

///MA, 6 de noviembre de 2017.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Enrique J. Mansilla, Sergio M. Barotto, Adriana Cecilia Zaratiegui, Liliana Laura Piccinini y Ricardo A. Apcarian, con la presencia de la señora Secretaria doctora Rosana Calvetti, para el tratamiento de los autos caratulados “VIVANCO, Alejandra M. e INSULZA, Daiana Mailen c/PROV. DE RIO NEGRO y Otro s/DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO) s/CASACION” (Expte. N° 29323/17-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, a fin de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 493/503 y vta., deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaría. Se transcriben a continuación los votos emitidos, respecto de las siguientes:

CUESTIONES

1ra.-¿Es fundado el recurso?

2da.-¿Qué pronunciamiento corresponde?

VOTACION

A la primera cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

I) Antecedentes de la causa.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, mediante la Sentencia N° 13 de fecha 13 de febrero de 2015 obrante a fs. 487/489 y vta. resolvió: “1) Rechazar la apelación deducida por la parte actora, con costas”.

Esto es, en lo que aquí importa, confirmó la sentencia de Primera Instancia que a fs. 437/451 rechazara la demanda promovida por Alejandra Mabel Vivanco y Daiana Mailen Insulza en contra de la Provincia de Río Negro.

II) Agravios del recurso.

Contra lo así decidido, la parte actora interpone a fs. 493/503 y vta. recurso extraordinario de casación.

A fin de sustentar su aspiración de acceder a esta instancia de legalidad, la recurrente argumenta que la sentencia en crisis ha incurrido: a) En la violación de la ley y de la doctrina legal (art. 286 del CPCyC). En el caso, sostiene que se desconocen los arts. 902, 512, 520, 1074, 904, 43, 1112 y 1113 primera parte del Código Civil y de la doctrina legal que emana del precedente “Zacarías” de la CSJN, etc.

Expresa que además de haber incurrido la Provincia de Río Negro en incumplimiento o ejecución irregular del servicio penitenciario a su cargo, no se consideraron las

características especiales que reviste el sistema carcelario, en cuanto a guarda, vigilancia y cuidado.

Manifiesta que la culpa de la demandada frente al incumplimiento señalado radica en la omisión de aquellas diligencias que exige la naturaleza de la obligación y, en ese marco, esa circunstancia actúa como factor de atribución de responsabilidad. En ese sentido considera que para determinarse la causalidad jurídica basta ver que la omisión del personal del servicio penitenciario creó el riesgo que derivó en el hecho dañoso, debiendo imputársele objetivamente a la demandada la responsabilidad atribuida por mediar causa adecuada.

Sostiene que, por haber incurrido en ejercicio irregular del deber de vigilancia a su cargo, era probable representarse alguna consecuencia dañosa de la fuga, con prescindencia de la magnitud del hecho ocurrido, bastando la debida atención y el conocimiento de las cosas para así preverlo.

Concluye finalmente que la responsabilidad del Estado de brindar la debida guarda y cuidado de las personas detenidas o privadas de libertad es de carácter objetivo, con lo cual si el fugado ha causado los daños del caso, el Estado es responsable y queda comprometido civilmente, etc.

Corrido traslado del recurso interpuesto (fs. 516) no fue contestado por las demandadas a pesar de encontrarse debidamente anoticiadas (fs. 517 y vta. y fs. 519).

III) Análisis y solución del caso.

Ingresando ahora al examen de la temática traída a debate se advierte que nos encontramos ante un conflicto de similares características al resuelto recientemente por este Superior Tribunal de Justicia en los autos “JARA ZUÑIGA, Juan y OCARES ARAVENA, Norma Inés c/PROVINCIA DE RIO NEGRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO) s/CASACION”, Se. N° 57 de fecha 14 de julio de 2017.

Como en aquella oportunidad y más allá de la denominación de los agravios esgrimidos, la actora cuestiona que la Cámara haya considerado que no hay relación de causalidad adecuada entre la fuga del Sr. Juan Carlos Retamal y el posterior homicidio del Sr. Francisco Insulza por el que aquí se acciona para establecer la responsabilidad civil de la Provincia de Río Negro por falta de servicio.

En autos no se discute que el Sr. Francisco Insulza, esposo y padre de las actoras, falleció como consecuencia de las heridas proferidas (dos disparos con un arma de fuego) por el Sr. Juan Carlos Retamal el día 29 de febrero de 2004, quien debiendo estar alojado en la Alcaldía de la ciudad de General Roca, se había fugado el día anterior con

otros dos internos. Ello surge de la sentencia de condena dictada por la Cámara en lo Criminal Segunda de Neuquén, al hallarlo culpable de homicidio simple en relación a Insulza, sentencia ésta que conforme fuera valorado en la instancia de origen y no fuera cuestionado, se encuentra firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, por lo que de acuerdo al art. 1102 del entonces vigente Código Civil, no se puede discutir en este juicio civil la existencia del hecho principal que constituyó el delito ni impugnar la culpa del condenado.

De igual modo, como sucediera en el precedente citado, la sentencia de Primera Instancia confirmada por la Alzada reconoció también, como fuera de toda discusión, la fuga del Sr. Retamal de la Alcaldía de General Roca, la que quedó debidamente acreditada con las constancias de la causa penal caratulada “CAMPOS LUCUMAN Cristian Rafael, CASTILLO Lucas y RETAMAL Juan Carlos s/EVASION” (Expte. 3017/04-JC16).

En dicho contexto la sentencia de Primera Instancia, confirmada luego por la Cámara de Apelaciones, si bien considera que la fuga de Retamal exterioriza claramente una irregular prestación del servicio de custodia de los internos alojados en la unidad de detención por parte del Servicio Penitenciario Provincial, entiende que no se verifica la relación de causalidad adecuada con el posterior homicidio del Sr. Insulza por el que aquí se demanda.

No comparto de modo alguno las consideraciones ni las conclusiones del Tribunal “a quo”, en cuanto ratificara la sentencia de Primera Instancia que desestimó la demanda contra la Provincia de Río Negro.

En una primera aproximación al caso traído a examen cabe reiterar lo dicho en el precedente “JARA” antes citado, en cuanto se señalara que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto que quien contrae la obligación de prestar un servicio público lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o su ejecución irregular (CSJN, "Vicente c. Provincia de Buenos Aires" del 30/9/2003, LA LEY, 2004-B, 336; idem Fallos: 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329: 3065).

Esta idea objetiva de la falta de servicio -por acción o por omisión- encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público (causa “Securfin S.A. c/Santa Fe, Provincia de s/daños y perjuicios”, Fallos: 330:3447) que no

requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil (Fallos: 306:2030). En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 312:1656; 317:1921; 318:192, 1862; 321:1124; causa "Serradilla, Raúl Alberto c/ Mendoza, Provincia de s/daños y perjuicios", Fallos: 330:2748).

De acuerdo con lo expresado, para establecer la existencia de una falta de servicio por omisión se debe efectuar una valoración en concreto, con arreglo al principio de razonabilidad, del comportamiento desplegado por la autoridad administrativa en el caso, teniendo en consideración los medios disponibles, el grado de previsibilidad del suceso dañoso, la naturaleza de la actividad incumplida y las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

En el caso surge de los antecedentes colectados en la causa y conforme fuera ponderado en las instancias de grado, sin duda alguna, que los dependientes del Estado Rionegrino incurrieron en incumplimiento o ejecución irregular del servicio penitenciario a su cargo. Ello no sólo por las características propias del régimen carcelario, sino además porque cuando mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la obligación (en la especie, de la demandada) que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902 del Código Civil). Su incumplimiento radica en la omisión de aquellas diligencias que exige la naturaleza de la obligación y que corresponden a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512, cód. cit.) y en ese marco el incumplimiento y/o cumplimiento irregular actúa como factor de atribución de responsabilidad.

Como bien lo señala Trigo Represas, la "causa" no es sino el conjunto de abundantes factores y condiciones -por sí sólo más o menos irrelevantes para la producción del evento- que, unidos y sólo en virtud de tal unión, es decir todos ellos tomados colectivamente en conjunto, provocan un determinado resultado (cf. Trigo Represas y Compagnucci de Caso "Código Civil Comentado", Ed. Rubinzal Culzoni, Tomo I, p. 143).

En un análisis "ex post facto" de lo acontecido y en procura de determinar la causalidad jurídica que determina finalmente la responsabilidad, basta verificar que la acción u omisión del servicio penitenciario resultó apto para crear el riesgo que derivó en el

evento dañoso, cabiendo imputársele objetivamente a la accionada la responsabilidad atribuida, ello por mediar una causa adecuada, a tenor de lo normado por el art. 520 del código sustantivo. Es que para ésta y por directa derivación de haber incurrido en un incumplimiento y/o ejercicio irregular del deber de custodia y vigilancia a su cargo, era probable representarse alguna consecuencia dañosa de la fuga -con prescindencia, claro, de la magnitud del hecho a la postre acaecido- bastando la debida atención y el conocimiento de la cosa para así preverlo (art. 904 del Código Civil) y evitar el perjuicio.

Así, se ha resuelto que la responsabilidad por omisión existe cuando quien se abstiene de actuar como se debe infringe una obligación jurídica de obrar, "entendiéndose por tal no sólo la que la ley consagra de modo específico, sino la que surge inequívocamente del conjunto del ordenamiento jurídico y que está impuesta por la razón, el sentido común y por el estado de las costumbres" (CNCiv. y Com., Sala III, causa "Pereyra, Carlos Horacio c. Estado Nacional - Ministerio del Interior", LA LEY, 2009-B, 484).

De igual modo se acudió a dicho encuadre legal (falta de servicio) para condenar al Servicio Penitenciario Federal por las lesiones (pérdida de un ojo y heridas en un dedo de la mano) que sufrió una persona detenida como medida de seguridad, ante el ataque de otro interno con el mango de una escoba, invocándose la doctrina de la causa "Vadell". Se reiteró la tesis de la responsabilidad directa y objetiva del poder público, aunque no haya mediado culpa del dependiente -el guardia cárcel encargado de la vigilancia-, cuyo régimen se juzgó inadecuado toda vez que se dejó salir de la celda de aislamiento a un interno peligroso, ante la existencia cercana de objetos potencialmente peligrosos (la escoba con la que agredió) y sin adoptar otras precauciones. (CNFed Civ. y Com., Sala III. "Pardini, Juan c/Servicio Penitenciario Federal y otros", L.L., 1989-3-369). Se sostuvo, al comentar el fallo, que la justicia de la decisión que recepta esta tesis estriba en la dificultad que se presenta para el administrado, a veces, en tener que individualizar al autor del perjuicio y de acreditar su culpabilidad. (Macarel, "La responsabilidad del Estado por falta de servicio" LL 1989-B-369).

Otro antecedente inscripto en esta tendencia lo constituye el homicidio de un procesado cometido en una cárcel mendocina por un interno condenado, en el que la Suprema Corte local, por mayoría, responsabilizó a la provincia por no asegurar la vida y la integridad física de sus internos, receptando la tesis de la responsabilidad extracontractual objetiva y directa del Estado, que en el caso del derecho público se funda en el art. 1112 del Código Civil, en razón de que los agentes constituyen órganos

de esa persona pública. Allí también se ponderó la responsabilidad constitucional del Estado derivada del art. 18 de la Constitución Nacional y de los pertinentes preceptos de la Carta Magna local -como lo destacó Bidart Campos al elogiar el decisorio-, y la realidad actual del régimen penitenciario cuyas normas, incumplidas en el caso, imponen como obligación primaria y esencial la conservación de la vida y la salud de los internos y su readaptación social. Se añadió que carecía de "decisividad la falta de determinación del autor o la relación de causalidad, siendo suficiente definir y precisar la falta de servicio y el daño". Bidart Campos al comentar el decisorio enfatizó el deber constitucional del Estado de "cuidar, mantener y tutelar la vida en las cárceles" (SC Mendoza, Sala II, 9-XII-1993, "F. y actor civil c/M.V. por homicidio simple /casación", ED, 157-395, con nota de Germán J. Bidart Campos, "La vida en las cárceles y la responsabilidad del Estado").

También la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, ante una demanda contra el Estado santafecino por los daños ocasionados por un homicidio múltiple de una mujer embarazada y de cuatro de sus hijos menores y violación de otra hija de catorce años de edad cometidos por un convicto fugado del servicio penitenciario de la Provincia, confirmó la responsabilidad del Estado por falta de servicio en los términos del art. 1112 del Código Civil. En ese sentido, consideró que media una adecuada relación de causalidad entre el daño causado y la irregular prestación del servicio penitenciario que diera lugar a la fuga del detenido. (CSJ de la Provincia de Santa Fe, "V., C.G. y sus acumulados c/ Provincia de Santa Fe" del 20.12.2006, LL Litoral 2008, agosto, 717, con nota de apoyo de Lisandro L. Mársico y Emilio Moro, "La responsabilidad del Estado por omisión en el servicio penitenciario").

A su vez, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires siguiendo dicha orientación jurisprudencial declaró responsable a un municipio por la omisión del deber de vigilancia de un enfermo psiquiátrico, internado en un hospital de su dependencia, que revestía peligro para sí y para terceros por su estado psicológico, escapó y produjo la muerte de una persona. El Tribunal consideró que la falta de vigilancia configuró una falta de servicio y la causa adecuada del daño. Además, entendió que la circunstancia de no contar el establecimiento sanitario -por su calidad de hospital general de agudos- con las medidas específicas para asegurar la contención de un paciente que portaba una patología psiquiátrica, no mitigaba su responsabilidad. Pues, en tal caso, la institución -luego de atendida la crisis y ante la peligrosidad del cuadro- debió eventualmente activar la inmediata derivación del enfermo a un establecimiento más idóneo o incluso

solicitar contención policial, si no se consideraba con capacidad para dar una respuesta médica adecuada. (SCBA., “Alba, Antonia E. y otro c. Municipalidad de Trenque Lauquen”, LLBA, 2005-44 - RCyS, 2005-1043.).

En cambio, en un caso en el que se había demandado el pago de una indemnización con fundamento en la omisión o deficiente prestación de las función estatal de policía de seguridad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, después de destacar que el deber de seguridad cuyo incumplimiento se reprochaba no estaba definido de modo expreso y determinado, fue enfático al expresar que ese deber "no se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros". Ello es así puesto que "sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger", agregando que no puede afirmarse "que exista 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". (CSJN, causa "Mosca, Hugo Arnaldo c. Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 330:653).

En síntesis, en coincidencia con los precedentes expuestos, se debe verificar si la actividad que se omitió desarrollar era materialmente posible, pues, como bien se ha dicho, "el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible". Para que nazca el deber de responder es preciso que la Administración haya podido evitar la producción del daño. Es preciso, en suma, que surja la posibilidad de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causa porque, de lo contrario, se corre el peligro de extender sin límite el deber de indemnizar a todo daño que el Estado no pueda evitar por la insuficiencia de medios. Ello podría generar una suerte de responsabilidad irrestricta y absoluta del Estado y transformar a este último en una especie de asegurador de todos los riesgos que depara la vida en sociedad, lo cual es a todas luces inadmisibles. (Cf. Perrino, Pablo Esteban, “La responsabilidad del Estado por omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia”, La Ley 2011-E, 715).

En el caso, al ser previsible que de la fuga del interno Juan Carlos Retamal podía derivar algún resultado dañoso, no sólo se configuró un incumplimiento y/o ejercicio irregular del poder de policía de seguridad imputable a la Provincia de Río Negro, específicamente del Servicio Penitenciario encargado de la guarda y custodia del detenido, sino también la relación de causalidad adecuada entre la fuga y los daños que

emergen del homicidio de Insulza. Es que la responsabilidad del Estado de brindar la debida y esperada guarda y cuidado a las personas detenidas o privadas de su libertad es de carácter objetivo, con lo que si sus dependientes no han cumplido con esa premisa básica causando el fugado los daños de que dan cuenta estas actuaciones, el Estado, por aplicación de la teoría del órgano (CSJN., in re: “VADELL”), es responsable directo y queda comprometido civilmente en los términos de los preceptos contenidos en los arts. 43, 901 a 906 y 1112 y cc. del Código Civil. MI VOTO por la AFIRMATIVA.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Sergio M. Barotto y la señora Jueza doctora Adriana Cecilia Zaratiegui dijeron:

ADHERIMOS a los fundamentos expuestos en el voto del doctor Mansilla, VOTANDO en IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión la señora Jueza doctora Liliana Laura Piccinini y el señor Juez doctor Ricardo A. Aparian dijeron:

Atento a la coincidencia de los votos precedentes, NOS ABSTENEMOS de emitir opinión.

A la segunda cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la actora a fs. 493/503 y vta. de las presentes actuaciones. II) Revocar parcialmente las sentencias dictadas por la Cámara de Apelaciones a fs. 487/489 y vta. y por el Juez de Primera Instancia a fs. 437/451, en cuanto rechazaron la demanda entablada contra la Provincia de Río Negro. III) Extender a la Provincia de Río Negro la condena impuesta en el Punto 1) de la parte resolutive de la Sentencia de Primera Instancia. IV) Imponer las costas en todas las instancias a la demandada perdidosa (art. 68 CPCyC) V) Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en el punto 2) de la parte resolutive de la sentencia de Primera Instancia (fs. 451 vta./452) y en el punto 2) de la parte resolutive de la sentencia de Cámara (fs. 489 vta.), las que deberán ajustarse al resultado de este pronunciamiento. VI) Regular los honorarios profesionales por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, a los doctores Rodolfo Héctor QUESADA y Oscar Pablo HERNANDEZ -en conjunto- en el 30%, a calcular sobre los honorarios oportunamente regulados a dicha representación, por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 15 L.A.). ASI VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Sergio M. Barotto y la señora Jueza doctora Adriana Cecilia Zaratiegui dijeron:

ADHERIMOS en un todo a la solución propuesta en el voto precedente.

A la misma cuestión la señora Jueza doctora Liliana Laura Piccinini y el señor Juez doctor Ricardo A. Apcarian dijeron:

NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 38 L.O.).

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la actora a fs. 493/503 y vta. de las presentes actuaciones.

Segundo: Revocar parcialmente las sentencias dictadas por la Cámara de Apelaciones a fs. 487/489 y vta. y por el Juez de Primera Instancia a fs. 437/451, en cuanto rechazaron la demanda entablada contra la Provincia de Río Negro.

Tercero: Extender a la Provincia de Río Negro la condena impuesta en el Punto 1) de la parte resolutive de la Sentencia de Primera Instancia.

Cuarto: Imponer las costas en todas las instancias a la demandada perdidosa (art. 68 CPCyC).

Quinto: Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en el punto 2) de la parte resolutive de la sentencia de Primera Instancia (fs. 451 vta./452) y en el punto 2) de la parte resolutive de la sentencia de Cámara (fs. 489 vta.), las que deberán ajustarse al resultado de este pronunciamiento.

Sexto: Regular los honorarios profesionales por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, a los doctores Rodolfo Héctor QUESADA y Oscar Pablo HERNANDEZ -en conjunto-, en el 30%; a calcular sobre los honorarios oportunamente regulados a dicha representación, por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 15 L.A.).

Séptimo: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse. FDO. ENRIQUE J. MANSILLA JUEZ - SERGIO M. BAROTTO JUEZ - ADRIANA CECILIA ZARATIEGUI JUEZA - LILIANA LAURA PICCININI JUEZA - EN ABSTENCION (ART. 38 L.O.) - RICARDO A. APCARIAN JUEZ - EN ABSTENCION (ART. 38 L.O.) - ANTE MI: ROSANA CALVETTI SECRETARIA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.

TOMO: II

SENTENCIA N° 84

FOLIO N° 296/300

SECRETARIA: I