

## Danos Y Perjuicios Responsabilidad Del Actuar Policial Responsabilidad Del Estado

### JURISPRUDENCIA

### Daños y perjuicios. Responsabilidad del actuar policial.

**Responsabilidad del Estado** Se hace lugar a la demanda de daños y perjuicios por el actuar ilegítimo del personal de policía, en tanto, como consecuencia de los disparos realizados por el agente en medio de un operativo policial, un perdigón ingresó en el ojo izquierdo de la actora, ocasionando su estallido y consecuente pérdida anatómica y funcional del órgano. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintisiete días del mes de julio del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y EVALDO DARÍO MOYA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa Analía Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: ?ÑANCUCHE EMILIA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA?, Expte. 3345/11, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal Doctor EVALDO DARÍO MOYA dijo: I.- A fs. 65/68 vta. se presenta Emilia Ñancuche, mediante apoderada, e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén. Pretende que se declare la inexistencia del Decreto del Poder Ejecutivo Municipal nro. 452/11, que rechazó su reclamo, y se haga lugar a la indemnización por los daños y perjuicios que le fueran provocados como consecuencia del actuar ilegítimo del personal policial, sucedido el día 1 de enero de 2009. El monto de demanda asciende a la suma de \$..., o lo que en más o en menos surja de la prueba que se produzca, comprensivo de los rubros daños a la integridad física; asistencia médica, farmacéutica y gastos de traslado, daño estético; daño material; daño moral y daño psíquico. Relata que el día 01 de enero 2009 alrededor de las 9:30 horas, fue víctima de lesiones graves producidas por disparos de arma de fuego que efectuara el oficial Sub Inspector Néstor Sebastián Figueroa, un agente de la policía asignado a la Comisaría N°44 de la ciudad de Neuquén. Detalla que en la fecha y hora indicada, por pedido de los vecinos ante la disputa habida entre los Sres. Acuña y Méndez, se hizo presente en la manzana ?A? del B° Valentina Sur personal policial de la citada comisaría. En ese contexto dice que los agentes de la policía ingresaron a su domicilio, sito en calle El Sol casa N° ... del mencionado barrio, donde reside con su pareja Claudio Méndez, y en primer lugar lo hicieron al patio, para luego adentrarse en el interior de su domicilio, previo haber violentando la puerta de acceso. Expone que, ante el temor que le generó la situación se refugió en su dormitorio, que se encuentra ubicado en la parte alta de la vivienda, desde donde pudo visualizar que el personal de la policía se encontraba en su terreno, oportunidad en la que el Sr. Figueroa, al advertir su presencia, de forma indiscriminada disparó contra su persona con una escopeta 12/70 ?anti tumulto?. Como consecuencia de los disparos afirma que un perdigón ingresó en su ojo izquierdo, ocasionando su estallido y consecuente pérdida anatómica y funcional del órgano. Agrega que el operativo policial también arrojó como saldo serios daños materiales en la vivienda y el rodado de su propiedad, los que puntualiza en la rotura de la puerta de ingreso, varios vidrios de la vivienda y de su auto. Expone que, en virtud de lo sucedido el día 07/01/09 efectuó ante la Dirección de Asuntos internos dependiente de la Jefatura de Policía de la Ciudad de Neuquén, la correspondiente denuncia administrativa, y con fecha 02/02/09 la denuncia penal ante la Fiscalía General y de Coordinación, donde se dio inicio a las actuaciones caratuladas: ?ÑANCUCHE EMILIA S/ DCIA. ABUSO DE AUTORIDAD, LESIONES Y DAÑO? (Expte. N° 26271/9 del Juzgado de Instrucción Penal N° 5) y ?FIGUEROA NÉSTOR S/ LESIONES GRAVES CALIFICADAS? (Expte. N° 10 Año 2010). En relación con el reclamo administrativo interpuesto, mediante el cual le solicitó a la Provincia el pago de una indemnización por idéntico monto que el aquí reclamado, informa que el mismo fue rechazado mediante Decreto del Sr. Gobernador de la Provincia N° 0452/11 con fecha 31/03/11, dándose por agotada la vía administrativa. Luego se refiere a los vicios graves y muy graves que a su entender contiene el mencionado acto administrativo: asevera que se trata de un acto inexistente ya que, entre los fundamentos que utiliza para sostener el rechazo del reclamo sostiene que debe aguardarse la resolución definitiva en la causa penal, cuando en realidad la misma fue resuelta con fecha 17-03-2011, esto es con anterioridad al rechazo del reclamo, que se dictó el 31-03-2011. Bajo el apartado VI) describe los daños y perjuicios que el actuar del Estado Provincial, a través de sus dependientes, le ha ocasionado. A los fines de fundar su reclamo, invoca como aplicable al caso el artículo 1113 primer párrafo del Código Civil. En esa línea, entiende que el acto dañoso por parte del agente estatal sólo fue posible ?...en la medida en que derivó de las exigencias propias del cargo, no solo por la portación de un arma de fuego, sino también por el entrenamiento, la capacitación y el deber funcional de actuar en situaciones en las que se encuentra en riesgo la vida y la propiedad de las personas.?. Dentro de la descripción de los rubros que reclama, incluye los siguientes: bajo el concepto de daños emergentes, pretende la reparación del ?daño a la integridad física?, por la suma de \$..., de

gastos por ?asistencia médica y farmacéutica? y ?gastos de traslado?, por la suma de \$..., por ?daño estético? la suma de \$... y por ?daños materiales? el monto de \$...; bajo el concepto de daño moral, estima su reparación en la suma de \$..., y finalmente como daño psíquico, peticiona el monto de \$.... Para finalizar ofrece prueba, funda su petición en derecho, efectúa reserva del caso federal y formula el petitorio. II.- A foja 80/81, por medio de la RI N° 333/2011 se hace lugar a la excusación formulada por el Dr. Massei, y se declara la admisión formal del proceso. III.- Efectuada la opción por el procedimiento ordinario, se corre traslado de la demanda. IV.- A fojas 93/96 vta. se presenta la Provincia del Neuquén mediante apoderado y con patrocinio letrado del Sr. Fiscal de Estado, contesta la acción y solicita su rechazo, con costas. Luego de cumplir con la negativa de rigor y desconocer la documental aportada por la actora, expone su versión de los hechos. Relata que el 1 de enero, encontrándose el oficial Figueroa de guardia y ante el llamado telefónico que realizara una vecina de la zona dando cuenta de un desorden en la vía pública, se lo envió a un operativo. Afirma que al arribar -en el JP 451-, estaba en el lugar el cabo 1° Valenzuela dialogando con el ciudadano Acuña, en tanto la actora se encontraba junto al ciudadano Méndez, y desde su domicilio insultaban y arrojaban piedras contra los efectivos policiales. Señala que, frente a tales circunstancias, y ante la inobservancia a la voz de ?alto? impartida por el personal policial, el efectivo Figueroa comenzó una persecución a fin de que cese la actitud ilegal de los ciudadanos mencionados, entre ellos la actora. En tal contexto, relata que el Sr. Méndez, como respuesta a lo expuesto, sacó un arma blanca y atacó al personal policial, lo que provocó el retroceso de estos y, en ese ínterin, que el oficial Figueroa tropezase, cayera al piso y sin intención disparara el arma que portaba. Agrega que el resto del personal policial debió reducir a Méndez, mientras la actora continuaba con las agresiones, a fin de impedir que el nombrado apuñalara al efectivo Figueroa. Argumenta que le resulta difícil imaginar cómo hizo la actora para continuar con las agresiones al personal policial a fin de evitar la demora de su pareja, si como afirma, había recibido un disparo en el ojo, pues de haber sucedido esto último, el dolor causado como consecuencia del impacto se lo habría impedido. Frente a la hipótesis en la que la actora hubiera recibido el impacto, afirma que no existe nexo de causalidad adecuado, ya que a su entender la propia víctima es la única responsable de los hechos que aquí se ventilan, conforme los términos del art. 1113, en cuanto refiere a la ?culpa de la víctima?. En esa línea sostiene que fue la actora, con su propia inconducta, quien obligó a los efectivos policiales a actuar en salvaguarda del orden y la paz social, motivo por el cual no puede hacerse responsable a la Provincia por las eventuales consecuencias dañosas. En cuanto a la sentencia penal condenatoria dictada contra el agente policial Néstor Sebastián Figueroa, argumenta su falta de firmeza, y agrega que la misma resuelve sobre la autoría y no sobre la responsabilidad del estado en el marco del artículo 1113 del Código Civil. Para concluir expone que el Estado Provincial actuó en forma diligente, no encontrándose en el caso los supuestos de responsabilidad necesarios para hacer responsable a la Provincia de Neuquén. Luego se expone sobre la improcedencia de los rubros reclamados, ofrece prueba y formula el petitorio. V.- A fs. 100 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 227. A fs. 230/235 obran los alegatos producidos por la parte actora. VI.- A fs. 237/243 dictamina el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia se haga lugar parcialmente a la demanda. Sostiene que se trata de un supuesto de obligación extracontractual del Estado por ?falta de servicio?. Con cita del precedente ?Barreto? de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, afirma que al no existir en el derecho local un texto expreso que contemple los supuestos de responsabilidad del Estado, el tratamiento deberá efectuarse recurriendo en forma subsidiaria o análoga a las disposiciones del derecho común o algún principio general del derecho. Puntualiza que en el caso será de aplicación el artículo 1112 del Código Civil (relativo a la falta de servicio como factor de atribución). Luego se refiere a la proyección que ejerce en el caso la sentencia penal condenatoria nro. 07 del 17 de marzo del 2011: al respecto concluye que, en este caso, aun cuando no se encuentre firme la condena penal, es posible dictar sentencia en tanto no hay, en principio, peligro de contradicción. Afirma que se encuentran configurados en el caso los recaudos de orden genérico que deben concurrir para la procedencia de todo reclamo fundado en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita. Con relación a los rubros reclamados, entiende que debe proceder la reparación por incapacidad sobreviniente, gastos de asistencia médica y el resarcimiento del daño moral, todos ellos en la cuantía que el Tribunal entienda pertinente. En cuanto a la reparación por daño estético pretendida, afirma que el mismo no resulta un rubro autónomo respecto al moral y material, debiendo integrar uno o ambos de ellos. VII.- A fs. 259 se dicta la providencia de autos, la que firme y consentida, coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia. VIII.- Tal como surge del relato efectuado, la pretensión indemnizatoria deducida encuentra su origen en la actividad desplegada por el agente Néstor Sebastián Figueroa, perteneciente a la Policía de la Provincia de Neuquén, en el desempeño de sus funciones. Tal como ha sido encuadrado en distintos precedentes dictados por este Tribunal, el caso se enmarca en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado por la presunta ?falta de servicio? en la que habría incurrido la policía provincial, en este caso puntual a través de su agente Néstor Sebastián Figueroa. La mencionada, se trata de un supuesto de responsabilidad directa, porque 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; 318:193; 321:1124; 330:2748; 331:1690). Ahora bien, para que se configure el supuesto de responsabilidad pretendido deben reunirse determinados requisitos, a saber: imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones; falta o funcionamiento defectuoso o irregular del servicio; existencia de daño cierto; y, relación causal entre el hecho y el daño (cfr. Acs. 1237/06, 24/12, 91/12 entre otros). IX.- De modo que, para avanzar en el análisis, es preciso determinar si la accionada ha incurrido en un cumplimiento defectuoso o irregular de sus funciones (falta de servicio), sin perjuicio de la presencia de los restantes extremos que deben reunirse para que proceda la pretensión (Fallos: 320:266; 325:1277; 328:4175; 334:376 y sus citas). Así, frente a la posición asumida por la actora, la accionada, básicamente, postula que el actuar del personal policial se encontró justificado frente a la conducta de la actora, ¿...quien ha obligado a los efectivos policiales a actuar en salvaguarda del orden y la paz social...?; ¿...fue la propia actora la que motivó la intervención policial el 01/01/09 con motivo de su propia conducta voluntaria...? (cfr. fs. 94 vta.). En definitiva, mediante su planteo introduce como causal que exime su responsabilidad, la culpa de la víctima, conforme lo dispuesto en el artículo 1113 in fine del Código Civil. Sin embargo, un detenido análisis de la prueba rendida en autos, y en especial, de las constancias de las causas penales adjuntadas, llevan a descartar los argumentos de defensa invocados por la demandada y a concluir en la existencia de una falta de servicio generadora de responsabilidad. X.- En ese análisis, en primer término debe abordarse la proyección que ejerce en los presentes la sentencia penal condenatoria dictada en la causa: ?FIGUEROA, Néstor s/ Lesiones graves Calificadas? (Expte. N° 10 - AÑO 2010, ex causa n° 26.271/09 del Juzgado de Instrucción Cinco), confirmada mediante el Acuerdo N° 162/2013 del TSJN. Allí ya ha sido objeto de estudio la conducta desarrollada por el agente policial dependiente de la Provincia de Neuquén, a quien se lo encontró penalmente responsable del delito de lesiones graves, en perjuicio de la actora. En efecto, los jueces de la Cámara de Juicio en lo Criminal Segunda condenaron a NÉSTOR SEBASTIAN FIGUEROA como autor penalmente responsable del delito de LESIONES GRAVES en perjuicio de la aquí actora (arts. 90 y 92 en función del 80 inc. 9° del Código Penal), a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN de ejecución condicional, bajo las condiciones previstas por el art. 27 bis C.P inc. 1° y 2°, con más la inhabilitación especial prevista por el art. 20 bis, inc. 1°, CP -la función policial- por el mismo término de la pena de prisión, en este caso de efectivo cumplimiento (cfr. sentencia n° 07/2011). Luego, tal como se adelantara, mediante el Acuerdo N° 162/2013 la Sala Penal de este Tribunal Superior de Justicia declaró inadmisibile el recurso de casación deducido contra la sentencia referida por parte de la defensa del Sr. Figueroa, decisión que se encuentra firme. De la compulsa y análisis de esos elementos, puede afirmarse a modo de una primera conclusión que las heridas producidas a la actora e incluso la autoría material de las mismas por parte del agente policial se encuentran probadas, habiéndose identificado en sede penal al agente responsable, cuestión que se proyecta a las presentes actuaciones bajo los efectos del artículo 1102 del Código Civil. No obsta a esta conclusión, el argumento ya enunciado que utilizara para su defensa la demandada, en cuanto alega la existencia de culpa de la víctima como causal de exclusión de su responsabilidad, desde que la misma fue descartada en sede penal y no ha merecido prueba en los presentes. En efecto, resultan claras y de plena aplicación las conclusiones a las que arribó la Cámara en lo Criminal Segunda, en cuanto sostuvo: ?Dicha arma fue oportunamente examinada en el Gabinete Balístico de la Policía Provincial, tratándose de una escopeta que utiliza cartuchos de calibre 12/70 con postas de goma, munición múltiple conocida como `anti tumulto´... Ahora bien amén de constatarse su aptitud para el disparo, fue sometida a múltiples pruebas con el martillo armado para establecer si en caída libre, desde una altura entre 1,20 y 1,50 metros, pudo accidentalmente dispararse, y el resultado fue siempre negativo. Es más se constató que al carecer de perno de sujeción, el cajón de mecanismos se desprendía ligeramente hacia afuera, lo que reducía `aún más la posibilidad de generarse un disparo accidental´...?. ¿...el descargo efectuado no puede ser aceptado. Amén de que ya en abstracto resulta poco creíble por su escasa verosimilitud, existe prueba confiable y no cuestionada que lo desvirtúa en concreto. Además, el supuesto retroceso y caída sólo fueron corroborado en juicio por el Sargento Ayudante Alveal, testigo merecedor de graves sospechas de parcialidad pues tomó parte de un procedimiento que parece corporativamente amañado...? (cfr. copia certificada obrante a fs. 395/400). El art. 1102 del Código Civil, aplicable -como se anticipara- subsidiariamente a la materia, regula, in genere, los efectos que el pronunciamiento penal condenatorio tiene en el juicio civil, donde se ventilan las consecuencias del mismo hecho, relacionadas con el perjuicio sufrido por el damnificado. Resulta conveniente aclarar que, antes que otorgar a esa influencia la categoría de cosa juzgada en el sentido tradicional, parece más propio aludir a la prioridad y prevalencia del contenido de una sentencia respecto de la otra, que produce no todos, pero sí algunos, de sus efectos. Mas que cosa juzgada, hay una vinculación legal que debe observar el juzgador iusprivatista respecto de la sentencia penal precedente sobre el mismo hecho (cfr. Creus, Carlos, Influencias del proceso penal sobre el proceso civil, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 20/23, Bueres-Highton, Código Civil., Ed. Hammurabi, T. 3-A, p.316). Según se desprende de la norma en cuestión, después de la condenación criminal no se pueden cuestionar, discutir o desconocer en sede civil dos aspectos: a) la existencia del hecho principal; b) la culpabilidad del imputado. Como es sabido, el juez penal debe analizar necesariamente la materialidad del hecho que se atribuye al imputado y esa materialidad comprende las circunstancias esenciales

para resolver la cuestión, de modo que el juez civil debe atenerse a los datos fácticos que el magistrado dio por verificados (Llambías, Jorge, ¿Límites de la cosa juzgada penal? ES 84-755, SC Mendoza, Sala I, ¿Buel c/ Cía de Perforaciones Río Colorado?, ED 145-454). Sin perjuicio de ello, el criterio prevaleciente indica que no todas las declaraciones que integran la sentencia penal hacen cosa juzgada en sede civil, sino sólo aquellas que el juez penal tuvo necesidad de pronunciar para resolver sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal del autor (cfr. Creus, op. cit., p. 68; Bueres-Highton, op. cit, p. 316, Cárdenas-Kemelmajer de Carlucci, Código Civil, Ed. Astrea, p. 306). Ahora bien, tal como ha sucedido en otros precedentes cuya coyuntura fáctica resultara similar al caso de autos (ej: ¿Alveal Pedro Martín c/ Provincia de Neuquén?, expte. 2112/7), en el caso bajo análisis las circunstancias de hecho esenciales para la fundamentación del fallo penal involucraban necesariamente el comportamiento de la aquí actora, puesto que no podía prescindirse de ese análisis para resolver la acción pública. En ese contexto, los jueces penales, entre otros extremos relevantes, descartaron la existencia de una supuesta agresión con arma blanca -invocada por la parte demandada-, de modo tal que pudiera esgrimirse un supuesto de legítima defensa en el accionar del policía. Para concluir resultan claros y determinantes las expresiones brindadas por los Camaristas Penales, en cuanto sostienen, por unanimidad, que: ¿La única explicación razonable y verosímil es entonces la sostenida por las partes acusadoras: el disparo fue efectuado intencionada y direccionadamente por el acusado. Quedó visto que el arma no pudo ser accionada sino apretando el gatillo, la damnificada afirmó que hacia ella apuntó quien efectuó el disparo, y en la abertura por la que se asomó quedaron rastros inequívocos del impacto de los perdigones, incluso alguno de ellos. Y tampoco se trató de un disparo efectuado indiscriminadamente contra la vivienda, sino de una reacción inmediata y precisa ante la apertura de la ventana en la planta alta y la aparición de una persona, extremo que doy así por cierto y probado.? (Cfr. Copia certificada obrante a fs. 395/400). La evaluación de estas circunstancias fácticas era indispensable para determinar la existencia de uno de los elementos constitutivos del delito. Pues, debe recordarse, la legítima defensa, como causal de justificación, borra la antijuridicidad del acto (sobre los aspectos en que el juez penal debe necesaria y legítimamente pronunciarse puede verse: Creus, op. cit, ps. 68, 69, 76, 83 y ss; Tobías, José, ¿Las causas de justificación en la sentencia penal y su influencia en el proceso civil", LL 1992-E, 393; CS Mendoza, causas ¿Calderón?, JA 1999-I-233 y ¿Buel?, ED 145-454, ya citada, entre otros). Bien se ha dicho que ¿la jurisdicción no puede fraccionarse en compartimentos estancos, absolutamente independientes entre sí, de modo tal que un mismo hecho o un mismo acontecimiento pueda ser afirmado o negado y sus consecuencias jurídicas resueltas de distinta manera según el tribunal que lo examine. Ese concepto de unidad de lo jurisdiccional, engendrado en esencias jurídicas lógicas, tiene un fin con el que afronta la necesidad social de lo jurídico: el de concretar la seguridad como valor equiparable, en el ordenamiento positivo, al ideal de justicia; y ese valor exige que las soluciones del poder jurisdiccional sobre el mismo acontecimiento resulten, si no uniformes, por lo menos no contradictorias? (cfr. Creus, op. cit., p. 21).

Resta destacar, como ya se señalara, que nada nuevo se aportó en este expediente, con relación a los elementos de juicio obrantes en la causa penal, de modo que la versión de los hechos que brinda la accionada no puede tener acogida en este pleito. En cuanto a la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad civil, cuya ausencia fuera alegada por la Provincia accionada en su escrito de contestación, la misma no es tal desde que, como dan cuenta los párrafos precedentes, el elemento se encuentra presente y debidamente probado. En virtud de los lineamientos que preceden, resulta claro que en este juicio reparatorio, está fuera de discusión la existencia de hechos típicos constitutivos del delito de lesiones graves y la culpa del agente policial - aspectos ya reconocidos en el proceso penal-, todo lo cual traduce en una falta de servicio que compromete al Estado Provincial, en el marco de su responsabilidad directa y objetiva. Como ha resuelto en reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia, quien contrae la obligación de prestar el servicio de policía de seguridad, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular (Fallos: 322:2002, 321:2310, 321:1776). En el caso, se ha demostrado que el agente policial ha incurrido en ejercicio anómalo de su función, dado que existió un exceso en las funciones ejercidas, que deben acotarse a la necesidad y proporcionalidad; conforme las obligaciones que le son impuestas por la Ley Orgánica de la Policía de Neuquén (ver Ley 632 y, en especial, lo establecido por el art. 18, inc. h), de la Ley 2.081 que prevé el deber de ¿disparar el arma reglamentaria sólo cuando exista un riesgo razonablemente grave para la propia vida, la integridad física o la de terceras personas, o en circunstancias que permitan suponer un grave riesgo para la seguridad de la comunidad...?). La responsabilidad del Estado provincial y la consiguiente obligación de resarcir deriva del hecho incuestionable de la extralimitación injustificada del funcionario policial al agredir con disparos de arma de fuego a la actora, tal como se analizara en el decisorio penal que precediera a este pronunciamiento. Tal desmesura ocurrió durante un acto de servicio, es decir, en ejercicio de sus funciones; prisma desde el cual se advierte que dicho funcionario no cumplió sino de una manera irregular las obligaciones inherentes a su función policial (cfr. Fallos 292:428; 300:867; 303:1152; 304:125). En síntesis, la disvaliosa situación generada, unida a la conducta ilícita del funcionario policial, torna aplicable el dispositivo del art. 1112 C.C. que es el fundamento normativo de la imputación de responsabilidad que corresponde efectuar (cfr. Ac. 27/14 ¿Alveal Pedro Martín C/ Provincia de Neuquén S/

Acción Procesal Administrativa?). XI.- Encontrándose configurados, a tenor de lo que se ha expuesto, los recaudos de orden genérico que deben concurrir para la procedencia de todo reclamo fundado en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, sólo resta determinar la cuantía del resarcimiento. Cabe recordar que la actora pretende como rubros indemnizatorios los siguientes: bajo el concepto de daños emergentes, persigue la reparación del daño a la integridad física por la suma de \$...; gastos por asistencia médica y farmacéutica y gastos de traslado por la suma de \$...; daño estético, por la suma de \$ ...; daños materiales, por la suma de \$..., y en la órbita extrapatrimonial reclama por daño moral por suma de \$... y por daño psíquico el monto de \$.... A los fines de analizar cada uno de los rubros, se seguirá el siguiente orden: XI.1.- En primer lugar, en relación con el rubro que denomina "daño a la integridad física", mediante el que pretende el resarcimiento de la incapacidad generada, la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (FALLOS: 315:2834; 322:2002; 326:1673; 330:563, entre otros). Por lo tanto, para evaluar su resarcimiento y siguiendo el criterio expuesto por la CSJN, no resulta necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco deben ser aplicados los porcentajes fijados por la ley de accidentes de trabajo que, aunque puedan resultar útiles como pautas de referencia, debe conjugarse con la ponderación de otros factores como las circunstancias personales de quien ha resultado damnificado, la gravedad de las secuelas y los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación (cfr. Fallos: 320:1361; 325:1156 y 330:563). En su escrito inicial, la actora invoca que "... el daño a la persona y en consecuencia a la integridad física padecidos... resultan evidentes teniendo en consideración que, conforme surge de los estudios médicos realizados... ha sido víctima de LESIONES GRAVES como consecuencia directa del disparo de arma de fuego recibido del Sr. FIGUEROA." Agrega que: "Dichas lesiones consisten conforme surge del certificado médico expedido por el Dr. Cristian Andrés Sánchez del Hospital Provincial Neuquén Castro Rendón, en estallido de globo ocular por cuerpo extraño?, lo que finalizó con la evisceración del ojo izquierdo como consecuencia del mencionado estallido, con fecha 01/01/09. A fs. 29 obra el certificado médico citado. En primer término, las lesiones fueron certificadas por la perito médico oficial designada en sede penal, Dra. Haydee Fariña, quien expuso que: "1. En el momento del examen clínico practicado, NO ha sido posible constatar la existencia de lesiones recientes. Se observa prótesis ocular en el ojo izquierdo, con escasa secreción ocular. Movilidad ocular de ojo derecho conservada. 2. Las mismas si pueden ser tenidas como determinantes de la debilitación o pérdida permanente de un órgano, el globo ocular izquierdo. 3. Las mismas no pueden ser tenidas como determinantes de la debilitación o pérdida permanente de la salud, de un órgano, de un miembro, de la palabra y/o de la capacidad para engendrar o concebir. 4. No ha estado en peligro la vida de la víctima, de una manera real y efectiva. 5. No se ha constatado una deformación permanente del rostro. 6. La inutilidad para sus tareas habituales, contada a partir del hecho investigado, puede estimarse en 120 días." Luego bajo el rótulo de "consideraciones médico legales" dispuso que: "La examinada sufrió impacto de proyectil en ojo izquierdo en enero de 2009, requiriendo intervención quirúrgica para realización de enucleación. Continúa con seguimiento oftalmológico hasta la actualidad. Actualmente cursa con proceso infeccioso local, con tratamiento tópico. (Cfr. copias obrantes a fs. 37/38). El cuadro de situación se completa con la pericia médico legal agregada en autos, realizada por el experto Dr. Eduardo A. Ghigliani mediante la cual, en respuesta a los puntos de pericia formulados, determina -en lo que aquí interesa- las siguientes cuestiones: "1)... RESPUESTA: La actora ha perdido las estructuras anteriores y centrales de su ojo izquierdo, por motivo de un impacto. Conserva la esclerótica del globo ocular en las porciones de inserción de la musculatura extrínseca (músculos rectos externo, interno, superior, inferior, y ambos oblicuos) que permiten una cierta movilidad voluntaria a la prótesis que tiene colocada;... 3)... RESPUESTA: Le ha sido resecada quirúrgicamente la porción anterior y central de ojo izquierdo, donde se ha colocado una prótesis al solo efecto estético;... 4)... RESPUESTA: De acuerdo con el baremo del Decreto 659/96, reglamentario de la Ley Nacional de Riesgos de Trabajo, N° 24.557, la ceguera post traumática o atrófica del globo ocular con deformación unilateral que permite prótesis, corresponde a una incapacidad del 45% (cuarenta y cinco por ciento), de tal TOTAL OBRERA;... 9)... RESPUESTA: La actora como producto de las lesiones padecidas ha perdido la visión de su ojo izquierdo, en forma total y definitiva. En el presente no ha ocurrido pero podría ocurrir una disfunción del ojo derecho que en oftalmología se dice "por simpatía";... 10)... RESPUESTA: Evidentemente se trata de una lesión grave;... 11)... RESPUESTA: Aplicando el METODO DE LOS NEXOS DE CAUSALIDAD de AVELINO DO PICO, vemos que los parámetros etiopatogénico, cronológico, topográfico y sintomatológico entre la lesión que padece la actora y el hecho a cuya responsabilidad se imputa, existe un nexo causal adecuado." (cfr. fs. 189/190 vta.). Luego, frente a la impugnación formulada a fs. 192 por la accionada, el perito la contesta a fs. 198, y reitera que la actora carece de un ojo, manifestado que ello "no es una simple opinión personal", sino que lo verificó personalmente, a cuyo fin no necesita ningún fundamento científico o técnico, y agrega que lo único que conserva es la musculatura externa que es la que le sirve

para darle alguna movilidad a la prótesis, cuyo objeto es solamente estético. Una cuestión que tampoco pasa inadvertida en la crítica efectuada a la pericia, es la relacionada con el porcentaje de incapacidad que el experto fijó en el 45 % de la total obrera. Dicha cuestión, resulta en la generalidad de los casos un punto de discusión e impugnación, máxime cuando la fijación de un determinado porcentaje no tiene fundamentos suficientes, de modo tal que permita alejarse de lo que podría considerarse una mera opinión personal de quien emite el dictamen. Sin embargo, en este caso, el perito dictamina un porcentaje de incapacidad, el que fija en el 45% de la capacidad total obrera, para cuya determinación indica uno de los posibles baremos a utilizarse, que más allá de la existencia de otros -también posibles-, resulta plenamente válido. En definitiva, el porcentaje de incapacidad atribuido por el perito legista por la pérdida de un órgano de la visión no aparece como irrazonable, desde que contempla las secuelas anátomo-funcionales permanentes e irreversibles que importa para el actor esta lesión. A mayor abundamiento, a modo de complemento que abona la racionalidad del porcentaje por incapacidad determinado, debe señalarse que este Tribunal ha otorgado en precedentes en los que también se indemnizó la pérdida de un globo ocular, similares porcentajes por incapacidad. Así, en el precedente ?Alcapán? (Ac. 24/2012) se determinó el porcentaje de incapacidad en el 50%, y en el reciente precedente ?Alveal? (Ac. 27/2014) se fijó el mismo en un 45%. Por lo tanto, se estima apropiado fijar el porcentaje de incapacidad en aquél que fuera determinado por el perito médico actuante por la pérdida del globo ocular, es decir, en el 45%, siendo ésta lesión de carácter permanente e irreversible. En cuanto a las circunstancias personales de la víctima, surge de autos que al momento del evento tenía 45 años, divorciada, vivía con su pareja y se desempeñaba como operaria general en la firma Gregorio Numo y Noel Werthein S.A. (cfr. recibos obrantes a fs. 15/17 e informativa obrante a fs. 141/152, testimonio obrante a fs. 124/125, y testimoniales obrantes en el Beneficio de Litigar sin gastos, Expte. 3346/11). Respecto al ingreso declarado, de acuerdo a lo que surge de las constancias documentales acompañadas (fs. 15/17), la prueba informativa que corrobora la información contenida en la documental (fs. 141/152), el mismo ascendía en un momento cercano al hecho dañoso a la suma de \$.... Es por ello que, valorando la edad de la víctima, su nivel socioeconómico, la merma de las aptitudes físicas, los restantes datos señalados y tomando como base la fórmula matemática financiera corregida en función de las circunstancias concretas del caso, en uso de las facultades que otorga el art. 165, tercer párrafo, del C.P.C. y C., corresponde fijar prudencialmente por el rubro incapacidad sobreviniente la suma de \$... para la Sra. Emilia Ñancuche. XI.2.- La actora requiere como concepto autónomo indemnizatorio, la reparación del daño estético. Tal cuestión ya ha sido abordada por el Tribunal en los precedentes ?Alcapán? (Ac. N° 24/2012) y ?Alveal? (Ac. N° 27/2014), reclamos que guardan identidad con el analizado en autos. En ambos casos se determinó la improcedencia del rubro, como ítem que adquiera autonomía frente a otros como el daño moral o la propia incapacidad sobreviniente. Se dijo entonces -con cita de doctrina especializada-, que este criterio que postula a la lesión estética como un tercer género de daños entre el moral y el patrimonial, entraña el peligro cierto, claramente inadmisibles, de fijar una doble indemnización por el mismo daño (cfr. Bustamante Alsina, Jorge, ?Incapacidad sobreviniente y lesión estética?, L.L. 1989-C, 521; Zavala de González, Resarcimiento de daños. Daños a las personas, T2a, Ed. Hammurabi, p. 164). Como lo apunta la autora citada, la comprensión del tema exige recurrir a una importante distinción: la lesión (detrimento estético) y sus consecuencias (patrimoniales o morales, según el caso). Estas últimas son las que configuran, propiamente, el daño resarcible y sus especies. En otros términos, el daño resarcible no es el perjuicio estético como tal, sino el moral o patrimonial, que tiene en aquél su origen (cfr. aut. Cit., Tratado de daños a las personas. Disminuciones psicofísicas. Ed. Astrea, p. 257). También se señaló en los citados precedentes que ése ha sido el criterio sustentado por la Corte Suprema, al señalar que ?el daño estético no es autónomo respecto del material o moral, sino que integra uno y otro o ambos según el caso? (fallos: 321:1117; 326:1673, entre otros). La configuración de la lesión estética supone una labor de confrontación que opera con las pautas de normalidad y equilibrio físico a las que se adecuaba la apariencia del damnificado antes del hecho. En este sentido, aún cuando se estime que el reemplazo del globo ocular izquierdo por una prótesis, constituye una modificación corporal que reviste cierta exterioridad ante los ojos de la víctima y de cualquier persona, capaz de generar tal como lo indica la propia actora ?un daño en la salud?, tal menoscabo que con seguridad puede incidir en su psiquis y hasta ocasionarle sufrimientos y modificaciones, debe ser ponderado al momento de establecerse el rubro daño moral. Por último, resta apuntar que no se ha acreditado una relación indispensable o conveniente entre el aspecto físico o estético y la obtención de ventajas económicas. XI.3.- La actora integra su reclamo con el pedido de indemnización por los ?daños materiales? que afirma le fueron ocasionados como consecuencia del hecho condenado. Dicho reclamo se compone de los daños causados a su vivienda, como también a su rodado particular, los que asevera tienen su origen en el accionar del personal policial. Puntualmente reclama la rotura de los vidrios y mosquitero de la parte alta de la casa, como también los vidrios del rodado de su propiedad. Ahora bien, en cuanto a la procedencia del rubro cabe señalar que el mismo tendrá acogida, aunque no en la medida del importe pretendido. En tal sentido, resultan determinantes los testimonios obrantes a fs. 124/125 y 128 y vta., que dan cuenta de los daños materiales provocados como consecuencia de la irrupción de la policía en la vivienda de la actora, los que no han sido justificados, de modo tal que deben ser

reparados. Sin embargo, como se señalara, el rubro no puede prosperar por el importe pretendido, en tanto no se encuentra acreditado en las actuaciones que los valores pedidos se correspondan al momento del siniestro con los daños reclamados. Si bien se adjuntó una factura de la vidriería Belgrano por un importe de \$..., nada se dijo ni se acreditó con relación, por ejemplo, a los vidrios correspondientes al automotor. Por lo tanto, resulta prudente hacer lugar al rubro en cuestión, en su totalidad por un importe de \$ ... a favor de la actora.

XI.4.- Pretende también que le sean indemnizados los gastos en concepto de asistencia médica, farmacéutica y por traslados, producidos como consecuencia del hecho. En primer lugar cabe recordar que, si bien los gastos ocasionados por la atención médica no necesitan de una prueba concluyente en razón de su absoluta necesidad y de la dificultosa obtención de esos medios probatorios, deben guardar adecuada relación con el accidente sufrido, magnitud de las lesiones producidas y tratamiento a que debió ser sometida la víctima, de manera que resulte verosímil su desembolso, correspondiendo acceder en ese caso a su reclamo, sin que obste a ello la asistencia hospitalaria, dado los gastos que debe soportar el enfermo durante su asistencia en el nosocomio y su posterior tratamiento de recuperación. Por ello, no es necesaria la presentación de recibos o facturas, bastando que guarden relación con las lesiones que presentan las víctimas, quedando sus montos librados al prudente arbitrio judicial (cfr. Daray, Hernán, ?Accidentes de Tránsito?, Ed. Astrea, p.470/). Ahora bien, dicha concesión -la innecesariedad de su prueba- tiene su fundamento en la naturaleza del perjuicio, que tal como lo señala la doctrina citada, hace sumamente dificultosa su prueba y la correlación entre los gastos realizados y las lesiones experimentadas, tiempo de curación, secuelas, así como también el tratamiento que el médico aconseja realizar, todos éstos extremos que sí requieren ser probados. En ese contexto, la actora indica y acredita los gastos efectuados en concepto de prótesis y armazón (cfr. fs. 23 y vta. y 24), sin indicar cual ha sido el resto de los gastos que tuvo que afrontar y en qué medida. Sin embargo, pese a la deficiencia probatoria, encontrándose acreditada la severa lesión sufrida por la accionante, como también el cuidado que naturalmente un tipo de lesión como la sufrida requiere y pudieron demandarle, como ser vendajes, limpieza con productos antisépticos, analgésicos, etc., razonablemente puede inferirse la existencia de gastos por los conceptos que reclama. En mérito de ello, en uso prudencial de la facultad conferida por el art. 165 del Código Procesal, corresponde reconocer por este ítem la suma reclamada de \$... a favor de la actora.

XI.5.- En el ámbito extrapatrimonial, pretende en primer orden la reparación del daño moral. En términos generales, el daño moral se configura cuando existe lesión a derechos que afectan el honor, la tranquilidad o la seguridad personal. En la medida en que se lesionan los bienes más preciosos de la persona humana, alterando el equilibrio espiritual, está afectando a la persona en una de las dimensiones más sutiles y fundamentales del ser (cfr. Ac. 27/14). Como es sabido, el daño moral puede, en ciertos casos, requerir prueba y en otros, resultar in re ipsa, toda vez que el art. 1078 del Código Civil no contempla lo referente a las formas de acreditarse el daño moral sino el concepto del mismo (cfr. Ac. 772/01). Desde este vértice, el rubro resulta procedente, debiendo tenérselo por configurado con la sola producción del evento dañoso. En tal sentido, las lesiones padecidas por la Sra. Emilia Ñancuche, de las que da cuenta el informe médico pericial, alteran su aspecto estético habitual, sumado a la impotencia, angustia y sufrimiento de haber padecido un daño injusto por parte de un agente de la policía, hacen presumir la afectación inevitable de los sentimientos del demandante. Tal como se sostuviera en los precedentes que se han mencionado, en los que también se indemnizó el daño moral producido como consecuencia de lesiones oculares idénticas, el violento hecho vivido por la actora y la disminución física padecida, han sido para ésta fuente de aflicciones espirituales, todo lo cual justifica el resarcimiento perseguido. En definitiva, el suceso que dio origen a los presentes importó para la actora un episodio traumático, inesperado, teñido de dramatismo que le acarreó inevitables padecimientos y angustias originando un menoscabo espiritual cuya reparación no puede dejar de reconocerse. A los fines de la fijación del quantum debe tenerse presente el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un accesorio de éste (FALLOS 326:847; 329:2688, entre otros). A lo expuesto debe agregarse como una pauta valorativa que, recientemente en el citado precedente ?Alveal? (Ac. N° 27/2014), se determinó como indemnización por el mismo rubro un monto incluso superior al que la actora aquí pretende. En consecuencia, ponderando los elementos señalados, e incluso las diferencias que pueden existir con los parámetros particulares del citado precedente, en uso de la facultad conferida por el art. 165 del C.P.C.y.C., se establece como reparación total para el rubro, la suma de \$....

XI.6.- En la misma esfera extrapatrimonial la actora incluye en su reclamo una indemnización por daño psíquico, que pretende como un rubro autónomo. Fundamenta su pedido en la alteración de su equilibrio psíquico y los notorios trastornos de conducta que afirma que el traumático hecho de autos le provocó, como también en las secuelas psíquicas permanentes que dice padecer. Frente a ello, en primer lugar debe señalarse que este Cuerpo, en anterior composición, luego de señalar la ausencia de uniformidad doctrinaria y jurisprudencial en torno al tratamiento a acordar al daño psicológico o psiquiátrico, analizó la procedencia del rubro daño psicológico unitariamente con el daño moral, sin perjuicio de tomar en consideración, a ese fin, los daños a la integridad psicofísica del demandante (cfr. causa ?Palacios? Ac. 772/01). Ahora bien, la falta de reconocimiento como rubro autónomo no significa que

la lesión no sea indemnizada sino que, por el contrario, proyecta sus efectos y repercute como un factor de intensificación del daño moral resarcible a fin de computar debidamente la gravedad espiritual que representa para el sujeto el menoscabo de la normalidad psíquica como consecuencia del hecho. Sin embargo, más allá del criterio expuesto, lo cierto es que, como criterio general, cualquiera sea el tipo de daño que se alegue, éste desde ser acreditado, extremo que se encuentra a cargo de quien lo pretende. En el caso en análisis la actora no logra acreditar dichos extremos, pues no sólo no ofreció la producción de la prueba que por naturaleza resulta idónea a los fines de acreditar un rubro como el que pretende, esto es la pericia psicológica, sino que tampoco logra acreditar el daño por otros medios de prueba. De suerte tal que, sin desconocer que el lamentable hecho del que ha sido víctima pudo producirle una alteración psíquica determinada, propia de todo siniestro, no contándose con más elementos que permitan un análisis distinto, la misma se pondera en el ámbito del daño moral. XII.- En mérito a todo lo expuesto, el total indemnizatorio asciende a la suma de \$.... En atención a que no se han solicitado intereses, no corresponde adicionarlos al monto de condena. Es jurisprudencia pacífica que los réditos que no han sido reclamados en el escrito inicial no integran, en consecuencia, la litis; no existe en la causa ningún elemento del que pueda inferirse que hubo intención de solicitarlos y, tampoco pueden entenderse comprendidos en la fórmula genérica que se emplea al concretar las sumas requeridas, esto es, ¿o lo que en más o en menos pueda surgir de la prueba a producirse? ya que dicha expresión está referida exclusivamente a los montos reclamados y a su cuantificación por parte del Tribunal. Luego, aun cuando la renuncia de derechos no puede ser presumida, es evidente que ella comprende todos aquellos que, encontrándose disponibles, no fueron oportunamente ejercidos. De tal modo, los intereses por tratarse de derechos esencialmente renunciables, debían ser reclamados en la presentación inicial y si no lo fueron es de presumir que no hubo intención de solicitarlos (cfr. Ac. 68/2012 TSJN). Las costas del pleito se imponen a la demandada perdidosa por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C. y C. y 78 Ley 1.305). TAL MI VOTO. El señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: comparto la solución a la que arriba el Dr. Moya, como así también su línea argumental, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO. De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) HACER LUGAR a la demanda interpuesta por la Sra. EMILIA ÑANCUCHE contra la PROVINCIA DE NEUQUÉN, CONDENANDO a esta última a abonar al actor la suma de pesos ... (\$...); 2º) Imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 C.P.C. y C., aplicable por reenvío del art. 78 Ley 1.305); 3º) Regular los honorarios de la Dra. ... y ..., en el doble carácter por el actor, en la suma de \$..., en conjunto y por partes iguales (arts. 6, 9, 10 y 38 de la Ley 1594); Los honorarios del perito médico actuante, Dr. ..., en la suma de \$.... 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese. Con lo que se dio por finalizado el acto que previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaria, que certifica. DR. RICARDO TOMÁS KOHON - DR. EVALDO DARIO MOYA Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

Correlaciones: C.I.T. c/Estado Nacional Argentino s/daños y perjuicios - Cám. Fed. Mendoza -SALA A - 04/06/2014  
Álvarez, Claudia Beatriz c/EN - Mº Interior y otro s/daños y perjuicios - Cám. Nac. Cont. Adm. Fed. - SALA II - 07/07/2015

004496E