

INDEMNIZACION A INTERNO.

TSJ NEUQUEN, "M.L.J. C/PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", 27/12/2012.

ACUERDO N° 68.- En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintisiete días del mes de agosto del año dos mil doce, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, **Doctores RICARDO TOMÁS KOHON** y **OSCAR E. MASSEI**, con la intervención de la Secretaria titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "**M.L.J. C/PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA**", **expte. N° 2262/7**, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor RICARDO TOMÁS KOHON** dijo: I.- A fojas 8/15 vta. se presenta M.L.J., mediante apoderado, e interpone demanda contra la Provincia del Neuquén. Reclama la suma de \$ 300.000 en concepto de reparación de los daños y perjuicios sufridos (como consecuencia del incendio ocurrido el día 20 de julio de 2005 en el Pabellón N°6 Sector B de la Unidad de Detención N° 11 de la ciudad de Neuquén, lugar en el que se encontraba detenido, cumpliendo una condena), con costas.

Relata que, el día del hecho, en horas de la mañana -09:15 hs. aproximadamente- mientras dormía, se inició un incendio en la celda. Según lo describe, el inicio fue de manera intencional, aparentemente por parte de otros detenidos y con un móvil de venganza.

Describe que el fuego adquirió en forma rápida importantes proporciones con relación al tamaño de la celda en la que se encontraba alojado, ardiendo su colchón, ropas y otras pertenencias.

Señala que las puertas de las celdas no tienen apertura desde su interior, motivo por el cual debió esperar el auxilio de los guarda cárceles. Ínterin, dice, su cuerpo ardía y no podía más que agitarse y revolcarse por el piso, en un intento por apagar las llamas de sus vestimentas.

Indica que su celda se encontraba separada de los carceleros por tres puertas de rejas, cuestión que, según su entender, motivó el insumo de mayor tiempo en la llegada de un auxilio por parte de aquéllos.

Según su versión, la demora fue tal que, cuando llegaron a rescatarlo, ya había sufrido quemaduras tipo A y B en el 20 % de su cuerpo.

Afirma que, tanto dentro de la celda en que permanecía alojado como en el pabellón por el que se accedía a esa celda, no existían elementos adecuados para la extinción de incendios y tampoco salidas de emergencia.

Resalta que, de acuerdo a las constancias obrantes en las actuaciones penales, al momento de iniciarse el fuego él se encontraba dormido, motivo por el cual despertó en medio de las llamas y sólo pudo atinar a pedir auxilio, el que arribó minutos más tarde de la mano del personal de seguridad del pabellón.

Indica que, acaecido el hecho, fue trasladado al Hospital Regional Neuquén donde se le realizó una traqueotomía y debió permanecer durante más de un mes en terapia intensiva y con respiración asistida.

Describe que, con posterioridad, se lo sometió a una serie de operaciones dolorosas que incluyeron injertos de piel en manos y hombros; no obstante, aclara, quedó con cicatrices en el torso, brazos y manos. En especial, hace hincapié en la mano derecha, la cual sufrió una disminución en su movilidad que no logró ser recuperada con posteriores intervenciones, provocando una reducción de su funcionalidad.

Señala que, el día 20 de septiembre, dejó el Hospital Castro Rendón para ser trasladado al Hospital Bouquet Roldán, donde realizó durante un tiempo tratamientos de quinesioterapia.

Agrega que, producto de la traqueotomía mencionada y al haber permanecido sedado -como consecuencia de los dolores que sufría-, por el lapso de casi un mes, sufrió una importante pérdida de peso corporal.

Aduna que, transcurridos tres meses y concluida su permanencia en hospitales, fue alojado en la Comisaría Cuarta.

Expone que, como consecuencia del trauma vivido, se le recomendó la iniciación de un tratamiento psicológico pero que éste resultó imposible de realizar por su condición de detenido.

Luego, hace hincapié en la situación de aislamiento en la cual se encontraba desde que fuera trasladado a la celda que se incendió en calidad de castigado. Agrega que los presos del pabellón general tenían acceso a la puerta de dicha celda de aislamiento y que los carceleros tenían conocimiento que una situación como la acaecida podía suceder.

Finalmente, relata que el aislamiento en una celda solitaria, cerrada y rodeada por otros internos, resulta una mortificación física, una medida arbitraria, y violatoria de lo establecido en los art. 70 y 71 de la Constitución Provincial.

Bajo el acápite 5 del escrito de demanda señala que, a más de dos años del evento, padece las siguientes consecuencias: pérdida parcial de movilidad en sus dos manos; pérdida de movilidad de su mano derecha, como consecuencia de la rotura de los tendones de la misma; el 20% de su cuerpo se encuentra surcado por cicatrices profundas ocasionadas por quemaduras; existencia de una piel muy fina la cual, ante cualquier roce o golpe, sufre herida con sangrado; trastornos psicológicos motivados por la pérdida de su imagen física; disminución de su capacidad respiratoria y problemas pulmonares; disminución de su capacidad laboral, no sólo por la merma en la movilidad de sus manos, sino también por su incapacidad para permanecer al sol y a la

intemperie; capacidad pulmonar alterada. A lo expuesto, aduna que padece trastornos psicológicos y vive aterrado de ser víctima nuevamente de alguna venganza o violencia en su lugar de detención, lo que lo lleva a no querer interactuar con el resto de los internos.

En cuanto a la responsabilidad que le imputa a la accionada indica que, de las circunstancias descriptas, surge una inmediata responsabilidad del Estado Provincial; en tal sentido, entiende que él se encontraba bajo custodia de la accionada y existe por parte de aquélla una responsabilidad objetiva de cuidado.

Apunta que la situación se vio agravada por el encierro innecesario en una celda, a la que no tenía acceso directo el personal de seguridad, cuestión que además se encuentra prohibida por los arts. 70 y 71 de la Constitución Provincial.

En el acápite 6 de su presentación, describe los fundamentos de los supuestos de responsabilidad extracontractual del Estado que entiende presentes; en primer término cita doctrina nacional y jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires y luego hace mención al precedente “Bulaccio” emanado de la C.I.D.H.

En idéntica línea menciona algunos precedentes de la CSJN y destaca el concepto de falta de servicio como propio del derecho administrativo, con sustento en los art. 1112 del C.C. y art. 18 C.N. y, ajeno a la necesidad de culpa o dolo como factor de atribución de responsabilidad civil.

A continuación, refiere a la ausencia dentro del Derecho Público, de un texto específico que contemple los supuestos de responsabilidad del Estado por omisión o abstención, en cuyo caso entiende que debe recurrirse al art. 1074 del C.C.

Advierte que, en este caso en concreto, no fueron tomadas las medidas de precaución necesarias que hubieran permitido la intervención inmediata del personal de seguridad ante la ocurrencia de un siniestro, de forma tal de poder garantizar la integridad física del detenido. A tal fin, hace referencia al informe emitido por el Comisario Inspector Eusebio López, obrante a fs. 10 de las actuaciones penales, expediente N° 21817/05.

Menciona algunos elementos de la responsabilidad aquiliana del Estado: bajo el punto 6.1 refiere al “ACTO ILÍCITO” y describe su detención -bajo la modalidad de aislamiento sin motivos fundados- como una clara violación de los art. 70 y 71 de la Const. Prov.

En el apartado 6.2 se refiere al “FACTOR DE ATRIBUCIÓN” y describe al art. 1112 del C.C. como la norma que coloca en cabeza de los funcionarios públicos la responsabilidad por los daños ocasionados por omisión y por comisión en el desempeño irregular de sus funciones. Como conductas omisivas menciona a la falta de medidas de seguridad, la falta de equipamiento para combatir el incendio y falta de asistencia ante una emergencia. En cuanto a las conductas irregulares llevadas adelante por comisión, integra a la categoría, el encierro arbitrario e innecesario y el consecuente agravamiento de su situación de detención y aumento del riesgo.

Continúa con la responsabilidad civil de la accionada y sostiene que, en virtud del art. 1113 del Código Civil, se extiende la misma a la Provincia de Neuquén, en su carácter de empleadora, dueña y guardiana de las personas y objetos involucrados.

Para terminar, bajo el número 6.3, hace referencia a la “RELACIÓN CAUSAL” entre la conducta del Estado –el agravamiento de las condiciones de detención- y el daño ocasionado. Según asevera, la misma se encuentra totalmente acreditada con las constancias obrantes en el expediente penal nº 21817/05 que da cuenta que, la reclusión del actor en una celda solitaria a expensas de los demás presos, se constituyó en el factor desencadenante de los daños sufridos.

Bajo el acápite 10 menciona los rubros que componen la indemnización que pretende, que en su totalidad cuantifica en la suma de \$ 300.000,00.

II.- Mediante RI N° 6193/08 se declara la admisión formal del proceso (fojas 24 y vta.).

III.-Efectuada la opción por el procedimiento ordinario (foja 27/28), se corre traslado a la Provincia del Neuquén.

A fojas 36/39, ésta contesta la demanda y solicita su rechazo, con costas.

Cumple con la negativa de rigor, desconoce documental y brinda sus argumentos.

En primer término, hace hincapié en los motivos por los cuales el actor se encuentra privado de su libertad; destaca que el mismo ha sido colocado en tal situación por resolución judicial e indica que, a tal fin, el Estado cuenta con obras edilicias dotadas de las medidas de seguridad reglamentarias, en el marco de un sistema carcelario legislado y reglamentado.

Resalta que, al momento del evento dañoso, el demandante se encontraba alojado en esa celda por su propia conducta, la que en modo alguno puede serle imputada a la Provincia.

Luego, hace referencia a la denunciada ausencia de elementos de seguridad y salida de emergencia y, afirma, que los mismos no pueden estar al alcance directo de los detenidos pues podrían constituirse en un arma y dejar de cumplir la función de seguridad. Con relación a la salida de emergencia, se pregunta si hay alguna celda que la posea y, si tenerla, no sería contrario a los fines que cumple la unidad carcelaria.

Afirma que el penal en el cual se encontraba alojado el actor, cumple con todas las medidas de seguridad que impone la ley; hace una expresa mención a la división interna que posee el pabellón general, en cuanto posee lugares especiales donde es restringida la posibilidad de tránsito de los reclusos, siendo la autoridad carcelaria el único personal con acceso a totalidad de las áreas que comprende el penal.

En cuanto a la defensa jurídica, sostiene que existe culpa de la víctima en el evento dañoso, en los términos del art. 1113 in fine del C.C. Agrega que, si algún incendio existió en el tiempo y lugar que refiere el actor, ha sido él mismo quien deliberadamente ha causado en forma voluntaria el acto.

Con referencia al personal de seguridad del Pabellón afirma que, en todo momento, actuaron en forma diligente para ayudar al actor, habiéndoles tomado un breve instante, desde que se inició el fuego, abrir las puertas de la celda para brindarle ayuda y evitarle peores consecuencias.

Como síntesis, afirma que el Estado Provincial en todo momento actuó con diligencia para salvaguardar la integridad física del Sr. M.L.J.

Agrega que, en el caso, no se dan los presupuestos de responsabilidad necesarios y que no existe, por parte de la accionada, acción u omisión reprochable por la que pueda intentarse responsabilizarla ni en forma subjetiva ni objetiva.

En cuanto al nexo de causalidad, entiende que el mismo ha quedado descartado, en tanto se acreditó que es el propio actor el único y exclusivo responsable de las lesiones que refiere.

En otro apartado, postula la improcedencia de los rubros reclamados y señala que las sumas solicitadas son exorbitantes.

Para finalizar, ofrece prueba y hace reserva del caso federal.

IV.- A fs. 42 se abrió la causa a prueba, período que fue clausurado a fs. 243 vta., colocándose los autos a disposición de las partes para alegar, facultad que sólo ejerció la actora (cfr. fs.247/249).

V.- A fojas 253/260 se expide el Fiscal del Cuerpo, y propone el rechazo de la acción interpuesta.

Considera que la pretensión de percibir una indemnización por falta de servicio imputable a un órgano estatal importa, para el accionante, la carga de individualizar y probar el ejercicio irregular de la función, cuestión que ha sido incumplida en el sub lite.

VI.- A foja 261 se dicta la providencia de autos, la que encontrándose firme y consentida, coloca las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VII.- Como se advierte de la relación de los hechos efectuada en la demanda, la pretensión procesal subsume el caso en un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado, por no cumplir adecuadamente con la obligación de seguridad a su cargo, consistente en preservar la integridad física y la vida de las personas privadas de su libertad, alojadas en establecimientos carcelarios.

En esa inteligencia, la actora le imputa al Estado Provincial:

a) Responsabilidad por comisión, consistente en el agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención y el consiguiente aumento del riesgo personal para el actor dado por el encierro en una celda de aislamiento.

b) Responsabilidad por conductas omisivas, consistente en la falta de cuidado de la integridad física de los internos, adopción de medidas de prevención y seguridad frente a un incendio y asistencia ante una emergencia.

VIII.- La Constitución Nacional, en su artículo 18 dispone que *“las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija hará responsable al juez que la autorice”*.

En igual sentido, se expresa la Carta Magna Provincial, al disponer que *“Las cárceles y todos los demás lugares destinados al cumplimiento de penas de privación de libertad, en la Provincia, serán sanas y limpias y organizadas sobre la base de obtener primordialmente la reeducación y readaptación del detenido, mediante el trabajo productivo y remunerado. Toda medida que, a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos física o moralmente, hará responsable al que la ejecuta, autoriza o consienta.”* (art.70 C.P.)

Es preciso agregar que estas garantías tienen un contenido operativo, conforme ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 318:2002.

Al respecto, ha dicho el Máximo Tribunal: *“el postulado que emana del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional tiene un contenido operativo que impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia, obligación que se cimienta en el respeto a su vida, salud e integridad física y moral. 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, los propios de los penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema.”* (Fallos 332:2842).

Es que, sin perjuicio de la posición iusfilosófica que se adopte para fundamentar los derechos humanos, el Estado Constitucional de Derecho se estructura sobre el paradigma del reconocimiento de éstos a todo ser humano, por el sólo hecho de ser tal.

Es decir que el “preso”, trátase de un condenado o procesado, conserva la titularidad de iguales derechos que las personas libres -con excepción de aquellos que resulten restringidos por la condena o sean incompatibles con la prisión preventiva- y esto así, porque sigue teniendo la dignidad de un ser humano, aunque esté privado de su libertad (cfr. Ekmedjián, Miguel Angel “El derecho a la dignidad en el Pacto de San José de Costa Rica”, Derecho constitucional, Doctrinas esenciales, Tomo III, Ed. La Ley, pág. 483, publicado también en LL 1986-E, 941).

En idéntico sentido, se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 1995 en el caso “Dessy”, al afirmar que *“el ingreso a una prisión, en tal calidad [de condenado], no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar de la Constitución Nacional (...) Los prisioneros son, no obstante ello, 'personas' titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso”*(Fallos:318:1894).

Desde esta perspectiva, cuando un sujeto es colocado en una unidad penitenciaria nace en cabeza del Estado un conjunto de deberes que comprenden obligaciones tales como el cuidado de la vida

y la integridad física de los internos, su adecuado sustento y nutrición, el resguardo de su salud psico-física, y todo aspecto que resulte relevante y coadyuve al cumplimiento de sus fines constitucionales específicos, cual es, la readaptación y reinserción social (cfr. art. 10 ap. 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 5 ap. 6º de la Convención Americana de Derechos Humanos).

El Estado se constituye así, en garante exclusivo de la vida y de la integridad física de las personas que se encuentran bajo su custodia por todo el tiempo que ésta dure.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha graficado este concepto al sostener que *“...el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de su libertad, 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...”* (CIDH caso “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela” Sentencia del 5 de julio de 2006).

Estas obligaciones que derivan del plexo constitucional de aplicación (art. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y 70 de la Címera local) y del principio republicano de gobierno, que reconoce la responsabilidad del Estado frente al incumplimiento de sus deberes constitucionales y de aquellos prescriptos en las leyes, decretos y reglamentos, determinan la necesidad de reparar el daño acaecido por el accionar positivo o negativo del Estado, cuando éste acontece dentro de una prisión.

Esa responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del Derecho Público, es directa – *“...toda vez 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* (Fallos 306:2030)”- y basada en el factor de atribución objetivo, derivado de la especial “posición de garante” que tiene el Estado frente a los internos, cuya custodia asumió.

Es que, “el encierro en una “institución total” como es la prisión, en la que los diversos aspectos de la vida del recluso se someten a una regulación fija que importa el alejamiento de su entorno natural y social, con la consiguiente pérdida de intimidad, de espacio vital y con absoluta disminución de las posibilidades de autoprotección, pone a cargo de los responsables de su realización y mantenimiento un compromiso específico y material de protección del recluso frente a agresiones dolosas contra la vida, la salud, la libertad, la libertad sexual, el patrimonio o la intimidad.” (Delgado, Sergio “Muerte violenta de reclusos: su tratamiento jurisprudencial”, en Derecho de Ejecución Penal, obra colectiva, dir. Zulita Fellini, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pág. 421).

En definitiva, la persona privada de su libertad se encuentra en una situación de vulnerabilidad que obliga al Estado a “asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2-9-2004, Serie C nº 112, párr. 153 y Fallos 331:1216).

IX.- Bajo estas líneas directrices, resulta evidente la responsabilidad del Estado Provincial fundada en la irregularidad de la actuación del “servicio penitenciario” –en rigor de verdad, efectivos policiales que cumplen esta tarea- y, principalmente, en el incumplimiento del deber de custodia.

En efecto, se encuentra probado que el “servicio penitenciario” no ajustó su conducta al principio de legalidad ya que sancionó ilegítimamente al actor, lo colocó en una situación de vulnerabilidad al encerrarlo en una celda de aislamiento, no arbitró los recaudos necesarios para evitar la producción del evento dañoso y, finalmente, no contó con las medidas de seguridad adecuadas frente al siniestro.

X.- De las probanzas de autos, en particular del Expediente Nº 21817/05 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia de Instrucción, se desprende que:

a) El siniestro efectivamente ocurrió el día 20/07/05, en la celda nº 11, sector B, pabellón 6 de la Unidad de Detención Nº 11, en la cual se encontraba el actor.

De las constancias administrativas obrantes (en especial, del preventivo Nro. 200/2005 “DD11º/V”-19/07/05, agregado al expediente 3100-025427/2007, fs. 68/85) surge que, si bien se inició un sumario administrativo al interno M.L.J., atribuyéndole la comisión de faltas disciplinarias graves acaecidas el día 18/07/2005 (art. 85 inc. b), e), f), h) y j) de la ley 24.660) no existió acto administrativo que le impusiera sanción alguna.

En efecto, a fs. 79, consta la Disposición Interna Nro. 244/05, suscripta por el Comisario Brondo, mediante la cual se resuelve archivar la actuación administrativa, debido a las lesiones que habría sufrido el interno, encontrándose “alojado en forma preventiva en el pabellón Seis, sector B”.

Es decir que, pese a la inexistencia de sanción disciplinaria legalmente impuesta por la autoridad competente, el interno M.J.L. fue trasladado de su lugar de alojamiento “Pabellón 1”, a la celda Nro. 11 del Sector B del “Pabellón 6”, en condición de sancionado cumpliendo la medida disciplinaria recluido en una celda de aislamiento (ver declaración del Agente A., de fs. 13 y del Agente G., de fs. 15 del expte. 21817/05).

De las actuaciones administrativas, surge que en el mismo sector del Pabellón 6, se alojaban otros detenidos con los cuales el interno había manifestado tener problemas, situación que era conocida por el “servicio penitenciario” (ver constancia del Secretario de la Secretaría Penal de este Tribunal de fs. 32, declaración de fs. 40 del interno I.; declaración de fs. 42 del detenido Br.;

declaración del interno V. de fs. 97; declaración del interno V. de fs. 98; declaración del interno A.S. de fs. 135; declaración de M.J.L. de fs. 231; declaración del agente L. de fs. 241 (“...sí puede afirmar que los celadores sabían del problema entre ese interno y la víctima”); declaración de M. de fs. 247).

Es claro, entonces, que el proceder del “servicio penitenciario” vulneró el principio de legalidad de plena vigencia en el derecho administrativo sancionador (art. 29 y 30 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, ONU, 1955) y desconoció las disposiciones de los artículos 81, 91, 95, 96 y 99 de la ley 24.660, al imponer “de hecho” una sanción prevista en el artículo 87 inc. e) o f) del mismo cuerpo normativo, impidiendo al interno el ejercicio de su derecho de defensa, previsto en el artículo 96 y cctes. de la ley de ejecución de la pena.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Romero Cacharane” reconoció que el principio de legalidad y las garantías constitucionales del debido proceso son plenamente aplicables a la actividad administrativa sancionadora llevada a cabo por las autoridades penitenciarias (Fallos 327:388).

Desde esta perspectiva, la decisión de trasladar a M.J.L. del Pabellón 1 al Sector B del Pabellón 6, a una celda de aislamiento -sin acto administrativo que le impusiera la sanción disciplinaria- a sabiendas de los problemas que el actor tenía con los reclusos allí alojados, importó colocar al interno en una situación de riesgo, aumentando su vulnerabilidad frente a las eventuales (y previsibles) agresiones de los otros internos, los cuales podían transitar libremente por el pabellón y tenían acceso directo a su celda (“se hace constar que los internos que se encontraban libres dentro del pabellón tenían acceso directo a la celda de M.J.L.(cerrada con candado, puerta reja), el personal policial para lograr asistirlo tuvo que abrir un total de tres puertas rejas, (puerta pasillo técnico, puerta emergencia, puerta celda)” (sic) (cfr. oficio Nro. 1363 “PIN/J” sobre inicio de actuaciones por presuntas lesiones, dirigido al Sr. Juez de instrucción Nro. cinco, Fiscalía G.A.P., fs. 10, expte. 21817/05).

b) También se encuentra probado que el incendio fue intencional. Esta cuestión ha sido demostrada mediante el informe técnico producido por la división siniestros, Dirección de Bomberos, obrante a fs.67/71 del expediente penal y el informe obrante a fs. 215/227 de las mismas actuaciones, producido por el Laboratorio Industrial Induslab, el cual da cuenta de la utilización de líquidos acelerantes (nafta común y alcohol etílico).

Sin perjuicio de que en sede penal (cfr. sentencia dictada bajo el Registro Interlocutorio N° 982/06, obrante a fs.321/322 del mencionado expediente) no pudo determinarse quién resultó autor del mismo –lo que no es óbice para endilgar responsabilidad al Estado en caso de incumplimiento del deber de seguridad penitenciaria- sí se acreditó la existencia del ilícito investigado.

Las circunstancias apuntadas permiten aseverar que la ocurrencia de un siniestro o, de cualquier otra situación riesgosa que pusiera en peligro la vida del interno M.J.L., era absolutamente previsible.

Al respecto, cabe precisar que el deber de velar por la integridad de los reclusos, se cumple a través de una serie de medidas de vigilancia y seguridad tendientes, entre otras cosas, a proteger a los reclusos de agresiones de toda índole por parte de sus compañeros de prisión o incluso de sí mismos (en caso de autolesiones, suicidio, etc.).

Esto es lo que fundamenta la realización de medidas tales como los registros en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, las requisas de las instalaciones y los recuentos, los que deben efectuarse con las garantías que reglamentariamente se determinen y con respeto a la dignidad humana (art. 70 ley 24.660).

La existencia de un líquido acelerante (alcohol etílico y nafta común) en posesión o a disponibilidad de los internos, traduce la omisión del “servicio penitenciario” de velar por la seguridad y el orden dentro de la prisión, una violación a su deber de protección y control de los reclusos.

Al respecto, tiene dicho la CSJN que: *“el “servicio penitenciario” tiene la obligación de evitar que los internos tengan a su alcance elementos de evidente peligrosidad, tales como los secuestrados en este caso, susceptibles de producir daños en la salud física de aquéllos y de terceros”* (Fallos 332:2842).

Es por ello que lejos está de encontrar justificación la pretensión eximente que invoca la demandada con sustento en el art. 1113 del C.C.-culpa de la víctima-.

Como quedó expuesto, la hipótesis que trae y sobre la que asienta su defensa, esto es, *“que ha sido el mismo actor quien deliberadamente y en otra muestra de su desordenado actuar ha causado voluntariamente el incendio”* no encuentra asidero en las constancias de la causa. Pero, aún cuando se admitiera la participación de la víctima en el evento dañoso, ello no exime de responsabilidad al Estado, dado que -se reitera- la ocurrencia de un incendio es una eventualidad previsible en el régimen de un penal, que podría haberse evitado si la autoridad penitenciaria hubiera cumplido adecuadamente con sus funciones de control y seguridad.

c) Asimismo, dado que la ocurrencia de un incendio (cualquiera sea su origen) constituye una eventualidad previsible -sea en un penal o en cualquier otro lado- no se encuentra justificada la ausencia de elementos de seguridad indispensables para sofocarlo, o que existiendo éstos no hayan funcionado o funcionaran deficientemente, tal como ha quedado acreditado en esta causa.

En efecto, en el Acta de Procedimiento labrada el día del siniestro -fs. 1- las declaraciones de A. (guardia interna) y M., son claves, al afirmar que se entrevistaron con los celadores .y éstos le manifestaron que *“desenrollaron la manguera de emergencia pero la misma no funcionaba, no contaban con matafuegos, por lo que lo sofocaron con baldes de agua”*.

La misma información resulta de los testimonios brindados por el interno I. -fs.40/41, informa que el celador se acercó con una manguera pero no tiraba agua- y en sentido similar son las declaraciones de V. -a fs.97-, de V. -a fs.98 y vta.-, de F. -a fs. 271-, de P. -fs. 280/281 y vta.-; también la falta de agua en la celda del actor -declaración de fs. 231 y de fs. 245-. Lo mismo consta

en la declaración de fs. 240 del subinspector de la Policía –C.L.- que informó que *“la manguera contra incendios estaba desplegada en el piso, en el sector celaduría. Los celadores le dijeron en ese momento que la manguera no funcionaba y no había matafuegos”*.

Evidentemente, estas declaraciones por su número y coincidencia, son contundentes acerca de la falta de medidas de seguridad contra incendios, en la Unidad de Detención Nro. 11 y desvirtúan el informe brindado por el Jefe del Dpto. Apoyo Logístico, del 4/8/05 que asegura: *“ante cualquier necesidad, el personal solamente acciona una llave y el sistema contra incendio se prende en forma automática... ese dpto. periódicamente efectúa controles de calidad y buen funcionamiento de bombas, destacando que el personal policial del grupo de requisita, poseen las mangueras y lanzas pertinentes, para cuando las situaciones así lo requieran conectarlas en el pabellón, acotando que el complejo posee matafuegos para ser usados y que son periódicamente revisados”* (fs. 118 vta. expte. citado).

La infraestructura edilicia tampoco asegura la rápida asistencia del personal penitenciario frente a la emergencia ya que, desde el puesto de guardia, no puede llevarse a cabo una vigilancia directa sobre los internos, necesaria para ejercer un adecuado control de la seguridad, con el debido respeto a la privacidad de los allí alojados.

Ello surge de las declaraciones de los mismos agentes penitenciarios, al reconocer que el siniestro no fue fácilmente advertido, ya que concurrieron a ese sector cuando les fue solicitado el traslado de otro interno (*había una distancia de siete metros aproximadamente entre el lugar donde estaban los celadores y el interno y desde ese lugar no se lograba ver, se lo ve recién cuando se abre la puerta de emergencia* -declaración de G. de fs. 14/15 y de A. de fs. 12/13-; declaración de fs. 241, a la pregunta *“si desde la celaduría se ven las celdas”* respondió que *“la visión se halla limitada por los marcos de las puertas de las rejas, las columnas macizas de la estructura y la propia altura de las paredes. Las puertas también tienen unos chaponos, a media altura, donde están las cerraduras, que también impiden la visión”*).

Las circunstancias aquí apuntadas ponen de manifiesto el incumplimiento de los deberes a cargo del “servicio penitenciario” provincial, el que debe velar por *“la custodia y seguridad de las personas detenidas a disposición de la Justicia provincial”* (art. 48 de la ley 2081, modif. por ley 2293 y 2618) y, en consecuencia, determinan la responsabilidad del Estado.

El Estado tiene, por mandato constitucional, un deber primario que cumplir con solicitud y diligencia: cuidar, mantener y tutelar la vida en las cárceles.

Es que, *“La Constitución Nacional como la Provincial hacen responsable a la autoridad que permita una medida que afecte la integridad física del interno, sometiéndolo a un rigorismo innecesario. La medida se refiere a evitarle tormentos o sufrimientos correctivos, pero subyace la obligación constitucional de que al cumplir la condena no va a perder su vida; la obligación de seguridad, la facultad de organizarles la vida y de promover la readaptación de los internos, es una tarea insustituible de las autoridades penitenciarias y su cumplimiento defectuoso, hace responsable al Estado Provincial, a tenor de las normas relativas a la responsabilidad extracontractual. El objetivo*

del sistema penitenciario es la conservación de la vida y de la salud de los alojados y por último y fin esencial la readaptación social. Más allá que este objetivo final se concrete es necesario que el régimen deba asegurar el cumplimiento de sus objetivos primarios, es decir la salud y la vida de los internos, como garantía del más elemental de los derechos humanos: vida e integridad física”(cf. SCMendoza, Expte. 52995 “Fiscal y actor civil López Tejada Miguel Vicente por Homicidio Simple s/ Casación, 09/12/1993, LS 241-216).

Luego, si la propia Constitución impone al Estado la obligación de organizar un “servicio penitenciario” que resguarde la integridad física de los detenidos, controlando y vigilando que la convivencia entre los mismos se desenvuelva pacíficamente, sin riesgos ni peligros para sus vidas (art. 18 C.N. y 70 de la Constitución Provincial); si el hecho se produjo dentro del Establecimiento carcelario y bajo las circunstancias que han sido descriptas, todo lleva a admitir la responsabilidad de la Provincia del Neuquén, toda vez que la falta de cumplimiento de los fines constitucionales y las obligaciones que generan, imponen la obligación de reparar el daño (Fallos: 306:2030).

XI.- Determinada la cuestión atinente a la responsabilidad de la Provincia del Neuquén, corresponde analizar el daño ocasionado –su ocurrencia y extensión- y la procedencia de los reclamos de indemnización efectuados por el accionante.

En ese cometido, cabe señalar que no existen dudas sobre el acaecimiento del daño padecido por M.J.L., producto del siniestro apuntado.

De las constancias administrativas adjuntadas, surge que el día 21/7/05, la médica forense certificó que el actor fue internado en terapia intensiva, con lesiones por quemadura, tipo AB que comprometían el 20% de la superficie corporal dispersas en rostro, miembros superiores y región superior del tronco, compromiso de la vía aérea, requiriendo asistencia respiratoria mecánica; que el mecanismo de producción era compatible con lesiones por calor (quemaduras), que estuvo en peligro real la vida, en razón de que tuvo compromiso de vía aérea” (fs. 37).

Asimismo, con fecha 5/9/05, se realizó el “informe de situación victimológica” que concluyó que se observaban “signos de síndrome de stress agudo (...) relacionados a la situación traumática vivida (...) se recomienda la continuidad del trabajo terapéutico iniciado con los profesionales del equipo de tratamiento de la dirección de Política Criminal”(fs. 235/236).

Distinta es la certidumbre sobre la extensión del mismo y la reparación solicitada.

XII.- En su demanda, el actor pretende se le indemnicen los daños a la integridad corporal, el daño emergente, el psicológico y el moral.

Bajo el rubro “daño a la integridad corporal”, peticiona la suma de \$150.000,00 por la desfiguración permanente del rostro y cuerpo.

En relación con el rubro “daño emergente”, hace referencia a la pérdida de su escasa capacidad de ganancia, cuya motivación la asigna a las alteraciones y disminuciones físicas y psicológicas padecidas. En este sentido, manifiesta que es lavador de autos y detalla su imposibilidad de

permanecer expuesto al aire libre y de realizar aquellas tareas. Pretende en tal concepto, tomando en consideración el resto del período de capacidad laborativa que le resta, a contarse desde su presumible liberación hasta la edad jubilatoria, la suma de \$ 50.000.

Respecto al “daño psicológico”, pide la suma de \$50.000, argumentando que “su personalidad se ha visto gravemente alterada y su curación psicológica, si es que fuera totalmente posible, aún está pendiente. Por ello, valúa el daño, no sólo en las sumas necesarias para afrontar los tratamientos, sino en la alteración misma sufrida. Menciona como padecimientos el miedo, la vergüenza, la pérdida de su horizonte vital y la incidencia en su vida de pareja y en la relación con su hija.

Finalmente, en concepto de “daño moral”, peticona la suma de \$100.000, en tanto afirma que los padecimientos sufridos desde el hecho continúan hasta la fecha con el escarnio que significa su alterada imagen personal y su estética, el desasosiego de no agradar más a su pareja, el sometimiento constante a cuidados especiales, la burla que debe enfrentar, etc., todo lo cual le provoca un íntimo padecimiento espiritual.

XII.1- La actora adopta para la exposición y división de los rubros pretendidos una clasificación moderna elaborada por la doctrina para los diferentes y particulares daños a las personas.

Sin embargo, más allá de la eventual autonomía que en un determinado caso puede alcanzar un rubro en particular, la jurisprudencia continúa inclinándose por la inclusión de toda clase de daños dentro de las grandes categorías de la clasificación tradicional y general: daño patrimonial y daño extrapatrimonial.

Por tal razón, los rubros indemnizatorios “daño a la integridad corporal” y “daño emergente” serán tratados en forma conjunta.

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho que, cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos: 315:2834; 322:2002; 326:1673; 330:563, entre otros).

Es que, lo “productivo” no se limita a “lo laboral”, en el sentido estricto de actividad que permite obtener réditos dinerarios. Tiene significación económica no sólo la aptitud para trabajar a cambio de la retribución, sino también la requerida para desenvolverse materialmente en otros ámbitos de la vida. La merma de las aptitudes del sujeto se traduce, por lo común, en el cercenamiento o restricción de las actividades normales del sujeto en su integral vida productiva, o bien, en la necesidad de suplir las falencias por vía de gastos, eventual colaboración de otras personas, etc., que son de difícil prueba (Conf. Matilde Zavala de González, “Resarcimiento de Daños, 2ª, “Daños a las personas” Ed. Hammurabi 1993, p. 107 y sgtes.).

En simples palabras, ambos rubros pueden conceptualizarse bajo la denominación de "Incapacidad Sobreviniente": una completa definición del término ha incluido "... a) la lesión en sí misma como ofensa a la integridad corporal del individuo (incapacidad estrictamente física); b) el detrimento que ello produce en su aptitud de trabajo (incapacidad laboral); c) el menoscabo que además, apareja en su vida en relación toda, al amenguar y dificultar sus interrelaciones con los otros en el plano social, cultural, deportivo, lúdico, sexual, etcétera ... d) el daño o incapacidad estética, y e) el daño o incapacidad Psicológica, cuando estos dos últimos perjuicios no son tarifados en forma autónoma y diferenciada de aquella tríada de minusvalías que ... por lo general se consideran integrativas de la incapacidad sobreviviente a indemnizar" (Voto del Dr. Roncoroni en SCJBA, Ac. 90.471, "K.,J.H. c/Pagado de Báez, Alicia y ot. Daños y Perjuicios", del 24-5-2006).

Ahora bien, para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación (cf. Fallos: 320:1361; 325:1156 y 330:563).

A tal fin, debe repararse en aquellos elementos que han sido acreditados en las actuaciones:

a) A fs. 231/233 obra informe pericial que determina, como consecuencia de la suma de todos los mínimos de las incapacidades correspondientes al plano estético y funcional, una disminución total y permanente del 73%.

Para arribar a tal porcentaje, el experto suma los porcentajes de incapacidad de ambos planos: el estético -asignando un 38% a la quemadura en el rostro; otro 15% corresponde a la quemadura de los miembros superiores, un 8% que es asignado a la quemadura del muslo derecho, y un 9% es reservado a las lesiones sufridas por quemaduras en el tronco- y el funcional - considera la rigidez del dedo meñique de la mano derecha fijado asignando una incapacidad de entre el 3 y 7%-.

Frente a ello, y a los fines de su consideración para el rubro en análisis, cabe recordar que la jurisdicción no tiene como misión, en principio, señalar incapacidades abstractas, genéricas, sino concretas y específicas, referidas a un sujeto y sus especiales circunstancias, pues es ése el verdadero daño sufrido y que debe ser integralmente resarcido.

De allí que no pueda aceptarse reducir la cuestión a un cálculo matemático o hipotético y procede participar del criterio que relativiza el valor sacramental de los porcentajes de incapacidad, pues si bien constituyen un dato importante a los efectos de orientar al juzgador, lo que interesa a los fines de precisar la cuantía resarcitoria es determinar la medida en que la disfunción repercutirá en la situación de la víctima.

En tal sentido, el informe médico pericial hace hincapié, dentro de todo el espectro de incapacidades que describe, en dos puntos, como los de mayor relevancia: la incapacidad descripta para las quemaduras en el rostro (por el factor estético) y en la mano derecha (por la consecuencia funcional).

Luego, agrega los restantes porcentajes de incapacidad, asignados a las quemaduras sufridas en los miembros superiores, el muslo derecho y el tronco.

Ahora bien, a los fines de obtener parámetros que integren la fórmula matemática que ayudará como pauta para cuantificar el daño, estimo que corresponde diferenciar aquél porcentaje de incapacidad que, efectivamente, tendrá injerencia en el rubro en análisis, del resto, que deberá diferirse para ser ponderado al momento de abordarse el rubro extrapatrimonial de los daños. Lo contrario podría llevar a la superposición de rubros y la consecuente duplicidad en la reparación.

Por ello, entiendo prudente tomar los ítems mencionados como parámetro, para integrar la fórmula que ayudará en la cuantificación del daño.

Teniendo en consideración que el actor es diestro, a los fines de fijar el porcentaje de incapacidad producida en el dedo meñique de la mano derecha, estimo que el mismo es del orden del 5%.

En cuanto al resto de los daños señalados en el informe pericial, siendo ellos del orden estético, en tanto producen padecimientos de índole moral por limitación de aspectos de la vida que se vinculan con gozos y satisfacciones derivadas del esparcimiento, y no habiendo probado que incidan en su capacidad de ganancia, cabe considerarlos en conjunto, determinando una incapacidad del orden del 38%.

Por lo tanto, tenemos que el porcentaje de incapacidad que deberá considerarse para integrar la fórmula de cálculo será del 43% de la total vida.

b) También surge de las actuaciones que el Sr. M.J.L. nació el 17 de junio de 1981, mantuvo antes de entrar a la prisión, y con posterioridad, una condición social humilde y ha convivido con su pareja y su hija. Al momento del evento tenía 23 años (cf. fs. 10 de las actuaciones penales), y sólo posee estudios primarios.

c) Con relación a la faz laboral, al momento del hecho se encontraba privado de su libertad, habiéndose desempeñado con anterioridad, tal como se adelantara, como lavacoche y ocupado en algunas changas, ello según la versión brindada por los testimonios obrantes en el expediente n° 2263/7, del beneficio de litigar sin gastos.

En punto a determinar el ingreso mensual que dichas tareas le representaban, no ha sido denunciado ni acreditado monto alguno.

Por ello, como un criterio objetivo que dote de razonabilidad al decisorio, se estima justo tomar como base de cálculo el monto del salario mínimo vital y móvil dispuesto por el Concejo Nacional del Salario, vigente al momento en el que se produjeron los daños (Res. 2/05, \$630).

Asimismo, se debe tener en cuenta la edad de la víctima a la fecha de los hechos (23 años) en concordancia con su posible vida útil, que se estima en 65 años. Es preciso destacar que el tiempo restante de vida útil constituye una variable hipotética, una incógnita, que el prudente arbitrio

judicial debe llenar, a fin de arribar a una conciliación entre lo objetivo de la fórmula y la particularidad del caso.

Por ello, en atención a lo precedentemente expuesto, a los cálculos de rigor realizados y la gravitación de las lesiones sufridas, corresponde fijar como indemnización para el rubro en análisis, la suma de \$42.260,00 (cf. art. 165, tercer párrafo, del C.P.C.yC).

XII.2.- En lo concerniente al “daño psicológico”, este Cuerpo, en anterior composición, ha hecho referencia a la ausencia de uniformidad doctrinaria y jurisprudencial en torno al tratamiento a acordar al daño psicológico o psiquiátrico (cf. causa “Palacios”, Ac. 772/01).

Se postularon allí dos posiciones: una primera visión que otorga al “daño psiquiátrico y/o psicológico” una entidad autónoma a los fines reparatorios, aprehendiéndolo entonces como “una categoría de daño que se configura mediante la perturbación profunda del desequilibrio emocional de la víctima, que guarda adecuado nexo causal con el hecho dañoso, que entraña una significativa descompensación que altera su integración en el medio social”.

Para una segunda postura –opuesta a esta multiplicidad-, debe ser subsumido en las categorías de daño material o moral, afirmando que no se trata de rubros resarcibles independientes, sino que el daño psíquico va a ser un factor de intensificación del daño moral o material –según los casos-, que incrementará el resarcimiento.

Expone Kemelmajer de Carlucci: “...Se ha señalado, que aún cuando sea aceptable el distingo intelectual entre el daño psicológico y el daño moral, y pese a que la salud consista en una situación de equilibrio psicofísico del individuo, cuya afectación puede ocurrir desde uno u otro ángulo, en el plano concreto de los daños resarcibles, aceptar el reclamo por el daño psicológico sería computar los nuevos aspectos ya tenidos en cuenta para indemnizar el daño moral, duplicando las consecuencias económicas del caso juzgado, ello en detrimento del valor justicia” (cf. “Breves reflexiones sobre la prueba del llamado daño psíquico. Experiencia jurisprudencial.” Revista de Derecho de Daños, Nro. 4, pág. 131 y ss).

En el caso, del informe emitido por la perito psicóloga designada en estos autos, se sugiere la iniciación de tratamiento psicológico, que comportaría: una sesión individual semanal –los primeros tres meses-; una sesión individual quincenal –hasta completar los seis meses-, y estima por cada sesión individual la suma de \$80, que es la sugerida a Marzo de 2010 por el Colegio de Psicólogos de Neuquén.

Entonces, los gastos necesarios para efectuar el tratamiento psicológico indicado deberán ser calculados como “daño material”, correspondiendo fijarse en \$1.800,00 la suma para afrontar el costo del tratamiento pertinente.

Las restantes consideraciones efectuadas por la perito, serán evaluadas, a continuación, dentro del aspecto atinente al “daño moral”.

XII.3.- Respecto a la procedencia del rubro “daño moral”, se ha sostenido que, en términos generales, el daño moral se configura cuando existe lesión a derechos que afectan el honor, la tranquilidad o la seguridad personal. En la medida en que se lesionan los bienes más preciosos de la persona humana, alterando el equilibrio espiritual, está afectando a la persona en una de las dimensiones más sutiles y fundamentales del ser.

En ese contexto, se pretende darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. En este orden de ideas, el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.

En el caso de autos es indudable que el daño moral debe tenerse por configurado *in re ipsa* (cf. artículo 1078 del Código Civil), pues el evento dañoso constituyó una fuente de angustias y padecimientos espirituales que deben ser reparadas judicialmente.

En cuanto a la evaluación del perjuicio moral, constituye una tarea delicada, pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio, debe hacerse de acuerdo al art. 1083 del Código Civil. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia.

Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida (Fallos: 334:376).

El informe de situación victimológica realizado el día 5/9/05 (cf. fs. 235/236 del expediente penal) da cuenta de que el actor se angustia mucho, refiriendo que es la primera vez que se pone a pensar en él mismo y por ende en el riesgo que corrió su vida; como “conclusión” sostiene que, *“se observan en Lucas, signos de síndrome de Stress Agudo, como son la angustia, llanto, silencios prolongados, dificultad para conciliar el sueño, evitación de estímulos relacionados a la situación traumática vivida. Teniendo en cuenta las consecuencias físicas y psíquicas que se observan en Lucas, es probable que desarrolle un síndrome de Stress Post Traumático, por lo cual se recomienda la continuidad de trabajo terapéutico iniciado con los profesionales del equipo de tratamiento de la dirección de Política Criminal”*.

Luego, al momento de presentarse la pericia en esta causa, la perito estimó que, las cicatrices generadas por el incendio, en un principio, disminuyeron su valorización subjetiva, al punto de dificultarle su relación con su pareja y las entrevistas de trabajo, pero agregó que lo iba superando en la actualidad. No obstante, “quedaba aún un monto de angustia causada por el accidente” (cf. fs. 222/224).

Entonces, las características de las lesiones y los padecimientos sufridos –a tenor de los peritajes psicológico, médico e informes contenidos en las historias clínicas-, e independientemente que el

proceso se haya ido superando, llevan a presumir la afectación inevitable de los sentimientos del demandante. Es que, el sufrimiento en el momento del violento hecho vivido, el dolor corporal, la conciencia del riesgo que corrió su vida, la disminución física padecida y las cicatrices, han sido fuente de aflicciones espirituales, que justifican el otorgamiento de un resarcimiento.

Y, para la fijación del quantum debe tenerse presente el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos: 326:847; 329:2688, entre otros).

En el caso particular, la lesión a los sentimientos afectivos se intensifica si se considera las trágicas condiciones en las cuales se produjeron las lesiones: dentro de un penal, cuando el interno se encontraba confinado en una celda de castigo con disminución de las posibilidades de autoprotección, bajo custodia del "servicio penitenciario" que debía velar por su vida e integridad física.

La dolorosa repercusión espiritual que suscitó en el accionante la falta de cumplimiento de los deberes primarios del Estado, en orden a garantizar su seguridad personal ante una situación de vulnerabilidad, justifican la extensión del resarcimiento por daño moral.

Por ello, en uso de la facultad conferida por el art. 165 del C.P.C.y C., se establece este rubro en la suma de \$ 50.000,00.

XIII.- En mérito a todo lo expuesto, el total indemnizatorio asciende a la suma de \$ 94.060,00.

En atención a que no se han solicitado intereses, no corresponde adicionarlos al monto de condena.

Es jurisprudencia pacífica que los réditos que no han sido reclamados en el escrito inicial no integran, en consecuencia, la litis; no existe en la causa ningún elemento del que pueda inferirse que hubo intención de solicitarlos y, tampoco pueden entenderse comprendidos en la fórmula genérica que se emplea al concretar las sumas requeridas, esto es, "sin perjuicio de lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos" ya que dicha expresión está referida exclusivamente a los montos reclamados y a su cuantificación por parte del Tribunal.

Luego, aún cuando la renuncia de derechos no puede ser presumida, es evidente que ella comprende todos aquellos que, encontrándose disponibles, no fueron oportunamente ejercidos. De tal modo, los intereses por tratarse de derechos esencialmente renunciables, debían ser reclamados en la presentación inicial y si no lo fueron es de presumir que no hubo intención de solicitarlos.

XIV.- En esta instancia, la gravedad de la situación carcelaria evidenciada en autos, amerita realizar una última observación ineludible para este Cuerpo, atento su rol de garante de los derechos humanos.

En la actualidad, una concepción ética del papel del Estado en la ejecución penal, impone al mismo una serie de obligaciones que son reclamables por los internos ya que, el Estado social de derecho no se compatibiliza con la antigua idea de “sometimiento especial” del preso, propia de una concepción autoritaria del Estado (cfr. Zaffaroni, Eugenio R. en Tratado de Derecho Penal, parte general, Tomo V, pág. 158).

Como se ha precisado, el condenado es una persona, y como tal le corresponde el goce de todos los derechos fundamentales –y el cumplimiento de las obligaciones- con excepción de aquellos que deban ser expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

No se trata de negar el reproche a su conducta contraria a la ley penal sancionada por los representantes del pueblo, sino de concebir –desde una dimensión axiológica- a la pena privativa de la libertad como una sanción con finalidad, la reinserción social del condenado.

El sistema social en su conjunto y sus integrantes en particular deben comprender que la cárcel no puede constituirse en un depósito de seres humanos. Esto vulnera el respeto a la dignidad humana y contraría los propósitos constitucionales de reinserción social y readaptación.

En este punto, cobra vital relevancia la política penitenciaria llevada a cabo por el Estado, desde que la ley de ejecución penal establece una progresividad en el régimen de cumplimiento de la pena -períodos de observación, tratamiento y prueba (art.6, 7 y 8, ley 24.660) que tiene como objetivo primordial, la preparación del condenado para su reintegro a la vida en libertad.

Sin duda constituye una deuda del Estado neuquino, que debe ser subsanada en el más corto lapso posible, la ausencia de un cuerpo profesionalizado de personal penitenciario, con educación continua y específica formación para tratar con los reclusos, capacitado en áreas afines a la materia (sociología, ética, filosofía, psicología) y, con especial énfasis, en los estándares universales de derechos humanos y las normas internacionales sobre el tratamiento de reclusos (cfr. ONU, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; ONU, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*. Adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988; ONU, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*. Adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990. Ver también: ONU, Observación General No. 21 del Comité de Derechos Humanos. 10 de abril de 1992. A/47/40/(SUPP), *Sustituye la Observación General No. 9, Trato humano de las personas privadas de libertad (Art. 10)*: 44° período de sesiones 1992, y CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*. Adoptados durante el 131° Período de Ordinario de Sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008).

De igual forma, el adecuado mantenimiento de las instalaciones donde se cumplen las penas privativas de la libertad, en especial, en lo que hace al espacio, la aireación, la alimentación, la limpieza, la iluminación, las instalaciones sanitarias y las de asistencia médica, los lugares de recreación, estudio, biblioteca, así como aquellos acondicionados especialmente para la recepción de visitas –familiares e íntimas–, sistemas eficaces de detección y extinción de incendios, así como protocolos de acción en casos de emergencias que garanticen la seguridad de los internos y del personal penitenciario, etc. son requisitos mínimos que deben ser resguardados por el Estado y cuyo cumplimiento evita o, al menos, reduce la conflictividad y la violencia dentro de los establecimientos carcelarios.

La ausencia de programas generales y talleres de formación profesional donde los presos puedan desarrollar trabajo remunerado y capacitarse laboralmente para su mejor reinserción social, las demoras en la

implementación de métodos que eviten las revisiones intrusivas a familiares de los alojados en las penitenciarías, las carencias edilicias, la falta de provisión de una alimentación adecuada de buena calidad nutritiva, el alojamiento de procesados junto con los condenados dentro de las unidades carcelarias, alojamiento en comisarías, etc. son situaciones que evidencian el abandono que sufren actualmente los internos producto, primordialmente, de la ausencia de políticas públicas penitenciarias que respeten los Derechos Humanos de los detenidos y promuevan el cumplimiento de los fines constitucionalmente acordados.

Este estado de cosas ha sido oportunamente advertido por este Tribunal Superior de Justicia, quien en cumplimiento de la manda constitucional del art. 240 inc. g de la Constitución Provincial encomendó, en numerosas oportunidades, al Poder Ejecutivo la adopción de las medidas pertinentes para solucionar las condiciones existentes (ver: RI 88/10 en “Defensoría de Cámara II s/ Habeas Corpus” (SS) Expte. CNQCR2 21 Año 10; y Acuerdos: N°4530, punto 8; N°4618, punto 23; N°4662, punto 9; N°4746 punto 6; N°4753 punto 5; N°4783 puntos 11 y 15; N°4794 punto 5; N°4809 punto 5, entre otros.). Así también lo hicieron, las Cámaras Criminales I y II de la I Circunscripción Judicial al resolver un Habeas Corpus correctivo y colectivo, interpuesto por los Sres. Defensores Oficiales. (“Defensores de Cámara s/ Habeas Corpus”, sentencia del 14/06/12, Registrada bajo el Nro. 101).

Revertir la situación de crisis en la que se encuentra el sistema penitenciario actual requiere de un esfuerzo institucional, de la participación y del diálogo de los Poderes del Estado que confluya en la adopción de medidas de acción en forma coordinada.

En ese escenario, es preciso solicitar a la Legislatura Provincial, que debata y sancione la normativa local que cumpla con los estándares internacionales para el tratamiento de los reclusos.

Del mismo modo, cabe exhortar al Poder Ejecutivo, de quien depende el mantenimiento y mejora de las Unidades de Detención existentes en la Provincia, para que articule la creación de un “servicio penitenciario” profesionalizado, la implementación de talleres de capacitación para el trabajo de los reclusos, la profundización de las políticas educativas de los internos, las mejoras de

las condiciones de detención (edilicias, alimentarias, higiénicas, sanitarias, de seguridad, etc.) y todo lo necesario para lograr un efectivo cumplimiento de los fines de readaptación y reinserción social que prevé la normativa constitucional.

Porque, en definitiva, como lo advierte nuestra Corte Suprema "si el estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa, de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún 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" (Fallos: 318:2002).

Por los motivos expresados a lo largo del presente, corresponde hacer lugar a la acción intentada, e imponer las costas del pleito a la demandada perdidosa por aplicación del principio objetivo de la derrota (artículo 68 del CPCyC, de aplicación supletoria). **TAL MI VOTO.**

El señor Vocal **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Kohon, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, **SE RESUELVE: 1º)** Hacer lugar a la demanda interpuesta por M.J.L. contra la PROVINCIA DEL NEUQUÉN, condenando a esta última a abonar al actor la suma de pesos \$94.060, por las consideraciones expuestas anteriormente; **2º)** Imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 del CPCyC, de aplicación supletoria en la materia); **3º)** Regular los honorarios (...) **4º)** Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

Dr. RICARDO TOMÁS KOHON

Vocal

Dr. OSCAR E. MASSEI

Vocal

Dra. LUISA A. BERMUDEZ

Secretaria