión dañosa sea concretado por un funcionario de una dependencia estatal en ejercicio de sus funciones , o en ocasión de las mismas .Si la imputabilidad material surge evidente debido a su probabilidad cierta, le será objetivamente atribuible al Estado por guardar dicha omisión, una relación causal adecuada , y para que esta se configure , es necesario que la relación causa a efecto , sea directa , exclusiva e inmediata .

Ello es así pues “ Cuando el Estado toma a su cargo una función, asume la obligación de prestar el servicio respectivo en forma regular , de modo que responda a las garantías que quiso asegurar , por lo que debe realizarlo en condiciones adecuadas al fin para el que ha sido establecido , siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento a su irregular ejecución, principios estos que , si bien hallan su inicial fundamento en normas de derecho privado , resultan plenamente aplicables a las relaciones que se rigen por el derecho público “ (C.S.J.N) .Es que , la obligación de responder establecida en el art 1113 del Cód. Civil, alcanza también a las omisiones culpables, que en el caso del Estado se encuentran también expresamente previstas en el art 1112 del mismo cuerpo legal (Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza ~ 2010-11-11 ~ Hormazábal, Luis Gastón c. Provincia de Mendoza (Poder Ejecutivo Provincial) en Correa, José Luis, Responsabilidad del Estado por la muerte de un interno. Indemnización por pérdida de chances y daño moral. Publicado en: LLGran Cuyo 2011 (octubre) , 914)

Con respecto al deber del Estado de brindar seguridad a las personas privadas de su libertad, debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo “Gatica” consideró que el Estado había incumplido la obligación de brindar adecuada custodia a quienes se hallaban detenidos, obligación que se “cimenta en el respeto a su vida, salud e integridad física y moral”. Agregó también 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 citado artículo 18 (de la C.N.), los propios de los penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema” y que “es responsable la provincia de Buenos Aires a raíz de la muerte de un interno alojado en una dependencia penitenciaria derivados de una riña en la cual recibió heridas con armas blancas de fabricación casera, toda vez que los hechos referidos y las omisiones en las que incurrió Servicio Penitenciario Provincial, al no esclarecer los acontecimientos ni secuestrar en forma preventiva los elementos punzantes que provocaron las heridas graves en la víctima, determinan que éste incumplió con las funciones que le son propias y que atienden a la observancia de los deberes primarios, dentro de sus tareas específicas, como son la guarda, seguridad y preservación física de los internos y ello constituye una irregular prestación del servicio a su cargo que lejos está de justificar la pretensión eximente que la demandada funda en el art. 514 del Cód. Civil.” (CSJN in re “Gatica , Susana Mercedes c. Provincia de Buenos Aires” (22/12/2009 • Publicado en: Sup. Adm. 2010 (marzo), 46 • LA LEY 2010-B , 327 • RCyS 2010-VI , 128 • DJ 15/09/2010 , 2500 con nota de Nora Lloveras; Sebastián Monjo; Romina Scocozza • Sup. Penal 2010 (diciembre), 28 con nota de Stabile, Agustina • LA LEY 2010-F , 564 con nota de Stabile, Agustina • Cita Fallos Corte: 332:2842 • Cita online: AR/JUR/49759/2009)

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal, y que es el Estado el que se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el

Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas, que son esenciales para el desarrollo de una vida digna”.

En lo relativo al derecho a la integridad personal, dicho Tribunal señaló que “es de tal importancia que la Convención Americana lo protege particularmente al establecer, inter alia, la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia. Agregó que el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado 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” (considerandos 44 y 45 de la causa "Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", Fallos: 328:1146).

Establece la CIDH que el Estado se encuentra en una posición especial de garante con respecto a las personas privadas de libertad, porque las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas. En este sentido, la Corte ha concretado que “una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de procurar a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención” y que la protección de la vida de toda persona privada de libertad “requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su detención o prisión” (CDIH, Penitenciarías de Mendoza. Medidas Provisionales, 22/11/04, considerando décimo; 18/6/05, considerando séptimo; “Instituto de Reeducción del Menor”, párr. 159; Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana). Medidas

Provisionales, 2/2/07, considerando séptimo; Neira Alegría, párr. 60; Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana). Medidas Provisionales, 2/7/07, considerando séptimo; y Personas Privadas de Libertad de la Penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara, São Paulo. Medidas Provisionales, 28/7/06, considerando undécimo. Asunto del Internado Judicial de Monagas “La Pica” respecto de Venezuela. Medidas Provisionales, Resolución de la Corte de 3 de julio de 2007, considerando undécimo; Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare). Medidas Provisionales, 30/11/07, considerando séptimo; Personas Privadas de Libertad en la Penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara, São Paulo. Medidas Provisionales, 30/9/06, considerando undécimo; caso “Instituto de Reeducción del Menor”, párr. 160; Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” da FEBEM. Medidas Provisionales, 30/11/05, considerando noveno; 4/7/06 considerando décimo. En igual sentido, OC-17/02; Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 134. Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 159 y Caso Díaz Peña vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244, párr. 135. Corte Interamericana de Derechos Humanos - Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) / Corte Interamericana de Derechos Humanos. -- San José, C.R.: Corte IDH, 2010).

Por último y en referencia específica a la situación que ocupa el penal Mendocino, declaró que “... el Estado no puede alegar razones de derecho interno para dejar de tomar medidas firmes, concretas y efectivas en cumplimiento de las medidas ordenadas, de modo que no se produzca ninguna muerte más. Tampoco puede el Estado alegar la descoordinación entre autoridades federales y provinciales para evitar las muertes y actos de violencia que han continuado ocurriendo durante la vigencia de éstas. Más allá de la estructura unitaria o federal del Estado Parte en la Convención,

ante la jurisdicción internacional es el Estado como tal el que comparece ante los Órganos de supervisión de aquel tratado y es éste el único obligado a adoptar las medidas. La falta de adopción por el Estado de las medidas provisionales compromete la responsabilidad internacional del mismo”. (CIDH - Penitenciarías de Mendoza. Medidas Provisionales, 30/3/06, considerando undécimo).

De ello tampoco fue ajeno la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que frente a la gravísimas falencias de la cárcel mendocina y de todo su sistema penitenciario, estableció que: “ La gravedad de la situación evidenciada en diversas unidades carcelarias del país y la advertencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las consecuencias que podría traer aparejadas el desconocimiento del carácter obligatorio de las medidas provisionales adoptadas por ésta para proteger la vida de los internos y demás personas en riesgo, y el consiguiente incumplimiento, imponen al Tribunal la obligación de adoptar medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de otros poderes, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Lavado, Diego J. y otros c. Provincia de Mendoza y otro • 06/09/2006 - Publicado en: DJ 18/10/2006 , 486 • LA LEY 2007-B , 737 con nota de Jorge Kent • LLGran Cuyo 2007 (abril) , 261 con nota de Jorge Kent • JA 2006-IV , 567 • Sup. Penal 2007 (abril) , 27 con nota de Jorge Kent Cita Fallos Corte: 329:3863 • Cita online: AR/JUR/4220/2006).

6º) Conforme a los lineamientos expuestos los que resultan obligatorios para este Tribunal (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid, Arellano y otros c. Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154, párr. 124, La Ley Online, AR/JUR/10607/2006; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162, párr. 174. CS, Mazzeo, Julio L. y otros, 13/07/2007, LA LEY 2007-D, 401), aún frente a los cabildeos que presenta el fallo “Fontevchia” de la CSJN, (368/1998 - (34-M)/CS1, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe Sentencia dictada en el caso Fontevchia y DAMICO vs. Argentina por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos”), que en el caso, a excepción de la excepción fijada en dicho antecedente por la CSJN, no supone una violación a la Constitución Nacional, el recurso de la parte actora deviene en admisible.

Es que debo destacar que el deber de seguridad, que reiteradamente se viene sosteniendo, abrega en numerosos fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los cuales debe subrayarse el fallo “Badín”, en el que el Tribunal Superior de la Nación, fijó 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 de la Constitución Nacional, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema al que no sirven formas desviadas del control penitenciario. Si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar irregularidades, de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aun las que persiguen la reinserción social de los detenidos; es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa. La protección de la vida de los internos implica la adopción por parte del Estado de medidas y controles efectivos que hagan posible garantizar la seguridad de aquéllos a fin de poder llevar a cabo el mandato constitucional y los convenios internacionales (art. 5° inc. 2°, Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Adla, XLIV-B, 1250) que procuran la reinserción social de los detenidos”. (CSJN, del 19/10/1995, "Badín, Rubén y otros c. Provincia de Buenos Aires", LA LEY, 1996-C, 585, con nota de Jorge Bustamante Alsina).

Dichos fundamentos fueron reiterados por la CSJN en “Perea de Romero, Gladys Toribia c. Provincia de Córdoba,” 04/06/2013) al compartir los fundamentos que la Procuración dictaminó en dicho juicio (DJ 25/09/2013, 34, RCyS 2013-X, 101, ED 09/10/2013, 12, AR/JUR/23253/2013).

Es así que la Corte Nacional y fundándose en la idea objetiva de la falta de servicio —por acción o por omisión— encontró su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil que 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 —por no tratarse la comprometida de una responsabilidad indirecta— toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (CSJN Fallos: 306:2030).

Resaltó la CSJN que debe distinguirse entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar (Fallos: 330:563, "Mosca", considerando 6º) (CSJN, Partes: S., N. J. c. Estado Nacional

Publicado en: LA LEY 06/11/2013, 06/11/2013, 7 - LA LEY2013-F, 71; Cita Online: AR/JUR/23254/2013; Müller, Enrique C. - Establecimientos penitenciarios: Deber de seguridad del Estado - Publicado en: LA LEY 06/11/2013, 06/11/2013, 7 - LA LEY2013-F, 71, Cita Online: AR/DOC/3964/2013).

Vale decir que no solo abrevando en la jurisprudencia de la Corte Nacional, sino en reiterados fallos y recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), sin perjuicio del derecho de fondo originariamente invocado, resultan de aplicación a autos no solo por entender

aplicables las mismas en virtud del control de convencionalidad que debe exigirse para situaciones como las aquí estudiadas y que permiten la transnacionalización del derecho interno y su articulación con el Derecho internacional de los derechos humanos sino porque resulta obligatoria a quienes, como en la Argentina ha sido signataria de Pactos Internacionales que hoy con rango constitucional exigen que los operadores jurídicos determinen su aplicación aún frente a una situación de derecho interno, como es la responsabilidad del Estado.

Así se referencia que “Los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 3.).

Es como decía el brillante Germán J. Bidart Campos: “...El derecho internacional de los derechos humanos es derecho positivo en varios países del globo. No por ello podemos decir que su respeto se dé en forma homogénea. Sin embargo, sí es dable aseverar que el derecho internacional de los derechos humanos importa un sustrato garantístico mínimo a nivel interestatal, cuestión que contribuye a apuntalar la seguridad jurídica en el plano internacional y con todo lo que ello significa. Asimismo, gran parte de la comunidad y opinión pública internacional oficia como garante de su vigencia. Al menos por estas dos razones, la real adopción del derecho internacional de los derechos humanos a nivel local comporta un estado superador de la ya clásica parte dogmática de la Constitución Nacional...” (Bidart Campos Germán, “Los Derechos Humanos del Siglo XXI. La revolución inconclusa”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 235, en colaboración con Guido I. Risso).

Retomando la alegación del fallo “Mosca”, si partimos de la base que la Corte de la Nación, efectúa la distinción entre los supuestos de omisiones a mandatos expresos y determinados de aquellos en que el Estado solo se encuentra obligado a cumplir los objetivos fijados por la ley sólo de manera general e indeterminada, no puede admitirse que este supuesto de responsabilidad estatal deba sindicarse como una obligación de carácter indeterminado, puesto que claro está que el Estado Provincial se encuentra específicamente sometido a las reglas que le impone la normativa aplicable al caso respecto de la seguridad de los internos en la Penitenciaría Provincial. No puede dejar de mencionarse que el Gobierno Provincial no solo tiene que cumplir sino que debe además velar por el estricto cumplimiento de la ley 7.976 (Sistema penitenciario Provincia Mendoza), (Boletín Oficial, 7 de Enero de 2009), en el que se impone deberes específicos tales como el fijado en el art. 5, que fija las funciones de la Dirección General del Servicio Penitenciario, entre las que puede destacarse la de: a) Procurar la reinserción social de los condenados a penas privativas de libertad, de conformidad con lo establecido por la Ley 24.660 y sus modificatorias; b) Velar por la seguridad y custodia de las personas sometidas a procesos y de las condenadas a penas privativas de la libertad, garantizando sus derechos fundamentales; c) Adoptar todas las medidas que requiera la protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad bajo su jurisdicción, en particular su vida e integridad física. Las del art. 15 que fija como funciones del Coordinador de Tratamiento gestionar las acciones concernientes al tratamiento aplicable a los internos condenados y procesados, de conformidad a las disposiciones legales y reglamentarias y con la finalidad de integrar socialmente o evitar la desocialización del interno, entre otras funciones que le son propias a las autoridades penitenciarias.

Como se observa en autos resulta aplicable al supuesto la falta de servicio por incumplimiento de un mandato expreso (ley 7976), por lo que la configuración de la responsabilidad del Estado deviene en justificada al admitirse que la autoridad estatal no cumplió con los deberes que le son propios y devenidos de la normativa indicada puesto que no evitó que se configurase la situación de daño del actor

por más que este haya participado de una riña, configurándose el supuesto referenciado en anteriores apartados (CSJN in re “Gatica”).

En efecto adviértase qué y sin perjuicio de la configuración de la falta de servicio apuntada al incumplir con la normativa expresa dispuesta y ut-supra indicada, se advierte que el Servicio Penitenciario Provincial, no esclareció los acontecimientos sobre los cuales tuvo participación el sr. Montuelle ni aportó pruebas que permitiesen eximir de responsabilidad a este, lo que torna admisible el recurso interpuesto.

Es que este Tribunal requirió preventivamente el acompañamiento de todos los antecedentes existentes en autos en especial los n° P-17979, “Montuelle Masmouk p/ ej. de sentencia”, originarios del Primer Juzgado de Ejecución Penal como el expediente penal por el cual se investigaron los hechos que originaron el reclamo resarcitorio (fs. 990), limitándose a adjuntar el primero de los indicados con sus cuatro piezas.

En la referida pieza judicial se agrega oficio al Departamento de Seguridad del Complejo Penitenciario III Almagro, dándose la novedad respecto de la situación conflictiva acaecida el 29/1/13 en el módulo V ala II, en el que se da cuenta que resultaron dos internos lesionados con elementos corto punzantes, que disuadió la referida situación, se procedió a retirar los internos del sector y luego del examen realizado por el médico de turno en el Área Sanitaria, informa el posterior traslado de urgencia de los internos afectados, adjuntándose el diagnóstico del sr. Masmuk (herida arma blanca toracoabdominal) y su internación, disponiéndose por parte del Juzgado de Ejecución n° 3 el requerimiento de información periódica de la evolución del estado de salud del interno.

Posteriormente el Juez ordena el inmediato resguardo de la integridad psicofísica del interno, quedando alojado en Sanidad, adjuntándose foja quirúrgica e H.C. de su atención el Hospital Central (fs. 159/69).

Luego de dichas actuaciones se agregan las comunicaciones dadas por el médico de guardia respecto de las dificultades de poder controlar al sr. Masmuk en el área respectiva atento a sus intentos de agresiones para consigo y el resto de personas, adosándose luego copia de la sentencia dictada por la Cámara Segunda en lo Criminal.

Con posterioridad a ello se glosa a fs. 270 informe del examen físico practicado a Montuelle Masmuk, como la exposición de la referida H.C. realizada en oportunidad del procedimiento quirúrgico de laparatomía, glosándose luego actuaciones relativas a la solicitud de prisión domiciliaria del referido interno.

Ello es lo único que se ha traído a autos para comprobar la manera en la que sucedieron los hechos. No existe informe o indicación de sumario administrativo alguno respecto de la investigación de la riña y la posterior lesión sufrida por el actor, se desconoce si se dio participación por cuerda separada a la Justicia penal a los efectos de la correspondiente indagación de los hechos y si correspondiese la imputación a los responsables de dichas lesiones, salvo obviamente la novedad acercada en el expediente por ejecución de pena de Montuelle y que fueron detallados anteriormente, se desconoce por su parte si el referido pabellón contaba o no con materiales de videgrabación y si dicho material fue secuestrado y desgrabado o en su caso se hubiese hecho impresión de los correspondientes fotogramas que hubiese resultado no solo útil sino eficaz a los fines de arrojar luz a la situación conflictiva mencionada. Se desconoce por otra parte si con anterioridad a la fecha del conflicto se procedió a efectuar las correspondientes requisas en el referido pabellón, la frecuencia de la misma y el resultado de estas, pruebas que también hubiesen permitido anticipar o desarticular cualquier tipo de situación conflictiva como la sucedida.

Ello da cuenta a contrario sensu de la opinión del juzgador, que quien resulta responsable (en forma objetiva) es el Estado Provincial, del cual como se dijo omitió cumplir con los mandatos expresos fijados no solo por el derecho interno (ley del servicio penitenciario), sino con la Constitución Nacional y en especial con el Derecho Internacional que en anteriores apartados se ha vertido su aplicación en virtud del control de convencionalidad que se ha fijado.

Esta responsabilidad objetiva por falta de servicio no solo se asienta en el incumplimiento por parte de las autoridades penitenciarias y por ende del Estado Provincial del que son de parte en la evitación del daño y en cuidar la integridad de los internos sino también en no esclarecer los acontecimientos ni secuestrar en forma preventiva los elementos punzantes que provocaron las heridas graves en la víctima, lo que determina que el Estado incumplió con las funciones que le son propias y que atienden a la observancia de los deberes primarios, dentro de sus tareas específicas, como son la guarda, seguridad y preservación física de los internos y ello constituye una irregular prestación del servicio a su cargo (cf. CSJN in re “Gatica , Susana Mercedes c. Provincia de Buenos Aires” (22/12/2009).

Es decir que aquel deber de seguridad mencionado se encuentra afectado e incumplido por el Gobierno Provincial puesto que los internos tuvieron a su alcance elementos punzantes con una potencialidad evidentemente peligrosa para causar daños (lo que lleva a la irregular prestación del servicio mencionado al no hacer (aquí no se probó) o realizar defectuosamente las correspondientes requisas, lo que llevó a que el sr. Montuelle resultase lesionado. En la evidencia aquel deber primario de seguridad y custodia de las personas que se encuentran privados de su libertad en sus establecimientos no funcionó, puesto que de haberse cumplido en debida forma la requisas, no solo se hubiese evitado la riña y por ende las consecuencias que de ella derivaron.

Ello es claramente la configuración de una “Faute de service” (Dupeyroux, Henri, Faute personnelle et faute du service public, Tesis, París, 1922; Paillet Michel, La faute du service public en Droit Administratif Francais, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1980, p. 301 y ss. citados en “Reflexiones sobre los Factores de atribución en la Responsabilidad del Estado por la Actividad de la Ad-ministración” de Juan Carlos Cassagne, www.casagne.com.ar), desconocida en la sentencia y que impone su aplicación.

7º) La sentencia se encuentra en crisis por que pretende ponderar, a mi entender inadecuadamente la jurisprudencia a la que adhiere, al considerar que esta admite la conducta de la propia víctima como causal de eximente de responsabilidad y sea ésta última quien lo pruebe, cuando y en consonancia con la opinión jurisprudencial preponderante, solo se admite como hipótesis que sea el Estado, frente a su responsabilidad objetiva que acredite la ruptura del nexo causal pero no que justamente esta se funde en la conducta de la propia víctima en la medida y sea esta quien tenga que acreditar su falta de provocación en el hecho.

Por ende discrepo también en que sea carga procesal de la parte actora acreditar la “falta de provocación e incitación” (sic) en los hechos en los que participó, puesto que con ello trastoca todo el sistema de responsabilidad estatuido por la norma, pacíficamente admitido por la doctrina y aplicable por los Tribunales de la Nación. De esta manera haciendo cargar al actor la prueba de su falta de incitación es justamente contrariar el sistema objetivo de la responsabilidad, máxime cuando se parte de un postulado inverso al propuesto, sobre un deber de seguridad asentado sobre la idea que el Estado cuenta en dicho ámbito espacial con la obligación de brindar custodia y vigilancia, en donde este tipo de situaciones resultan absolutamente previsibles.

Si se justifica entonces la idea pregonada pacíficamente que el Estado responde objetivamente frente a dichos supuestos, no puede consentirse que sea el actor el que acredite su falta de incitación o participación en la riña, puesto que de admitir

dicha causal exculpatoria o en realidad la acreditación de la ruptura del nexo causal, tal como correctamente lo pregona la jurisprudencia por este invocada (4ª C.C., nº 32.753, “Montaña Nancy Noemí c/ Prov. de Mendoza p/ D. y P.”), sería el propio Estado el encargado de acreditarlo y no el actor, puesto que en tal caso y de allí deviene la innovación que pregona la sentencia y sostiene el apelado, se estaría agregando otro requisito a la configuración de la responsabilidad Estatal, lo que en este supuesto como se dijo deviene en contradictorio y por ende inadmisibile.

Es que y sin perjuicio de la mención que luego se realizará respecto de los “antecedentes” del interno, en autos resulta irrelevante considerar que por haber participado activamente la víctima en la pelea que culminó con su lesión e incapacidad, deba eximirse o atenuarse de responsabilidad a la parte demandada, máxime cuando ni siquiera existe prueba que permita determinar el cumplimiento correcto de dicho deber de seguridad y garantía de protección que se encuentra en cabeza del Estado Provincial, puesto que este es quien permitió, que la víctima participe en dicha riña, no cumpliéndose además en desarticular en tiempo y forma la misma, sino cuando sus partícipes ya se encontraban lesionados..

Es como bien dice la Corte Nacional cuando afirma que: “.....aun admitida la participación de la víctima en el hecho se trataba de una eventualidad previsible en el régimen del penal, que pudo evitarse si la autoridad penitenciaria hubiera cumplido adecuadamente sus funciones” (CSJN, considerando 41, del 19/10/1995, “Badín, Rubén y otros c. Provincia de Buenos Aires”, LA LEY, 1996-C, 585, con nota de Jorge Bustamante Alsina., Fallos: 318:2002).

Por otra parte y retomando el valor de los antecedentes que en la sentencia se expone para pretender justificar la desestimación de la demanda al considerar que Montuelle nunca se adaptó al sistema penitenciario y por ende conforme a los mismos, al tratarse de una persona peligrosa para sí y para terceros, con personalidad antisocial, conducta violenta y desbordes impulsivos, al parecer estaría

justificado entonces que éste no pueda reclamar el resarcimiento del daño puesto que para el Estado sería inmanejable y por ende “justificable” que ante situaciones conflictivas como la estudiada no responda, resulta absolutamente inadmisibile, máxime y ya como se dijo y se insiste, se trastoca el sistema de la responsabilidad civil imponiendo al mismo actor la carga de su falta de provocación del incidente.

Es decir que si el actor ya en el 2004 recibió sanciones por autolesionarse, si estuvo internado en el Hospital El Sauce, si se le diagnosticó poliadicción (año 2001), ya por que los médicos psiquiatras indicaban allá en el año 2004 trastorno de la personalidad asocial, y trastorno del control de los impulsos, reiterándose luego en los informes del CMF desajustes conductuales e incluso trastornos psicóticos (informe pericial de fs. 779/83), no puede ser que se admita que Montuelle no puede ser resarcido, por ser peligroso para sí y para terceros, haciendo cargo a este de todos sus trastornos y las consecuencias de los mismos. Contrariamente a ello era el Servicio Penitenciario Provincial y por ende el Gobierno Provincial quien debía extremar los cuidados para evitar que esta persona fuese un peligro para terceros y en consecuencia dichos cuidados no solo hacían a su persona sino al resto de internos y por consiguiente aquel deber de seguridad se exigía con mayor razón con un criterio profesional, tratando de evitar inmiscuir a Montuelle en este tipo de situaciones conflictivas.

No puede entonces endilgarse y menos aún justificarse que como el actor era peligroso, el debía hacerse cargo de acreditar que no incitó o provocó los hechos acá examinados. Menos aún justificar la desestimación de la demandada por la portación de sus antecedentes médicos, psicológicos y penales, cuando no hay siquiera prueba específica de los hechos, salvo aquel informe mencionado en anteriores apartados y sin que el mismo Estado menciones los motivos por los cuales el actor le resultaba inmanejable y las medidas que se realizaron hayan resultado infructuosas e ineficaces para obtener su resocialización. Ello demuestra que la falta de servicio es evidente, el Estado ha resultado incapaz de reconducir la conducta del actor al margen de no probar las medidas que preventivamente debería haber realizado.

La situación planteada admitida en la sentencia y abonada por el Gobierno Provincial observaría una especie de asunción de riesgos por parte de Montuelle, derivado de sus antecedentes, su poliadicción y su peligrosidad latente, lo que contraría la jurisprudencia pacífica de la Corte Federal. Es que desde que la privación de libertad y el sometimiento al régimen penitenciario es ajeno a la voluntad del interno, mal puede predicarse “culpa” o su “asunción de riesgos” por su actuación, en circunstancias en que el entorno puede autorizar a proveerse de medios de defensa personal. Se trata de un caldo de cultivo latente, que sin la intervención eficaz del Estado ya proveyendo condiciones adecuadas de detención y ejerciendo una labor preventiva eficaz es lo que permite anticiparse a todo tipo de situación dañosa. (Carranza Latrubesse, Gustavo, “La responsabilidad del Estado por la custodia de detenidos”, Publicado en: LA LEY 25/04/2013, 25/04/2013, 4 - LA LEY2013-C, 24 - Cita Online: AR/DOC/1401/2013)

Coincido con la jurisprudencia que entiende que la situación de los internos del sistema carcelario, el riesgo aparece como ínsito en la situación en que se desenvuelve el sistema por lo que no resulta aplicable hablar de culpas, mencionar a la asunción de riesgos y menos aún hacer recaer en el actor la prueba de su “no culpa”, deviniendo ello en inadmisibile (CSJN, 03/05/2005, "Verbitsky, Horacio s. Hábeas corpus", Fallos 328:1146).

En definitiva resulta ser la única causa configurativa de la responsabilidad el incumplimiento de las funciones de seguridad por parte del Estado provincial, a quien debe imputarse no actuar de la manera adecuada, en el caso no solo porque la realidad general de dicho contexto carcelario se lo exigía, sino por cuanto los controles impuestos resultaron absolutamente deficientes, no solo para evitar que los internos se procurasen ese tipo de armas (chuzas o facas tumberas) sino que frente a una riña, no se desarticuló la misma en tiempo oportuno, debiendo entonces admitir el recurso de la actora con costas a la demandada.

8°) Admitida la responsabilidad del Estado por falta de servicio, corresponde adentrarse en el análisis de los rubros pretendidos. Es así que en primer lugar se requiere la reparación de la incapacidad sobreviniente sufrida, por motivo de la extracción del bazo (29/01/13), consecuencia directa de la situación conflictiva estudiada y que da cuenta la H.C. del Hospital Central mencionada en anteriores apartados.

Contamos con que a fs. 388/89 se encuentra agregada la pericia médica del dr. Ganun, donde refiere la relación causal directa entre las lesiones del actor y la riña, que presenta esplenectomía, sección intestinal y VNA obsesiva compulsiva grado III, que su sistema inmunológico se encuentre desprotegido, habiéndose seccionado una parte del intestino, fijando la incapacidad en un 50%.

A fs. 794/5 la pericia del dr. Cuartara frente a los mismos antecedentes indica que Montuelle presenta eventraciones en las cicatrices abdominales (seis) y un cuadro clínico como consecuencia de la esplenectomía, coincidiendo en que la pérdida del bazo trae consecuencias como la predisposición a sufrir cuadros infecciosos principalmente respiratorios. Aduciendo además que las referidas eventraciones comprometen a los miembros superiores e inferiores por el peligro de sufrir atascamiento de asas intestinales en las mismas, refiriendo también la incapacidad pero en el orden del 60%.

Como se observa las consecuencias negativas que implican para Montuelle además se exacerban por las condiciones de encierro, de las cuales y conforme a las inspecciones realizadas en la mismas no se observa que a lo largo de su derrotero por el penal hayan sido las mejores en cuanto a salubridad, higiene y sanidad, cuestiones que van en contra de su incapacidad.

Adviértase que los pilares sobre los cuales se asienta una cuantificación se encuentran referidos ya sea en cuanto a la edad del actor, a las actividades que éstos realiza, como a la dificultad de sobrellevar dicha incapacidad.

Ello hace que la indemnización que se otorgue tenga que respetar dichos lineamientos. En el caso de autos y habiendo este Cuerpo considerado eficaz como método de cuantificación la aplicación de formulas actuariales y en especial la fórmula Méndez, en la medida en que tengan esta en cuenta las circunstancias personales de la víctima.

Adviértase que ya como se he pronunciado este Tribunal en reiteradas oportunidades (v.g. 51372 - Campos Aníbal Alberto y ot. pshm c/ Leopoldo Caparros y ots. p/ D. y P., 26/07/2016, entre otros) las pautas ponderativas que hoy resultan obligatorias a los fines del establecimiento de la indemnización por incapacidad, es el criterio utilizado por el art. 1746 CCyCN, a los fines de establecer dicho resarcimiento, es la determinación del capital de modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables y que se agote al término del plazo en que pueda continuar realizando sus actividades y que debe ser tomada en cuenta aún cuando la víctima no tenga actividad económicamente redituable.

Aunque aclaro que dichas pautas de cálculo no tienen por qué indefectiblemente atar al juzgador, sino que lo deben guiar hacia el umbral, a partir del cual el juez puede y debe realizar las correcciones necesarias atendiendo a las particularidades del caso concreto (Pizarro-Vallespinos, Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones, t. 4, p. 318; Zavala de González, op. cit., t. 2a, p. 504).

En el caso de autos contamos que el factor de incidencia por la pérdida del bazo no puede tomarse en su totalidad, cuando justamente el sr. Montuelle cuenta con severos problemas patológicos de orden psicológico que no cuentan como antecedente el hecho que motiva la presente acción, sino su larga adicción a diversas sustancias, sus trastornos psicóticos, su dependencia a psicofármacos y su degradación en el ámbito carcelario, del cual no puede ser tomadas como factor total de ponderación, por consiguiente el cálculo de la referida incapacidad deberá hacerse sobre una total reducida en al menos el 30% lo que determinaría a lo sumo la determinación de un caudal indemnizatorio menor al común de una persona que goce del total de la capacidad.

Por otra parte no debe desconocerse que las posibilidades de mejorar su fortuna son relativamente improbables, puesto que no solo se encuentra sometido a condena de prisión perpetua lo que dificultaría o imposibilitaría su acceso a un trabajo rentado al menos en los próximos años, sino también que debido a su mal comportamiento tampoco tiene demasiadas probabilidades de trabajar conforme a la ley de ejecución penal 8465, que abona a modo de ejemplo la posibilidad de acceder a un régimen de semilibertad en la medida en que el condenado tenga un trabajo. Sus condiciones psicológicas tampoco permiten pensar que aún intramuros el actor presente el suficiente interés para aprender un oficio o trabajo en los talleres dispuestos en la penitenciaría, por lo que en la evidencia el monto a indemnizar debe tener en cuenta estas pautas.

Así y siguiendo lo anteriormente reseñado tomaré en cuenta que el actor cuenta con 38 años, y solo a los fines indemnizatorios tomaré como base de cálculo un sueldo mínimo vital y móvil de \$ 8.060.

Así se observa que la referida fórmula arroja el siguiente guarismo:

Vn: 0.23429685

a: 49632.6315789

n: 37

i: 4 %

C (capital): \$950.096,56

Sintaxis de las fórmulas empleadas

$$C = a * (1 - V_n) * 1/i$$

donde:

$$V_n = 1/(1+i)^n$$

a = salario mensual x (60 / edad del accidentado) x 13 x porcentaje de incapacidad

n = 75 - edad del accidentado

i = 4% = 0,04

Conforme a las pautas reseñadas, a las circunstancias personales observadas, a la patología que este arrastraba y a la dificultad que en el futuro mejore su situación económica financiera, se tomará en cuenta sólo un porcentaje de dicho valor, por cuanto la indemnización deberá en la esencia contar con la posibilidad de que la víctima vuelva a su estadio anterior al ataque, por lo que y en dicho aspecto debe entonces indemnizarse en un monto de \$ 150.000 suma por la cual debe ser condenada el Gobierno Provincial.

9º) En lo que respecta al daño moral y psicológico, si bien se trata de pautas de ponderación distinta, no puede dejar de mencionarse con respecto a ésta última los resultados de la pericia psiquiátrica (fs. 779/83), en la cual y si bien se ha detallado se trata de un cuadro compatible a un trastorno psicótico sobre una personalidad antisocial y antecedentes de consumo de sustancias de larga data, dicha patología se asienta en los 13 años de encierro en malas condiciones ambientales, en aislamiento, con varios hechos de autoagresión y heteroagresión. Es decir la incidencia patológica es multifactorial, dada por la personalidad de base con la que contaba Montuelle aún antes de su internación en el penal, por los años de encontrarse encerrado, es decir y como bien lo afirma la perito, de origen mixto, endógeno y exógeno, no pudiéndose entonces afirmar que responda dicho daño en relación causal adecuada con el hecho aquí investigado y que dio origen al reclamo resarcitorio, sino que este constituyó un elemento más para complejizar su trastorno mental, por lo que y si bien se tomará en cuenta al momento de su ponderación al fijar el cálculo del daño moral, no puede admitirse como rubro independiente.

Con respecto al resto del rubro debemos recordar que la C.ID.H, ha considerado que “En materia de reparaciones es aplicable el artículo 63.1 de la Convención Americana que prescribe deben repararse “las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

En efecto con sustento en los principios fundamentales del derecho internacional, la Corte Interamericana reconoce la jurisprudencia aplicable a esta reparación (Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, pág. 21 y Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, pág. 29; Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pág. 184. CIDH (Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25; Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria, (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos

Humanos), Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8, párr. 23; Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 43).

Expresa además que ésta reparación comprenden tanto el daño material como el moral (CIDH, Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, supra 14, párrs. 47 y 49; Caso El Amparo Vs. Venezuela, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, párr. 14;

(Reparaciones y Costas; Caso Las Palmeras Vs. Colombia, párrs. 37, Sentencia de 26 noviembre de 2002, Reparaciones y Costas), debiendo repararse “... las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”, aclarándose que esa obligación “... requiere, siempre que sea factible, la plena restitución (restitutio in integrum) (ibídem).

Se ha indicado respecto al daño moral, que “... éste es resarcible según el derecho internacional y, en particular, en los casos de violaciones a los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Godínez Cruz, indemnización compensatoria, sentencia de 21 de julio de 1989, párrafo 25, Serie C N 8, Ed. San José de Costa Rica, 1990, pág. 19), agregándose sobre la carga de la prueba en esta materia, que el daño moral debe ser probado por quien lo alega, aunque en algunos casos: “... El daño moral infligido a las víctimas, a criterio de la Corte, resulta evidente pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a las agresiones y vejámenes mencionados experimente un sufrimiento moral. (Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, sentencia de 10 de setiembre de 1993 párr. 52, en Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Secretaría General de la OEA, Washington, D.C. 1994, pág. 75) (Fabián Salvioli: “Algunas reflexiones sobre la indemnización en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; en “Estudios básicos de derechos humanos”, Vol III, pp. 145 – 164; ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica).

Por su parte este Tribunal in re “Hormazábal, Luis Gastón c. Provincia de Mendoza (Poder Ejecutivo Provincial)” • 11/11/2010 (Publicado en: LLGran Cuyo 2011 (octubre) , 915 con nota de José Luis Correa - Cita online: AR/JUR/77221/2010) aunque con diferente conformación, falló respecto del daño moral reclamado por el padre de un interno que falleció al ser apuñalado por otros reclusos del penal donde se encontraba cumpliendo una condena por robo y homicidio en grado de tentativa.

En dichos antecedentes y el cual aquí refrendo se estableció que el “daño moral” como cualquier otro daño debe ser acreditado para su reconocimiento salvo, claro está, que surja en forma palpable y evidente del hecho mismo, tal como acontece en el subjudicio. En efecto, los vínculos familiares constituyen la razón de ser del grupo familiar, creando por lo general, lazos de afectividad importantes, entre quienes lo componen. El afecto entre padre e hijos, incluso entre hermanos, es algo que no puede ponerse en tela de juicio, salvo que se acredite en el proceso, un desamor o rencillas determinantes que hayan creado un sismo familiar de enconos, abandonos y olvidos. Solo en estos supuestos puede predecirse que no existe un daño extrapatrimonial que merezca ser indemnizado. Ello es así, porque el Juzgador que debe ser testigo obligado de su tiempo, en la convicción de que, quien no participa y vive la realidad donde está inserto, no puede interpretar racionalmente el perjuicio, ni prescindir de las circunstancias que rodearon el hecho antijurídico, ponderando la conducta de la propia víctima y las características especiales de la persona que lo reclama (voto dr. Staib in re ídem).

En el supuesto la ponderación del daño moral debe surgir derivado de las consecuencias producidas por la lesión sufrida, por las repercusiones en la persona de Montuelle, en especial aquellas que derivan de la carencia del bazo, la cual se vería exacerbada por el medio en el cual vive, es decir con escasez de asepsia y las posibilidades que de ello derivan, máxime si la atención médica, tal como se afirma en pericia médica resulta deficitaria.

Es por ello que se considera procedente al rubro, el cual y sin perjuicio de la admisión por parte de este Tribunal de la teoría de las satisfacciones sustitutivas, en este caso al no poder ponderarse sobre algún bien preciable, debido a la imposibilidad a su acceso por parte de Montuelle, deberá éste calcularse conforme a las pautas reseñadas por la CIDH.

Por consiguiente entiendo ajustado indemnizar con la suma de pesos \$ 200.000 el agravio moral ocasionado, atento a la importancia del daño sufrido, a la pérdida del órgano y a las consecuencias que de ello se deriva.

Voto por la negativa.

Sobre la misma cuestión propuesta los sres. Jueces de Cámara, Dres. Graciela Mastracusa y Sebastián Márquez Laméná dijeron:

Que por lo expuesto precedentemente por el miembro preopinante, adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión propuesta el Sr. Juez de Cámara, Dr. Gustavo Colotto, dijo:

Atento como se resuelve la segunda cuestión, las costas de Alzada deben ser soportadas por la demandada apelada vencida (Arts. 35 y 36 del C.P.C.).

Sobre la misma y tercera cuestión propuesta los Sres. Jueces de Cámara, Dres. Mastracusa y Márquez Laméná, dijeron:

Que por las mismas razones adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia definitiva, la que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Mendoza, 19 de febrero de 2018

Y VISTOS:

Por las razones expuestas, el Tribunal

RESUELVE:

1º) Admitir el recurso de apelación interpuesto a fs. 943 por la actora en contra la sentencia de fs. 930/42 de fecha 30 de agosto de 2016, la que se revoca, debiendo quedar redactada de la siguiente manera: “I. Hacer lugar a la de-manda por

daños y perjuicios promovida por Enrique Hugo Montuelle Masmouk en contra del Gobierno de la Provincia de Mendoza, condenando a la demandada a pagar a la parte actora, en el plazo de DIEZ DÍAS de firme la presente sentencia, la suma total de PESOS TRESCIENTOS CINCUENTA MIL (\$ 350.000), con más los intereses previstos por la ley 4087 desde la fecha del hecho hasta la fecha de expedición de la sentencia y desde allí en más con los intereses moratorios calculados de conformidad con el art. 768 inc. b) CCCN hasta su efectivo pago.

II. Imponer las costas a las partes demandada.

III. Regular honorarios profesionales de la siguiente forma a los dres. Juan F. Armagnague en la suma de Pesos; Juan L. Armagnague en la suma de Pesos ...; Gastón M. Armagnague en la suma de Pesos ...; María del Carmen Drago en la suma de Pesos ... , Ramiro Pontis Day en la suma de Pesos ..., Roberto Armando Lede en la suma de Pesos ...; Pedro García Espetxe en la suma de Pesos ...; Eliseo Joaquín Vidart en Pesos ...; Olga González en la suma de Pesos ...; Mario Dante Araniti en la suma de Pesos

IV.- Regular los honorarios del Perito Médico Clínico (Jorge Alberto Ganún) en la suma de Pesos ...; del Perito Médico Clínico (Fernando Cuartara) en la suma de Pesos...; y de la Perito Médico Psiquiatra (Laura Altamira) en la suma de Pesos”

2º) Imponer las costas de Alzada a la parte demandada vencida (Arts. 35 y 36 del C.P.C.).

3º) Regular los honorarios profesionales por la actuación en segunda instancia, a los dres. Juan Fernando Armagnague, Juan Leandro Armagnague, Mario Dante Araniti, Eliseo Vidart, Alicia López y Olga González en la suma de pesos

Regístrese. Notifíquese. Bajen.

Dra. Graciela MASTRASCUSA
Alejandro COLOTTO

Dr. Gustavo

Juez de Cámara

Juez de Cámara

Constancia: La presente es firmada por dos de los Ministros integrantes de la Cámara, atento a que el Dr. Sebastián Márquez Lamena, se encuentra de licencia. (Art 141 II del CPC).

Dra. Alejandra IACOBUCCI

Secretaria de Cámara