SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA PRIMERA

PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 99

**CUIJ: 13-00557449-2/1((010303-50432))**

**BLAS MIGUEL GOMEZ EN J° 148.629 / 50.432 GOMEZ, BLAS MIGUEL C/ PROVINCIA DE MENDOZA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS P/ REC.EXT.DE INCONSTIT-CASACIÓN**

\*103837004\*

En Mendoza, a dos días del mes de marzo de dos mil diecisiete, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-00557449-2/1**, caratulada: **“BLAS MIGUEL GÓMEZ EN J° 148.629/50.432 BLAS MIGUEL GÓMEZ C/ PROVINCIA DE MENDOZA P/ D.Y P. S/ INC. CAS.”**

De conformidad con lo decretado a fojas 98 quedó establecido el siguiente orden de estudio en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero: **DR. JORGE H. NANCLARES**; segundo: **DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDE**; tercero:**DR. JULIO R. GÓMEZ.**

**ANTECEDENTES:**

A fojas 21/37vta. el Dr. BLAS MIGUEL GÓMEZ por su propio derecho, interpone recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación contra la resolución dictada por la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas a fojas 348/364 de los autos n° **148.629/50.432 BLAS MIGUEL GÓMEZ C/ PROVINCIA DE MENDOZA P/ D.Y P.**

A fojas 60 se admiten formalmente ambos recursos, de los cuales se ordena correr traslado a la parte contraria.

A fojas 63/73vta. contesta el PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA y a fs. 79/81vta. FISCALÍA DE ESTADO, quienes solicitan el rechazo de sendos recursos.

A fojas 91/92vta. se registra el dictamen de Procuración General, donde se aconseja el rechazo de los recursos deducidos.

A fojas 97 se llama al acuerdo para dictar sentencia y a fojas 98 se deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, se plantean las siguientes cuestiones a resolver:

**PRIMERA CUESTION:**¿Son procedentes los recursos de Inconstitucionalidad y Casación interpuestos?

**SEGUNDA CUESTION:**En su caso, ¿qué solución corresponde?

**TERCERA CUESTION:** Costas.

**A LA PRIMERA CUESTION EL DR. JORGE H. NANCLARES, DIJO:**

**I- ANTECEDENTES:**

Los antecedentes relevantes para la resolución de los presentes recursos son:

**1.** El 31 de marzo de 2008 el Dr. Blas Miguel Gómez por sí, inicia demanda por daños y perjuicios contra el GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA por la suma de $100.000 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse con más sus intereses. Relata que el**9/02/06** concurrió a las 18 hs. aproximadamente a la zona de los “5.000 mil lotes” por aviso de un vecino del lugar, que llamó a casa de su esposa porque un grupo de personas estaba tratando de ingresar a plena luz del día y sin disimulo en una propiedad de Mathieu y Cía. S.A. (de la cual su familia es accionista). Continúa su exposición diciendo que el domicilio en donde se estaría perpetrando la usurpación se encontraba solamente separado por un estrecho pasaje (Pasaje Lorca) de la casa donde vivía el Sr. Mario Lorca; individuo de quien recibió agresión y a consecuencia de lo cual sufrió lesiones de gravedad con arma de fuego y por las que debió ser intervenido quirúrgicamente. Como consecuencia de aquel hecho, es que consideró necesario llevar un arma, dado el temor por su integridad física que le representaba la posibilidad de que el responsable del acontecimiento denunciado fuera su anterior agresor. Agrega que, previo a concurrir al lugar, solicitó a su ex esposa llamara a la policía por cualquier cosa. Prosigue relatando que partió con el arma de su propiedad -respecto de la cual tiene tenencia habilitada (habiéndole vencido el carnet de portación por cuestiones burocráticas ajenas a su persona)-, la que transportó separada de sus cargadores. Llegado al lugar, se encontró con dos parejas con niños instalando muebles en la vivienda, cuya puerta había sido violentada. Les explicó que debían retirarse y luego que se fueron sin decir nada los hombres, comenzó a sacar de la casa los pocos muebles ya colocados, luego de lo cual permaneció adentro del domicilio esperando que se fueran las mujeres con los niños, que habían quedado fuera. Recién entonces llegó un móvil policial con una pareja de agentes, a quienes explicó el intento de usurpación. Expone que uno de los policías se arrimó a una de las mujeres y después de hablar con ella se acercó a la casa y le pidió que le mostrara lo que llevaba en el pantalón (una cartuchera sostenida por el cinturón). Pese a que se encontraba dentro del inmueble, manifestó, no tuvo inconvenientes en mostrarle el arma y el carnet de la misma y el de tenencia a su nombre. A continuación el policía le solicitó el cargador, pasándoles los dos que llevaba en una bolsa separada. Tomó los artefactos y le pidió que lo acompañara para firmar el acta, lo cual hizo. Ya fuera del domicilio, el agente hizo una llamada telefónica y al finalizar le informó que lo conduciría a la Comisaría n°36. En cuanto a las usurpadoras, los policías le informaron que iban a quedarse en el lugar para arreglar con su propietaria sobre el alquiler, por lo que volvieron a colocar todos los muebles adentro, consumando el delito.

Relata que al llegar a la Comisaría, se lo encerró en un calabozo, averiguaron sus antecedentes, le extrajeron huellas dactilares y fue conducido a medicina forense y a prontuarios del palacio policial ya en la noche. Siendo esa la práctica habitual en esos caso, añade que no se preocupó porque pensó que recuperaría su libertad, cosa que no ocurrió; sino que la Fiscal de Instrucción le envió con un dependiente una orden de detención que debía firmar, lo que hizo recién cuando se presentó la defensora de pobres y ausentes y le recomendó que así lo hiciera, pese al abuso que constituía.

**2.**Surge de las actuaciones **P-10388/06 “F. C/ Gómez Taragona, Blas Miguel P/ Portación Ileg. Arma de Guerra”:**

\* con fecha **09-02-06** acta de procedimiento que da cuenta de lo relatado por el demandante, constando en la misma que la denunciante manifestó llamarse Mónica Lourdes Andujar Gutiérrez; acta de aprehensión; acta de secuestro del arma, consistente en una pistola calibre 11.25mm marca COLT con su respectivo cargador y 6 municiones del mismo calibre con punta hueca expansiva, con una munición en recámara; acta de imputación formal.

\* a fs. 17/18 se agrega informe sobre antecedentes penales pendientes de resolución judicial por usurpación, daño, amenazas con turbación de la posesión, amenazas y estafas reiteradas.

\*con fecha **10-02-06:** constancia de asignación de defensor oficial y -fs. 32- decreto de la Sra. Fiscal donde expresa que por existir motivos de sospecha bastante, se le atribuye al imputado el delito de portación ilegítima de arma de guerra (Art. 189bis 2° supuesto, 8° párrafo del C.PENAL); que por la penalidad in abstracta amenazada para el delito atribuido no procede el recupero de la libertad, pues en hipótesis de condena, no resulta procedente la ejecución en forma condicional, por no verificarse los presupuestos del art. 26 C.PENAL., por lo cual debe mantenerse la detención del imputado, por encuadrar su situación procesal la prevista en el art. 284 y 293 inc. 1° del C.P.P. Notificación del decreto al imputado –fs. 33-. Recepción del imputado en calidad de detenido comunicado en la Penitenciaría Provincial.

\*con fecha **16-02-06** el Dr. Gómez solicita el recupero de libertad al Juez de Garantías, con sustento en ser tenedor legítimo del arma encontrada y en la inexistencia de peligro para la seguridad pública, pedido rechazado por la Fiscal con los siguientes fundamentos: que el delito que se le imputa no es de ejecución condicional y además tiene causas que se encuentran en instrucción con auto de procesamiento y donde ha sido excarcelado en varias de ellas; lo que permite presumir que, en caso de recaer una condena, dada la reiteración en el tiempo de hechos delictivos, la misma será de cumplimiento efectivo. El juez adhiere a lo expuesto por el Fiscal y rechaza el pedido de recupero. El imputado consiente dicho auto, propone pruebas y solicita vuelvan las actuaciones al Ministerio Público, renunciando al término para recurrir.

\* con fecha **23-02-06** el actor solicita la declaración de inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis (2) 8vo párrafo, y la recalificación del delito, con el consiguiente recupero de libertad, nuevamente rechazado por el fiscal de instrucción y el Juez de Garantías el 03-03-2006 por las mismas razones antes explicitadas.

\* con fecha **06-03-06**, a fs. 86/88 el Fiscal solicita el dictado de prisión preventiva conforme art. 293 inc. 1° del CP.P., disponiéndose previamente a su resolución, la recepción de declaración indagatoria y medidas probatorias peticionadas por el imputado. También solicita por su propio derecho la prisión domiciliaria.

\*con fecha **21-03-06** la defensa vuelve a solicitar el recupero de libertad fundado en la existencia de una causa de justificación: la legítima defensa; pedido que vuelve a rechazarse por parte del Ministerio Fiscal, que insiste en la orden de prisión preventiva con similares argumentos, a los que agrega que de ser ciertas la versión del procesado, bien podría haber obtenido permiso para la portación desde los hechos acaecidos entre él y el Sr. Lorca, a lo que se agregaba que en el caso no se advertía amenaza de peligro.

\*el **30 de marzo** **de 2006** el Juez de garantías ordena el inmediato recupero de libertad –bajo caución- y rechaza el pedido de la Fiscal de prisión preventiva, estimando que “prima facie” habría actuado justificadamente el imputado, encuadrando su situación en los supuestos contemplados en los arts. 281 1er. Párrafo y 292 inc 4° del C.P.P. Ordena prosiga la causa.

\*se receptan las pruebas ofrecidas por la defensa y las requeridas por la instrucción: historias clínicas de los Hospitales Central y Lagomaggiore; oficio al comando radioeléctrico sobre el llamado efectuado el 09-02-06; informe de la penitenciaría relativo a la situación del detenido Sr. Lorca; expedientes penales relacionados con los hechos alegados por la defensa con relación al Sr. Lorca; declaraciones testimoniales de los agentes policiales que aprehendieron al Dr. Gómez.

\* con fecha 08-05-06 la Fiscal solicita la prórroga de la instrucción por 3 meses más conforme art. 349 C.P.P., concedida por el juez de garantías.

\*con fecha 06-09-06 el Juez de Garantías eleva la causa a juicio a instancia del Ministerio Fiscal, decisión apelada por el encartado.

\*con fecha 14-11-06 la 3ª Cámara del Crimen hace lugar a la apelación. Entiende que las manifestaciones de la Sra. Andújar Gutiérrez jamás fueron comprobadas, y no pueden constituir fuente de convencimiento de que el procesado blandió públicamente un arma habilitando al personal policial a interrumpir el procedimiento iniciado por usurpación, para proseguir con el que motiva con la tenencia de arma por parte de quien resultaba afectado por la probable usurpación originaria. Considera que, en otras palabras, el juez se apoyó en una circunstancia que no se probó ni entró al proceso en forma regular, resultando vulnerable el auto apelado en su fundamentación, razón por la cual lo revoca; sobresee la causa en favor del imputado conforme lo dispuesto por el art. 353 inc. 5° C.P.P; y encomienda a la Instrucción extraer compulsas para investigar la comisión del delito de usurpación que dio origen al acta de fs. 1, y a fin de determinar la existencia de responsables del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público u otro, por la omisión de la investigación del primero (usurpación).

\*La respectiva compulsa fue archivada por no existir elementos probatorios que permitieran presumir la comisión de ningún ilícito tipificado penalmente.

**3.** El Gobierno provincial se presenta a fs. 27 y opone excepción de prescripción como defensa de fondo conforme art. 3962C.C. A fs. 30/34 contesta solicitando el rechazo de la demanda, pues no se había cometido error ni dolo por parte de los órganos judiciales, y el actor fue sobreseído por vencimiento de la prórroga extraordinaria sin haberse probado que blandió en la calle el arma de guerra que portaba.

**4.**Fiscalía de Estado toma intervención, adhiere a la prueba ofrecida por la demandada en forma autónoma, y solicita el rechazo de la demanda por no existir responsabilidad del Estado por el accionar de sus órganos judiciales en el caso, pues, a todo evento, la sentencia recaída en la causa penal fue consentida y por ende no podía luego el demandante reclamar una indemnización, dado que dicha resolución no lo absolvió ni sobreseyó en forma absoluta, dejando a salvo su buen nombre y honor. Ello ponía de manifiesto la inexistencia de error judicial.

**5.** Rendidas las pruebas y presentados los alegatos, a fs. 273/277 el juez de primera instancia rechaza la demanda por indemnización. Razonó -en función del análisis del expediente penal- que más allá de que por problemas circunstanciales relacionados con la defensa de intereses familiares, el actor se vio envuelto en una situación delictiva difícil de justificar ante la autoridad, y que determinó que se le iniciara causa penal; la Fiscal en turno tuvo en cuenta las características propias del imputado y sus antecedentes, que malograban una condena de ejecución condicional, y que habilitaban justificadamente a privarlo de su libertad. Entendió que la Cámara en lo Criminal se fundó en ciertas omisiones a cargo del personal policial sobre la investigación del posible delito de usurpación, omisión que afectó el derecho de defensa del Sr. Gómez y dio lugar al sobreseimiento pedido por su defensa técnica en las actuaciones penales. Consideró que la investigación efectuada por la Fiscal en torno a la portación de armas era otra alternativa válida de por sí, en la que existieron elementos que justificaron la solución a que arribó; y aún si su actividad se juzgara parcial, no dejó de ser lícita, invalidando la posibilidad de responsabilidad del Estado, por no advertir conducta ilícita por parte del funcionario estatal. En el marco de la responsabilidad objetiva, consideró que tampoco cabía atribuir responsabilidad al estado por su actividad lícita, ya que no se encontraba acreditada arbitrariedad o error inexcusable que ameritara su procedencia. Bajo el enfoque de la portación de armas de guerra, su participación se había presentado como poco dudosa a los investigadores del caso. Teniendo en cuenta la preceptiva legal vigente, las situaciones fácticas ocurridas (“in fraganti”) y los antecedentes penales pendientes de resolución impeditivos de una eventual excarcelación, impedían considerar la comisión de arbitrariedad o error de parte de los funcionarios actuantes.

**6.** Apeló el actor, y la Cámara confirmó el decisorio con los siguientes argumentos:

a. La responsabilidad del Estado debe considerarse objetiva, y puede originarse por error judicial. Sin embargo en ese supuesto, la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no puede ser reconocida en forma automática a causa de la absolución posterior del imputado; siendo sólo factible cuando la prisión preventiva se revele infundada o arbitraria, pero no cuando existan ciertos elementos objetivos que lleven al juez de instrucción a considerar en forma verosímil y con grado de probabilidad, que existió delito, y el imputado es su autor.

b. No es procedente la crítica relativa a la irregularidad en la detención del apelante, ya que conforme normativa adjetiva y doctrina local, la Fiscal de Instrucción cuenta con facultades suficientes para disponer medidas coercitivas y privativas de libertad provisorias, de manera que su orden de detención no violentó manda constitucional alguna. Tampoco se advierte conducta ilícita por parte de los funcionarios policiales ni de la Fiscal interviniente, desde que los primeros pueden realizar aprehensión de un individuo cuando exista motivo bastante para sospechar que ha participado en la comisión de un delito, lo que fácticamente ocurrió en el caso, sin perjuicio de si existía o no flagrancia.

c. Del análisis de la causa penal no surge pasividad ni retardo de justicia. Según la jurisprudencia, no existía plazo para incoar el pedido de prisión preventiva, que además no recurrió el imputado, renunciando expresamente a esa posibilidad. Las peticiones de recupero de libertad fueron atendidas de manera expedita por el fiscal y el juez de garantías.

d. Si bien son respetables los fundamentos del magistrado por los cuales dicta el sobreseimiento (art. 353 inc. 5ºC.P.P. –por vencimiento de prórroga extraordinaria de la etapa de instrucción-); el hecho incontrastable de la portación de un arma de fuego, el lugar donde fue ubicado el imputado (no en la vía pública), o en realidad sobre el “ardid” que habría utilizado el agente policial y la cuestionable justificación de la portación del arma, llevan al convencimiento –al igual que el Juez de Garantías-, de que los motivos por los cuales se lo sobresee, resultan una cuestión opinable, y por ende imposible de constituirse en causal de admisión de la demanda por indemnización.

e. Conforme a la norma en que se funda el sobreseimiento dictado, no se puede imputar en tal caso, la ausencia de comisión material del delito, puesto que si bien el imputado no aparece como evidentemente ajeno al hecho atribuido, las pruebas reunidas tampoco son suficientes para que la causa avance a la fase siguiente.

f. Pese a que se aprecian ciertos errores en la instrucción, como la no recepción del testimonio de la denunciante -Sra. Andújar Gutiérrez-, no es menos cierto que el hecho de la portación hacían presumir la existencia y la configuración de dicho delito y por ende la habilitación para realizar la investigación penal preparatoria. También otorgaba la posibilidad cierta de disponer la aprehensión del sujeto, su detención posterior y la imputación objetiva del tipo penal discutido. Debe además descartarse intencionalidad dolosa de parte de la Fiscal, ya que no existen motivos para dudar de su idoneidad moral, máxime cuando se ha demostrado que actuó dentro de su esfera de competencia y fue suficientemente proactiva.

g. En cuanto al agravio sobre la configuración de la flagrancia –que el apelante aduce fue fabricada por la fiscal-, ello fue consentido por la defensa en reiteradas oportunidades, debiendo admitirse además la flagrancia presunta, que es aquella en donde, si bien no se dan las condiciones de los casos previstos por la norma para la flagrancia, es posible también aprehender cuando la persona tenga objeto o presente rastros que permitan presumir vehementemente que acaba de participar en un hecho delictuoso, figura a la cual la jurisprudencia da igual trato. En consecuencia, el supuesto “ardid”, cuando existe el hecho de portar el arma sin estar habilitado a ello y en condiciones de uso inmediato (con cartucho en recámara) determinaban proceder a la aprehensión del sujeto, ante la posibilidad de que se utilizase, aunque el caso no encuadrase estrictamente en el supuesto de flagrancia.

7**.** Contra este decisorio el recurrente interpone recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación.

**II. RECURSO EXTRAORDINARIO DE INCONSTITUCIONALIDAD**:

- La Fiscal de Instrucción actuó en contra de los artículos 17, 48 y 148 de la Constitución Provincial, 280 y 293 del C.P.P. y 1 del C.P.C. pues no tiene facultad para enviarlo a prisión, la cual corresponde sólo a los jueces, cuestión mal evaluada por la Cámara civil, que ignora los arts. 21 y 24 de la Const. Pcial y los arts. 344, 280 y 293 del C.P.P.

-El art. 189 2º apartado párrafo 8 del C.P. no era aplicable a su caso porque no estaba gozando en la época de ninguna excarcelación o eximición de prisión ni jamás había sido condenado por delito doloso contra las personas o con el uso de armas.

-No se expide el tribunal de alzada sobre los supuestos “antecedentes” que según la fiscalía impedían su excarcelación. Existió de parte de la funcionaria un abuso de poder al enviarlo a la prisión local cuando ni siquiera estaba contemplado en el tipo penal considerado, ya que los párrafos 5 y 6 del 2º apartado del art. 189C.P. contemplan expresamente las atenuaciones de que gozaba (tenencia legal e inexistencia de intento de cometer delito).

-La Cámara civil olvida que no es “cuestión opinable” una justificación para enviarlo a prisión, sin motivo racional o jurídico.

-Desconoce los fundamentos de la Cámara del Crimen, que encontró incompleta la instrucción y probable mal desempeño por parte del funcionario a cargo de la misma, tanto así que ordenó la compulsa penal para la averiguación de su desempeño.

**III. RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN:**

- Fundamenta el mismo en los incs. 1 y 2 del art. 152 del C.P.C; denunciando la inaplicación de los arts. 2470C.C., 34 del C.P., 2° y 3° apartado del art. 148bis del C.P; 1 y 49 del C.P; 1,2, 231, 239, 271, 274, 280, 281, 283, 289, 290, 293, 317, 348, 349 del C.P.P; como también la errónea aplicación del art. 189 bis 8° párr. del 2° apartado del C.P y del 344 del C.P.P.

**IV. CONTESTACIÓN A LOS RECURSOS:**

1-Gobierno de la Provincia de Mendoza:

La sentencia se funda en correcta jurisprudencia provincial y federal sobre la responsabilidad estatal por la actividad judicial lícita e ilícita.

Conforme los parámetros que informan los recursos extraordinarios, el fallo criticado exhibe fundamentos de orden fáctico y jurídico suficientes y acordes con la naturaleza de la cuestión debatida y, más allá de su acierto o error, no ostenta arbitrariedad.

No ha existido violación alguna de garantías constitucionales, trasuntando los agravios una simple discrepancia con los fundamentos del fallo.

Si la decisión del magistrado es tomada respetando los hechos y el derecho vigente, se reconoce que, por la discrecionalidad en la elección de diversas alternativas posibles, quien no resulte favorecido por el acto jurisdiccional, si no demuestra además que el juzgador ha actuado con dolo o con error inexcusable, el Estado no debe responder, lo que en el caso no ha acontecido.

En cuanto al recurso de Casación, realiza una simple enumeración de las normas interpretadas erróneamente a su criterio; reproduce los argumentos vertidos en el recurso extraordinario de Inconstitucionalidad; y se limita a reiterar la tesis expuesta ante los jueces de grado.

2- Fiscalía de Estado:

El recurrente tuvo en sus manos la posibilidad de continuar con la investigación (instándola) por la posible comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, conforme las recomendaciones de la Cámara del Crimen. No obstante, no lo hizo, optando por iniciar la demanda civil.

En la causa penal aparecían elementos innegables que orientaban al juzgado, o bien lo convencían de que estaba en presencia de un delito del cual el imputado era autor. No hubo actuación ilegítima ni irregular, para lo cual se necesitaba una resolución judicial con nueva sentencia que avanzara sobre la cosa juzgada, dejándola sin efecto, y que se determinara que el obrar había sido ilegítimo e irregular.

El actor consintió el sobreseimiento sin pedir absolución total, o un sobreseimiento que dejase a salvo su buen nombre y honor. Tampoco solicitó que el pronunciamiento de la Cámara incluyese una indemnización por el tiempo de la detención, tornando inviable el posterior reclamo en sede civil.

Los agravios no guardan la entidad necesaria que requiere el recurso extraordinario de Inconstitucionalidad. Las críticas vertidas para el recurso de Casación son las mismas que las esgrimidas en el recurso anterior, y sólo enumera las normas que considera mal interpretadas.

**V. SOLUCIÓN DEL CASO:**

Conforme la reseña efectuada de la causa, la cuestión a resolver en esta instancia, consiste en determinar si existe arbitrariedad o error normativo en la decisión que denegó el reclamo indemnizatorio del recurrente, por entender que la privación de libertad durante un mes y 20 días que sufrió a consecuencia de la tramitación de la causa penal seguida en su contra por “portación ilegítima de arma de guerra” –y de la que resultó sobreseído por vencimiento de la prórroga extraordinaria de la instrucción (art.353 inc. 5° del C.P.P.)-; no fue consecuencia de errores susceptibles de generar en el Estado obligación de responder.

Por razones de orden metodológico, encontrándose las cuestiones fácticas y jurídicas estrechamente vinculadas, abordaré el tratamiento de ambos recursos en forma conjunta.

*a) El delito imputado:*

A efectos de la dilucidación de la presente causa, considero necesario destacar las características del delito por el que se procesó al actor.

El delito de portación ilegítima de armas de guerra es un delito de acción pública, y el bien jurídico que tutela es justamente la seguridad pública. Se trata de un delito de peligro abstracto, es decir, que el peligro no es un elemento del tipo –a diferencia de los delitos de peligro concreto-, sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta. (Buompadre, Jorge E; Tratado de Derecho Penal, Parte especial, Tomo 2; Astrea, Bs. As. 2009, p. 459 y sgtes.) Señala el autor, que por lo tanto, la exigencia del peligro no debe quedar sometida a comprobación judicial para la afirmación del hecho punible. *“Estos delitos…no exigen una real puesta en peligro del bien, sino que el legislador introduce una presunción de peligrosidad (iuris et de iure), basada en una consideración estadística, con la consecuencia de que en el caso concreto puede no estar presente tal peligrosidad, sin que quepa revocar la presunción de ésta*” (Op. Cit., p. 462/463).La acción típica en este delito, consiste en llevar consigo, blandir, exhibir un arma de fuego cargada y en la vía pública. Por lo tanto, es abarcativo de la tenencia, pero a ella se agrega la acción de llevar, sin la debida autorización legal y en lugares públicos, el arma de fuego en condiciones inmediatas de uso (Fontán Balestra, Carlos y Ledesma, Guillermo; Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, T°III, La Ley, Bs. As., 2013, p. 421).

Está previsto en el art. 189bis del C.Penal, y contempla circunstancias agravantes y atenuantes. Son atenuantes, la circunstancia de que el portador sea tenedor autorizado del arma de que se trate, o cuando por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar el arma con fines ilícitos. Por su parte, son agravantes, la circunstancia de que el portador registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o excención de prisión anterior.

*b) Actuación de los agentes policiales:*

Conforme el acta de procedimiento, el móvil policial llegó por denuncia de la posible comisión del delito de usurpación. Al llegar a la vivienda, una de las presuntas usurpadoras se acercó a uno de los agentes, luego de lo cual éste se acercó al accionante y le solicitó le exhibiera lo que tenía debajo de la camisa (arma).

De acuerdo a las aclaraciones sobre la conducta tipificada y dadas sus características entiendo que si el actor efectivamente llevaba consigo un arma de fuego y con un proyectil en recámara; y si al momento del hecho estaban presentes menores de edad; atento a la denuncia de la probable usurpadora, y pese a no encontrarse en un espacio público, no luce arbitraria la aprehensión del accionante, ni advierto indicios de que hayan procedido con “ardid”, el cual -por otra parte- tampoco se acreditó ni en sede civil ni en sede penal.

Sin embargo, sí aparece irrazonable la restricción de la libertad en que se lo mantuvo, a la luz de los elementos concretos de la causa con que se contaban en un primer momento.

*c) La actuación de los órganos judiciales:*

En primer lugar, asiste razón al recurrente en cuanto a que no se dio inmediata intervención al Juez de Garantías como prescriben las normas procesales, legales y constitucionales vigentes, desde que se lo mantuvo en situación de detención durante seis días, primera oportunidad en que intervino el magistrado. A ello se agrega que el auto de prisión preventiva se ordenó a casi un mes de la detención.

Este cuerpo ha reconocido que la no intervención del órgano jurisdiccional en forma inmediata ( es decir dentro de las 24 hs. de la detención) a efectos de efectuar el respectivo control de legalidad de la misma, incluso cuando no haya sido requerido por el imputado o por su defensor, es constitucionalmente inaceptable y contraría un principio básico del proceso penal, esto es, que la libertad del imputado resulta la regla fundamental en materia de medidas de coerción personal y es la “ultima ratio”. Ello dimana no sólo del art. 21 de la Const. Pcial, 290 C.P.P. (L.6730); y art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que señala *“todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad”.* (Habeas Corpus correctivo y colectivo (Penitenciaría de Mendoza) CUIJ: 13-03815694-7).

En lo que atañe a las facultades del Ministerio Público Fiscal para disponer la detención de una persona, los agravios del recurrente no corren la misma suerte, pues surge claro del art. 344 del C.P.P. vigente para esa época y jurisdicción al caso bajo estudio (L.6730) que el Fiscal de instrucción está facultado a citar, privar y acordar la libertad del imputado, y recibirle declaración si lo requiriese. No obstante, y como ya señalé, en el caso el Juez debió intervenir en forma inmediata para controlar la legalidad de la detención, y si la defensa del imputado no lo hubiese requerido así - tal como lo faculta la norma procesal- debió hacerlo el Fiscal de Instrucción, cosa que en el caso no hizo.

También resulta inaceptable, desde todo punto de vista, el dictado de la prisión preventiva fuera del plazo legal-en el caso diez días desde la detención-art. 348 (L6730) del C.P.P.-. No desconozco que ello es frecuente en el diario acontecer del sistema policial-judicial penal, tal como se puso de manifiesto en la resolución del habeas corpus correctivo y colectivo, dictada el 23 de diciembre de 2015, con voto preopinante del Dr. Palermo al que adhirieron los integrantes de esta Sala.

En este tema, el decisorio aquí impugnado razonó en seguimiento de la doctrina y jurisprudencia que entiende que el dictado de la orden luego de vencido dicho plazo, no entraña conducta ilegítima o arbitraria, desde que la norma no impone sanción alguna a su incumplimiento (Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Mendoza; T°II, La Ley, Bs. As. 2013, comentario al art. 348 por la Dra. María Laura Guajardo, p.112/116). Sin embargo, al respecto comparto la interpretación restrictiva del término de la prisión preventiva expuesta por el preopinante en el fallo de referencia, conforme la cual sólo cabe considerarlo como un término fatal; desde que –como señala- pretender lo contrario (que se trate de un plazo meramente ordenatorio) sería poner a disposición de los sujetos procesales, sin consecuencia jurídica alguna, el cumplimiento del término más importante de la investigación penal preparatoria, vulnerando el principio de inocencia del individuo, quien incluso vendría a quedar en peor situación –mientras no se ordene- que la del ya condenado.

De lo hasta aquí expuesto, puedo anticipar que el fallo impugnado no hecho una derivación razonada del derecho vigente, ni ha apreciado con razonabilidad las circunstancias de la causa.

Misma apreciación cabe respecto de la calificación penal que se hizo del hecho imputado, y a partir de la cual se lo detuvo, aspectos sobre los cuales juzgo procedentes los agravios del recurrente.

Volviendo a recordar lo expuesto sobre la conducta tipificada por el art. 189bis del C.Penal, se advierte que tanto durante la tramitación de la causa, siempre se encuadró la conducta dentro del tipo agravado previsto (art. 189bis del C.PENAL., 8° apartado, 2° párrafo) atendiendo a que se había informado en la causa que el actor se encontraba procesado por delitos en los que se le había otorgado la excarcelación; sin tener nunca en cuenta su condición de tenedor autorizado acreditada en la causa. Este erróneo encuadramiento legal constituyó el sustento primordial para mantener al imputado detenido y ponen de manifiesto un accionar arbitrario y desapegado a las circunstancias de la causa tanto por el órgano instructor, como por el juez.

Efectivamente, no sólo no se tuvo en cuenta esa condición atenuante; sino que tampoco se ponderaron las circunstancias en que fue aprehendido, a saber: que la policía acudió por llamado de la ex esposa denunciando posible usurpación; que el llamado se hizo para el caso de ser necesario el auxilio de la fuerza pública en caso de que los usurpadores opusieran resistencia (lo que permite al menos presumir que no tenía intención de utilizar el arma); que no se encontraba en un lugar público cuando portaba el arma; que la amenaza de peligro al menos disminuyó luego de serle secuestrada; y por sobre todo, que no se procuró el inmediato testimonio de la denunciante ni se abrió investigación sobre el delito denunciado. Surge también del expediente penal, que el juez de garantías entró en conocimiento de la situación del imputado el día 14 de febrero debido al pedido de recupero de libertad efectuado por el detenido con sustento en las circunstancias atenuantes y en la existencia de una causa de justificación. En dicha oportunidad persistió en la postura propiciada por la Sra. Fiscal, al denegar el recupero en la sola consideración de que, en razón del concurso de delitos que surgía de los antecedentes, y teniendo en cuenta el último párrafo del inc. 2do. Del art. 189bis. Del C.P., que establece una pena cuyo mínimo es de cuatro años de prisión, en caso de recaer condena la misma no será dejada en suspenso (art. 26 C.PENAL), desoyendo las razones dadas por el imputado.

*d) La medida de prisión preventiva:*

Por lo tanto, al incumplimiento de los plazos procesales para el control de legalidad de la detención y para el dictado de la prisión preventiva, y a la inadecuada calificación del delito, se añade -en rigor en un “prius” temporal-, la irrazonabilidad en el mantenimiento de la privación de libertad.

No debe perderse de vista que *“El encarcelamiento preventivo tiene por función el aseguramiento de tres objetivos: a) asegurar la presencia del imputado en el proceso penal; b) garantizar la investigación de los hechos; c) asegurar la ejecución de la pena...Sólo el aseguramiento de esto fines legitima el sacrificio de la regla según la cual el imputado debe permanecer en libertad durante el proceso”.*(CUIJ: 13-03815694-7();HABEAS CORPUS CORRECTIVO Y COLECTIVO (PENITENCIARIA DE MENDOZA).

De acuerdo a las constancias del expediente penal, el imputado desde un primer momento y de manera reiterada planteó la consideración de la atenuante prevista por la norma tipificante, y la existencia de una causa de justificación (legítima defensa), respecto de la cual aportó prueba, rindiéndose parte de la misma antes de recuperar su libertad. Estas pruebas fueron desatendidas por el Juez de Garantías y la Fiscal de Instrucción, manteniéndolo privado de libertad con fundamento en afirmaciones genéricas y dogmáticas que se contradecían con las constancias concretas de la causa; de las cuales resultaba su condición de tenedor legítimo del arma; que fue aprehendido a partir de su propia denuncia; que se habían rendido testimonios que reforzaban lo que expuso en su declaración indagatoria (que temía por su integridad física dada la proximidad al lugar de la usurpación de la vivienda del Sr. Lorca, que lo había herido y amenazado de muerte dos años atrás); elementos probatorios incorporados por el encartado.

Recapitulando, el análisis efectuado hasta ahora pone de manifiesto que la sentencia bajo análisis, al considerar que no existía actuación irregular ni desapegada a los hechos de la causa que ameritara la procedencia de la responsabilidad estatal, sentenció en forma arbitraria y normativamente incorrecta.

A mayor abundamiento, cuando finalmente el Juez de garantías atiende a estas circunstancias, y concede el recupero de libertad por considerar que era tenedor autorizado, y que era verosímil que el imputado sólo hubiese llevado el arma para tener cómo defenderse de una posible agresión, y, en todo caso, para repeler la agresión a su propiedad conforme lo prevé el art. 2470C.C.; con posterioridad, y luego de haber evaluado el resto de la prueba incorporada en descargo por la defensa, resuelva elevar la causa a juicio. Tal resolución –ya posterior a la liberación del procesado- aparece ilógica al contrastarse con las constancias penales, que la Cámara del Crimen hace lugar a la apelación del Dr. Gómez y revoca el auto de elevación a juicio, dictado en consonancia con lo propuesto por la Fiscal instructora.

*e) Los precedentes de esta Sala:*

Advierto pues, que en la especie, se configuran los presupuestos necesarios para la procedencia de la responsabilidad estatal por “error judicial”, conforme los lineamientos sentados en la materia por esta Sala a lo largo de todos los precedentes en que ha tenido oportunidad de expedirse sobre el tema (v.gr. autos: N° 97.309 “Morales Bazán”, sentencia del 17/11/2010; N° 97.491 “Cabrera Díaz”, sentencia del 16/02/2011; N° 101.477 “Fader Mora”, sentencia del 11/04/2012; N° 100831”Murua Rivero” sentencia del 22/06/2012; N° 102,967 “Valliz Abdo”, sentencia del 15/04/2013 y “Nuñez” sentencia del 13/05/2013; “Mancilla”, sentencia del 16-04-15; “Anagua”, sentencia del 19-08-15); y que siguen las directrices sentadas en el fallo del 19/5/08 in re: "Rojo Laura" (Rev. del Foro de Cuyo N° 89 pág.78), a saber:

*\*El dictado de la prisión preventiva configura una facultad judicial sometida a pautas abiertas y, consecuentemente, si en abstracto, la decisión judicial encuadra en las previsiones legales, la ulterior declaración de inocencia, per-se, es insuficiente para disponer la reparación de los daños causados; sin embargo, esa indemnización es viable, además de los supuestos legal o constitucionalmente previstos en forma expresa, en otros fundados en principios generales de rango constitucional; esos casos son: (a) la dilación indebida de los procedimientos; (b) la arbitrariedad manifiesta del auto de procesamiento seguida de la ulterior absolución o sobreseimiento del imputado; (c) La prisión preventiva obedece a prueba ilegítimamente obtenida por la policía.*

*\*Con respecto a la arbitrariedad manifiesta o error grosero del auto de procesamiento seguido de absolución o sobreseimiento, se señaló que: "Los votos de la Corte Nacional que abren la posibilidad de reparar los daños causados por la prisión preventiva, aunque no exista indebida dilación de los procedimientos exigen, además de que el imputado haya sido finalmente absuelto, que la detención se haya dispuesto en apartamiento palmario de los hechos comprobados de la causa, y de modo insostenible desde el punto de vista de las normas que regulan su aplicación (CSN, 11/6/1998, “López Juan c/Provincia de Corrientes”, Fallos 321-1717; CSN 18/7/2002, “Robles c/Provincia de Bs. As.”, Rev. de D. Administrativo 2003-415 y Rev. de Responsabilidad civil y Seguros, 2002-V, pág. 68; conf. Cám. Nac. Fed. Contencioso-administrativo, sala I, 31/3/2000, LL 2000-F-637, con nota de redacción, “Responsabilidad del Estado por la actividad judicial”; ídem sala V., 19/6/2001, LL 2002-A-484, con nota de Cassagne, Juan Carlos, “El carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por daños causados por error judicial: sus límites”; S.C.Bs. As., 17/5/2000, La Ley Bs. As., 2000-1342 y ss.)"*

*\*Para determinar si el auto de procesamiento es el resultado de error judicial grosero, si es arbitrario, o carece de sustento lógico, hay que tener en cuenta los elementos probatorios con los que el Juez de Instrucción contaba, y no los existentes en el plenario o debate, ya que el primero sólo necesita reunir medios de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso (ST Entre Ríos, 17/8/2004, La Ley Litoral 2005-1-37; en el caso, el Superior Tribunal provincial valoró, entre otras pruebas, que el iure de enjuiciamiento había rechazado el pedido de destitución del magistrado interviniente solicitado por la actora).*

\**En una posición de mayor apertura, no se exige como requisito sine qua non que el imputado haya sido declarado inocente (Ver, entre otros, Bossert, G., y Márquez Urtubey, Luis O., “Indemnización por prisión preventiva ilegítima”, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Dr. Atilio A. Alterini, Bs. As., ed. A. Perrot, 1997, pág. 468; Cafferata Nores, José I., y Hairabedián, Maximiliano, “La indemnización de la prisión preventiva de quien resulte sobreseído o absuelto”, en Pensamiento penal y criminológico, año II n° 2, 2001 pág. 257; entre otros argumentos, los juristas cordobeses afirman que limitar la indemnización a los casos de prueba de la inocencia es penar la sospecha)”.*

*\*En cuanto al agotamiento de los recursos ordinarios, si bien se sostiene que no es un recaudo esencial, se señala que la jurisprudencia de mayor apertura para la viabilidad de la reparación exige que: “las consecuencias perjudiciales no hayan podido hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento jurídico (CSN, 3/12/1996, Fallos 319-2824; Conf. Cám. Nac. Fed. Civ. y Com. sala I, 19/10/2004. Rev. Responsabilidad civil y seguros n° 11, 2005, pág. 55)". Más recientemente en igual sentido se ha expedido la Corte Federal en el precedente "Iacovone Hernán" en el que adhiere a los fundamentos dados por el Procurador General en su dictamen que afirma: "El acto jurisdiccional que origina el daño debe ser previamente declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide juzgar que hay error."*

En la especie: a) la decisión judicial no encuadraba en abstracto en las previsiones legales, pues no se calificó adecuadamente la conducta tipificada; b) el control de legalidad se hizo en forma tardía e inadecuada por el mismo motivo; c) se dispuso su detención en apartamiento palmario de los hechos comprobados de la causa y de los principios convencionales, constitucionales y legales que informan a esta medida de coerción personal; d) se ordenó el auto de prisión preventiva fuera de plazo sin razón justificativa alguna e ignorando los mismos principios; e) se demoró injustificadamente la instrucción, para en definitiva no corroborar el único elemento que permitía acreditar en la causa el peligro abstracto que requiere la figura penal (testimonio de la denunciante); f) no se tuvieron en cuenta los elementos probatorios que aportó el imputado, y se desoyeron sus reiterados pedidos de recupero de libertad, de manera que no pudo hacer cesar las consecuencias perjudicialespor efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento jurídico; g) y como corolario de todo esto, la Cámara del Crimen revocó el auto de elevación a juicio, tachó a la instrucción de incompleta y dispuso se extrajera compulsa para la averiguación del delito de usurpación denunciado en primer lugar, y del posible delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público por la falta de investigación del mismo.

Dicho en palabras de nuestro Tribunal Cimero, al recurrente se le denegó la recuperación de su libertad con sustento en afirmaciones dogmáticas y en apartamiento palmario a las circunstancias de la causa. Como destacó el Dr. Palermo en la causa CUIJ: 13-03815694-7: *“la práctica jurisprudencial utiliza, en lo discursivo, la teoría del “riesgo procesal”, según la cual sólo puede ordenarse la prisión preventiva cuando el imputado no garantiza su sometimiento al proceso o cuando se especula con la posibilidad de que obstaculice la investigación. Sin embargo, en los hechos, el “peligro procesal” se deriva, en la mayor parte de los casos, de la amenaza de pena, de tal modo que si la eventual condena que pueda imponérsele al procesado será de cumplimiento efectivo, se ordena, sin más la prisión preventiva del imputado.”*

Surge palmario, según lo analizado a esta parte, que en el caso no era razonable ni necesario para el cumplimiento de los fines que informan la prisión preventiva, la detención del imputado, ni por el tiempo en que permaneció en esa situación. No existía peligro de fuga o de que éste, al ser puesto en libertad, obstaculizase de cualquier modo la investigación del hecho. Por otro lado, bien pudieron encontrar los órganos judiciales, en todo caso, otras herramientas destinadas a asegurar el éxito de la instrucción y la comparecencia del imputado sin que estuviese privado de libertad y alojado en la penitenciaría provincial (hasta la prisión domiciliaria que el propio imputado propuso le fue denegada). El carácter restrictivo y excepcional de la prisión preventiva como medida de coerción personal fue completamente soslayado.

A su vez, y en seguimiento de las mismas pautas rectoras de este Cuerpo apuntadas antes, no puede achacársele al quejoso que no hubiese recurrido el auto de prisión preventiva, o bien que no hubiese continuado la investigación que dispuso la Cámara del Crimen, ni requerido a ésta dejar a salvo su buen nombre y honor, o el pago de indemnización, como sostienen los recurridos.

Va de suyo entonces que carece de razonabilidad, el decisorio que en sede civil entendió, en definitiva, que la actuación de los órganos jurisidiccionales penales no suscitaba responsabilidad alguna para el Estado frente al reclamo del Sr. Gómez.

Como señala este último, la sentencia de la Cámara Civil desatiende completamente de lo razonado por la Cámara del Crimen en Sala Unipersonal. En este punto, y acerca de la razonabilidad en la apreciación de los hechos, es doctrina que surge de los últimos fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad del Estado por la actividad judicial, que corresponde considerar, entre otros elementos, la evaluación que hayan efectuado los Tribunales superiores sobre la actuación cumplida por el Tribunal inferior. Es lo que parece surgir de los precedentes "Rizikow”, “Poggio” y “Mezzadra” (C.S.J.N 8/11/2011) en los que existe una constante fundamentación en la evaluación efectuada por los Tribunales de la causa (consid. 15 y 17 “Rizikow”).

También ha dicho la que “Se genera en quien se halla privado de la libertad el derecho a reclamar una indemnización cuando la denegación del beneficio de la excarcelación se hubiera fundado en meras afirmaciones genéricas y dogmáticas, contradictorias con las concretas circunstancias de la causa”. CSJN (-14/12/2010 - “Iacovone, Hernán Mariano vs. Poder Ejecutivo de la Nación s. - daños y perjuicios”, Corte Suprema de Justicia de la Nación -Rubinzal Culzoni 30-12-2010).

Sin perjuicio de que el análisis que debe hacer el juez civil en supuestos como el que nos ocupa, exige una mirada necesariamente mediata de las circunstancias que motivaron la detención, diferente de la que tuvieron en su momento los funcionarios que la dispusieron; no puedo soslayar que resulta irrazonable sostener –como lo hizo el tribunal de alzada- que no existe irregularidad suficiente para ameritar la procedencia del reclamo, cuando el propio órgano penal revisor (Cámara del Crimen) consideró incompleta la instrucción, y revocó el auto de elevación a juicio, luego de efectuar la valoración de los argumentos de la defensa del imputado que el juez de garantía ponderó tardíamente (al ordenar el recupero de libertad), pero posteriormente y de manera ilógica ignoró al disponer la elevación a juicio.

Por lo demás, la conclusión a la que arribo del análisis efectuado tampoco varía en la consideración de la responsabilidad estatal por su actividad judicial a partir del concepto de “falta de servicio” (funcionamiento anormal, irregular, retardatario) asignado a los actos u omisiones del Poder Judicial, dado que es más amplio y comprensivo que el concepto “error judicial” que propuso mi colega el Dr. Gómez en el precedente “Anagua” ya citado, donde destacó que “*En el caso de la falta en el servicio, el vicio o defecto de actuación no necesariamente debe provenir del pronunciamiento jurisdiccional y, consecuentemente, no requiere la anulación de actos del proceso para tornar viable la reparación del daño. La autoridad de la cosa juzgada no se ve afectada cuando la responsabilidad se atribuye por una falta de la naturaleza señalada…A diferencia de lo que ocurre con el error judicial, el funcionamiento irregular no requiere un pronunciamiento previo sobre el error y no surge necesariamente del desempeño de los jueces y magistrados, sino que incluye también al de los funcionarios y empleados y otros auxiliares de la justicia que, individualmente o en conjunto concurren a la defectuosa prestación del servicio”*(Trigo Represas, Félix A., López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo IV, La Ley, Bs. As., 2004, pág. 172/173; también puede consultarse: Pizarro, Ramón; “Responsabilidad del Estado por actividad e inactividad del Poder Judicial; Revista de Derecho de Daños 2015-1; Responsabilidad del Estado-II; Ruibinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 89).

*f) Conclusión:*

En definitiva, la actuación irregular, errónea de los órganos judiciales y que motivó que el quejoso permaneciese privado de su libertad durante un mes y 20 días no fue correctamente valorada en sede civil, erigiéndose, la sentencia atacada en derivación irrazonable del derecho vigente y de las concretas constancias de la causa, lo que amerita su revocación.

Así voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, en voto ampliatorio, DIJO:**

Comparto la solución propuesta por mi colega preopinante, desde que, como sostengo, por mi parte he adherido al criterio que postula que aún cuando se considere que no hubo funcionamiento irregular del servicio de justicia, ni error judicial en el dictado del auto de prisión preventiva, ni tampoco dilación indebida en el proceso, igualmente existe la obligación del Estado de responder por el daño causado en el ejercicio de su actividad lícita, al privar de la libertad a una persona que luego no resulta declarada culpable. Así lo he expuse recientemente en la causa “Anagua”, donde explicité:

“*Cabe recordar en tal aspecto que, conforme lo estatuye el art. 21 punto 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa", por su parte el art. 5 de dicho cuerpo afirma que "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".*

Los principios de responsabilidad extracontractual del Estado derivado de su actividad lícita, a saber: a) La existencia de un daño cierto, b) la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio, c) la ausencia de un deber jurídico por parte del damnificado de soportar el daño y d) la imposición al damnificado de un sacrificio especial; son aplicables en materia de actividad judicial, que es realizada por uno de los poderes del Estado, y entre las que se encuentran los daños derivados del dictado de la prisión preventiva. En efecto, si bien la persecución del delito y la imposición de penas hacen a la función de administrar justicia, propia del Estado, ello no significa que no deba reparar los daños ocasionados a una persona que luego de ser privada de libertad, fue absuelta, tal cual ocurrió en autos.

Tal como ya lo he sostenido en los precedentes de esta Sala, comparto en este aspecto el criterio seguido por el maestro Bidart Campos en el derecho constitucional y de José Said en el ámbito del derecho administrativo: *"Es cierto que la culminación sin condena del proceso penal respecto del detenido preventivamente no demuestra que su detención haya sido injustificada. Pero ello es otra cosa, a los efectos de la responsabilidad no importa si fue o no justificada. Si no hubo condena no existe causa jurídica para que el detenido se vea obligado a soportar el daño en beneficio de la comunidad. Acertadamente destaca Said, que si el Estado, en este caso Poder Judicial y Ministerio Público, “dispone, por un lado, mantener privado de su libertad durante meses o años a un ser humano sin que exista una condena previa, y, por otro, no logra demostrar su culpabilidad; y si es el mismo Estado quien decide qué recursos humanos, materiales y normativos aplicar para investigar y sancionar la comisión de los hechos que se denuncian o persiguen de oficio; es posible exigirle que asuma la responsabilidad, constitucionalmente impuesta, de reparar o indemnizar a quienes resultaron víctimas de sus decisiones. Decisiones éstas que afectaron la libertad de personas y que no resultaron beneficiosas para la sociedad, pues ningún beneficio para la comunidad puede concebirse del hecho de privar de su libertad a personas inocentes”.*

El costo inevitable de la prisión preventiva como instrumento necesario para la investigación penal eficaz no puede ser asumido, en principio, por la víctima de esa prisión preventiva sin afectar notablemente el art. 16 CN si ella luego no es condenada. Debe ser asumido por la comunidad que necesita de esos mecanismos hasta que se inventen otros más eficaces ("Responsabilidad del Estado por la prisión preventiva" publicado en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública", RAP, año XXXI-370, julio 2009, p. 389-398).

He sostenido en aquellos precedentes (“Anagua”, “Fader Mora”, Murúa Riveros”), y lo reitero en este, que aún cuando se considere, que no hubo funcionamiento irregular del servicio de justicia, ni error judicial, ni tampoco dilación indebida en el proceso, igualmente existe la obligación del Estado de responder por el daño causado en el ejercicio de su actividad lícita, cuando la persona que fue privada de libertad no resulta condenada.

Ello así porque se dan los presupuestos necesarios para que surja la responsabilidad estatal por este tipo de actividad a los que hice referencia precedentemente. En efecto, en las actuaciones penales existió un ejercicio de la actividad jurisdiccional en la investigación de un delito, como consecuencia de la cual se produjeron daños al recurrente al privarlo de un derecho humano fundamental como es su libertad y que no tiene por qué soportar en forma individual, dado que resultó sobreseído del delito que se les imputó.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos se preocupa por desarrollar los principios a aplicar cuando se deba restringir la libertad de una persona sometida a juicio, así en su artículo 7, en relación con el derecho a la libertad personal se dispone:

*"1.- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*

*2.- Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas.*

*3.- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*

*4.- Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.*

*5.- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio."*

Por su parte, el art. 9 apartado 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho de todo detenido a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad y señala que la prisión preventiva no debe ser la regla general y que su libertad puede estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado al juicio, a las diligencias procesales o para la ejecución del fallo.

En nuestro ordenamiento procesal la restricción de la libertad personal sólo procede de conformidad a las disposiciones previstas en la ley procesal y en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad sustantiva (art. 285 CPP Ley 1908), disposición similar rige en materia de prisión preventiva (cfr. art. 293 C.P.P.). Además toda medida de coerción ha de ser interpretada restrictivamente pues así lo indica el art. 2 del C.P.P.

Sin embargo, esta interpretación restrictiva pregonada desde lo teórico no se condice con el uso extensivo que, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, realizan los países latinoamericanos del encierro cautelar. Esa realidad ha sido reflejada en el Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas realizado en base a una solicitud de información a los Estados miembros de la OEA en agosto de 2012, el que distingue como causas preponderantes de estas prácticas a las políticas criminales que plantean la flexibilización y mayor uso de la privación de la libertad como vía de solución al fenómeno de la delincuencia; y las amenazas a la independencia del poder judicial ([http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf. Última visita 01/06/2015](http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf.%20%C3%9Altima%20visita%2001/06/2015)).

El uso irreflexivo e indiscriminado de esta medida de coerción personal también ha sido reconocida por este Tribunal en los autos “Habeas Corpus correctivo y colectivo (Penitenciaría de Mendoza)” (CUIJ: 13-03815694-7) en lo que atañe a la práctica desarrollada en nuestra provincia en el ámbito de la jurisdicción penal, tal como ha puesto de relieve mi colega en su voto.

Lo hasta acá expuesto, me convence de la existencia de arbitrariedad en el pronunciamiento recurrido, desde que negó la responsabilidad del Estado por los daños causados al accionante que estuvo privado de su libertad durante un mes y 20 días, para finalmente resultar sobreseído por vencimiento de la prórroga extraordinaria.

Así voto.

Sobre la misma cuestión, el Dr. GOMEZ, adhiere al voto del preopinante.

**A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. JORGE H. NANCLARES, DIJO:**

Dado el resultado al que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde analizar los daños y perjuicios reclamados y fijar su monto.

El accionante reclamó daño moral, lucro cesante, daño emergente y gastos médicos, cuantificándolos en $50.000, $14.200, $25.000 y $10.800 respectivamente.

a) Daño moral:

La procedencia de este rubro resulta innegable, desde que, como lo ha manifestado antes este Tribunal: *“sufrir prisión injustamente en las espantosas condiciones de nuestras cárceles implica un daño moral gravísimo"* (L.S 367-239; LS437-201, entre otros).

El recurrente además rindió pericia psiquiátrica debidamente fundada en su dictamen y en las observaciones formuladas al mismo. De la pericia resultan corroborados los padecimientos. Conforme la misma, el Sr. Gómez presentaba una patología de base “Trastorno de la personalidad no especificado” que le generaba una incapacidad del 50%; y que por las penurias y temores padecidos en la cárcel se vio agravada, ponderando dicha influencia en el trastorno previo en un 12,5%, es decir, una cuarta parte de la incapacidad ya determinada; y cuya remisión era posible mediante tratamiento adecuado.

En tales condiciones se impone cuantificar el reclamo, para ello tengo en cuenta la edad del actor al momento del hecho (55 años); el tiempo que ha insumido la causa civil -casi diez años- y todas las instancias judiciales que debió cumplir para lograr el reconocimiento de sus derechos violados; la pericia psiquiátrica y la contestación a sus observaciones practicada a tres años del hecho y en la que queda objetivado el sufrimiento padecido en sus afecciones legítimas a consecuencia del hecho dañoso; las viscisitudes del proceso penal ya explicitadas.

También he de ponderar precedentes de esta Corte en casos similares (v.gr. “Rojo” del 19/5/2008, la detenida fue una mujer de 36 años que permaneció 8 meses en ese estado; la indemnización otorgada fue de $ 60.000. “Fader Mora” del 11/04/2012, donde se indemnizó el rubro sólo por el exceso de dos meses y 10 días de prisión preventiva, de un joven soltero de 21 años de edad y estudiante universitario, en la suma de $ 20.000; “Murúa Rivero” del 22/06/201, joven de 23 años que fue dete-nido durante veintiocho días, $ 25.000 a la fecha de la sentencia de primera instancia (7 agosto de 2.009) “Anagua” del 19/08/15, dos jóvenes detenidos por un año, 2 meses y doce días, $35.000 cada uno). También se toma en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en noviembre del 2005, resolvió fijar una indemnización por el daño moral ocasionado a un hombre de 30 años por haber pasado casi un año en prisión, en la suma de $ 20.000 (“Gerbaudo, José Luis c/Provincia de Buenos Aires y otro p/D. Y P.”).

Además de los precedentes mencionados, debe destacarse que el C.C. y C. de la Nación se ha ocupado de las obligaciones de valor, disponiendo en su artículo 772 que “si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda” y que “una vez que el valor es cuantificado, se aplican las disposiciones de esta Sección.”

El comentario al artículo recuerda que, como los intereses comienzan a correr desde que se produjo el perjuicio, si éstos tienen entre sus componentes escorias inflacionarias, en el caso de obligaciones de valor necesariamente se impone aplicar dos tasas diferentes: una desde que la obligación se hizo exigible hasta que se determinó el valor de la prestación, y otra desde este último momento hasta su pago (Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, T. V, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158).

De lo expuesto se colige la aplicación a los montos que se liquiden el interés de la Ley 4087 desde el evento dañoso a esta fecha, y en adelante y hasta el efectivo pago los correspondientes c de conformidad a lo prescripto por el art. 768 del C.C.COM, deviniendo en consecuencia abstracto el planteo de inconstitucionalidad de la Ley 7198.

En definitiva, atendiendo a todas las circunstancias mencionadas, considero que es justo y equitativo fijar la indemnización por este concepto en la suma de **pesos setenta mil ($70.000)**, monto que es estimado a la fecha de esta sentencia, con más sus intereses.

b) Daños materiales:

Antes de adentrarme en su análisis, quiero aclarar que el recurrente al demandar hace una liquidación de $25.000 en concepto de daño emergente, $ 14.200 de lucro cesante y $10.800 de gastos médicos.

Con referencia al “daño emergente”, sólo formula el interrogante “¿Cuántos clientes actuales o posibles perdí?”, y su respuesta “No puedo decirlo”. La ausencia total de fundamentación de este rubro, como la falta de prueba destinada a acreditarlo, me llevan a desestimar su procedencia, con la consecuente imposición de costas que ello implica.

Con respecto al reclamado “lucro cesante”, el demandante simplemente afirma que procede por el tiempo en que no pudo trabajar como abogado, ingeniero agrónomo y ejecutivo de empresa.

Surge evidente de estas constancias que el recurrente es abogado, como también que ejerce la profesión de acuerdo a la compulsa del sitio web de este tribunal. Por su parte, la perito psiquiatra reseña que el actor se recibió de ingeniero agrónomo, y las testimoniales rendidas en esta sede también le reconocen tal calidad, al referirse los testigos al “ingeniero”, y al indicar que era el actor quien dirigía las tareas en la finca de la Sra. Matiheu.

Sin embargo, de modo alguno puede deducirse cómo arriba a la suma de $14.200 que reclama, ni existe prueba sobre los ingresos que por estas profesiones percibía a esa época-–o percibe-. Lo expuesto, me permite concluir que sólo cabe indemnizar al actor por la “pérdida de chance” que la detención le irrogó, en atención a que, estando solamente acreditado su ejercicio profesional, de lo único que existe certeza, conforme las constancias de autos, es de que durante el tiempo que estuvo privado de libertad perdió la posibilidad de atender clientes o trabajos en el ámbito de tales profesiones. “P*uede definirse como la desaparición de la probabilidad de un evento favorable, cuando esa chance aparece suficientemente seria. La expresión “pérdida de chance” comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o beneficio o evitado una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial (…) Para tornarse resarcible la pérdida de chance debe conformar un daño cierto (…) que el daño sea cierto significa no ser meramente hipotético o conjetural, sino real y efectivo; en otras palabras, que de no mediar su producción la condición de la víctima del evento dañoso sería mejor de lo que es a consecuencia del mismo”*(Trigo Represas, Félix A. y Lopez Mesa, Marcelo, “Tratado de la Responsabilidad Civil”, To-mo I, Ed. La Ley, 1° Ed., 2004, Buenos Aires, pág. 465).

En razón de lo expuesto, y no contando con pruebas que proporcionen algún parámetro para su cuantificación, conforme las facultades que confiere al magistrado el art. 90 inc. 7 del C.P.C., la suma reclamada por el actor de $14.200 resulta razonable a esta fecha. Por consiguiente, estimo equitativo otorgar la suma de **pesos quince mil ($15.000)**en concepto de pérdida de chance, dada la recalificación del daño efectuada,que se justiprecia a esta fecha, y a la que se adicionará el interés de la Ley 4087 desde el 09/02/2006 hasta la fecha de la presente, y adelante los intereses correspondientes.

En cuanto a los gastos médicos y de tratamientos reclamados, de acuerdo a la pericia psiquiátrica obrante en el principal, se recomienda tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico durante doce meses en forma quincenal, para luego continuar con sesiones mensuales durante uno o dos años más. Al 2009 la experta estima el costo de medicamentos entre $200 y $250 mensuales (tomando en consideración el costo que asume una obra social), y el costo de una sesión psiquiátrico-psicoterapéutico entre $80 y $120.

Cabe destacar que según el mencionado dictamen, el recurrente presentaba una patología previa, considerando que los padecimientos vividos en la cárcel había agravado. Ponderó el perito la influencia de los mismos en el trastorno previo en un 12,5% del 50% total de incapacidad que el mismo ocasionaba. Por lo tanto, considerando el tratamiento recomendado, y los valores actuales para medicamentos ($500 aproximadamente) y para una sesión del tipo de la prescripta ($400 aproximadamente), el monto en concepto de gastos médicos y de tratamientos ha de ascender a la suma de pesos treinta y siete mil doscientos ($37.200) a la fecha de esta sentencia, y de la cual, conforme experticia, el demandado deberá asumir el 12,5% de ese costo, es decir la suma de **pesos cuatro mil seiscientos cincuenta ($4.650),**con más los intereses que correspondan en caso de incumplimiento, no correspondiendo los previstos por la Ley 4087 en este caso por tratarse de gastos futuros; en tanto que quedarán a su cargo la suma de **pesos treinta y dos mil quinientos cincuenta ($32.550),** en atención a la concausación establecida, con la consiguiente imposición de costas que el rechazo cualitativo de las tres cuartas partes del rubro gastos médicos y tratamientos importa.

En resumen, el reclamo indemnizatorio del recurrente prospera parcialmente por un total de **pesos ochenta y nueve mil seiscientos cincuenta ($89.650)**, con más los intereses correspondientes, y se rechaza por pesos cincuenta y siete mil quinientos cincuenta ($57.550).

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. PEREZ HUALDE y GOMEZ adhieren al voto que antecede.

**A LA TERCERA CUESTION EL DR. JORGE H. NANCLARES, DIJO:**

Atento el resultado al que se arriba en el tratamiento de las cuestiones anteriores, las costas deberán imponerse a la parte actora por lo que se rechaza, y a la parte demandada que resulta vencida, en todas las instancias (arts. 35 y 36 CPC).

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. PEREZ HUALDE y GOMEZ, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

**S E N T E N C I A :**

Mendoza, 02 de marzo de 2.017.-

**Y VISTOS:**

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

**R E S U E L V E :**

**I)** Hacer lugar, parcialmente, a los recursos de Inconstitucionalidad y Casación deducidos a fs. 21/37 de autos. En consecuencia, revocar la sentencia de fs. 348/364 la que queda redactada de la siguiente manera:

"1°) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 285 en contra de la sentencia dictada a fs. 273/7 de fecha 30 de setiembre de 2013, la cual se revoca, dictando en su lugar:

““I) Hacer lugar parcialmente a la demanda instada por el Sr. BLAS MIGUEL GÓMEZ TARAGONA en contra del GOBIERNO DE LA PROVINICA DE MENDOZA, y en consecuencia condenar a este último a pagar al actor, dentro de los DIEZ DÍAS de firme esta resolución, la suma total de PESOS OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA ($ 89.650) con más los intereses correspondientes detallados en los considerandos””.

“”II) Rechazar cualitativamente el rubro daños materiales, y el rubro gastos médicos en forma parcial de acuerdo a la concausación establecida, ascendiendo el monto total por el que no prospera la demanda a la suma de PESOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA ($ 57.550), a la fecha””.-

“”III) Imponer las costas al demandado por lo que prospera, y al actor por lo que se rechaza (arts. 35 y 36 del C.P.C.)””.-

“”IV) Regular los honorarios profesionales por lo que prospera la demanda, para el DR. BLAS MIGUEL GÓMEZ, en la suma de PESOS DIEZ MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO ($ 10.758) (Arts. 2, 3, 4, 13, 28 y 31 L.A.)””.-

“”V) Regular los honorarios profesionales por lo que se rechaza la demanda, para os DRES. FRANCISCO LOSADA ROSANA MORETTI, MARTÍN QUIROGA NANCLARES y PEDRO GRACÍA ESPETXE, en la suma de PESOS TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES ($ 3.453) para CADA UNO (Arts. 2, 3, 4, 13, 28 y 31 L.A.)””.-

“”VI) Regular los honorarios profesionales de la perito psiquiatra REINA ESTHER IAGUPSKY DE KOTLIK, MAT. 1111, en la suma de PESOS CUATRO MIL ($ 4.000) (L.24.432).””

“2°) Imponer las costas de Alzada a la parte demandada por lo que prospera, y a la parte actora por lo que se rechaza.(arts. 35 y 36 del C.P.C.)”.-

“3°) Regular los honorarios de los profesionales en la alzada y por lo que prospera, para el Dr. Blas Miguel GÓMEZ, en la suma de PESOS SEIS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO ($ 6.455). Regular los honorarios de los profesionales en la alzada por lo que se rechaza, para los Dres. Martín QUIROGA NANCLARES y Pedro GARCÍA ESPETXE, en la suma de PESOS DOS MIL SETENTA Y DOS ($ 2.072) para cada uno (arts. 3, 13, 15, 28 L.A.).”

**II)** Imponer las costas de esta instancia extraordinaria a la recurrida vencida por lo que prospera, y al recurrente por lo que se rechaza (arts. 36 y 148 C.P.C.).

**III)** Regular los honorarios profesionales devengados en esta instancia por lo que prospera al Dr. Blas Miguel GÓMEZ, en la suma de pesos CUATRO MIL TRESCIENTOS TRES ($ 4.303). Por lo que rechaza: Dres. Martín QUIROGA NANCLARES y Eliseo J. VIDART, en la suma conjunta de pesos DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y DOS ($ 2.762) (arts. 3, 13, 15, 28 L.A.).

IV) Líbrese cheque a la orden del recurrente por la suma de pesos MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO ($ 1.884) de la que dan cuentan las boletas obrantes a fs. 5 y 6.

Notifíquese.

|  |  |
| --- | --- |
| DR. JORGE HORACIO NANCLARESMinistro | DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDEMinistro(en voto ampliatorio) |

|  |
| --- |
| DR. JULIO RAMON GOMEZMinistro |