ROSARIO, 5 de septiembre de 2017.-

VISTOS: Los autos caratulados “TOSCANO, MARCELO MATÍAS C/ SUPERIOR GOBIERNO DE SANTA FE S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” Expte. N° 2140/2014, en trámite por ante este Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N° 1 de la ciudad de Rosario, habiendo sido designada como Jueza de Trámite a la Dra. Gentile Julieta, encontrándose consentida en forma expresa su designación por las partes; y la integración con las Dra. Susana Igarzábal y Dra. Mariana Varela, celebrada la AVC ,quedan los mismos en estado de resolver.

A fs. 12/14 presenta la actora, Sr. MARCELO MATÍAS TOSCANO, representado por el Dr. Daniel J. Gazzera; insta demanda contra el SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE SANTA FE, y dice que en fecha 21/09/2012, a las 21:00 hs aproximadamente, el Sr. Toscano se encontraba en el playón del Parque España de Rosario, junto a un grupo de amigos y compañeros con motivos de los festejos del día del estudiante y de la primavera, en calle Sarmiento y el río, que habiendo terminado el recital y los festejos, junto a sus amigos comenzaron a retirarse del lugar, caminando por calle Sarmiento, que a unos metros de donde transitaban, se produjo una escaramuza, que un grupo de policías de la Provincia de Santa Fe que se encontraba allí comenzó a reprimir, sin medir consecuencias por la cantidad de gente que transitaba, que comenzaron a disparar balas de goma, haciéndolo en forma irresponsable, al tumulto y hacia cualquier parte, apuntando a unos cuantos grupos de personas en el lugar, que el Sr.Toscano se encontraba transitando por dicho lugar, y no teniendo nada que ver con las escaramuzas que se habían originado, fue alcanzado por una perdigonada de balas de gomas, la cual impactó en la zona distal del muslo derecho en su parte posterior, que a raíz del intenso dolor provocado por las balas de goma, por el temor que lo invadió y el gran desorden que se provocó, comenzó a correr, que la policía lo alcanzó y comenzaron a golpearlo por todo el cuerpo, en piernas, tórax, estómago, cabeza, cara, que luego de la golpiza, y herido, lo llevaron detenido a la Comisaría Tercera sita en calle Dorrego 161, que a pesar de la pérdida de sangre en su pierna derecha, y de los fuertes dolores que le produjo la golpiza, luego de más de una hora de estar detenido en la comisaría, la policía lo llevó al Hospital Provincial de Rosario, donde lo asistieron, realizaron curaciones, colocaron antitetánica y realizaron radiografías en la pierna derecha, que el diagnóstico fue “herida ulcerante en muslo derecho de 4 x 4 mm; que luego de la atención dispensada en el hospital, la policía lo llevó nuevamente a la Comisaría Tercera, detenido e incomunicado, hasta el día 22/09/2012 a las 08:00 hs, cuando recuperó su libertad; que sus padres se apersonaron en la comisaría, donde no le brindaron ningún tipo de explicación ni información sobre la detención y heridas del Sr. Toscano; que lo más grave fue que la policía no abrió parte preventivo, ni sumario, ni actuación alguna, ni la comisaría ni en los Tribunales de Rosario por los hechos narrados; que el Sr.Toscano realizó la denuncia de todo lo ocurrido ante el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal Correccional de la Séptima Nominación de Rosario formándose el sumario N° 3516/2012, que por cuestión de competencia fue remitido al Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal Correccional de la Primera Nominación de Rosario, formándose el sumario N° 4210/2012; que en fecha 23/11/2012 interpuso reclamo administrativo previo ante el Ministerio de Seguridad de la Provincia de Santa Fe, formándose el Expte. N° 00215-0001959-4, que a pesar del pronto despacho de fecha 07/02/2013 a la fecha, su parte no obtuvo respuesta alguna. Expone los rubros que considera deben ser indemnizados, comprensivos de lesiones físicas, daños emergentes de gastos asistenciales y daño moral.

Funda su pretensión en lo normado por el art 1113, 1109 y 902 del CC; ofrece pruebas; y peticiona se haga lugar a la demanda, con intereses y costas.

A fs. 20/31 comparece la demandada SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE SANTA FE, representada por el Dr. Héctor Jorge Simagona; contesta demanda negando lo afirmado por la actora. Sostiene que el relato del Sr. Toscano es falso en cuanto manifestó que se encontraba con fuertes dolores por la tremenda golpiza, pero en ningún momento surge del examen médico acompañado por su parte tal afirmación, que no demuestra moretones, heridas o cualquier otro signo de haber sido golpeado. Afirma que se trató de un órgano del Estado cumpliendo sus funciones constitucionales de velar por el mantenimiento de la plenitud del orden jurídico, que el ejercicio regular de esas funciones debe ser soportado como carga por el accionante; que se trata de un supuesto de actividad lícita del Estado, ligada al bien común de la sociedad. Asimismo destaca que la litis ha quedado trabada en el marco del ar 1113 del CC. Ofrece prueba; formula planteo constitucional; cita doctrina y jurisprudencia; y solicita se rechace la demanda con costas.

Celebrada la AVC en fecha 08/08/2017 obrante a fs.156 quedan los presentes en estado de resolver.

Y CONSIDERANDO: 1) Se tienen a la vista las actuaciones administrativas iniciadas previo a la presente demanda según constancias del expediente N° 00215-0003159-6, encontrándose cumplimentada la exigencia de la ley 7234.

2) Se agregó a fs. 97/116 y 123/149, copias certificadas de la causa “Personal policial s/ Lesiones” Expte. N° 4210/2012, que tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal Correccional de la Primera Nominación de Rosario, en la que por Auto Nº 3432 del 26/08/2015 se dispuso el archivo de las actuaciones conforme el artículo 72 inciso 2º del Código Penal y el artículo 501 del Código Procesal Penal.

2) La legitimación activa del Sr. MARCELO MATÍAS TOSCANO proviene de haber sufrido lesiones conforme surge del informe médico forense, obrante a fs. 110 y demás constancias del sumario penal.

La legitimación pasiva del SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE SANTA FE ha sido atribuida en base al art 1113 y 1109 del CC.

3) Liminarmente ha de señalarse que se encuentra vigente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y por ende, corresponde considerar en primer término, lo establecido en el artículo 7º de dicho ordenamiento, “Interpretando dicho artículo, el Dr. Lorenzetti sostiene que se trata de una regla dirigida al juez y le indica qué ley debe aplicar al resolver un caso, estableciendo que se debe aplicar la ley de modo inmediato y que no tiene efectos retroactivos, con las excepciones previstas. Entonces, la regla general es la aplicación inmediata de la ley que fija una fecha a partir de la cual comienza su vigencia (art. 5) y deroga la ley anterior, de manera que no hay conflicto de leyes. El problema son los supuestos de hecho, es decir, una relación jurídica que se ha cumplido bajo la vigencia de la ley anterior, tiene efectos que se prolongan en el tiempo y son regulados por la ley posterior.La norma, siguiendo al Código derogado, establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las que se constituyeron o extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato… (Conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, Director, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T 1, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pp.45/47)… en el sistema actual la noción de retroactividad es una derivación del concepto de aplicación inmediata. Por lo tanto la ley es retroactiva si se aplica a una relación o situación jurídica ya constituida (ob cit. p 48/49)”.

Se sigue de ello que la cuantificación del daño en las obligaciones de valor se efectiviza en oportunidad de dictar sentencia; las normas aplicables que captan en su antecedente normativo tal presupuesto, son las vigentes al momento de la emisión de sentencia (art. 772 CCC y 245 CPCC).

Así, se ha explicado que si el ad quem “revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito, aplica la ley vigente al momento de ese accidente, en agosto de 2015 la revisará conforme al artículo 1113 del Cod. Civ. no porque así resolvió el juez de primera instancia, sino porque la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento que la relación jurídica nació (o sea, el del accidente). En cambio, si la apelación versar sobre consecuencias no agotadas de esas relaciones, o lo que atañe a la extinción de esa relación (por ej.Una ley que regula la tasa de interés posterior al dictado de la sentencia de primera instancia), debe aplicar esa ley a los períodos no consumidos.”

Lo expresado se encuentra en consonancia con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su reiterada jurisprudencia “según conocida jurisprudencia del Tribunal en sus sentencias se deben atender las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuren circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir (conf. Fallos: 306:1160; 318:2438 ; 325:28 y 2275 ; 327:2476 ; 331:2628 ; 333:11474; 335:905 , entre otros).

4) Planteado el caso , encontrándose controvertida los hechos y circunstancias particulares del caso corresponde analizar si su acaecimiento fue acreditado, y en tal caso, la responsabilidad en el mismo.

Surge de las constancias del sumario penal ( fs 98 de autos ), la denuncia del hecho realizada por el Sr. Toscano en la que manifestó los hechos de conformidad a lo expuesto en su libelo introductorio.

A fs. 133/135 de autos correspondientes al sumario penal, el Sr.Toscano r atificó la denuncia realizada en el Juzgado en lo Penal Correccional N° 7 y manifestó que en fecha 21/09/2012, asistió junto a un grupo de amigos, a un recital que se realizaba por el día de la primavera en el playón sito en calle Sarmiento y el río, que estuvieron alrededor de una hora hasta que finalizó el evento, el que se desarrolló con normalidad, que al terminar el recital, todavía se encontraba con sus amigos, que vio que había disturbios entre el público y la Guardia Urbana, que se quiso alejar pero éstos los obligaban a ir saliendo por calle Sarmiento, que en ese momento se armó más disturbio, al caerse unas vallas, que vio a la policía que comenzó a llegar en motocicletas y empezó a escuchar disparos, los que pensó que era para espantar a la multitud, que se adelantó y se separó de su grupo de amigos sin darse cuenta, que quedó en una esquina, que giró para buscar a su grupo, vio que los había parado la policía y los quería detener a todos, que se acercó protestando para decirles por qué se los iban a llevar si no habían hecho nada, que estaba preocupado porque entre el grupo de gente estaba su hermana que era menor de edad, que cuando les preguntó por qué los iban a detener le dijeron “a vos por botón también te detengo”, que lo quisieron esposar y opuso resistencia, porque tenía miedo pero sin ejercer violencia, que fue sólo un forcejeo y el policía tropezó y cayó, que ante esta situación apareció otro policía con una cachiporra a pegar directamente, que ante el susto comenzó a correr por calle Sarmiento, que lo empezaron a perseguir otros efectivos de la policía, que enseguida sintió una que golpea la pierna derecha a la altura del muslo, arriba de la rodilla, que pudo seguir corriendo una cuadra aproximadamente hasta que llegó a una esquina, que allí se detuvo porque se cruzó con otro amigo, Guillermo López, quehabía asistido junto a él al recital, que llegaron más policías en motocicletas, que quisieron seguir corriendo pero ya no pudo hacerlo porque su pierna no respondía por el disparo, que cayó al piso de rodillas y los efectivos se bajaron de las motocicletas y comenzaron a golpearlo, que eran cuatro policías aproximadamente, que su amigo Guillermo López siguió corriendo y pudo escapar de la policía, que mientras estaba siendo golpeado, su grupo que había quedado atrás llegó, que comenzaron a gritar pidiendo que dejen de golpearlo, que la policía dejó de golpearlo y lo llevaron a la comisaría; que recibió golpes en la mano izquierda con la cachiporra quedándole un moretón, que también lo golpearon en la cabeza y en el resto del cuerpo, que lo subieron a un patrullero y lo llevaron a la comisaría tercera, que allí se encontró más personas que habían sido detenidas en el recital, que la policía le pidió sus datos y llamaron a sus padres, los que se acercaron a la comisaría y allí les informaron que se encontraba detenido sin darles los motivos por los cuales se encontraba en tal situación, que sus padres se retiraron del lugar porque les dijeron que era mayor de edad y no podían retirarlo, que como era el único herido lo llevaron al hospital después de una hora de estar detenido, que en el Hospital Provincial lo asistió una enfermera, lo curó y desinfectó la herida, que le realizaron una radiografía y luego de realizarle unos vendajes lo trasladaron a la comisaría, que en la comisaría un policía le preguntó si sabía si el disparo se lo habían efectuado desde lejos o cerca, que él respondió que creía que era desde lejos, que lo llevaron a un calabozo junto a otros detenidos del incidente, que durante su estadía nadie le informó el motivo de su detención ni tuvo la posibilidad de llamar a un familiar, que pasó la noche allí, que a la mañanadel día siguiente, le tomaron las huellas y lo dejaron ir, a las 08:00 hs aproximadamente, que no recordaba ni podía identificar a los policías que lo agredieron, ni al que efectuó el disparo porque se encontraba de espaldas, que no cree que sus amigos puedan reconocerlos, que las heridas de bala en su pierna derecha fueron curadas en el Hospital Alberdi.

Obra a fs. 137/148 de autos correspondiente al sumario penal, la informativa emitida por la Comisaría Tercera de la que surge que según obra en los registros de la dependencia, no se encontraba personal de la dependencia en las inmediaciones del Parque España alrededor de las 21:00 hs en fecha 21/09/2012, haciendo constar que desde las 08:00 hs hasta las 20:20 hs se efectuó un operativo de control y prevención a cargo del comisario Mariano Govi, juntamente con cadetes del ISEP y personal de Sumarios Administrativos, según lo establecido por la superioridad sobre el sector del Parque España con motivo de celebrarse el día de la primavera y de la amplia concurrencia que origina la misma y las copias del libro memorándum de guardia de la fecha. A fs 145 vta de autos surge del libro referido que a las 21:00 hs aproximadamente se asienta la aprehensión de Toscano Matías y su envío al Hospital Provincial a las 22:30 hs quien es examinado por la Jefa de Guardia quien diagnosticó herida con arma de fuego ; se le practican curaciones y rayos. Análisis del Expediente Administrativo del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Santa Fe, N° 00215-0003159-6.

Obra a fs.19/24 consta el Acta de Procedimiento de la que surge que en fecha 21/09/2012, siendo las 23:00 hs, el funcionario policial actuante Subcomisario José Ricardo López Subjefe del Cuerpo Guardia de Infantería de la Unidad Regional II de policía, hace constar que en el día de la fecha se encontraba a cargo de la unidad móvil IVECO N° 4609, conducida por el Cabo Primero Hugo Martínez, con dos grupos de combates antitumultos ubicado en el Parque España, donde ya finalizados los festejos del día de la primavera, siendo las 20:50 hs, aproximadamente, ocurrieron incidentes entre dos grupos de jóvenes denominados Punks, siendo unas 20 personas aproximadamente, quienes se tomaron a golpes de puños entre ellos, por lo que la gente que se encontraba allí comenzó a correr, para no ser lastimados, ya que estas personas arrojaban piedras, que intercedieron diferentes empleados de la Guardia Urbana Municipal, quienes también fueron agredidos, que observó que grupos de la Brigada Motorizada de la Unidad Regional llegaban al lugar de los disturbios, siendo éstos el Oficial Principal Carlos Portis, Jefe de la Brigada Motorizada a cargo de la unidad móvil N° 4868, el Oficial Auxiliar Martín Schiaffino, segundo Jefe de Motorizada a cargo de la unidad móvil N° 3482, ambos con personal a cargo; que por tal motivo junto al Jefe de infantería Comisario Jorge Roberto Álvarez y los Jefes de Grupos Anti tumultos Oficial Auxiliar Héctor Díaz y Suboficial Principal Raúl Glafrascoli, se dirigieron al lugar; que el grupo de Punks se desplazó por calle Sarmiento hacia el cardinal Norte, arrojando piedras y botellas hacia el personal policía, como así también al personal de la GUM, al tiempo que insultaban y amenazaban; que cuando pasaban por debajo del puente, estos continuaron con las agresiones hacia el personal policial arrojando elementos contundentes de gran tamaño, poniendo en riesgo la integridad física del personal policial y de la GUM que se encontraba en gran número todavía en el lugar, que por tal motivo se repele laagresión utilizando las escopetas provistas con cartuchos anti tumulto, apuntando hacia arriba eintentado evitar un mal mayor, que a pocos metros se procede al arresto de algunas de las personas, por parte del personal de Inspección primera zona a cargo del Comisario Inspector Juan Cabral, los cuales son ascendidos a posterior a la Trafic Ducato N° 1474 conducida por el Sargento Mendoza, como así también otros arrestados son abordados a la Pickup N° 3928, de la Unidad Especial de Seguridad Rural a cargo del Sargento Altamirano, no logrando identificar al personal policial que produjo los arrestos, los que presentaban pecheras de color anaranjado y verde fluo; que en momentos en que se estaba procediendo a los arrestos, uno de estos sujetos que vestía remera de color gris, pantalón jeans oscuros se abalanzó sobre el Jefe de Infantería Comisario Jorge Álvarez, haciéndolo caer al piso, y salió corriendo por calle Sarmiento hacia el cardinal Sur, tomando a posterior la cortada Zabala hacia el cardinal Oeste, donde cayó al suelo y fue aprehendido por el Agente Martínez Pablo Alberto a cargo de la motocicleta N° 4823, notando el empleado que éste presentaba una herida sangrante en la pierna derecha; que una vez detenido, a posterior pasa por el lugar previa comunicación radial la Trafic Ducato N° 1474 lo asciende junto a los otros arrestados; que trasladaron a los arrestados a la Seccional Tercera de policía por razones de jurisdicción; que luego en el lugar se hizo presente el comisario Mariano Govi, Jefe de la Seccional Tercera, quien realizó un relevamiento, entrevistando a Julio Manini, quien se desempeñaba como vigilador privado en el edificio de calle Sarmiento 262, el que manifestó ser testigo de los incidentes y las agresiones al personal de policía actuante, que se procedió al secuestro de 7 trozos de baldosas y ladrillos; que resultó lesionado con un golpe de puño en el rostro el Sr.Iván Medina, empleado de la GUM, quien informó que sucedió en momentos en que se encontraba cerca de las escalinatas, en el playón, donde estaba apostado el escenario, mientras intentaba separar a un grupo de punks que se estaban tomando a golpes de puños; que producto de los incidentes no resultó herido personal alguno, ni daños en las unidades móviles; que en la seccional se procedió a la identificación de los arrestados, los Sres. Edgardo Daniel Cáceres Ximenez, Alexis Arce, Diego Sebastián Correa, Juan Carlos Valdez, Nazareno Prietto, Héctor Enrique Ramírez, Marcelo Matías Toscano, quien poseía una herida sangrante en la parte trasera del muslo derecho, Carla Danisa Gorosito, y Melisa Alexandra Clavero; que la Agente Marcela Leiva, de la Seccional Tercera, en el móvil N° 4403 procedió a trasladar al Sr. Marcelo Toscano, alHospital Provincial, a los fines de que le realicen curaciones, que en la guardia fue atendido por la Dra. Illani, quien diagnosticó herida de arma de fuego en el muslo de pierna derecha, aconsejando antibióticos y analgésicos, que le realizaron radiografías no presentando el arrestado lesiones óseas, dándole el alta a posterior, que se hizo presentes en la dependencia el Dr. Vales, de la Sección Medicina Legal, quien procedió a examinar a los detenidos, labrando los respectivos informes médicos, que el personal policial que contaba con escopetas en el momento de las agresiones contra los mismos eran Sgtos. Alejandro García, Diego Petrochi; Agtes. Agustín Corbalán, Hugo Pérez, pertenecientes a la Brigada Motorizada, Crio. Jorge Roberto Álvarez, Sub-Crio. José López, Subof. Ppal. Raúl Galfrascoli, Of. Aux. Héctor Díaz, y Cabo 1° Hugo Martínez, prestando servicios en el cuerpo de Guardia de Infantería; que recibió de conformidad el acta de procedimiento, arrestados, secuestros y depósito el Agente Báez, en su calidad de oficial de guardia.

Obra a fs.27 obra agregada Acta de Inspección ocular, que el lugar es el Parque España, como fondo el Río Paraná, que dicho parque posee un amplio playón de estacionamiento, una escalinata, que el parque delimita con Av. De las Armas y calle Sarmiento, la cual se encuentra ubicada con sentido de circulación vehicular Norte a Sur, que no se encontraron elementos que permitan orientar la investigación.

Obra a fs. 40 consta informe del médico forense del examen realizado al Sr. Toscano del que surge que el mismo presentó escoriación frontal, heridas circulares compatibles con munición de escopeta, con lesión comprendida de 5 cm, estimando su tiempo de recuperación entre 20 y 25 días, estado psíquico normal.

A fs. 41 el Sr. Iván Medina manifestó ante la preventora que es empleado de la GUM, que en fecha 21/09/2012 se encontraba asignado en el playón del Parque España, por motivo del día de la primavera, que siendo las 20:45 hs aproximadamente, se encontraba haciendo vallado sobre el escenario, a fin de que las personas se dispersen sin ningún inconveniente, porque ya finalizaba el evento, en esas circunstancias un grupo de 30 personas aproximadamente, hombres y mujeres, comenzaron a pelearse entre ellos, que se acercó un policía, tratando de dispersarlos, que reaccionaron en contra del policía, que junto a sus compañeros intentaron brindar ayuda al policía, que una de estas personas promovía el desorden debajo del escenario, que las personas vestían estilo Punk, que algunos tenían aliento alcohólico, que no paraban depelearse entre sí, que uno de ellos lo agredió con un golpe de puño en el rostro, provocándole lesiones, que se hizo presente un grupo de infantería con un grupo de combate con cascos y escudos, que las personas comenzaron a agredirlos con piedras, que la policía solicitó al personal de la Gum que se retrocedieran, por la agresión de las personas que arrojaban elementos contundentes, que ponían en riesgo sus vidas, que retrocedieron y la policíase interpuso entre los agentes de la GUM y el grupo de agresores, que la policía efectuó varios disparos de escopetas de manera disuasiva, ya que las personas arrojaban piedras desde calle Sarmiento y desde arriba del túnel, que luego de retroceder por orden de la policía, personal de la GUM se juntaron en el Parque España para recibir directivas de sus superiores; que si la policía no actuaba, la situación iba a pasar a mayor; que no podría reconocer a las personas ya que eran muchos en el lugar.

Obra a fs. 43 consta la comunicación telefónica con la Dra. Ortanadal, Secretaria del Juzgado Correccional de la Primera Nominación, quien interiorizada del acta que se labraba en el momento, y de las lesiones sufridas por el Sr. Matías Toscano, dispuso que se derivaran las actuaciones a División Judiciales.

A fs. 44 el Sr. Julio César Manini expresó ante la preventora que es empleado de una empresa de vigilancia y el día 21/09/2012 siendo las 19:30 hs , mientras se encontraba parado en la vereda cuidando un edificio ubicado por calle Sarmiento N° 262 , y en un momento observó que por calle Sarmiento desde el lado del río, venían entre 10 y 15 hombres y mujeres, que detrás de ellos iban empleados policiales, que estas personas arrojaban piedras a los policías, y los insultaban, que al llegar a calle Catamarca los policías pudieron detener a los agresores.

A fs. 49 obra el listado de los detenidos entre los que se encuentra el Sr. Marcelo Toscano.

A fs. 53 consta comunicación de la Oficial Auxiliar Rosana Aguirre con la Dra. Cosgaya quien dispuso recepcionar declaración interrogatorio sumario con identificación a los arrestados, recuperando el estado de libertad, que de no instar la acción el masculino lesionado, contra el personal policial, a la totalidad del personal identificado se le recepcione declaración informativa y el armamento, escopetas, sea remitido a realizar las pericias de estilo.

Obra a fs. 55 la declaración interrogatorio sumario del Sr.Marcelo Toscano, a quien se le notificó que se la recepciona por el hecho caratulado prima facie Resistencia a la Autoridad; manifestó que se encontraba con un grupo de amigos, entre ellos el Sr. Diego Correa, en el recital de Buldog en el Parque España, que a las 20:30 hs aproximadamente, vieron que cerca del escenario un grupo de chicos se estaba golpeando, por lo que intentaron alejarse de allí, que la situación empeoró porque arrojaban lo que encontraban, hasta que tiraron las vallas, que eso hizo que interviniera la policía, por lo que comenzaron a correr, que lo trató de agarrar un policía, que se resistió y se pudo escapar, que mientras el policía caía al piso pudo seguir corriendo por la calle que cruza elpuente viaducto, situación en la que sintió un ardor en la pierna pero continuó corriendo, que lo agarraron otros policías y en ese momento se dio cuenta que tenía un tiro en la pierna derecha, en la parte trasera, que además de la lesión de la pierna posee las palmas de las manos lastimadas y los codos raspados, que lo llevaron al Hospital. Posteriormente se le notifica al Sr. Toscano que recupera la libertad.

A fs. 61/62 la Sra. Melisa Alesandra Clavero declaró ante la preventora que se encontraba junto a un grupo de amigos en el playón del Parque España, a las 21:00 hs aproximadamente, que en un momento parte del grupo comenzó a dar golpes de puño, que entre ellos se encontraba su novio Nazareno, que la policía lo agarró, que comenzaron a caminar por la calle que cruza el viaducto, que llegaron varios policías y los agarraron para luego trasladarlos a la comisaría, que hubo forcejeos con los policías.

A fs. 66/67 la Sra.Carla Danisa Gorosito manifestó ante la preventora que se encontraba en el playón del Parque España, a las 22:00 hs aproximadamente, junto a su tío Diego Correa, la novia de éste llamada Romina, y el hermano de ésta llamado Matías, que en un momento dado, comenzaron a darse golpes de puño el novio de Melina, llamado Nazareno, con los gendarmes que estaban cerca del escenario, que se agregó gente, que estuvieron mirando lo que pasaba, hasta que empezaron los escopetazos, se fueron caminando por la calle que cruza el viaducto, que llegaron varios policías, los agarraron y los subieron en una camioneta para trasladarlos a la comisaría, que hubo forcejeos con la policía.

A fs. 71/72 el Sr. Edgardo Daniel Cáceres Ximinez, manifestó ante la preventora que se encontraba en el playón del Parque España a las 22:00 hs aproximadamente, junto a un grupo de amigos, porque estaban tocando unas bandas, que en un momento se armó una corrida por un grupo grande de la GUM para el lado del escenario, que agarró su mochila y se fue por calle Sarmiento, que allí lo tiraron al piso unos policías, que después de un forcejeo lo subieron a una camioneta junto a Alexis para llevarlos a la comisaría, que resultó lesionado por las piedras que tiraban los pibes cuando se armó la corrida.

A fs. 76/77 obra la declaración de Diego Sebastián Correa quien manifestó que se encontraba a las 22:00 hs aproximadamente en el playón del Parque España junto a su novia Romina Toscano, su sobrina Carla Gorosito y su cuñado Matías Toscano, que estaban tocando unas bandas, que en un momento vieron que al costado del escenario se estaba armando un revuelo, que se acercaron para ver que estaba pasando con el grupo de chicos que había allí, que luego fueron caminando por calle Sarmiento, y antes de llegar a la esquina los encerró un grupo de policías, los subieron a una camioneta, y los llevaron a la comisaría.

A fs.81/82 obra la declaración del Sr. Juan Carlos Valdéz quien manifestó que se encontraban en el playón del Parque España, a las 20:30 hs aproximadamente, junto a un grupo de amigos, entre ellos Diego, su novia Romina, su sobrina Carla, y su cuñado Matías, debido a que estaban tocando unas bandas, que vieron que abajo y al costado del escenario se estaba armando un revuelo, por lo que se acercaron a ver que estaba sucediendo con el grupo de chicos que estaba allí, que entre ellos estaba un chico que conocía de vista, que al rato se fueron caminando por calle Sarmiento, que al llegar a la esquina los encerró un grupo de policías, y los trasladaron a la Comisaría Tercera; que antes, lo agarraron a Matías, que éste forcejeó y se soltó, salió corriendo, entonces una mujer policía disparó hacia arriba con su escopeta, pero le pegó a un policía que estaba adelante, que éste comienza a quejarse, que los subieron a todos a la combi y más adelante lo subieron a Matías.

A fs. 86/87 obra la declaración ante la preventora del Sr. Nazareno Prieto quien manifestó que en fecha 21/09/2012, a las 21:30 hs aproximadamente, se encontraba junto a un hombre llamado Enriquez en la parte de abajo del playón del Parque España, discutiendo por unas monedas de unos malabares, que vieron que abajo y al costado del escenario se estaba armando un revuel o entre un grupo de pibes que se encontraban allí, que se metió la policía y comenzó a cargar a algunos de los chicos, junto con ellos dos; que del tema de la escopeta no sabe nada porque ellos estaban cerca del revuelo de los pibes, y eso pasó como a cuatro cuadras del playón.

A fs. 92/93 obra la declaración del Sr.Alexis Aristides Arce quien manifestó ante la preventora que en fecha 21/09/2012, a la noche, se encontraba caminando solo por el playón para el lado del túnel hacia el kiosco, que en un mome to se acerca la policía y lo cargaron en una camioneta que estaba vacía, que luego cargaron a pibes que se encontraban corriendo, que le contaron que fue por un revuelo que se había armado en el playón.

A fs. 97/98 el Sr. Enrique Héctor Ramírez manifestó ante la preventora que en fecha 21/09/2012, siendo entre las 20:30 hs y 21:00 hs aproximadamente, se encontraba junto a su amigo Sebastián, quien vive frente al PAMI I, bajaron para el Parque España, se quedaron en el playón, que se armó un revuelo entre los pibes que estaban allí, que por eso fueron la GUM y la policía, que lo agarró la policía y lo metieron en una chata, que luego subieron a la misma a otros pibes que estaban en el revuelo, que los trasladaron a la Comisaría Tercera.

A fs. 114/119; 125/126; y 132/133 constan las declaraciones informativas de los Sres. Jorge Roberto Álvarez, José Ricardo López, Agustín Ezequiel Corbalán, Diego Fernando Petrocchi, Héctor Eduardo Díaz, y Hugo Aníbal Pérez, agentes policiales que se encontraban a cargo de las escopetas, quienes manifestaron que no las utilizaron durante el transcurso del servicio destinado al sector del Parque España.

A fs. 120/124 obran las declaraciones de los agentes policiales, Martín Miguel Schiaffino, Paulo Alberto Martínez, Alejandro Fabián García, Carlos Alberto Portis, quienes ratificaron el contenido del Acta de Procedimiento N° 735/2012, reconociendo las firmas.

Obra a fs. 127/128 consta la declaración informativa del Sub Oficial Mayor Sr.Raúl Galfrascoli, quien expresó que se encontraba a cargo de uno de los grupos de mantenimiento y reestablecimiento del orden público, con la escopeta marca Itaca N° 339847, junto al otro grupo a cargo del Oficial Díaz, formando una línea recta, por detrás de los Jefes del cuerpo y avanzando por calle Sarmiento al Sur, dado que se había iniciado un disturbio de proporción en las escalinatas del Parque España donde resultó lesionado personal municipal; que continuaron en forma pedestre con escudos para la protección de la agresión por parte de los presentes en el sector, que al llegar a calle Catamarca, en virtud de la agresión permanente con objetos contundentes, piedras, baldosas, ya con personal de la policía motorizada, los que se habían adelantado para seguir con el objetivo de dispersar a la masa, efectuó tres disparos al aire con cartucho anti tumulto, que al momento se pudo reestablecer el orden general, que la policía motorizada siguió avanzando en procura de continuar con el orden logrado; que sobre una de las ochavas de la intersección mencionada, personal con pecheras fluorescentes procedió a la detención de algunos de los agresores. A fs. 129/1230 obra la declaración informativa del Sr. Hugo Hernán Martínez quien manifestó que se encontraba como chofer de la unidad móvil N° 4905, el cual estaba afectado al traslado del personal del cuerpo.

A fs.135 obra la declara el Comisario Inspector Juan Hugo Cabral, quien manifestó que el día de los hechos se encontraba abocado al servicio del día de la primavera, que al finalizar el evento un grupo de punks en las proximidades de las escalinatas del Parque España, que se comenzó a desplegar el personal policial ya que se encontraban a distancia, que los primeros en llegar fueron los policías de motorizada, luego el cuerpo de infantería, que comenzaron a replegar a estos grupos de aproximadamente 20 personas, por calle Sarmiento y en sus pasos estos jóvenes comenzaron a arrojar elementos contundentes tanto contra el personal policial como el municipal, que como primera línea marchaba personal de infantería y motorizada, y por último el personal caminante de la Agrupación de Orden Público, que al llegar a calle Catamarca estos jóvenes continuaban con las agresiones verbales y físicas, se procedió a la detención de varios de ellos, y se los trasladó en móvil a la Comisaría Tercera; que el personal de la Agrupación de Orden Público a su cargo no contaban con escopetas, sí el personal de infantería y motorizada. Obra a fs. 156/162 y 164/165 constan las declaraciones informativas de los Sres. Rocío Ayelén Naiara Godoy, Julia Verónica Camacho, Joana Valeria Barreto, Claudio Gastón Mendoza, Pablo Francisco González, Pablo Norberto Mendoza, y Oscar Rubén Álvarez, que da cuenta del servicio prestado en la fecha del hecho.

El testigo Sr. Walter Adrián Carrizo, ha expresado en la Audiencia de Vista de Causa ( fs 150/151), que conoce al Sr. Toscano por el ambiente al que frecuentan de música, que se encontraba allí, el evento lo había organizado la Municipalidad, aproximadamente a las 7; que en el lugar lo vio al Sr.Toscano pero que no habían ido juntos; que estaban en el playón grande del Parque España, eran como una masa, estaban todos juntos, que no había presencia policial, que no vio policías uniformados, que se encontraba gente de GUM, que el recital terminó a las nueve aproximadamente, que iban por calle Sarmiento a tomar el colectivo, que apareció la policía y no sabe por qué motivo se armó un gran revuelo, que se había formado un tipo de barricada de la policía, y empezaron a reprimir, que miraba todo desde afuera porque no se quería meter, que al primero que se movía la policía lo iba a interceptar, que se quedó en la vereda de enfrente y no le pasó nada, pasó desapercibido, que cuando llegaron a una cortada por calle Sarmiento, el Sr. Toscano se encontraba por llegar a la esquina, que en ese momento un policía lo reprimió con balas de goma y le pegaron, que eran dos motocicletas, que lo reprimieron en el piso, que el Sr. Toscano iba con unos amigos y con algunos de los que salían del recital, que a varios amigos les pasó lo mismo, que vio cuando le dieron un disparo de goma en la pierna al Sr.Toscano y cuando éste se encontraba en el piso, que prácticamente le dispararon a quemarropa, que la represión fue porque en otra parte había gente que no había asistido al recital, pero que empezaron a arrojar cosas a la policía desde el puente, por lo que la policía comenzó a reprimir, que la policía estaba en una barricada en el puente, en la parte de abajo, que las person as que se estaban yendo del recital no agredían, que entre los grupos había gente que gritaba o cantaba, que los gritos eran entre ellos y no para la policía, que los que arrojaban piedras eran los que llaman “pirañas” del Parque España, que en el recital no hubo alcohol, que cuando la policía fue agredida disparó al aire, que los que se encontraban presentes salieron corriendo, y la policía los corrió, que se asustaron, que además del Sr. Toscano no sabe de otros heridos de bala pero sí de golpes, que vio que a Toscano se lo llevaron, no sabe si se lo llevaron a la comisaría.

El testigo Sr. Guillermo Adrián López, ha expresado en la Audiencia de Vista de Causa, que conoce al Sr. Toscano de recitales, que tiene una amistad porque se conocen de allí, que fue al recital con unos amigos y se cruzó al Sr.Toscano en el lugar, que estaba ubicado cerca de la calle, que en el momento del recital no vio presencia policial, que estaba sólo la GUM, que después del recital vio a la policía, que estaba cerca del escenario y tenía visión hacia adelante, que atrás no vio si había policía, que se retiraron por calle Sarmiento, del lado contrario al río, que a 50 metros se empezó a armar un pleito, cerca del recital, hacia el lado del río, “empezaron a venir policías balas de gomas”, que el pleito fue entre la gente que venía del recital y los policías, que la policía estaba reprimiendo y había gente corriendo, que escuchó ruidos de balas de goma, que no sabe por qué se inició el pleito, que antes del mismo no vio nada, que escuchó gritos, que el actor sufrió agresión por parte de la policía, que cuando se encontraba a la altura de la cortada por calle Sarmiento entre Tucumán y Catamarca, lo vio al Sr. Toscano tirado en el piso y le estaban pegando, que luego se lo llevaron al Sr. Toscano, y a otros chicos que no conoce, que no sabe por qué se lo llevaron, que no sabe si había distintos grupos en el recital o a la salida del mismo, que el Sr. Toscano sufrió daños físicos, porque le pegaban, que al día siguiente llamó al Sr. Toscano y éste le contó que lo habían golpeado y le habían disparado una bala de goma, que el conflicto entre el Sr. Toscano y la policía fue frente al PAMI, que no vio el momento en que le pegaron la bala de goma, que sólo vio que lo golpearon y lo llevaron, que era un recital de rock, y había todo tipo de gente, que no vio agresiones de gente hacia la policía, que no sabría decir si las hubo, que se conocen con el Sr.Toscano porque les gusta la misma música pero no identifica que sean de una tribu, que en los recitales al aire libre hay rockeros o punks, que durante el recital no vio ninguna conducta que le llame la atención, que en ese tipo de recitales no suele haber enfrentamientos entre grupos, que luego del hecho no lo vio a Toscano frecuentar ningún recital, que el recital ese día era de Bull Dog.

Es importante considerar que los testigos que declaran ante esta sede judicial no lo han hecho previamente en sede prevencional, ni en el expediente administrativo analizado como así tampoco han sido nombrados por ninguna de las personas que han prestado declaración, por cierto abundantes .

La valoración de la prueba testimonial constituye una facultad propia de los magistrados, lo relevante es el grado de credibilidad de los dichos, en orden a las circunstancias personales de los testigos, razón de ser de su conocim iento, interés en el asunto y coherencia.

5) Acreditado el hecho, corresponde analizar la responsabilidad en el mismo. La actora funda su pretensión en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil, en la inteligencia indicada, el hecho consiste en las heridas de balas de goma provocadas al Sr.Toscano por agentes de policía dependientes de la Provincia de Santa Fe, de allí que la controversia sometida a consideración del Tribunal será analizado bajo la luz de ambas normas.

La CSJN ha señalado que “No cabe aplicar el principio iura novit curia excediendo el ámbito que le es propio y lesionando garantías constitucionales, pues la calificación de las relaciones jurídicas que compete a los jueces no se extiende a la admisión de defensas no esgrimidas ni autoriza a apartarse de lo que tácitamente resulte de los términos de la litis.” También ha dicho la CSJN que “El principio “iura curia novit” importa que los jueces no están vinculados por la calificación jurídica que las partes dan a sus pretensiones y que incluso pueden suplir el derecho mal invocado por aquéllas, pero esa facultad no se extiende a alterar las bases fácticas del litigio, ni la causa “petendi”, ni tampoco a la admisión de hechos o defensas no esgrimidas por las partes”.

La traba de la litis (y por ende el objeto de la sentencia), provienen de los hechos y el derecho invocado por las partes.El derecho como parte integrante de la causa pretensional (constituida por hecho e imputación jurídica) ingresa en el ámbito de debate de las partes en salvaguarda de su derecho a la defensa en juicio consagrado en las constituciones provincial y nacional.

En el marco del artículo 1112 del Código Civil, a partir del caso “Vadell”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación basó el fundamento de la responsabilidad del Estado en la norma citada cuando el reproche se relaciona con la falta de servicio; disposición que establece que “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título.”

Dice el Superior Tribunal que “…cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”.

La responsabilidad objetiva emergente de los artículos 1112 y 1113 del Código Civil, conlleva a la inversión de la carga probatoria, importando un análisis inverso de los factores de atribución invocados en la teoría general del daño. En los supuestos de responsabilidad objetiva no se busca culpa para condenar sino que se parte de la base de que el daño debe ser reparado, deben verificarse los requisitos de responsabilidad por riesgo:existencia del daño, nexo de causalidad, calidad de dueño o guardián, y en el caso, el cumplimiento irregular del servicio a cargo de la demandada.

Comprobados los requisitos, resulta necesario reflexionar sobre las causales de eximición.

La causal en discusión es la eximente de responsabilidad por culpa de la víctima, lo que importa hablar de la ruptura o atenuación del nexo causal, debiendo ser la prueba a su respecto inequívoca.

En definitiva , para comprender el alcance de la responsabilidad del Estado se hace necesario determinar si las circunstancias del caso encuadran dentro del concepto de “estado policial” ya que dicha responsabilidad opera por el servicio mismo, como condición u oportunidad para que el dependiente cause un daño a terceros.

En el caso, corresponde dilucidar si el accionar de los funcionarios policiales en el procedimiento en el que fuera aprehendido el actor y alcanzado por balas de goma, se erigió en causa de la prestación irregular del servicio público de seguridad cuyo resarcimiento se pretende.

Los funcionarios policiales tienen derecho a portar armas y el deber de hacerlo a fin de cumplir y velar por el mantenimiento de la plenitud del orden público. La responsabilidad del Estado se extiende a todo acto irregular derivado del uso indebido del arma provisto por el mismo Estado.

La CSJN ha sostenido que el “estado policial” implica el deber de velar adecuadamente por la integridad física de los miembros de la sociedad y la preservación de sus bienes; la cual ha entendido que si los agentes están obligados a actuar en cualquier momento a fin de prevenir la comisión de delitos que pongan el peligro la seguridad de la población. Si la protección pública genera riesgos, lo más justo es que dichos riesgos sean soportados por quienes se benefician de ella ( Fallos 317-1006, autos Cossio Susana contra Policía Federal Argentina y ot )

En el caso “Roman S.A. c/ Estado Nacional” -13/10/94- la C.S.J.N.sentó como base de aplicación para el criterio de la falta de servicio que el actor cumpla “la carga procesal de individualizar y probar del modo más claro y concreto que las circunstancias del caso posibiliten, cual ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular”, constituyéndose así una suerte de doctrina abierta pero tomando como eje “la razonabilidad” en atención a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, para aplicarlo (C.S.J.N. 08-09-92 Ricardo c/ Pcia de Buenos Aires, 15-07-97 “Tatedetuti SAIyE de Productos Frutícolas c/ Pcia de Bs. As., etc).

En el sentido expresado, resulta útil recordar que la C.S.J.N. 28-04-98 “Zacarias, Claudio H: c/ Pcia. de Córdoba”, en caso por falta de servicio, ha dicho: que basta para dar sustento al reclamo hacer referencia una secuencia genérica de hechos y actos, “sin calificarlos singularmente”… “la obligación del servicio se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuada a las circunstancias de tiempo y lugar”, interpretación que implica obviamente una mayor rigurosidad al adentrarnos al análisis del factor de atribución.

De las pruebas de autos se tiene por acreditado que Sr Toscano Marcelo se encontraba el día 21 de setiembre de 2012 en el playón del Parque España para participar de los festejos del día de la primavera; que conforme declaraciones obrantes en ambas sedes judiciales, instancia administrativa previa y demás constancias se tiene por acreditada la existencia de disturbios, peleas entre “tribus” que se encontraban en el evento, corridas y que los asistentes lanzaban piedras a la policía y que ante dicha situación de descontrol generalizado y actuando personal del la GUM y de la policía de Rosario, lo aprehenden a Toscano, quien forcejea con la policía, cae al piso el personalpolicial , logra soltarse , sale corriendo y posteriormente es alcanzado por una bala degoma en su pierna derecha.Cabe señalar que es el propio actor , quien en sede penal en elhecho imputado prima facie caratulado “Resistencia a la autoridad ” reconoce losdisturbios, las riñas y que en un momento dado tiran las vallas de contención y comenzó a actuar la policía y la GUM , hecho que describe según sus propias palabras “.empecé a correr, a mí me trata de agarrar la policía , yo me resistí y me pude escapar, mientras él se caía al piso ( en referencia al agente policial ) y seguí corriendo por la calle que cruza el puente viaducto y siente un ardor en la pierna , pero sigo corriendo hasta que me agarran los policías.”

Por otra parte, no hay constancias médicas , del Hospital Provincial de Rosario, ni surge de formulario de informe médico legal, ni de examen practicado por el Consultorio Médico Forense , ni de informativa a la Municipalidad de Rosario ( fs 74/83 ) que el mismo hubiera recibido golpes por parte de personal policial como lo afirma en la demanda.

Del análisis del plexo probatorio se concluye que no se ha acreditado en autos prestación irregular del servicio.Se tiene por probado que hubieron diversos actos de provocación por parte de la gente y en especial del actor que justifican el poder del Estado de llevar adelante acciones tendientes a fin de mantener el orden público y de evitar eventuales perjuicios a terceras personas en relación a las circunstancias de modo , tiempo y lugar, Por tanto, no se ha acreditado en autos prestación de servicio irregular por parte de la demandada, ni se verifica conducta culposa del personal interviniente que comprometa de algún modo la responsabilidad del principal , en el caso la Provincia de Santa Fe por lo que el daño invocado en el caso reconoce como única causa relevante el hecho de la propia víctima . Por lo expuesto se concluye que en virtud de no haberse acreditado en autos la prestación irregular delservicio o de haberse desarrollado el mismo en violación a alguna normativa y porencontrarse dicha carga en cabeza de la actora, este Tribunal entiende que la pretensión articulada deberá ser desestimada.

Las costas del juicio corresponde imponerlas a la actoravencida (art. 251 del C.P.C.C.).

Por todo lo expuesto y de conformidad a lo dispuesto por los artículos 1109, 1101, 1111, 1112, 1113 y ccs. del CC; artículos 7, 768, 772 y ccs. del CCC, y los artículos 245, 251, 541 y ss del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe, el TRIBUNAL COLEGIADO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL N° 1; RESUELVE: 1) Rechazar la demanda incoada por el Sr TOSCANO MARCELO MATIAS CONTRA LA PROVINCIA DE SANTA FE, con costas. 2) Regular los honorarios profesionales por Auto. Notifíquese por cédula. (Autos: “Toscano, Marcelo Matías c/ Superior Gobierno de Santa Fe s/ Daños y Perjuicios” Expte N° 2140/14).

DRA. JULIETA GENTILE

DRA. MARIANA VARELA

DRA. SUSANA IGARZABAL

DR. JUAN CARLOS MIRANDA