

(Registro: Tomo 170: 323/346)

_____ Salta, 16 de octubre de 2012. _____
_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados “C/C MARTÍNEZ, JOSÉ ABRAHAM –
RECURSO DE CASACIÓN” (Expte. N° CJS 35.049/11), y _____

CONSIDERANDO:

_____ Los Dres. **Guillermo Félix Díaz, Gustavo Adolfo Ferraris, Guillermo Alberto Posadas, Sergio Fabián Vittar, Guillermo Alberto Catalano y Abel Cornejo,** dijeron: _____

_____ 1°) Que a fs. 837/840, la Sra. Agente Fiscal Penal N° 2, Dra. María Inés Loyola, interpone recurso de casación contra la absolución dispuesta a fs. 827 vta./828 en favor del imputado José Abraham Martínez por el Juzgado Correccional y de Garantías de Octava Nominación, cuyos fundamentos obran a fs. 829/836 vta.

_____ A fs. 841/846 deduce idéntico recurso en representación de la demandada Provincia de Salta, el procurador fiscal Dr. Agustín Barbarán, con el patrocinio letrado del Dr. Benjamín Pérez Ruiz, en contra del punto II de la parte dispositiva de la misma sentencia, por la que se hace lugar a la acción civil instaurada y se condena al estado provincial a indemnizar a Vanina Emilse Yapura en la suma de \$ 1.050.000 más los intereses en concepto de daño material y moral, en virtud de la omisión del deber de cumplir las medidas que prevé la ley de violencia familiar, lo que significó –según el fallo impugnado– una condición idónea para que se produjera el homicidio de su madre, Rosana Alderete, y sus dos hermanos, José Nahuel y Rocío Noelia, a manos de su padre José Alberto Yapura, quien ya fue condenado penalmente por esos hechos. _____

_____ 2°) Que a fs. 874/876 vta. esta Corte declaró formalmente admisibles los recursos (arts. 474 del C.P.P., texto según ley 6345 y sus modificatorias), otorgando luego a las partes la intervención de ley, por lo que los autos se encuentran en estado de resolver. _____

_____ 3°) Que se agravia la representante del Ministerio Público Fiscal por la absolución dispuesta en favor de José Abraham Martínez, por cuanto considera que en los fundamentos de la sentencia reflejan tanto una inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 466 inc. 1° del citado C.P.P.), como de las pautas de razonabilidad en la formación de convicción (466 inc. 3°). Explica que para afirmar el estado de duda insalvable sobre si medió el dolo típico (art. 249 del C.P.) en la conducta del funcionario policial imputado o si existió un error que justifique el incumplimiento de la orden, la juez “a quo” se alejó de los principios lógicos que gobiernan el sistema de la sana crítica. En ese sentido, señala que resulta casi imposible sustentar que pudiera Martínez estar en condiciones de desconocer su deber funcional en la concreta situación que se presentaba, ya que por un lado la ley aplicable le mandaba dar “vista” inmediata al Ministerio Público (conforme a la ley vigente de entonces, N° 7202 de violencia familiar), y por el otro existía una expresa orden dispuesta por el Sr. Juez de Instrucción consistente en extraer fotocopias de las actuaciones y remitirlas al asesor de menores. Asevera que frente a un acto propio del oficio que debía cumplir el funcionario, plenamente consciente de su carácter, libremente decidió omitirlo, sin que sea necesario requerir malicia en esa conducta, ya que el tipo penal sólo exige la omisión ilegal de dar cumplimiento a lo ordenado. _____

_____ Cuestiona que la sentenciante no haya examinado el contenido de la indagatoria por considerarla un exclusivo medio de defensa, ya que es allí donde el imputado alega la existencia de una justa causa como excluyente del tipo penal: la imposibilidad material de sacar fotocopias. Plantea que ese argumento resulta incompatible con el aducido en el informe de fs. 80, confeccionado inmediatamente después de recibida la orden del juez instructor, donde refirió que no era necesario su cumplimiento por haberse dado la intervención requerida en un sumario anterior (n° 799/04), iniciado por otra denuncia contra José Alberto Yapura, que se encontraba en la misma comisaría. Dado que tenía a su disposición el expediente para compulsarlo, deduce que mintió sobre una intervención previa y así impidió que se activaran los mecanismos de protección ante una situación de violencia familiar en desarrollo. _____

_____ Por último entiende que, aun en el supuesto de que pudiera no conocer la norma aplicable, tratándose el incumplimiento a los deberes de funcionario público de un delito de comisión por omisión, existía una situación de peligro, tasada por la propia ley de violencia familiar, que ponía en riesgo un bien jurídico y que exigía la respuesta inmediata de la autoridad policial. _____

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

_____ Concluye que puestos los fundamentos -que llevan a aplicar el principio de la duda- en cotejo con las reglas de la sana crítica, se avizoran como aparentes frente al cúmulo de pruebas que sirve para verificar en grado de certeza la participación responsable en el hecho por parte de José Abraham Martínez.

_____ 4º) Que el abogado de la Fiscalía de Estado recurre en casación la sentencia en cuanto condenó civilmente a la Provincia de Salta a abonar a Vanina Emilse Yapura la suma de \$ 1.050.000 más intereses en concepto de indemnización por daño material y moral, en razón del comportamiento omisivo de José Abraham Martínez -personal de la policía provincial-, lo que para la juez tuvo una relación de causalidad adecuada con el desenlace fatal al impedir que se adoptaran las medidas cautelares que prevé la ley de violencia familiar, las cuales -según su apreciación- podrían haber evitado los desdichados sucesos._____

_____ Entiende que los fundamentos del fallo impugnado se apartaron de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de responsabilidad estatal extracontractual por seguridad pública. Explica el recurrente que erróneamente la sentencia se remitió a fallos del Alto Tribunal Federal ajenos específicamente a la materia, como los conocidos "Vadell" (Fallos, 306:2030) y "Viento Norte de Herederos de Bruno Corsi SRL" (Fallos, 320:266), siendo que el primero se refiere a omisiones registrales y el segundo al control de rutas. Por el contrario, estima que la doctrina correcta es la que está contenida en los fallos "Zacarías" (Fallos, 321:1124) y "Mosca" (Fallos, 330:563), donde se establecieron los requisitos indispensables para responsabilizar al Estado por el incumplimiento del servicio de seguridad en la prevención de delitos.

_____ Siguiendo los lineamientos de esos precedentes, recuerda que deben distinguirse las acciones de las omisiones estatales y dentro de estas últimas, no son lo mismo las omisiones a mandatos expresos de actividad (caso "Vadell") que las omisiones a objetivos generales e indeterminados, como la seguridad frente a la comisión de delitos. Al respecto, destaca que no existe una garantía absoluta a favor de los ciudadanos de que no sufrirán perjuicios por la acción culposa o dolosa de terceros y que la eventual responsabilidad del Estado, que no es de resultado, dependerá del vínculo que tiene el actor con aquél, la previsibilidad del daño ocasionado y la existencia de un nexo causal adecuado entre la falta de servicio y el hecho dañoso. A partir de tales requisitos, explica el abogado que en el presente caso el vínculo de la actora civil con la Provincia demandada no era el que surge de un derecho subjetivo específico preexistente, sino el genérico de todo ciudadano frente a un deber jurídico indeterminado._____

_____ Agrega que no debió detenerse el análisis en el juicio sobre la regular o no prestación del servicio, sino en el hecho de que no existían elementos que permitiesen a las autoridades policiales anticipar la magnitud del peligro que se cernía sobre la familia Yapura Alderete, habiendo actuado conforme a un "estándar" de previsibilidad de lo que normalmente acontece en ese tipo de casos. También alega que no surge un nexo causal razonable entre los defectos en el servicio y el resultado, dado que la falta de remisión de copias al asesor de menores del segundo sumario no puede concebirse como "causa adecuada" de los múltiples homicidios, atento el conocimiento que ya tenían ese funcionario, el fiscal y el juez con la primera denuncia que presentara la propia víctima Rosana Alderete.

_____ Finalmente se agravia la demandada de que se condene a abonar una indemnización integral, como si el Estado provincial fuese el propio autor de los lamentables hechos, cuando ninguno de sus funcionarios resultó cómplice ni partícipe, sino que se le atribuye no impedir el hecho ante dos denuncias existentes. Asimismo, tacha a la sentencia de inmotivada porque no refiere en qué elementos de convicción se basa para establecer la cifra final, ni el modo en que se arriba a ella, no siendo suficiente un daño abstracto o presunto, sino que debe ser certero y probarse en forma efectiva y concreta._____

_____ Por lo expuesto, solicita que se declare la nulidad del fallo y se rechace la demanda en todas sus partes, con costas._____

_____ 5º) Que en su informe de fs. 894 y vta., el Sr. Fiscal ante la Corte N° 1 sostuvo el recurso interpuesto por la Sra. Fiscal Penal N° 2 contra la absolución del imputado en autos, y en función de la unidad de acción se remitió a los argumentos vertidos a fin de evitar reiteraciones innecesarias._____

_____ 6º) Que a fs. 897/905 los defensores de José Abraham Martínez, Dres. Victoria Griselda Mamaní de Cattáneo y Alberto Mauricio De Juana, presentan informe estimando que debe rechazarse el recurso interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal, ya que -a su entender- no se observa la comisión dolosa del delito reprochado por parte del funcionario acusado, dado que sus dichos resultan corroborados por la prueba reunida. Ella indica que,

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

ante el conocimiento de que la asesoría de menores había tomado intervención, Martínez dejó constancia de tal situación y dio prioridad a la notificación fiscal, dejando pendiente la extracción de fotocopias para cuando regresara el expediente, ya que no podía económicamente afrontarlas. Es decir que el imputado actuó diligentemente, cayendo en un error que pudo ser salvado en fiscalía y en los juzgados donde se tramitaban los distintos sumarios. En cuanto al incumplimiento de las obligaciones que impone la ley de violencia familiar, consideran que de acuerdo a su articulado (arts. 6º y 7º de la ley 7202), el juez estaba en condiciones de disponer medidas sin necesidad de que fueran solicitadas por el asesor de menores. Postulan que, en consecuencia, la omisión imputada pudo traer aparejada responsabilidad administrativa pero nunca de índole penal. Párrafo aparte dedican a examinar el tipo penal reprochado, señalando que éste requiere que la omisión o retardo debe corresponder a un acto de la competencia del funcionario taxativamente determinado por ley (el policía ejercía múltiples funciones en la pequeña comisaría) y que sólo admite dolo directo, por lo que coligen que únicamente puede atribuirse a su defendido un error o negligencia originados por el gran movimiento de expedientes judiciales que tenía a su cargo. Por todo ello piden que no se haga lugar al recurso y se confirme la absolución de José Abraham Martínez.

____ 7º) Que por su parte, la actora civil Emilse Vanina Yapura Alderete, con el patrocinio letrado del Dr. Rubén Oscar Juárez, informa respecto al recurso impetrado por el representante de la Provincia de Salta, conceptuando que no señala cuáles son las disposiciones que considera violadas o erróneamente aplicadas, ni tampoco cuál es la solución que pretende, por lo que la articulación –aducen- debe ser rechazada por no guardar los agravios relación con los motivos taxativamente descriptos en el art. 466 del citado C.P.P. Afirma que surge de autos indubitadamente la responsabilidad del Estado, por haber prestado un servicio irregular y deficiente cuando le fue requerido, que terminó ocasionando daños. En el caso, ante el llamado de quien solicitaba la intervención de un órgano del Estado (la policía), a fin de conservar su vida y la de sus hijos, éste no acudió, habiendo operado tal omisión como nexo causal de la tragedia ocurrida, cuya existencia se ve confirmada con la sanción administrativa impuesta por ese motivo a Martínez y al jefe de dependencia respectivo. En cuanto al monto de la indemnización decidida por el tribunal de juicio, a más de la falta de crítica concreta del recurrente, refiere que la suma a la que se arriba no es arbitraria, desde que resulta proporcional a la pérdida de tres vidas de familiares de la accionante, que incluye todas las consecuencias morales y espirituales que el luctuoso hecho generó, genera y seguirá generando, sin que quepan en su determinación cálculos meramente matemáticas o mecánicos, encontrándose dentro de los poderes discrecionales del juzgador, conforme lo indica el art. 29 del Código Penal. En consecuencia, solicita que se rechace el recurso de casación deducido por el civilmente demandado y se confirme el fallo, con costas a cargo del nombrado.

____ 8º) Que el tribunal de juicio, en lo que hace al proceso penal propiamente dicho, dispuso la absolución por aplicación del principio de la duda de José Abraham Martínez, respecto de la acusación de no haber cumplido con la orden del juez de instrucción de extraer fotocopias de las actuaciones a los fines de dar intervención al asesor de menores de turno, en cumplimiento de la ley de violencia familiar N° 7202. Aunque se considera en el fallo plenamente acreditado el elemento objetivo de la figura prevista en el art. 249 del C.P. - omisión del acto que se debía cumplir-, se avizoran dudas respecto a lo subjetivo, ya que si bien las testimoniales recibidas del personal policial conducen a sostener que hubo un proceder a sabiendas del imputado para no tener que sacar fotocopias, el hecho de que haya confeccionado el informe el mismo día (que justificaba la innecesariedad de una nueva intervención) comprobaría que plausiblemente pudo haber un error de su parte en orden a si se había dado intervención al defensor en las actuaciones penales previas, que tramitaban en la misma preventora contra José Alberto Yapura.

____ 9º) Que la acción punible reprochada por el art. 249 del Código Penal consiste en omitir, rehusar hacer o retardar algún acto propio de las funciones, y la consumación de este “no hacer” tiene lugar con el acto omisivo, sin necesidad de que se produzca consecuencia alguna o una lesión particular por ello (Creus, Carlos, "Derecho Penal. Parte Especial", Tomo 2, pág. 253; Breglia Arias - Gauna, "Código Penal", Tomo II, pág. 607). Por otra parte, el término “deberes de oficio” comprende cualquier clase de tareas administrativas que integren el contenido de la función o prestación de servicio del agente (Creus, ob. cit. pág. 262).

____ En cuanto al elemento subjetivo, la figura exige dolo directo, es decir que abarca el conocimiento de que se trata de un acto propio de función, que tal omisión es ilegal y que el sujeto activo tenga la posibilidad de actuar, sin que se requiera una particular malicia. Es

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

necesario que el autor obre a sabiendas de que su proceder es contrario a lo que debe ser con arreglo a la norma jurídica aplicable (Creus, Carlos, "Delitos contra la administración pública", Editorial Astrea, pág. 208).

En el caso, la conducta de José Abraham Martínez encuadra en el tipo penal reprochado porque omitió dar intervención al asesor de incapaces, no obstante encontrarse obligado a cumplirlo tanto en razón de la existencia de una concreta orden del juez como por su función de instructor sumariante policial en los términos de la ley de violencia familiar, sin que para configurar el tipo hubiera sido necesaria la producción de un resultado determinado, porque el delito se consuma tan pronto como el acto no es realizado en el momento debido. Este último aspecto exige aclarar que deviene difícil avizorar que, frente a lo que significó el designio criminal de Alberto Yapura de matar a toda su familia, la omisión referida del funcionario -de por sí y aisladamente reprochable en los términos del Código Penal como delito contra la administración pública-, haya servido de "condición" para que se produjera ese luctuoso resultado.

10) Que la Sra. Juez, ante un panorama de duda acerca del elemento subjetivo del delito acusado, decide prescindir nada menos que de la versión que diera el imputado respecto de su actuar omisivo y de la confección del informe que justificaba ello frente al juez. Aunque esa clase de declaración es principalmente un vehículo para el ejercicio de la defensa material, ello no impide que sus dichos se consideren para apoyar la incriminación. La declaración indagatoria es pieza sustancial y decisiva en cualquier proceso penal y si bien el acusado no está obligado a declarar contra sí mismo, si lo hace y no se prueba coacción o violencia física o moral en su contra, los hechos reconocidos allí pueden y deben ser receptados por los jueces (esta Corte, Tomo 129:25).

De sus propias palabras como de las del otro oficial de servicio (ver fs. 819 vta./820 vta.), se desprende que en esos tiempos, aunque los funcionarios policiales tenían un conocimiento poco profundo de la ley de violencia familiar, sabían que debían dar tratamiento preferencial a esos casos (ver declaración fs. 814 vta./816 del jefe de dependencia) y cumplir las directivas del juez en los sumarios a su cargo. En orden a las motivaciones concretas por las cuales no dio intervención a la defensoría, la versión de Abraham Martínez es contradictoria, porque por un lado refiere que le otorgó prioridad a las otras notificaciones ante la dificultad que encontraba para extraer fotocopias (fs. 199 y vta.) y forzar así la acumulación de causas, y por el otro, indica que en realidad se confundió y por error lo mandó al fiscal (ampliación de indagatoria de fs. 372), reconociendo en ambas ocasiones la falsedad del contenido del informe donde formalmente y por escrito comunicaba que esa intervención ya había sido efectivizada en los sumarios previos. Esta actividad de su parte para no cumplir sus funciones -que además hizo caer en error al juez instructor-, son suficientes elementos probatorios para concluir que Martínez obró con pleno conocimiento de que transgredía las normas, sus obligaciones frente a éstas y a una expresa orden del magistrado, todas las cuales le exigían de su parte una determinada y concreta acción que no tuvo lugar.

11) Que esta Corte ha dicho que la certeza necesaria para condenar no debe insoslayablemente surgir de un panorama totalmente desprovisto de elementos favorables a la posición del acusado; es claro que una exigencia de tal naturaleza determinaría que prácticamente cualquier movimiento defensivo en el plano de la prueba, o cualquier debilidad de la evidencia, aun de la incorporada de oficio o por la parte acusadora, frustraran la posibilidad de una condena. Sin embargo, la viabilidad de un pronunciamiento contrario al acusado requiere un convencimiento razonablemente alcanzado mediante el triunfo racional de los factores incriminantes por sobre los que revisten carácter neutro o favorable al encausado (Tomo 116:28; 122:1061).

En consecuencia, resulta necesaria la corrección del fallo impugnado, toda vez que de autos surge la firme convicción de que el imputado tenía una total comprensión de la omisión en que incurrió en el ejercicio de sus funciones, sin que su accionar quede bajo el amparo de causa de justificación alguna, y debe considerarse la acción reprochada una conducta omisiva dolosa en los términos del art. 249 del Código Penal.

12) Que en cuanto a la mensura de la pena a imponer, de acuerdo a los parámetros de los arts. 40 y 41 del C.P., resulta de estimación razonable el año de inhabilitación y los 5.000 pesos de multa solicitados por la Sra. Agente Fiscal en su alegato, dada la falta de antecedentes penales computables de José Abraham Martínez (ver fs. 650), y porque la modalidad del hecho reprochado no sólo consistió en la simple omisión de sus obligaciones de funcionario policial, sino en confeccionar un informe que no se adecuaba a la realidad de los

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

sumarios relacionados que tramitaban en la misma preventora policial donde ejercía su tarea._____

_____ 13) Que en consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de casación oportunamente interpuesto por la Sra. Agente Fiscal N° 2, revocar el punto I) de la parte dispositiva de la sentencia recurrida, y condenar a José Abraham Martínez como autor penalmente responsable del delito de incumplimiento a los deberes de oficio, previsto y reprimido por el art. 249 del Código Penal, imponiéndole la pena de cinco mil pesos de multa (\$ 5.000) e inhabilitación especial de un año para desempeñarse en funciones propias de la policía de seguridad o prevención (art. 20 del C.P.)._____

_____ 14) Que en autos la Provincia de Salta resultó demandada y condenada por el tribunal de juicio a abonar una indemnización en favor de Vanina Emilse Yapura Alderete en concepto de daño moral por la muerte a manos de su padre, de su madre y sus hermanos, al entender que hubo de parte de la Administración del Estado Provincial responsabilidad extracontractual por falta de servicio.

_____ Los argumentos de la sentencia remiten a una responsabilidad por incumplimiento del deber de seguridad en la prevención de delitos. Se estimó a tal efecto que el factor de atribución lo constituye la falta de servicio, consistente en haber omitido cumplir la normativa respectiva y la orden judicial –remisión de copias de las actuaciones- que hubiese permitido la intervención del asesor de menores para que, a su vez, éste solicitara las medidas de restricción personales que prevé la ley de violencia familiar. Se concluye que el incumplimiento de la orden judicial fue la “condición idónea para provocar dicho resultado” (ver fs. 835 vta.), si bien en un anterior pasaje de los considerandos se había mentado que ello resultó ser “la causa adecuada del hecho fatal”._____

_____ 15) Que así las cosas, cabe destacar en primer lugar que la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes no es indirecta ni basada en la culpabilidad. En efecto, cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, responde directamente por la falta de una regular prestación, dado que aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de aquél, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (CSJN, Fallos, 321:1124)._____

_____ Ahora bien, el máximo Tribunal de la Nación en el caso “Mosca” (Fallos, 630:653) dejó establecido dos parámetros fundamentales a la hora de discernir la existencia o no de la responsabilidad del Estado y sus alcances. Así, por un lado sentó que no debe formularse un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio, por lo cual la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva. Por otra parte, esa responsabilidad directa y objetiva entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos, 321:1124). En mérito de ello, entonces, la evaluación de la responsabilidad de la Provincia debe focalizarse objetivamente en la prestación del servicio y ceñirse al caso concreto analizado, sin que las conclusiones de esta Corte, por lo tanto, puedan erigirse sin más como reglas generales aplicables a otros supuestos._____

_____ 16) Que en ese orden, corresponde señalar que la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado nacional o provincial no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos, 312:2138; 313:1636; 323:3599; 325:1265, 3023; 326:608, 1530, 2706)._____

_____ En este aspecto resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones y respecto de éstas, si son relativas a mandatos expuestos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible._____

_____ Y aquí precisamente radica la distinción entre el caso “Mosca” y el ponderado en el “sub lite”, dado que en el primero se trató de la determinación de la responsabilidad civil del

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados y se concluyó que el servicio de seguridad no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y muchos menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros. En definitiva, no existe en tal hipótesis un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables.

En el caso de autos, en cambio, la omisión concierne a un mandato expreso y determinado en una regla de derecho, consistente en las disposiciones de la ley de violencia familiar, cuya finalidad por lo demás es de orden público.

Es dable ameritar, igualmente, que en la especie hubo un requerimiento específico en sede policial tendiente a la protección de la vida y la integridad física de la Sra. Alderete y sus hijos, lo que conduce a confirmar la indemnización a cargo de la Provincia.

Debe destacarse que la Provincia es responsable por la conducta del policía Martínez, que efectivamente incurrió en una omisión punible, que impidió la adopción de medidas que el caso requería para la operatividad de la normativa de violencia familiar. Con ello se frustró la instrumentación de medios que plausiblemente pudieran haber contribuido a disminuir el riesgo cierto y latente que surgía de las denuncias.

17) Que ahora bien, no puede soslayarse la circunstancia de que el propósito criminal de Alberto Yapura igualmente se podría haber consumado –lo que a la sazón aconteció casi inmediatamente después de formulada la segunda denuncia- aun en el caso de que se hubieran puesto en práctica las medidas legales pertinentes. Por tal razón, el monto de la indemnización debe determinarse prudencialmente sobre la base de que la omisión estatal podría, a lo sumo, calificarse como una “condición” del lamentable episodio ocurrido y en manera alguna como causa de su producción.

Amén de lo expuesto, la normativa de violencia familiar estructura un sistema de actuación interrelacionada de diversos órganos, que también integran el Estado Provincial, como es el caso del juez de instrucción, que adoptó en este caso las medidas de trámite legales acordes a las circunstancias –al disponer la remisión urgente de copias al Asesor de Menores y la vista fiscal-, pero que al igual que el Ministerio Público no pudo hacer operativas sus facultades por la conducta omisiva de uno de los engranajes del mecanismo legal instrumentado.

Las circunstancias expuestas exigen, entonces, que se reduzca prudencialmente el monto de la indemnización a la cantidad de \$ 700.000, en concepto de capital.

18) Que por lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido a fs. 841/846 por la Provincia de Salta y, en su mérito, modificar el punto II) de la parte dispositiva de la sentencia recurrida sólo en cuanto se establece la indemnización a cargo del Estado Provincial en la cantidad de \$ 700.000 en concepto de capital, manteniéndose lo allí determinado en cuanto a los intereses y forma de pago. Con costas por su orden en todas las instancias, dado el progreso parcial de la articulación.

La Dra. **Susana Graciela Kauffman de Martinelli**, dijo:

1º) Que adhiero a los apartados 1º a 16 del voto de los Sres. Jueces preopinantes y, en consecuencia, al punto I de la parte resolutive, pero discrepo en lo que concierne a la disminución del quantum indemnizatorio fijado, por las razones que a continuación expongo:

2º) Que respecto de los argumentos esgrimidos por la Provincia de Salta sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, basándose en la falta de relación causal, en el grado de previsibilidad del daño, así como en la inexistencia de nexo causal y la falta de causalidad adecuada, cabe decir que de la prueba de los hechos aportados a la causa se concluye -sin duda alguna- que la omisión que se atribuye a José Abraham Martínez, como miembro de la Policía de la Provincia, por cuya conducta omisiva se reclama al Estado Provincial la indemnización de los daños sufridos, se encuentra dentro de los actos propios del poder público en tanto se encuentra obligado a garantizar la vigencia de la Constitución y de las leyes.

Que si la Policía Provincial, en razón de la misión que le es propia, ha omitido el cumplimiento del deber que la ley 7202 le imponía, el Estado es responsable por la omisión.

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

_____ 3º) Conforme lo sostuvo el máximo Tribunal: "Quién resulta perjudicado por los hechos que motivaron la conducta excesiva (u omisiva, como en este caso) de los agentes del Estado, siendo ajeno a los mismos, debe ser indemnizado por el Estado" (CSJN, Fallos, 252:191).

_____ Es sabido que la responsabilidad del Estado por las consecuencias dañosas de sus conductas u omisiones en modo alguno requiere la existencia de culpa y menos aún de dolo. Puede haber responsabilidad extracontractual sin culpa y sin dolo imputable al Estado. Para la procedencia de tal responsabilidad tampoco es menester recurrir a la idea de "riesgo objetivo" y menos aún a la de enriquecimiento sin causa. Dicha responsabilidad estatal tanto puede resultar de su actividad legal como de su actividad ilícita, vale decir, exista o no culpa en la especie (cfr. Marienhoff; Tratado de derecho administrativo, Tomo IV, pág.732).

_____ Señala Marienhoff (ob. cit. Tomo IV, págs. 740 y sgtes.) que lo relacionado con la responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" constituye un tema que en nuestro derecho público hállese vacío de normas positivas que lo rijan por lo que su tratamiento jurídico debe efectuarse recurriendo a normas analógicas y a algún principio general del derecho, contenido en el derecho privado, donde existe una norma genérica (art.1074 del Código Civil) que permite ubicar en ella el tema de la responsabilidad del Estado por sus comportamientos o actitudes omisivas o de abstención. Luego de citar la doctrina francesa expresa este autor que en esta materia el principio o regla consiste en que si el hecho omitido no implica un deber jurídico que el sujeto omiso dejó de cumplir, la omisión carece de sanción. La "intención" que pueda haber llevado al omisor a su abstención no es decisiva para resolver este problema; cualquiera fuere esa intención, si la omisión no implica violación de un deber jurídico, la intención con que se llevó a cabo resulta irrelevante, por principio. En el campo teórico -afirma- para resolver lo atinente a la responsabilidad que pudiere derivar del acto de omisión aparecieron dos tesis o posiciones: una amplia, sostenida a principios del siglo pasado por el jurista francés Toullier y otra más limitada sostenida por juristas posteriores, entre éstos Aubry et Rau, quienes objetaron la posición de Toullier. Según este último, si el que pudiendo actuar para evitar el daño no actúa, se lo considera responsable como autor del daño. De acuerdo con el criterio adverso al anterior, "el que por cualquier omisión haya causado un daño a otro será responsable cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido", posición que fuera aceptada por Vélez Sarsfield en el art.1074 del Código Civil y que es aplicable al derecho público con relación al Estado por las consecuencias de su omisión o abstención (ob. cit. pág. 745).

_____ La responsabilidad omisiva del Estado que cae bajo la sanción del art. 1074 del Código Civil es la que surge solamente cuando una disposición legal impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido. Tal omisión es sancionable porque el incumplimiento de un hecho ordenado por el derecho implica una violación de la ley, un apartamiento ilícito de sus disposiciones, por ello es que este tipo de comportamiento es sancionable.

_____ 4º) Que en el caso en análisis, la conducta adoptada por el agente de la Policía de la Provincia Sr. José Abraham Martínez -al no dar cumplimiento a las medidas que el caso requería- resulta reprochable por la omisión de la obligación específica a su cargo.

_____ 5º) Por otra parte es preciso tener en consideración que la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como "Convención de Belem do Pará" -a la cual adhirió nuestro país mediante ley 24.632- en su art. 7º, además de condenar en forma expresa todas las formas de violencia contra la mujer y comprometerse a adoptar por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, establece claramente la responsabilidad del Estado. En su inciso a) prescribe que es deber de los Estados Partes el de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación. Asimismo, en el inciso b) se prevé que los Estados Partes deben actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer y en el inciso c) se establece el deber de incluir en la legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso, entre otras disposiciones de idéntico tenor contenidas en la convención citada.

_____ 7º) Que en base a estos principios, incorporados a nuestro derecho constitucional, es que considero que el estado incumplió con la misión que le fuera encomendada y, por ende, se

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

encuentra obligado a reparar el daño en su integridad, sin que sea preciso que éste se encuentre determinado de una manera matemática. _____

_____ Que si bien el dinero no desempeña en la reparación de los daños morales el mismo papel que en la indemnización de los daños materiales, en éstos últimos puede aceptarse que su finalidad es la de establecer una equivalencia, más o menos completa, entre el daño y la reparación. Con respecto al agravio moral, en cambio, la indemnización representa un papel diferente, no de equivalencia sino de compensación o satisfacción: no se trata de poner "precio" al dolor o a los sentimientos, pues nada de esto puede tener equivalencia en dinero, sino de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones legítimas (cfr. Alfredo Orgaz – El Daño Moral – pág. 226- ed. 1960).

_____ 8º) Que en tal sentido la suma indemnizatoria consignada por el juez en grado debe confirmarse, al haber tenido en consideración que la requirente no sólo fue dañada en su salud sino que además en este luctuoso hecho murieron su madre y sus hermanos. Esta pérdida irreparable unida a los daños físicos y espirituales sufridos por Emilse Vanina Alderete, que quedarán por siempre en su cuerpo y en su espíritu como única sobreviviente de la tragedia familiar, me lleva a la convicción que la suma establecida por el Juez en grado resarce en forma adecuada el grave daño experimentado por la omisión del Estado en el cumplimiento de su obligación específica. _____

_____ 9º) Atento a lo expuesto adhiero al voto de los vocales preopinantes respecto del punto I y me pronuncio por la confirmación del apartado II de la sentencia recurrida. _____

_____ Por lo que resulta de la votación que antecede, _____

LA CORTE DE JUSTICIA, _____

RESUELVE: _____

_____ I. **HACER LUGAR** al recurso de casación oportunamente interpuesto por la Sra. Agente Fiscal N° 2 a fs. 837/840 y, en su mérito, **revocar** el punto I) de la parte dispositiva de la sentencia impugnada y **condenar** a José Abraham Martínez como autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de oficio, previsto y reprimido por el art. 249 del Código Penal, imponiéndole la pena de cinco mil pesos de multa (\$ 5.000) e inhabilitación especial de un año para desempeñarse en funciones propias de la policía de seguridad o prevención (art. 20 del C.P.). _____

_____ II. **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación deducido a fs. 841/846 y, en su mérito, **modificar** el punto II) de la parte dispositiva de la sentencia recurrida, en el sentido de **fijar** la indemnización a cargo del Estado Provincial en el monto de \$ 700.000, manteniéndose lo allí determinado en cuanto a los intereses y forma de pago. Con costas por su orden en todas las instancias.

_____ III. **MANDAR** que se registre, notifique y oportunamente bajen los autos.

(Fdo.: Dres. Guillermo A. Posadas -Presidente- Guillermo A. Catalano, Guillermo Félix Díaz, Abel Cornejo, Gustavo A. Ferraris, Susana G. Kauffman de Martinelli y Sergio Fabián Vittar - Jueces de Corte-. Ante mí: Dr. Gerardo J. H. Sosa –Secretario de Corte de Actuación-).