

A 72474 García resp del estado muerte de hijos

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 28 de noviembre de 2018, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Negri, de Lazzari, Kogan, Genoud, Pettigiani, se reúnen los señores Jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa A. 72.474, "García, Mabel Adriana contra Poder Ejecutivo s/ pretensión indemnizatoria. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley".

ANTECEDENTES

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata confirmó el pronunciamiento de primera instancia por el cual se rechazó la pretensión indemnizatoria deducida en autos (v. fs. 984/1.000).

Disconforme con ese pronunciamiento, la actora interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 1.006/1.013), que fue concedido por la Cámara actuante mediante decisorio obrante a fs. 1.016.

Dictada la providencia de autos (v. fs. 1.025), y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

I. La actora, señora Mabel Adriana García, inició formal demanda contenciosa administrativa contra el Estado de la Provincia de Buenos Aires (v. fs. 44/58 y 62/67).

Afirmó que su reclamo indemnizatorio tenía sustento en la responsabilidad que le cupo a éste, en los hechos que culminaron con el asesinato de sus dos hijos: Sebastián Francisco y Valentina Camila Bualo -de cuatro y dos años de edad, respectivamente-, quienes fueran víctimas del homicidio cometido, el 16 de octubre de 2000, por Ariel Rodolfo Bualo, padre de los niños.

Relató que antes de ese hecho había denunciado penalmente al padre de sus hijos "...dando aviso a la autoridad competente de la peligrosidad evidenciada en conductas delictivas que, lejos de agotarse en sí mismas, preanunciaban otras de mayor gravedad...". Que la denuncia fue "...mantenida y reiterada hasta la fecha misma del crimen...", y que pese a ello el Estado, a través de sus órganos, no brindó ningún tipo de garantía a las personas en riesgo "...exhibiendo una injustificada indiferencia respecto del potencial peligro que pretendía evitarse...".

Especificó que no se les dio el curso pertinente a las denuncias policiales por ella formuladas (y que las previas al 15 de junio de 2000 fueron tomadas como simples exposiciones).

Que desde que fuera reclamada la intervención estatal, por el término de cuatro meses y días, no obtuvo respuesta alguna a sus reiterados pedidos, que anunciaban la probabilidad cierta de un final trágico.

Indicó que Ariel Rodolfo Bualo fue encontrado penalmente responsable del delito de doble homicidio calificado y condenado a la pena de reclusión perpetua con la accesoria prevista en el art. 52 del Código Penal.

Destacó que en la sentencia penal los jueces arribaron "...a la íntima convicción de que los hechos hubiesen sido distintos de haberse tomado medidas adecuadas, o aunque fuera mínimas..." que "...una restricción de acercamiento o alguno que otro llamado de atención hubiesen disparado en él mecanismos de alerta y dejado de alimentar esa sensación de impunidad típica del individuo violento a quien nadie pone límites..." (fs. 64 vta.).

II. El juez de primera instancia, si bien efectuó algunos reparos en orden al planteo efectuado por la actora, luego -en consideración a lo delicado de la cuestión- analizó la actuación de los órganos del Estado (desde el día 15 de junio de 2000 hasta el día 16 de octubre de 2000, v. fs. 876).

Pese a advertir deficiencias en su desempeño, rechazó en forma íntegra la demanda deducida. Entendió que las mismas carecían de relevancia causal, que no se había demostrado un incumplimiento por parte del Estado que permitiera verificar una falta de servicio cuyo producto fuera la muerte de los menores.

III. La Cámara desestimó la apelación interpuesta a fs. 893/919 por la actora y, en consecuencia, confirmó la sentencia del inferior.

IV. Contra esa decisión esa parte dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

V. El recurso prospera.

Esta Corte tiene dicho que determinar la existencia de relación de causalidad entre el obrar y el daño constituye una cuestión de hecho irrevisable en casación salvo absurdo (causas C. 98.305, sent. de 25-VI-2008; C. 94.484, sent. de 17-XII-2008; C. 101.626, sent. de 11-II-2009; e.o.).

Ese vicio lógico es entendido como el error grave y ostensible que se comete en la conceptualización, juicio o raciocinio al analizar, interpretar o valorar las pruebas o los hechos susceptibles de llegar a serlo, con tergiversación de las reglas de la sana crítica y violación de las normas jurídicas sustantivas y procesales vigentes, del que resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico formal, falsa en la aprehensión fáctica e insostenible en la discriminación axiológica (causas Ac. 50.758, sent. de 9-XI-1993; Ac. 71.303, sent. de 12-IV-2000; Ac. 74.688, sent. de 30-X-2002; Ac. 84.918, sent. de 3-XII-2003; Ac. 84.580, sent. de 12-V-2004; e.o.).

Observo que la Cámara ha incurrido en dicho vicio (art. 279, CPCC).

V.1. El episodio denunciado con fecha 15 de junio de 2000 fue el primero sobre el cual se formalizó una denuncia, y determinó la tardía actuación de la Policía de la Provincia de Buenos Aires (tal como surge de la sentencia penal, precedentemente solo se habían tomado exposiciones civiles y éstas fueron puestas en conocimiento del Ministerio Público).

Ese hecho, que fue el que llevó a intervenir a dos órganos integrantes del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, la Unidad Fiscal n° 4 y el Tribunal de Menores n° 1, fue precedido por otro, denunciado el 4 de agosto de 2000.

En la primera de las denuncias se expuso una situación de violencia familiar, en el que fuera golpeada la accionante y sus dos hijos por parte de Ariel Rodolfo Bualo.

En esa oportunidad se dejó asentado que era costumbre del marido de la señora Mabel Adriana García ingresar a la vivienda de la denunciante, pegarle y romper cosas (v. fs. 1, causa n° 32.865).

Luego, en la segunda denuncia, la señora Mabel Adriana García expuso que su esposo (de quien estaba separada de hecho desde el mes de abril), se había presentado en su ausencia en su domicilio, sacando por la fuerza a la hermana de la denunciante y rompiendo una computadora en presencia de sus hijos.

Agregó que Ariel Rodolfo Bualo la amenazaba y que el día 1 de agosto de 2000 la tiró del auto en marcha al enterarse que había iniciado acciones legales.

Indicó también sucesos vinculados a conductas sexuales perversas del denunciado, que este último se hallaba bajo tratamiento psiquiátrico y que anteriormente la había agredido físicamente, tal como constaba en el IPP 57402 (v. fs. 502 y vta.).

V.2. Respecto de la actuación de la fiscalía advierto que si bien tomó conocimiento de los hechos acaecidos en la primera denuncia, no fue sino hasta después de la segunda de ellas -luego de dos meses- que dispuso la realización de medidas instructorias con relación a las situaciones vivenciadas (v. fs. 503).

Esas medidas fueron llevadas a cabo por el personal de la comisaría recién dentro de la segunda quincena del mes de septiembre de ese año (tres meses después de la primera denuncia formalmente recibida).

Luego de realizadas las mismas, la autoridad policial remitió las actuaciones a la fiscalía interviniente, en donde -en el mes de octubre del año 2000- se decidió remitirlas al Centro de Asistencia a la Víctima a fin que se convocara a las partes a una audiencia de conciliación (v. fs. 515).

Y con posterioridad, se resolvió archivar las actuaciones (v. fs. 517). Es dable destacar que -justamente- esa decisión, adoptada por la agente fiscal tras considerar que no encontraba debidamente acreditada la materialidad de los delitos denunciados, fue dictada el mismo día en que fueron encontrados sin vida los cuerpos de los niños.

V.3. En relación al accionar de la Policía de la Provincia de Buenos Aires observo que no tomó debidamente las declaraciones que fueran efectuadas por la señora Mabel Adriana García de manera precedente a la denuncia formulada el 15 de junio de 2000, impidiendo al titular de la acción pública conocer en las mismas.

Por otro lado, después de recibida la misma resultó morosa en ejecutar las medidas instructorias ordenadas por la Unidad Fiscal de Instrucción n° 4.

Y a eso se suma que, tal como indicara el juez de la instancia de grado a fs. 882 vta., resulta objetable que el personal policial mirara televisión mientras deponían las testigos en sede de la comisaría (v. fs. 237/238 vta. y 247/248).

V.4.a. Respecto de lo actuado ante el Tribunal de Menores n° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata, encuentro acreditado el trato irregular proporcionado a la denuncia efectuada por la señora Mabel Adriana García el 15 de junio de 2000, dado que ella hiciera alusión a las agresiones sufridas por sus dos hijos menores de edad y, sin embargo, la causa -en forma errónea- se abrió únicamente con relación al niño Sebastián Francisco Bualo (v. fs. 6, causa n° 32.865).

En esas actuaciones no se tomó contacto personal con las víctimas tal como disponía el -por entonces vigente- art. 22 del decreto 10.067/83.

Conforme expuso la Asesora de Incapaces, no se realizó la audiencia convocada a los fines del oír al referido menor de edad y sí se llevó a cabo otra con su progenitora, sin que de este último acto se anoticiara a la representante del Ministerio Público (v. fs. 339 y vta.).

Por otra parte, se observa que el acta de fecha 13 de octubre de 2000 fue suscripta por la secretaria, doctora Adriana M. Mateo. de Lagarde, pese a que dicha funcionaria no estuvo presente en el momento en que Ariel Rodolfo Bualo se presentara en la Mesa de Entradas del juzgado (conf. fuera por ella misma reconocido en expte. PG 044/01, v. fs. 392/394 de estas actuaciones).

En esa acta -labrada tan solo tres días antes de que fuera cometido el homicidio- se dejó constancia que Ariel Rodolfo Bualo se había constituido personalmente en la sede del tribunal y que, habiendo tomado conocimiento de los motivos por los cuales fuera iniciada la causa, éste reconoció -específicamente- la conducta por la que fuera denunciado.

Asimismo refirió ser enfermo psiquiátrico y que a veces solía interrumpir su tratamiento (v. fs. 16, actuaciones labradas por ante el tribunal de menores).

V.4.b. Corresponde poner de relieve, que sin perjuicio de la entidad de lo expuesto, el órgano jurisdiccional no hizo nada (ni siquiera puso en conocimiento del fiscal el reconocimiento efectuado, v. fs. 20 vta.).

Seguidamente, a fs. 17/19, solo se encuentra un recorte periodístico del 18 de octubre de 2000 referido al homicidio de los hijos de la aquí accionante.

V.4.c. Del informe ambiental elaborado el 31 de agosto de 2000 surgía que el niño Sebastián Francisco Bualo había manifestado inestabilidad ante los ataques de su padre y la súbita irrupción de éste en la casa (v. fs. 7 causa n° 32.865).

La familia vivía en un contexto violento, tal como evidencian las declaraciones obrantes a fs. 232/234, 235/236, y puntualmente, la de fs. 239 in fine en donde se expone que "...cuando citaron a los nenes para constatar las lesiones del mes de junio, si la psicóloga se hubiese tomado aunque sea una hora con los chicos se hubiera podido dar cuenta que estaban viviendo una situación de terror, de pánico, se hubiese dado cuenta que vivían una situación de violencia y hubiese podido preservar la salud de los chicos...".

V.5. En el caso resultan relevantes la totalidad de los reclamos que la actora realizó.

Específicamente en la sentencia penal, dictada el 6 de septiembre de 2001 en la causa caratulada "Bualo, Ariel Rodolfo s/ Homicidio calificado", se tuvo por corroborado que la señora Mabel Adriana García ciertamente efectuó varias denuncias, y que algunas de ellas -en las que se reiteraban pedidos de intervención de la autoridad para poner fin a las inconductas de su esposo y para proteger a su familia de sus agresiones- fueron incorrectamente documentadas como exposiciones civiles (v. fs. 11 y 18 in fine, presentes actuaciones).

Las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 232/234, 235/236, 237/239, 240/241, 242/244, 245/246, 247/248 también dan cuenta de ello. A fs. 242 vta./244 vta. se especificó que "...se hicieron denuncias pero que en la comisaría no dejaban

constancia, porque decían que eran problemas de familia [...] que las denuncias en las comisaría ya nos las tomaban..." y a fs. 252 vta. se agregó que la señora García "...en varias oportunidades puso en conocimiento de las autoridades estos episodios (de violencia), pero ella volvía desolada, porque no se tomaba ninguna intervención hacia Bualo...".

V.6. La debida evaluación de la situación podría haber razonablemente evitado lo sucedido.

El dictado de una medida de restricción de acercamiento, impedimento de contacto, cese de actos de perturbación, realización de evaluación y/o tratamiento psicoterapéutico o psiquiátrico, son algunas de las diligencias que pudieron adoptarse y que fueron soslayadas.

Esas medidas, ya sea en su faz preventiva, represiva, asistencial, etcétera, debieron adoptarse sin la necesidad de esperar un pedido concreto por parte de la -aquí-actora, los intereses comprometidos así lo imponían (tutela judicial continua y efectiva, art. 15, Const. prov.).

V.7. Las circunstancias fácticas previas al homicidio, que se hayan reflejadas en las copias del expediente que tramitó ante la Unidad Fiscal de Instrucción n° 4 (IPP n° 57.402), y en la causa del Tribunal de Menores n° 1 (expte. n° 32.865); así como también las restantes constancias producidas en estos actuados prueban que en el caso no se arbitraron los medios necesarios para procurar el cese de la violencia, ni siquiera evitar su acrecentamiento.

El accionar resultó deficiente.

Y esas deficiencias cobran gran entidad en el contexto general de violencia familiar en que se encontraban sumergidos tanto las víctimas como el victimario.

Los hechos oportunamente denunciados debieron ser debidamente investigados, evaluados: evidenciaban una situación de riesgo, una peligrosidad ostensible.

Si efectivamente se hubiera procurado salvaguardar la integridad psicofísica de las víctimas, el fatal desenlace -como ya he dicho- podría no haber sucedido.

En la sentencia penal que condenó a Ariel Rodolfo Bualo, el juez del tribunal en lo criminal que abrió la votación, y a quien adhirieran sus colegas, expuso "...obran en autos varias denuncias (v. fs. 40, 46, 51), tres exposiciones (fs. 67/69) y un expediente del área asistencial del Juzgado de Menores Nro 1, todos elementos que el Tribunal ha tenido a la vista en sus originales. Estos trámites, y así merecen ser llamados, dan cuenta en el caso, de la ausencia de una real asistencia a la víctima de violencia..." y agregó "...no dejo de sentir la amarga sensación de que de haber existido un límite concreto y legal el hecho tal vez pudo haberse evitado..." (fs. 18 y vta.).

Coincido con ello.

V.8. Con todo lo expuesto resulta evidente que ante la búsqueda de seguridad y justicia efectuada por la señora Mabel Adriana García, los órganos del Estado incurrieron en una falta de servicio, en una actuación deficiente.

Hubo dilación en la toma de medidas, indiferencia ante los distintos indicadores que oportunamente fueran puestos en conocimiento.

El escenario de violencia creciente imponía la necesidad de tratamiento urgente y, la omisión en el accionar estatal resultó apta para ocasionar el daño.

Entiendo que existe responsabilidad jurídica del Estado por esa omisión.

V.9. En conclusión, existe un grado razonable de certeza en cuanto a la posibilidad que tuvo el Estado de evitar la muerte de los hijos de la actora, quienes vivían en un difícil entorno, ya que su madre fue crónica y gravemente maltratada por su esposo, tal como tuvo por acreditado el tribunal criminal (v. fs. 12 vta. y 13 vta.).

En el caso no se garantizó la seguridad ni se otorgó asistencia integral al grupo familiar que padecía violencia, quienes requerían protección urgente y la adopción de medidas preventivas (conf. arts. 75 inc. 22, Const. nac.; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 1.074 y 1.112, Cód. Civ. -por entonces vigente y aplicable al caso-).

Esas deficiencias en el desempeño de los órganos estatales, contribuyeron en la producción y consecuencias del evento dañoso, tienen relevancia causal pues posibilitaron la consumación de los hechos que tuvieron como desenlace fatal el filicidio perpetrado.

En consecuencia, corresponde determinar la procedencia de la demanda contra el Estado (conf. arts. 1.074 y 1.112, Cód. Civ., conf. ley 340).

VI. Por todo lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido, debiendo volver los autos a la instancia de grado a fin de determinar la cuantificación del reclamo indemnizatorio incoado.

Voto por la afirmativa.

Las costas de esta instancia extraordinaria se imponen a la vencida (arts. 60. inc. 1, ley 12.008, texto según ley 13.101; 68 primer párr. y 289, CPCC).

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

I. Comparto el voto del doctor Negri y sus apreciaciones en torno a que los órganos del Estado incurrieron en una falta de servicio a través de una actuación deficiente.

A ello agrego que para liberar de responsabilidad en su actuación, la sentencia en crisis se basa en ideas estereotipadas acerca de lo que es la violencia doméstica, que no permitieron reconocer la distinción del contexto de violencia para determinar las medidas que correspondía adoptar, y como derivación de esa mirada limitada de los hechos, no toma en cuenta el derecho aplicable que obligaba al Estado a dar otra respuesta. Me refiero a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 1, 2, 5, 15.1 y 16); la Convención de Belém do Pará (arts. 1, 2, 3, 6, 7, 8 inc. "b") y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 19.1); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), junto al art. 83 del Código Procesal Penal (en especial incs. 1 y 6); todas ellas normas vigentes en el momento en que ocurrieron los hechos (arts. 75 incs. 22 y 23, Const. nac.; 15 y 36 incs. 1, 2 y 4, Const. prov.).

Precisamente en la Recomendación General n° 19 de la CEDAW (1992), el Comité CEDAW amplió la prohibición general de discriminación por motivo de sexo, de manera de incluir como una de sus expresiones a la violencia dirigida contra la mujer

por ser mujer o que la afectan en forma desproporcionada, para garantizar que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.

En el referido documento, se precisa que "...la violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como lo define el artículo 1 de la Convención. Esta discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre. Así, por ejemplo, en virtud del inciso e) del artículo 2 de la Convención, los Estados partes se comprometen a tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualquier persona, organizaciones o empresas. Sobre esta base el comité considera que los Estados también pueden ser responsables de actos de personas privadas si no actúan con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas" (párrs. 6 y 7).

II. Se constatan prejuicios por parte de las autoridades encargadas de otorgar protección al manifestarse la incapacidad de apreciar la gravedad del riesgo de la situación a la que se enfrentaban la mujer y sus hijos menores de edad.

En este sentido, se privilegió el estereotipo de que una familia, tras la separación de los progenitores con dos hijos, uno de cuatro años y el otro de dos, aunque exhibiéndose relaciones asimétricas de poder de la pareja, a partir de un esposo y padre violento, debía ser capaz de arreglar los asuntos privados, aunque con el aval de considerar adecuado el acompañamiento de medidas tendientes a alcanzar la paz familiar a través del cumplimiento de las responsabilidades que los ligaba en su relación parental (v. fs. 50 -psicoterapia de pareja- y 515 -derivación al centro de atención a la víctima para convocar a las partes a una audiencia de conciliación-).

Al mismo tiempo, se menciona como justificativo para no dar entidad a la situación de peligro, la menor relevancia penal de los hechos motivos de investigación, el tenor de las denuncias de la mamá y la falta de oposición al régimen de visitas del padre, todos ellos demostrativos de que no se avizoraba el desenlace fatal de la muerte de sus hijos (v. fs. 987 y 988).

Ahora bien, es dable señalar que estas razones se fundamentaron en ambas sentencias a través de estereotipos de género, prejuicios y barreras institucionales de acceso a la justicia, que no permitieron orientar el verdadero alcance de los hechos motivo de investigación, y de este modo imposibilitaron considerar la necesidad de acudir a otras medidas de protección para evitar el riesgo, en esa definición que es indispensable evaluar para conocer cómo obró el Estado frente a un deber de seguridad que se potencia al tornar previsible el daño (v. Canda, Fabián; "Jurisprudencia reciente de la CSJN de la responsabilidad del Estado por omisión", INFOJUS, pág. 151).

Veamos.

En primer lugar, las autoridades limitaron la investigación a la comprobación de la violencia física. En ningún momento del recorrido argumentativo se observa la incidencia de elementos que hubieran permitido detenerse en la presencia de otras formas de violencia, como la psicológica, sexual, patrimonial o simbólica que hubieran advertido de la existencia de otros indicios que escapan el maltrato físico -ver fs. 986 y su señalamiento iii y fs. 995 u 005 vta. y 997 vta.-, lo que se tornaba verosímil dada la

magnitud de los daños o sufrimientos, y como consecuencia de ello la posibilidad cierta de su continuidad.

De ahí que haya sido pasado por alto el contenido de los hechos denunciados y la reiteración de las denuncias, que con exhaustividad referenció el doctor Negri y a las que remito (las roturas de las computadoras y el celular, la entrada intempestiva al domicilio, la violencia doméstica presenciada por los niños, sacar a la fuerza a la hermana de la denunciante, el episodio del auto, e.o.). Este esquema de violencia doméstica en la que la actora denunciara que durante la convivencia padeció violencia psicológica y que en los meses posteriores a la separación se acrecentó con otras formas de violencia que involucraba a sus hijos, debieron ser tenidas en cuenta en función de una mayor situación de vulnerabilidad. Vale decir, las roturas de computadoras y del celular de la progenitora, así como la irrupción en la casa en forma intempestiva, por ejemplo, no fueron interpretadas con el alcance de hechos con posibilidad de ser tipificados como violencia patrimonial y psicológica o violencia mental hacia los niños (v. que había una serie de indicios de la autoría, por ejemplo, la exposición del agente policial de fs. 513, los testimonios que dan cuenta del contexto de violencia, fs. 395/397; art. 7 inc. "d", Convención de Belém do Pará).

También surge de distintos testimonios que la policía estaba imposibilitada de actuar porque entendía que de esa forma se tomaba partido en una disputa privada, posicionándose además en esa limitación de los hechos denunciados recién explicitada: "...no podían mandar ningún patrullero, hasta que no pasara más que eso" (fs. 238); "...la policía ya estaba cansada y cuando llamábamos por teléfono porque él entraba y rompía cosas, nos decían que fuéramos a la fiscalía porque no podían hacer nada, él era el dueño de la casa y podía entrar y romper" (fs. 243 y vta.). Ni siquiera se avanza en la posibilidad de investigar aquellos daños como delito patrimonial, pese que la policía fue al domicilio y constató esas roturas. De ello se infiere, que se desconocen esos otros indicios de violencia (cfr. arts. 1, 3 y 7 inc. "d", Convención de Belém do Pará).

Incluso se minimizaron las repercusiones de esos hechos vivenciados en los niños en función del derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (v. fs. 241 vta.), bajo el manto de no haberse probado las lesiones físicas, cuando el ámbito de protección también está sustentado en las formas no físicas y/o no intencionales de daño.

Cabe poner de relieve que en la Observación General n° 13 del Comité sobre los Derechos del Niño (2011) -Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia-, se menciona comprendida en la expresión "perjuicio o abuso [...] mental" del art. 19 párrafo 1 de la Convención, al maltrato psicológico, abuso mental, agresión verbal y maltrato o descuido emocional, y puede consistir en exponerlo a la violencia doméstica (punto 21, violencia mental).

Prueba de esta invisibilidad es que no se respetó el derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta (art. 12, Convención sobre los Derechos del Niño), pues como señalara el doctor Negri la causa iniciada en el juzgado de menores solo tuvo presente a Sebastián, pese a que en la denuncia de Mabel del día 15 de junio de 2000 se hiciera alusión a las agresiones sufridas por sus dos hijos menores de edad (v. fs. 6, causa n° 32.865).

Precisamente, a fs. 141 y vta., surge del informe ambiental que la mamá señalara: "...ante los hechos de violencia familiar, el menor lesionado como su hermano viven con miedo".

Y respecto de Sebastián Francisco Bualo en el referido informe se menciona que "...el niño manifiesta su inestabilidad ante la situación no controlable de los ataques de su padre, y la súbita irrupción en la casa a pesar de los cambios de cerradura y de puertas y las medidas de seguridad tomadas". Bajo este anoticiamiento, la actuación del tribunal pudo haber tomado acciones oficiosas motivadas en la apertura de una medida de tutela (v. fs. 232/234, 235/236 y puntualmente fs. 239, punto referenciado por el doctor Negri en su voto; v. también dentro de las obligaciones especiales de los Estados la de actuar con la debida diligencia mencionada en la Observación General n° 13 del Comité de los Derechos del Niño punto 5).

En segundo lugar, estas referencias también son constatables como estereotipos que llevan a cuestionar la credibilidad del testimonio de las mujeres víctimas de violencia doméstica (arts. 5 y 2, CEDAW) y la invisibilidad de los dichos de los propios niños (art. 12, Convención sobre los Derechos del Niño).

Por ejemplo, en la actuación de la policía, el testimonio de Silvia Cristina García: "...hubo por lo menos 3 invasiones al lugar para romper todo, un choque de auto con todos en el auto, los chicos, mi hermana y mi padre. El segundo choque fue con los nenes solos. Se hizo denuncia, pero no se dejó constancia porque en la comisaría decían que eran problemas de familia, sobre todo por el aspecto físico de mi hermana que se veía prolija y lo tomaban como un intento de sacarse de encima un ex marido" (fs. 242 vta.).

Otro costado que conlleva una valoración estereotipada de la prueba es que no se tuvo en cuenta el desequilibrio inicial entre las partes que permitiera evaluar la eventual dificultad de probar las violencias denunciadas por situarse, casi siempre, en hechos realizados sin la presencia de testigos, en la que la declaración de la víctima mujer, y en nuestro caso también los niños, es una prueba fundamental. En razón de ello, las decisiones pusieron especial interés en descalificar la valoración de esos testimonios, basándose en la referida circunstancia de no acompañar testigos presenciales de las agresiones físicas (v. fs. 998, punto iii).

Vale decir, esta combinación sobre la falta de credibilidad a sus dichos, restringir el alcance de los indicios de violencia que afectaban a Mabel y sus hijos, y direccionar la prueba de la violencia física a un modo casi tasado -testimonios presenciales de la violencia-, fueron argumentos usados para que las personas a cargo de la investigación penal y la minoril incurrieran en una imposibilidad de calibrar la dimensión de la gravedad que presentaba el caso y que la sentencia revisora del Tribunal de Alzada perpetuó (art. 14, Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles; Comité de Derechos Humanos Observación General n° 32, art. 14, El derecho a un juicio imparcial y la igualdad ante los tribunales y Cortes de Justicia del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, punto 21).

Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que "Ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades lleven adelante la investigación con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones

estatales para su protección" (CIDH caso Espinoza González vs. Perú sent. de 20-XI-2014).

III. Otro de los estereotipos presentes en la fundamentación de la sentencia se revela en el reproche hacia la madre en el cumplimiento del rol de cuidado partiendo del estereotipo de la víctima ideal.

Allí se señala: "...la repentina y perversa acción de Bualo fue incluso capaz de engañar al instinto maternal de la Sra. Mabel Adriana García, quien -evidentemente- tampoco pudo detectar en los eventos anteriores una latente conducta filicida de aquél" (fs. 999; el destacado me pertenece).

Sin embargo, se observa, a través de otras pruebas, el real contexto policial y judicial en el que la señora García estaba inmersa para poder ejercer la oposición que se le reclama: a fs. 233 vta., en el testimonio de la señora Martha Vivas se menciona que "...en el tribunal y la policía le dicen, en distintos momentos, que a él no le pueden prohibir que tenga contacto con sus hijos, e incluso le dice la policía que le podrían cobrar una multa y meterla presa. Adriana consigue que esté siempre presente un familiar, cada vez que llevaba los chicos, por miedo a que pase algo, ya que era una persona que estaba medicada. Cuando manejaba hacía además como si fuera a tirarla del auto y ella llegaba llorando al colegio". A fs. 246, en otro testimonio, se señala la precaución de Adriana de que Bualo siempre viera los hijos sólo en caso de que alguien los acompañara.

Frente a esta realidad, la carga que se le impone en cuanto debió oponerse a las visitas, cuando la ponderación de los factores individuales que influenciaron en su personalidad y la capacidad individual para responder a la violencia la posicionaban desde lo institucional en su falta de derecho, permite una consideración distinta de cómo debió actuar la víctima. Además de exhibir una contradicción con el sentido de la motivación sentencial donde siempre se direccionó a que las medidas adecuadas frente a los hechos denunciados era que estos conflictos tenían que resolverse con la premisa de efectivizarse el derecho de visitas basado en el criterio de igualdad formal (CEDAW, Comunicación 47/2012, CEDAW/C/58/D/47/2012; v. también la sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Contencioso Administrativa, Sección Cuarta, Sentencia 1.263/2018 del 17 de julio).

Otro reproche se observa en el informe de la agente fiscal cuando considera que con los elementos probatorios pudieron dar lugar a acciones civiles tendientes a la protección de los niños o tutelares en la sede minoril, pero que éstas no fueron promovidas por la progenitora denunciante en ningún momento (v. cuerpo tercero, resol. de 30-V-2001).

De todo este desarrollo en torno a la actuación de la señora García, interpreto que el estereotipo de "buena madre" tuvo el efecto perjudicial de imponerle una carga adicional basada en su género. En el informe periódico de la Argentina - CEDAW/C/ARG/CO/7-, el Comité expresó su preocupación por la persistencia de estereotipos discriminatorios con respecto a las funciones y responsabilidades de la mujer y el hombre en la familia y en la sociedad (v. también Rebecca Cook y Simone Cusack; Estereotipo de Género, Perspectivas Legales Transnacionales, University Of Pennsylvania, Press, 2009).

En este sentido, se ha dicho que el caso deberá ser evaluado desde la óptica de la víctima, es decir, apreciando cómo ésta experimentó la discriminación en los hechos como vulneración a la globalidad de su identidad (Suprema Corte de Justicia de

México, "El principio de igualdad de género en la Jurisprudencia comparada: muestra analítica de criterios internacionales y nacionales", México, 2014, pág. 65).

En definitiva, esta estereotipación judicial llevo a eximir de responsabilidad a los accionados en función de trasladar a la señora García la carga de protegerse por sí sola cuando ella misma era víctima junto con sus hijos (v. Cusack, Simone; Eliminating judicial stereotyping, Office of the Commissioner for Human Rights, 2014; v. también voto del doctor Genoud en la causa C. 99.204, sent. de 20-VI-2006; art. 83 inc. 6, CPP).

IV. Luego de este recorrido y como conclusión, estimo que con el conocimiento sobre los derechos de la mujer y de los niños, y frente a la previsibilidad del riesgo basado en género que surgía de una serie de indicios sobre prácticas de agresión del señor Bualo, que eran graves precisos y concordantes, en donde el referido riesgo no era meramente hipotético o eventual, o remoto, sino que tenía la posibilidad cierta de materializarse de inmediato, siendo que además el Estado estaba anoticiado de todo ello, la solución propiciada de falta de servicio de seguridad está inscripta en el incumplimiento de un deber de protección reforzado que la debida diligencia imponía para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la señora García y sus hijos (arts. 7 inc. "b", Convención de Belém do Pará; 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 1.074 y 1.112, Cód. Civ.; 384, CPCC; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, "A.R.H. y Otra c/E.N. Seguridad -P.F.A. y Otros s/daños y perjuicios", expte. n° 50.029/2011, sent. del mes de julio de 2017, voto de la doctora **María Claudia Caputi**).

En este sentido, señala Víctor Abramovich, que "...el esquema de obligaciones de la Convención de Belém do Pará y en especial el deber de debida diligencia, sólo puede entenderse a partir de la relación que se establece en ese instrumento entre violencia y desigualdad. Las relaciones desiguales de poder son claves para entender la dinámica de la violencia de género y de allí la imposición al Estado de un deber de prevención y protección diferenciado o reforzado" ("Responsabilidad estatal por violencia de género: comentario sobre el caso 'Campo Algodonero', en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", www.anuariocdh.uchile.cl).

En concordancia, ha dicho la Corte Interamericana que: "...los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niños pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en caso de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará" (caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, 2009, párr. 258).

De ahí que el genérico deber de seguridad en la especie se potencie, en razón del contexto de violencia doméstica a manos de la pareja de la señora García y a la que sus hijos también estaban expuestos, basados en bienes jurídicos afectados por la omisión -la vida, la integridad física o psicológica o la salud-, resultando previsible el daño, es que hubiera sido necesaria la procedencia de medidas apropiadas de protección para prevenir y combatir toda forma de violencia (v. Observación General n° 13, Comité sobre los Derechos del Niño, puntos 37 y 39).

Sobre este aspecto es elocuente el pasaje de la sentencia penal que condenara al señor Ariel Rodolfo Bualo referenciada en el voto que abre el acuerdo (v. punto I último

párr. y su cita de fs. 64 vta.) que hace mención a la importancia de haber tomado medidas cautelares para poner límites al agresor.

Evidentemente, las circunstancias del caso, tal como han sido reseñadas, requerían de un abordaje que ampliara el contexto y tuviera en cuenta los condicionamientos de género y las obligaciones especiales de protección a los niños (Observación General n° 13, Comité sobre los Derechos del Niño punto 5) para evaluar la gravedad del riesgo a la luz del referido principio de debida diligencia, en pos de garantizar a la mujer el derecho a vivir libre de violencia y a los niños el derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia y que también estos últimos estuvieran alcanzados por el principio del interés superior (v. puntos 9 de la Comunicación n° 47/2012, CEDAW; 32 de la Observación General n°13, Comité de los Derechos del Niño; art. 2 "d", CEDAW).

En definitiva, la actuación estatal fue deficiente en función de la obligación específica de actuar que las circunstancias imponían.

Voto por la afirmativa.

Las costas de esta instancia extraordinaria se imponen a la vencida (arts. 60. inc. 1, ley 12.008, texto según ley 13.101; 68 primer párr. y 289, CPCC).

La señora Jueza doctora Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázari, votó también por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. En autos, la Cámara interviniente rechazó el recurso de apelación, y a su vez la demanda instaurada, merced a que consideró que no se habían demostrado los presupuestos de la acción dirigida a responsabilizar patrimonialmente al Estado por la omisión de sus órganos en prevenir o evitar el fatídico resultado.

Estableció la inexistencia de una relación causal entre el hecho omisivo y el daño objeto de reclamo.

Señaló que más allá de los reproches que pudieran formularse respecto del obrar de los funcionarios provinciales, no era menos cierto que los hechos delictivos sobre los que versan la acción, objetivamente considerados, en modo alguno permitían entrever un creciente espiral de violencia en el homicida que condujera en los días inmediatos siguientes a un desenlace trágico como el finalmente acaecido.

II. La actora en su recurso de inaplicabilidad de ley, denuncia la existencia de absurdo en la apreciación de la prueba.

Aduce el desvío lógico en cuanto la sentencia aceptó en parte la decisión recaída en sede penal, soslayando los capítulos en los que se referenció la falta de diligencia policial, al igual que los testimonios que indicaban la creciente violencia de parte del finalmente condenado.

III. En tal contexto, sin dejar de apreciar la drástica situación bajo juzgamiento, entiendo que las motivaciones del pronunciamiento en crisis no han sido objeto de una crítica eficaz que logren desvirtuarlas, en tanto traducen una discrepancia subjetiva en orden a la valoración del material probatorio, método que no resulta apto para revertir la solución en crisis.

A mérito de tal situación, y dado que el recurso no se basta a sí mismo para lograr su cometido impugnatorio, corresponde disponer su rechazo (art. 279, CPCC).

Voto por la negativa.

El señor Juez doctor **Pettigiani**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor **Negri**, votó también por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, por mayoría, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido, se dejan sin efecto las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales de grado y **se declara que la demanda contra el Estado resulta procedente** (art. 289 inc. 2, CPCC). Los autos serán devueltos a efectos de que se determine la cuantificación del daño resarcible.

Las costas de esta instancia extraordinaria se imponen a la vencida (arts. 60. inc. 1, ley 12.008, texto según ley 13.101; 68 primer párr. y 289, CPCC).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.