

M., M. E. y otros c/ Policía de la Provincia de Catamarca, Estado Provincial de Catamarca y otros s/Daños y Perjuicios”

SENTENCIA DEFINITIVA.º **

San Fernando del Valle de Catamarca, 10 de junio 2024.

VISTOS:

Estos autos, **Expte. Nº ***/20**, caratulados: “**M. M. E. y otros c/ Policía de la Provincia de Catamarca, Estado Provincial de Catamarca y otros s/ Daños y Perjuicios**”, traídos a despacho para resolver, y de los cuales,

RESULTA:

a) Que, a fs. 35/46, se presentan **M. E. M., M. E. R., P. M. D., G. I., E. J. A.** -en adelante, **T. X. A.**, atento las constancias de fs. 284- y **A. A. R.**, con el patrocinio letrado de la Dra. M. E. M. A., e inician acción de daños y perjuicios en contra de la **Policía de Catamarca**, el **Estado Provincial de Catamarca** y **autores desconocidos**, correspondiente a los cinco agentes policiales que intervinieron en el hecho.

Reclaman la suma de pesos quinientos mil (\$ 500.000), para cada uno de los actores, lo que asciende la suma total de pesos tres millones (\$ 3.000.000) con más sus intereses y costas, o lo que en más o menos resulte de la prueba a rendirse en autos.

En primer lugar, postulan la aplicación de los arts. 47, 15 y 16 de la Ley Nº 5434, y piden que la causa sea juzgada con perspectiva de género.

Indican, con respecto a la producción de la prueba que, si bien en la demanda se explayan en profundidad acerca de los hechos, requieren que considere la gran popularidad que tuvieron las publicaciones en cuestión y que el video que presentan ha sido testigo del actuar improcedente de la Policía de Catamarca, dejando evidente la responsabilidad y autoría de tales agentes, y que siendo ellos los únicos con acceso al mismo, son los provocadores de su viralización

Por lo tanto, solicitan que, oportunamente, se declare la cuestión de puro derecho, sin necesidad de apertura a prueba, lo cual dilataría innecesariamente el presente proceso, siendo el video aportado en autos prueba suficiente del reclamo.

Citan jurisprudencia y solicitan que se aplique el principio de confidencialidad y resguardo de la identidad e intimidad de las víctimas y testigos, atento a la excesiva exposición que tuvo el hecho sometido en autos.

Solicitan, además, que junto al traslado de demanda a la Policía de Catamarca, se ordene individualizar los nombres y domicilios de los cinco efectivos policiales que actuaron en el operativo de fecha 13 de septiembre de 2020, a horas 3.30 a.m. aproximadamente, en el domicilio xxxxx San Isidro, Valle Viejo, a los fines de su correspondiente individualización y respectivos traslados de la demanda.

Con relación a la legitimación pasiva, señalan que revisten tal carácter en esta acción por participación, acción e inacción que les cupo en los hechos que motivaron la demanda, en virtud de lo normado por los arts. 47 y 48 de la Constitución Provincial.

Antes de relatar los hechos, juzgan necesario hacer un análisis con perspectiva de género, respecto del contexto en que el hecho tuvo lugar, por lo que pretenden ilustrar someramente el ámbito cultural y las connotaciones y repercusiones del hecho a nivel social.

Señalan que, desde un punto de vista cultural, las personas que tienen una sexualidad diferente a la heterosexual son motivo de burla y rechazo; que hay un temor a contagio y una necesidad de demostrar frente a ellas su masculinidad siendo agresivos y despectivos; que ser gay, transexual, transgénero, etc., es ser menos, es portar una condición de anormalidad, lo que se agrava para las personas trans, quienes son además tildadas de payasos.

Dicen que la aceptación a este grupo colectivo, si bien ha iniciado con el reconocimiento legislativo de sus derechos, en la práctica nos encontramos lejos del cumplimiento de la letra y el espíritu de las leyes, puesto que todavía hay una barrera que divide a las personas por su condición sexual.

Ponen de resalto que fue muy lamentable observar cómo en algunos de los comentarios de las publicaciones de las redes se los llama “personas” entre comillas, como si la virilidad o los rasgos típicos de los estereotipos preconcebidos propios de los hombres y las mujeres fueran los que los terminan definiendo como personas.

Respecto al relato de los hechos, indican que el domingo 13 de septiembre de 2020, a horas 3:30 a.m. aproximadamente, y en el domicilio

ubicado en xxxxx, San Isidro, Valle Viejo, Catamarca, de **M. E. M.**, se encontraban reunidos **G. H., M. E., P. M., E., N. F.**, y también en compañía de **A., F., M. y H. N.**

Señalan que, de repente, de manera intempestiva y sin permiso ni orden judicial alguna, ingresaron cinco efectivos policiales de la Provincia de Catamarca abollando la puerta de ingreso del domicilio; que, mediante gritos e insultos les ordenaron desalojar la habitación y les pidieron que se colocaran en fila en inmediaciones del patio/pasillo, momento en el cual, uno de los oficiales tomó un teléfono celular, se acercó hacia sus rostros, como puede divisarse en un video que es de estado público y que adjunta a la demanda, para así proceder a filmar los rostros de cada uno de ellos obligándolos a mirar hacia la cámara.

Indican que los trataron de ignorantes e irresponsables; de ser los responsables de propagar la enfermedad objeto de la pandemia; que algunos golpes, como se ve al inicio, cuando toman de los pelos a **N. F.** y a **M. E. R.**, quien es golpeado en su cabeza. Que a **P. M. D.**, lo obligaron a sacarse y colocarse en múltiples ocasiones una vincha, murmurando al oído groserías, ¡haciéndole sonidos de besos y diciendo con tono de burla “mmm! chiquita”, y a **N. F.**, mientras lo filmaban, lo obligaban a levantar aún más las manos y luego lo golpearon en las costillas.

Continúan diciendo que **M. E. M.**, le pidió hablar en privado al jefe del procedimiento para que no viralicen el video, mientras afuera los otros oficiales continuaban maltratando física y violentamente al resto del grupo.

Señalan que puede advertirse que el video fue cortado oportunamente, terminando la filmación antes de que culmine lo acontecido; que al momento en que abandonaban el lugar, los golpeaban en la cabeza y en la boca, y se despidieron con la frase “quien se la come más”, y que vez que todos ellos se retiraron, los policías también procedieron a retirarse definitivamente.

Resaltan que los efectivos policiales no tomaron datos de ninguna índole a ninguno de los allí presentes, como tampoco se labró acta alguna; que en los días posteriores, la fama era tal que no podían salir a la vía pública sin ser objeto de bromas homofóbicas, de ser señalados con el dedo y hasta fotografiados en cada lugar al que concurrían.

Sostienen que ello despertó sentimientos de angustia e impotencia constante, que se tradujeron en noches de insomnio, ataques de pánico y

temor a salir de sus hogares; que sus familias tampoco fueron ajenas a los comentarios referidos a lo sucedido, con frases injuriosas y obscenas que recibieron tanto al concurrir al kiosco como a su lugar de trabajo y hasta en la vía pública. Que, también se afectaron las relaciones con sus parejas, amigos y hasta entre ellos se han generado situaciones de tensión provocadas por el estrés al que se encuentran sometidos.

En cuanto a la situación de **M.E.**, quien no había revelado su identidad sexual a su familia, la que tomó conocimiento a partir de la viralización del video, lo obligó a enfrentar el diálogo postergado y sin derecho a elegir el momento oportuno, lo que le generó un profundo dolor e inconvenientes personales y familiares.

Indican que todos los señalados en ese video fueron sometidos a una exposición de enorme magnitud, están en boca de todos, dejando de lado su bajo perfil al que venían acostumbrados sin poder rehacer su vida normal y cargando el peso de la estigmatización de la cual han sido víctimas; y remarcan que la frase “¡MMM Chikita!” ha trascendido notoriamente, en comentarios, memes y hasta canciones.

En cuanto a las normas aplicables, afirman que la Ley de Responsabilidad del Estado, a la cual nuestra provincia adhirió, en consonancia con lo dispuesto por los arts. 1764/1766, rompen la tradición jurídica que existía con el anterior Código Civil.

Luego de hacer un análisis sobre las facultades delegadas a la Nación por las Provincias, en consonancia con las normas constitucionales, sostienen que la regulación de la Ley 26.944 se aplica a los aspectos relativos a las relaciones de derecho público, pero que fuera de esos límites, la responsabilidad del Estado deja de ser un instituto propio del derecho público local, puesto que constituye un instituto general del derecho.

Por otro lado, indican que, tal como lo dice nuestro máximo tribunal, la prohibición de no dañar se encuentra entrañablemente vinculada con la idea de reparación a fin de no alterar los derechos reconocidos en nuestra constitución.

Como consecuencia de ello, consideran que cualquier medio elegido por el legislador que implique prohibir la aplicación del Código Civil y Comercial para indemnizar daños, no se adecua a lo dispuesto por el art. 19 del

CN, por lo que es incompatible con los principios y derechos constitucionales, y así debe ser resuelto por medio de la declaración de inconstitucionalidad de las normas que resulten insatisfactorias para proteger los derechos de la parte actora.

Solicitan que se consideren, en un sentido amplio, tanto la Ley de Responsabilidad del Estado, como las normas del derecho privado aplicables y los nuevos paradigmas constitucionales sobre violencia de género.

Respecto a los *presupuestos para la reparación del daño*. Indican que la relación causa-efecto entre el hecho y el daño resulta tan obvia, que prácticamente su referencia se torna innecesaria; que se encuentran ante un operativo policial de control, con allanamiento de morada, por una supuesta infracción cometida por los actores; que, en ese momento, sin que medie resistencia o desobediencia de los damnificados, fueron agredidos, filmados y posteriormente viralizado el humillante episodio y que, en su actuar, no existe eximente de responsabilidad alguna.

Dicen que el auge en ese momento de las redes sociales, de los medios de comunicación electrónica, la digitalización de los medios de prensa etc., hacen presumir o prever la inmediata difusión que se produce posteriormente a la de hacer click en “enviar” desde un dispositivo electrónico; que la información se filtra y se hace susceptible de ser transferida por internet y se puede reproducir en cualquier lugar del mundo y una infinita cantidad de veces, por una incontable cantidad de personas.

Por lo tanto, concluyen que el daño ocasionado no solo se encuentra por el maltrato recibido en el momento de la comisión del hecho ilegítimo, consistente en las vejaciones sufridas, sino también por la utilización de la imagen personal sin que medie consentimiento alguno; es más, se manifiesta verbalmente su negativa (art. 53 del CCCN) y la posterior exposición que tuvieron que sufrir manifestada en burlas, persecuciones y conflictos personales y familiares.

Con relación los *daños extramatrimoniales y daño moral*, afirman que fueron objeto de burlas, expuestos socialmente, juzgados por su condición sexual y perseguidos tanto en la vía pública como en las redes sociales, afectando sus derechos fundamentales de paz, tranquilidad de espíritu, libertad individual, integridad física, honor y afectos. Que dicha lesión no se materializó

en un solo acto, sino que las consecuencias se prolongaron en el tiempo y, por la dinámica de las redes sociales, su repercusión fue masiva y sucesiva en distintas regiones de la provincia y en otras también de nuestro país (Buenos Aires, Córdoba, etc.); y que el video provocó que se generaran canciones transmitidas por canales como YouTube, y los memes, imágenes peyorativas y comentarios denigrantes fueron tendencia posteriormente a la viralización del video.

Asimismo, valoran la conducta de los agentes policiales conforme el art. 1725 del CCCN. Por su sola presencia, por la investidura que los acompaña y además por el simple hecho de portar armar, causa intimidación de la que se ha aprovechado para que, sin posibilidades de repeler el acto, los actores sean víctimas de su atropello, abuso de poder y temor por la incertidumbre del alcance de sus agresiones y también por posibles posteriores persecuciones y represalias.

Es así que dice, considerando la violencia de la cual han sido sujetos pasivos los actores el día 13 de septiembre del 2020; la difamación de su imagen; divulgación de su intimidad en cuanto a su condición sexual; de la ridiculización de la que han sido objeto: la extensa divulgación y connotaciones que tuvo el hecho, solicita el monto de la suma de pesos quinientos mil (\$500.000) por cada uno de los actores (total de \$3.500.000).

Finalmente ofrecen prueba anticipada, documental, informativa, testimonial, confesional y formulan reserva del caso federal y de la cuestión constitucional.

A fs. 47 se otorga participación a los actores, con el patrocinio letrado de la Dra. M. E. M. A., se da inicio a la acción y, como medida preliminar, se ordena librar oficio a la Policía de Catamarca a fin de averiguar la identidad de los policías que actuaron en el operativo en cuestión, el que es contestado a fs. 54/68, del que surge que los agentes que de guardia el día del hecho eran: **S. A. M., A. E. N., Y. F. Á., E. B. y J. M. B.**

A fs. 72 la parte actora amplía demanda en contra de los efectivos policiales informados precedentemente, y a fs. 73 se ordena correr traslado a los accionados, por el término y bajo apercibimientos de ley.

b) A fs. 79/90 se presenta Ángel Ignacio Agüero , Jefe de Policía de la Provincia, con el patrocinio letrado de los Dres. **T. H. A., N. B. D. y C. M.**

F., quienes a su vez actúan como apoderados del Estado Provincial, en mérito de la carta poder obrante a fs. 78, contestan la demanda y plantean como defensa de fondo, falta de legitimación pasiva de la Policía de Catamarca, falta de acción de los actores, contestan planteo de inconstitucionalidad y afirman la plena vigencia de la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.9440, ratificada por la Ley Provincial N° 5536, solicitando que se haga lugar a sus defensas y se rechace la demanda.

Respecto a la *defensa de fondo de falta de legitimación pasiva* de la Policía de Catamarca, expresan que es manifiesta ya que la Policía de la Provincia es un órgano centralizado que gira en la órbita del Ministerio de Seguridad; por consiguiente, la demanda nunca pudo ser entablada en contra de la citada fuerza, sino que, reiteran, al depender de la Administración Pública Central, debió dirigirse la acción en contra del Estado Provincial, y que, al no revestir el carácter de entidad autárquica, con personalidad propia, no tiene capacidad para estar en juicio.

Sin perjuicio de ello, contestan demanda y, en primer término, niegan la existencia de los hechos, dicen que no ocurrieron en la forma y modo en que expresan, ni responden a las circunstancias de carácter y tiempo como lo exponen.

Señalan que los actores hacen manifestaciones subjetivas, antojadizas y parcializadas, atacando la cultura social imperante y que, tal como surge de las pruebas aportadas, la mayoría de los comentarios son relativos a la imprudencia con que se condujeron los actores al quebrar una prohibición expresa, tendiente a lograr medidas de salubridad en el marco de la pandemia imperante en ese momento.

Afirman que no hay ninguna prueba de que el video al que aluden haya sido filmado y viralizado por un efectivo policial en ejercicio de sus funciones, puesto que pudo haber sido hecho por un tercero, ajeno a la institución policial o amigos o familiares de los actores.

Agregan que son los propios actores quienes recurrieron a los medios de prensa y dieron entrevistas, de modo que no puede atribuirse a los accionados las repercusiones públicas de los acontecimientos que jamás fueron publicados oficialmente.

En cuanto a los hechos en sí, dicen que, tal como fuera informado oportunamente a las autoridades policiales de la jurisdicción de la Comisaría de San Isidro, un grupo de efectivos policiales, en cumplimiento de órdenes impartidas por sus superiores y alertados por el llamado telefónico de un vecino, se dirigieron al barrio Bella Vista de la Localidad de San Isidro, Valle Viejo, donde advirtieron la presencia de un grupo de personas que se encontraban reunidas en un domicilio particular, en clara infracción a las disposiciones del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 714 de fecha 30 de agosto de 2020, que teniendo en cuenta la situación epidemiológica imperante dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio en todo el territorio nacional, al cual adhirió nuestra provincia, a través del Decreto Provincial N° 1579, de fecha 07 de septiembre de 2020.

Manifiestan que, ante tales circunstancias, el personal policial conforme al protocolo de actuación, procedió a desalojar el lugar, identificar a las personas en infracción y, posteriormente, conminarlas a retirarse del lugar, todo ello en presencia de eventuales vecinos de la zona, que, alertados por la presencia policial, observaron el procedimiento.

Continúan diciendo que, tomando en cuenta esas circunstancias, los hechos no ocurrieron en la forma que dicen los actores, ya que, ante la presencia de terceros en el procedimiento, resulta inaceptable sostener que las filmaciones y/o videos en cuestión fueron realizados y viralizados por el personal policial interviniente; que, en consecuencia, no puede tenerse por acreditado ningún factor de atribución ni el nexo causal para imputar el supuesto daño a los efectivos policiales ni al Estado, en los términos en que lo regula el art. 4 de la Ley 26.944, por su actuación lícita.

Afirman que el art. 5 de la normativa citada señala que la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional, que la indemnización solo puede comprender el daño emergente, lo que no incluye ni el lucro cesante ni que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ni ganancias hipotéticas. Que el accionar policial fue realizado siguiendo expresas instrucciones, todos y cada uno de ellos vistiendo el uniforme oficial, cumpliendo los protocolos e impidiendo que se transgredan las disposiciones en materia de salubridad pública, por lo que el actuar de la fuerza de seguridad no puede ser considerado ilícito o antijurídico.

Con relación al planteo de *inconstitucionalidad* alegado por la contraria, dicen que corresponde la aplicación de la norma nacional N° 26.944; que la postura adoptada por la parte actora es anacrónica y no se condice con la realidad actual del derecho, y solicitan que se rechace el planteo por resultar improcedente y carente de sustento factico y legal; además, citan normativa, doctrina y jurisprudencia.

Expresan en forma categórica, que la eventual existencia de responsabilidad estatal no tiene sustento en las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación; que en función de lo previsto por los arts. 1764, 1765 y 1766, ésta se limita a los factores de atribución objetiva y directa previstos en la Ley N° 26.944, ratificada por la provincia por la Ley N° 5536.

Finalmente ofrecen prueba y piden que se rechace la acción de daños y perjuicios instaurada, citan el derecho aplicable, ofrecen prueba documental, confesional y hacen reserva del caso federal.

c) A fs. 92/110, se presentan los Dres. **T. H. A., N. B. D. y C. M. F.**, en el carácter de apoderados, en presentación del **Estado Provincial** contestan demanda; plantean falta de legitimación pasiva de la Policía de la provincia, contestan respecto del planteo de la inconstitucionalidad y afirman la plena vigencia de la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944, ratificada por Ley Provincial N° 5536; y solicitan que se haga lugar a la prejudicialidad penal, a las defensas y se rechace la demanda, reproduciendo la anterior contestación, a la que remito en aras de la brevedad.

En cuanto a la prejudicialidad penal, dicen que, según lo acreditarán con el informe de la Fiscalía de Instrucción de Séptima Nominación, a cargo del Dr. Hugo Costilla, se tramitaría una causa penal, conforme lo expresan los propios actores, por lo que solicitan que oportunamente se agreguen copias certificadas de dicho proceso; y que resulta de sumo interés que se elucide la causa penal previamente, para evitar la eventual posibilidad que haya pronunciamientos dispares sobre un mismo hecho.

Por último, citan el derecho aplicable, ofrecen prueba documental e informativa, y formulan reserva del caso federal.

d) A fs. 113/118 se presenta **S. A. M.**, con el patrocinio letrado de la Dra. G. D. V. D., y contesta demanda..

En primer término, interpone *falta de legitimación pasiva como defensa de fondo*, en virtud de que el accionar que se le atribuye, esto es la filmación del video, no fue de su autoría, por lo que es ajeno en la participación y posterior responsabilidad en el hecho que constituye el objeto del proceso.

Seguidamente niega en general y particular los dichos de la contraria, y expone su versión de los hechos.

Al respecto, dice que los hechos no ocurrieron del modo expresado por la parte actora ya que, el día 13 de septiembre de 2020, él se encontraba en el ejercicio de superior de turno, realizando recorrido en una unidad móvil de la Jurisdicción de San Isidro, Departamento de Valle Viejo, y que, ante el llamado mediante comando radioelectrónico, se constituyó conjuntamente con cuatro oficiales en el inmueble de xxxxx, donde se desarrollaba una fiesta clandestina, en clara infracción del DNU N° 714, lo que había sido denunciado por los vecinos del lugar, donde efectivamente se escuchaba música a alto volumen.

Señala que por un pasillo comunitario y conjuntamente con el personal policial, procedió a dirigirse al lugar en cuestión a pie donde se encontraban varias personas reunidas consumiendo bebidas alcohólicas; que procedió a comunicarles los decretos de pandemia vigentes en ese momento y, una vez informados, les solicitó que se retiren de a sus hogares. Agrega que, mientras le comunicaba la prohibición de hacer reuniones sociales a **M.E.**, en el interior del inmueble de su propiedad, las otras personas se encontraban afuera con los demás agentes.

Señala que, como el lugar estaba muy oscuro, los agentes estaban provistos de las linternas de sus teléfonos celulares; que durante el procedimiento, había vecinos que se presenciaban el operativo, y que, en esas circunstancias, no pudo advertir si alguien se encontraba filmando o no. Niega el pedido de no viralización que **M. E. M.**, dice haberle efectuado y concluye que los actores son responsables de haber acudido a la prensa local a exteriorizar lo sucedido, por lo que se expusieron a lo que desencadenó el desafortunado hecho dañoso.

Dice que es ilógico que el personal policial filme un procedimiento inadecuado y que, generalmente, son personas ajenas quienes suelen utilizar estas maniobras.

Finalmente dice que no se configuran los presupuestos de la responsabilidad respecto de su parte, puesto que la causa del daño es ajena a él y que debe atribuirse a un tercero; que no se configuró el nexo de causalidad exigido entre la consecuencia acaecida de daño, burlas, agresiones verbales y demás, y la acción ejecutada (filmación), dado que de su parte siempre actuó en plena observancia a los deberes de cuidado y prevención, y cita doctrina y jurisprudencia.

Por último, ofrece prueba, formula reserva del caso federal y pide el rechazo de la acción en su contra.

e) A fs. 136/139 se presenta **E. B.**, con el patrocinio letrado de la Dra. C. L. L., contesta demanda, niega los hechos alegados e impugna la prueba documental.

Dice que, el día en cuestión, se encontraba en la comisaría de San Isidro, Departamento Valle Viejo, puesto que se encontraba cursando la materia de práctica profesional que exige cumplir guardias de 24 horas por 48 de descanso, por lo que no contaba con estado policial ni portaba armas; que recibió un llamado telefónico de vecinos que reclamaban por una aparente fiesta en el domicilio en cuestión, por lo que se envió a un agente motorizado, de apellido M. B., quien tampoco tenía estado policial, y quien, junto a otra policía, de apellido Y.F. Á. , al llegar al lugar, corroboraron la existencia de la fiesta que salía desde un pasillo que da a la calle y que no tenía puerta.

Añada que, frente a la negativa a retirarse del lugar, se pidió refuerzos a la comisaría, que se encontraba a cargo del subcomisario **S. A. M.**; que cuando llegaron al domicilio había un pasillo, no se derribó ninguna puerta y se procedió al ingreso, el que fue realizado primero por parte del subcomisario y el ocurrente detrás de él. Que en el lugar se procedió a golpear la puerta de una pieza, de donde salió un señor que se identificaba como **M. E. M.**; que el subcomisario les pidió a los presentes que salgan del cuarto y al ocurrente que se dirija hacia la parte de atrás y corrobore si había más personas, manifestando que solo observó que había una bicicleta y una moto desarmada.

Afirma que la requisita se habría realizado durante el tiempo que demoró en hacer la inspección ocular que le ordenaron, ya que al regresar hacia el pasillo, estaban todos contra la pared; que en esa instancia no tuvo instrucciones ni órdenes de revisar a persona alguna, ni habló con nadie y que cuando llegó hasta donde estaban todos, el subcomisario ya estaba ordenando que se retiren todos del lugar. Que como consecuencia de ello, no vio si alguien filmó el procedimiento, pero al día siguiente advirtió en el grupo de WhatsApp que tenían con el personal de guardia, que apareció una filmación compartida, que él no compartió y procedió a borrar por no estar de acuerdo con el material.

Agrega que en la filmación no se lo ve, puesto que él no estaba presente; que no sabe si se labraron actas, pero que sí sabe que un sargento de apellido R., a cargo de la guardia, anotó en el libro de guardias los hechos señalados. Finalmente, ofrece prueba y pide el rechazo de la acción.

f) A fs. 140/142 se presenta **A. E. N.**, con el patrocinio letrado del Dr. R. M. G., plantea *excepción de falta legitimación pasiva* y contesta demanda.

Dice que en cumplimiento de sus funciones intervino en un procedimiento que pretendía desarmar una fiesta clandestina en esta ciudad capital, como consecuencia de un llamado del comando radioeléctrico; que en dicho procedimiento intervinieron cuatro oficiales y accedieron al lugar con el permiso de un asistente y/o dueño del lugar, donde se encontraron con varias personas consumiendo alcohol, gritando y bailando, por lo que se procedió con la ayuda de los agentes a comunicarles la prohibición de reunión que por decreto se encontraba vedada, y muchos de ellos procedieron a retirarse hacia afuera del lugar.

Señala que el jefe del procedimiento, luego de tomar conocimiento de quién era el dueño del lugar, procedió a comunicarse directamente con él.

Luego, niega los hechos alegados, considera que no se encuentran configurados los presupuestos de la responsabilidad civil y pide el rechazo de la acción.

g) A fs. 143/145 se presenta **Y. F. Á.**, con el patrocinio letrado del Dr. R. M. V., contesta demanda y solicita su rechazo.

Niega en general los dichos de la contraria y dice que el día 13 de septiembre de 2020, siendo aproximadamente las 03:00 am, mientras se encontraba de servicio junto a sus compañeros en la dependencia policial, un llamado telefónico de otro vecino del lugar xxxxx, puso en conocimiento al personal policial que, por los ruidos molestos, el elevado volumen de la música y numerosas voces, se estaría llevando a cabo una reunión en un domicilio particular, solicitando entonces su presencia a los fines de verificar tal acontecimiento.

Dice Y. F. Á que, en cumplimiento de los deberes de funcionarios públicos y en pleno ejercicio de sus funciones, conjuntamente con J. M. B., se trasladaron al lugar en las motocicletas policiales, por lo que una vez que arribaron a las inmediaciones donde se estaría llevando a cabo la celebración; que con la colaboración de los vecinos lograron determinar el lugar y desde la vía pública pusieron en conocimiento a la superioridad, quienes se trasladaron y arribaron en el móvil policial al domicilio indicado donde se estaba llevando a cabo lo podría denominarse una fiesta clandestina, en clara violación de la normativa vigente a los fines de evitar el contagio masivo de Covid-19.

Continúa diciendo que una vez que arribó el resto del personal policial, tanto ella como su compañero se quedaron al cuidado de las motocicletas que se encontraban en la calzada, mientras el resto del personal policial ingresó al inmueble con linternas debido a la escasa iluminación del lugar; que en el fondo de la propiedad se encontraban numerosas personas, entre ellas algunas femeninas, por lo que su superior le ordenó que ingrese al inmueble, ya que ella era el único personal femenino en dicho procedimiento.

Sigue relatando que una vez que ingresaron al inmueble junto a su compañero advirtieron que, ante la superioridad numérica de las personas que se encontraban en el lugar, su superior ordenó, a los fines de evitar tumultos o alguna posibilidad de agresión hacia los efectivos, que se distancien entre ellas, conforme protocolo de actuación, con la única finalidad de constatar la identidad y los domicilios de las personas presentes. Que, luego de constatar que la mayoría de las personas no habitaban en el inmueble, se les solicitó que se retiraran a sus domicilios particulares. Concluye diciendo que solo se limitaron a intervenir en el procedimiento por orden de la superioridad y manifestar a los presentes que se encontraban en clara violación del aislamiento

social dispuesto; que no profirieron insultos ni tuvieron conductas desaprensivas, ni realizaron vejaciones en contra de los actores, tal como surge de la prueba aportada por los actores.

Finalmente, impugna la prueba documental y audiovisual; ofrece prueba informativa, confesional y testimonial.

h) A fs. 146/149, se presenta **J. M. B.**, con el patrocinio letrado del Dr. C. S. C., y contesta demanda casi en idénticos términos a la de la accionada Á., por lo que a ésta me remito, por cuestiones de brevedad.

A fs. 150/151, el tribunal provee las presentaciones de los accionados, tiene por contestadas las demandas y ordena correr traslado a la parte actora de los planteos de falta de legitimación, falta de acción, y prejudicialidad penal y, respecto del planteo de inconstitucionalidad se ordena correr vista al Ministerio Público Fiscal, el que se expide a fs. 152, respecto de la temporalidad del planteo.

Seguidamente obra la sustanciación de todos los planteos efectuados con relación a la excepción de falta de legitimación pasiva, falta de acción y prejudicialidad penal, a las que volveremos al analizar luego por separado.

A fs. 201/202 obra acta de la audiencia preliminar en la que, se resuelve diferir para el momento de dictar sentencia los planteos de inconstitucionalidad, prejudicialidad penal y falta de legitimación pasiva; y ante la imposibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio, se abre la causa a prueba por el término de ley.

Seguidamente, obran los cuadernos de pruebas de las partes, a fs. 413 se clausura el término probatorio, y mediante actuación n° *****/23 se llama autos para dictar sentencia.

Luego, al advertir que el Ministerio Público Fiscal solo se había expedido respecto de la temporalidad del planteo de inconstitucionalidad pero no sobre el fondo del asunto, se suspende el llamado de autos y se ordena correr nueva vista.

Mediante actuación N° *****/24, se agrega el dictamen fiscal N° ***, según el cual la Fiscal actuante propicia el rechazo de las inconstitucionalidades incoadas por considerar que el planteo es abstracto y sin relación con la causa en concreto. Dice que la función del Poder Judicial no es la de pronunciarse

sobre el acierto o error, mérito o conveniencia de las soluciones adoptadas por los poderes políticos, en este caso, el Poder Legislativo, y que para que un juez pueda declarar la inconstitucionalidad de una norma resulta necesario que se demuestre acabadamente de qué manera las disposiciones atacadas contrarían los principios de la Constitución Nacional, y especialmente, que se precise y acredite fehacientemente el perjuicio concreto que produce la aplicación de estas disposiciones, lo que no sucede en autos.

Culmina diciendo que el planteo es insuficiente atento a la generalidad y falta de demostración del perjuicio concreto y de qué modo se produce en la causa, por lo que propicia su rechazo.

En este estado, se llama a autos para dictar sentencia.

Y CONSIDERANDO: Que,

1) Entrando entonces al análisis de la causa, tenemos que en autos se presenta la parte actora e inicia acción de daños y perjuicios en contra del Estado Provincial, Policía de la Provincia y los señores de **S. A. M., A. E. N., Y. F. Á., E. B. y J. M. B.**, por considerarlos responsables de los daños morales ocasionados como motivo del irregular actuar del personal policial en un operativo policial.

Dicen que el irregular actuar policial se generó por la grabación de un video durante el operativo, en el que se les dio un trato discriminatorio y de burla, atacándolos respecto de su identidad sexual, video que luego fue difundido en redes sociales; que masiva difusión del video, lo que comúnmente se conoce como “viralización”, generó todo tipo de comentarios y ataques en contra de ellos, exponiéndolos a distintas clases de situaciones personales que les generaron el daño que reclaman.

A los fines del reclamo iniciado, plantean la inconstitucionalidad de los arts. 1764, 1765 y 1766 del CCCN, de la Ley Nacional de Responsabilidad Estatal N° 26.944 y de la Ley Provincial de Responsabilidad Estatal N° 5.536.

A su turno, el Estado Provincial, la Policía de la Provincia y el accionado S. A. M., plantean excepciones como defensa de fondo, lo que ha sido diferido para este momento, al igual que el planteo de prejudicialidad, efectuado por el Estado Provincial.

El resto de los demandados niegan los hechos y piden el rechazo de la acción, lo que será analizado en el capítulo correspondiente.

2) En primer término, corresponde analizar el planteo de *prejudicialidad penal* efectuado por el Estado Provincial a fs. 108/109, quien considera que, en atención a que existe una causa penal por el mismo hecho, que tramitaría ante la Fiscalía de instrucción N° 7, debe suspenderse el dictado de la sentencia en el presente proceso hasta que recaiga una decisión en sede penal, para evitar el dictado de sentencias contradictorias, atento lo dispuesto por el art. 1775 del CCCN.

Planteada así la cuestión, de inicio diré que, tal como lo señala la parte actora en su escrito de fs. 168, ello debe ser rechazado, en virtud de que, conforme lo dispuesto por el inc. c), del art. 1775 del CCCN, se exceptúa la suspensión del dictado de la sentencia en sede civil en caso de exista acción penal, cuando la acción civil por reparación de daños se encuentre fundada en una causal de naturaleza objetiva, tal cual acontece en el caso de autos.

Por ello, corresponde rechazar el planteo de *prejudicialidad*, con costas al Estado Provincial vencido, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, primer párrafo, del CPCC).

3) Corresponde analizar en este momento, planteo de *inconstitucionalidad* efectuado por la parte actora respecto de los arts. 1764 y 1765 del CCCN, de la Ley Nacional de Responsabilidad Estatal N° 26.944 y de la Ley Provincial N° 5.536.

A dicho fines, se debe tener presente que el art. 1764 del CCCN establece que las disposiciones del Capítulo 1 de esa norma no resultan aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, lo que guarda relación con lo dispuesto por el art. 1 de la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944, a la cual adhirió nuestra provincia por medio de la Ley N° 5.536.

A su vez, el art. 1765 del CCCN señala que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda, es decir, en este caso, las leyes citadas precedentemente.

Ahora bien, como sabemos, tal como lo dispone el art. 75 inc. 12 de la CN, es facultad del Congreso de la Nación dictar los Códigos Civil,

Comercial, Penal, etc., es decir de instituir las normas de fondo del Estado, como consecuencia de la delegación de esa facultad al Estado Nacional por parte de las Provincias, y que estas últimas regulan las normas de carácter procesal y las del derecho administrativo de cada una de ellas.

Esa delegación de facultades hecha por las Provincias a la Nación no puede vulnerar en modo alguno el principio fundamental de reglamentación común de los derechos de todos los habitantes que surge del art. 126 de la CN, en cuanto señala que las Provincias no pueden ejercer las facultades delegadas quienes, a su vez, por imperio de lo dispuesto en el art. 31 del mismo cuerpo normativo, están obligadas a conformarse a las leyes dictadas por la Nación, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales.

Como bien sabemos, todo nuestro sistema jurídico se estructura con base en la supremacía del derecho constitucional y de los tratados internacionales, de manera tal que “no puede haber una división tajante entre derecho público y derecho privado, ni esfera que quede por debajo de los derechos humanos y que resulte inalcanzable por el brazo judicial” (Cita: MJ-DOC-11904-AR, MJD11904). Por ello, es menester que todas las regulaciones provinciales no se aparten de las contenidas en la legislación de fondo, a fin de que “no se afecten principios o garantías constitucionales, ni comprometa la unidad sustancial del derecho” (Goñi, Enrique B.; *Impuesto sobre los Ingresos Brutos*, Buenos Aires, Depalma, 2.^a ed., actualizada y ampliada, p. 9.).

Sobre esta base es que se debe analizar el principio constitucional conocido como *alterum no laedere*, establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que surge del art. 19 de la CN y que no es otro que el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de terceros, el que se encuentra unido de manera inescindible, a la consecuencia jurídica que produce un daño, es decir, su reparación.

En ese sentido, se ha dicho que el principio por el cual ninguna persona debe perjudicar los derechos de otros, “está entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina

jurídica” (en igual sentido, ‘Morea, Mariana Marcela c/ EN Ministerio Justicia y DDH – SPF s/ daños y perjuicios’, Competencia N.º 1148, XXXVIII, 30/3/2004, Fallos: 327:857).

Como consecuencia, la norma del art. 5 de la Ley N° 26.944, a la que nuestra provincia adhirió, que excluye la posibilidad de la reparación de las “circunstancias de carácter personal, valores afectivos y ganancias hipotéticas”, implica un cercenamiento del derecho de los actores en la presente causa a ser indemnizados por los daños sufridos, máxime si se tiene en cuenta que en estos autos, el daño que reclaman los actores es esencialmente de naturaleza extrapatrimonial, fundado en las aflicciones, pesares y molestias de índole espiritual que la irregular prestación del servicio por parte del Estado les habría causado.

En este contexto, por aplicación del régimen especial que estatuye la Ley 26.944, los actores no solo verían cercenado su derecho a obtener una reparación integral del daño reclamado, sino que, por naturaleza del daño causado y lo pautado por el art. 5 de la norma de mención, se verían completamente privados de obtener la reparación del perjuicio que alegan, lo que resulta incompatible con los más elementales derechos contemplados por nuestro sistema jurídico.

Al respecto nuestro máximo tribunal ha dicho en numerosos fallos que: “la adecuada protección del derecho a la vida y a la integridad psicofísica de las personas exige que se confiera al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que este amerita, así como evitar la fijación de limitaciones en la medida en que impliquen *alterar* los derechos reconocidos por la Constitución Nacional” (CSJN: A, 2652, XXXVIII, 21/9/2004, Fallos: 327:3753).

En el caso concreto de autos, la directa aplicación de las normas de la ley de la Responsabilidad del Estado, a la que hemos adherido, y de lo dispuesto por los arts. 1764 y 1765 del CCCN, no se condice con el objetivo reparador de la norma y resulta inconciliable con los principios y derechos constitucionales que venimos analizando y que deben ser protegidos, por lo que no encuentro otra solución que declarar la inconstitucionalidad de las normas citadas.

La solución a la que arribo permitirá proteger el derecho constitucional de los actores a obtener una reparación plena, salvaguardando la

supremacía de las normas constitucionales citadas frente a otras de menor jerarquía.

Por último, diré que no escapa a mi criterio que la declaración de inconstitucionalidad constituye un remedio de *última ratio*, solo procedente cuanto una disposición se encuentra en pugna con nuestra máxima norma y cuando no haya otra solución adecuada al caso que se analiza, por lo que, en mérito de todo lo analizado más arriba, considero que se encuentra justificado tal remedio.

Como consecuencia de todo lo expuesto, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 1764 del CCCN y de los artículos N° 1° y 5° de la Ley Nacional de Responsabilidad Estatal N° 26.944, con costas por el orden causado, en tanto la parte actora tenía la necesidad de plantearlo para lograr un resarcimiento y, por otro lado, el demandado naturalmente defiende la legalidad de las normas que lo rigen (art. 68, segundo párrafo, del CPCC).

4) Siguiendo con el análisis de las cuestiones planteadas en autos, analizaré en este momento la excepción de *falta de legitimación pasiva* planteada por la Policía de la Provincia.

Al respecto, manifiesta la demandada que no debió ser traída al proceso por ser un órgano centralizado que gira en la órbita del Ministerio de Seguridad de la provincia, puesto que es el Estado Provincial el único que debió ser demandado.

Asimismo, alegan que la Policía de la Provincia no reviste el carácter de entidad autárquica, no tiene personalidad propia, ni capacidad para estar en juicio, por lo que piden que se haga lugar a la excepción planteada. Corrido el traslado de ley, la parte actora contesta tan solo el planteo de prejudicialidad penal, pero no lo hace respecto de la falta de legitimación.

Expuesta así la cuestión y conforme lo tiene dicho importante doctrina, “hay falta de legitimación para obrar cuando el actor o el demandado no son las personas especialmente habilitadas por la ley para asumir tales calidades con referencia a la concreta materia sobre la cual versa el proceso”, y que “existe falta de legitimación cuando no media coincidencia entre los sujetos que efectivamente actúan en el proceso y aquellos a los cuales la ley habilita especialmente para contradecir respecto de la materia sobre la que versa el

litigio” (Arazi, Roland y Rojas, Jorge A., *Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. II, Rubinzal- Culzoni, 2007, Sta. Fe, pág. 246).

En tal sentido, la *legitimación activa* supone la aptitud para estar en juicio como parte actora, a fin de lograr una sentencia sobre el fondo o mérito del asunto, la que puede ser favorable o desfavorable; en tanto que la *legitimación pasiva* se vincula con identidad que debe existir entre la persona demandada y el sujeto pasivo de la relación sustancial controvertida (ídem). “(...) La carencia de legitimación procesal se configura cuando una de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de que ésta tenga o no fundamento...” (CSJN, 1989/11/07, Ruiz, Mirtha E. y otro c. Provincia de Buenos Aires, LL, 1990-C, 430).

Dicho ello, entrando al análisis jurídico del planteo, entiendo que le asiste razón a la demandada excepcionante, por cuanto la Policía de la Provincia es un organismo centralizado en el ámbito del Ministerio de Seguridad, es decir, dependiente del Estado Provincial y con una relación funcional a éste.

No es una persona jurídica diferenciada, dotada de capacidad jurídica propia para estar en juicio y para responder, en definitiva, con un patrimonio propio por los eventuales perjuicios que pueda producir a terceros, por lo que la excepción de falta de legitimación interpuesta deviene procedente, debiendo aplicarse las costas a la parte actora vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, primer párrafo, del CPCC).

5) Corresponde analizar en este punto también, la *falta de legitimación pasiva* planteada por S. A. M. y A. E. N., quienes niegan ser los que grabaron el video y realizan el planteo de manera genérica, sin mayores argumentos.

A su turno, la parte actora contesta el traslado de la excepción planteada por el demandado M. (fs. 159/160) y solicita su rechazo.

Dice que el accionado no solo es responsable por haber actuado en el procedimiento policial, sino que era el Subcomisario a cargo, es decir el superior de turno al momento del hecho; que, como consecuencia, era quien debía supervisar y controlar al resto de los agentes que se encontraban bajo su subordinación, por lo que resulta responsable de todo cuanto aconteció durante el operativo.

En cuanto a la excepción planteada por A. E. N., a fs. 166/167, dice que negar ser el autor de la filmación no es motivo para la procedencia de la defensa en cuestión, máxime cuando reconoce haber actuado en el procedimiento donde se generó el registro fílmico.

Al respecto caben tener presente que, de acuerdo con las nociones conceptuales dadas en el punto anterior y atento a que S. A. M. actuó en el hecho policial en su cargo de subcomisario y A. E. N. como agente policial, no hay fundamento alguno para hacer lugar al planteo, puesto que participaron en el procedimiento que da origen al presente reclamo, lo que habilitó a discutir con ellos sobre la cuestión planteada por los actores, sin perjuicio de lo que éstos finalmente obtengan un resultado favorable a su pretensión o no.

Por ello, considero pertinente rechazar las excepciones planteadas por los accionados, con costas por el orden causado, en tanto los actores debieron haberse considerado con derecho a citarlos al proceso (art. 68, segundo párrafo, del CPCC).

6) En este estado, entrando a analizar la causa y a la luz de la inconstitucionalidad resuelta *ut supra*, corresponde juzgarla de acuerdo con el resto de las disposiciones de la Ley 26.994 y de las normas aplicables del Código Civil y Comercial de la Nación, principalmente por lo dispuesto por el art. 1763, que regula la responsabilidad de las personas jurídicas (arts. 145, 146) y las normas concordantes de dicho cuerpo normativo.

En la presente causa tenemos que se reclama, por un lado, la responsabilidad del Estado por el supuesto actuar ilegítimo de la Policía de la Provincia y, por el otro, de los agentes policiales S. A. M., A. E. N., Y. F. Á. y J. M. B., y del estudiante que realizaba la práctica profesional el día del hecho, E. B., responsabilidades que responden a diferentes factores de atribución, puesto que en el primer caso la responsabilidad es de naturaleza *objetiva*, mientras que en el segundo de carácter *subjetivo*.

Aclarado ese punto, considero importante repasar también los requisitos que deben reunirse para que se configure una obligación resarcitoria, algunos de los cuales son constantes como el *daño injusto* -o un peligro antijurídico de daño- y un *factor de atribución* en contra del responsable; en tanto que los restantes pueden ser generales, como la *relación de causalidad* entre el perjuicio -o el peligro de sufrirlo- y el hecho fuente; o eventuales, como

la acción, la *antijuridicidad* y la *culpabilidad* (Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. 4, 1999, ed. Hammurabi, Bs. As., pág. 75), a lo que debe sumarse en el presente caso, la *ausencia de un deber jurídico de soportar* el daño por parte de la persona que lo reclama.

Así, en lo que atañe al primero de los presupuestos de responsabilidad, es decir al *daño injusto* -o peligro de sufrirlo-, se trata de un requisito que necesariamente debe concurrir para obtener un resarcimiento y que atiende no solo al efecto perjudicial, sino que también comprende la injusticia de que la víctima lo soporte, pues lo que se valora es la injusticia del daño, el resultado final por sobre el acto dañoso como ilícito y culpable.

Por *daño*, se entiende que es *toda pérdida o menoscabo de un bien o interés jurídicamente protegido*. A la vez, el daño resarcible jurídicamente puede ser de naturaleza patrimonial si repercute disvaliosamente en el patrimonio, menoscabándolo (daño patrimonial), o daño moral, si reside en las consecuencias espirituales o inmateriales de la lesión. Por *relación de causalidad* se ha entendido que es “el vínculo externo que permite atribuir un resultado a un hecho que es su origen, y en la responsabilidad resarcitoria (...), ese vínculo se establece (...) entre el daño o el peligro de daño y un hecho que lo ha generado; en su virtud, ese perjuicio (...) es imputado fácticamente al responsable” (ídem, pág. 243). Con relación al siguiente presupuesto de responsabilidad, es decir el *factor de atribución*, se ha dicho que “son las razones que (...) evidencian como justo que el daño sea prevenido o reparado y que lo sea por una determinada persona. Los factores de atribución solo operan a partir de la provocación de un daño; demostrada la producción de un daño y que éste ha sido causado adecuadamente por un sujeto, personas o cosas a su cargo, todavía es menester enunciar un juicio de valor, que permita determinar si aquél debe o no responder, si ese juicio es positivo se configura un factor de atribución de la responsabilidad”, que puede ser *objetivo* o *subjetivo* (Zavala de González, *Resarcimiento...*, t. 4, pág. 355).

Ahora bien, en el caso de la responsabilidad del Estado, a esos requisitos se les deben sumar los últimos dos incisos del art. 4 de la Ley 26.944, en cuanto señalan que debe existir la *ausencia del deber jurídico de soportar y el sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado de que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido*.

Al respecto la doctrina ha dicho que el inciso e) del art. 4 de la Ley 26.944 exige que el sacrificio especial de la persona dañada se diferencie del que sufre el resto de la comunidad. La teoría del sacrificio especial apareció en Alemania y estableció que, en la relación entre el Estado y los súbditos, la actividad estatal podría producir perjuicios que los ciudadanos debían soportar, ya que ello hacía a la existencia misma del Estado. Pero si ese perjuicio afectaba a un individuo de manera desigual y desproporcionada, produciéndole un daño material, se configuraba un sacrificio especial que debía indemnizarse por razones de equidad. La plataforma jurídica para hacer lugar a la reparación de un sacrificio especial la encontramos en el artículo 16 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que todos los habitantes somos iguales ante la ley, así como en el artículo 17 que proclama la inviolabilidad de la propiedad (*La nueva ley de responsabilidad del Estado y del funcionario*, de Julio Isidro Altamira Gigena).

7) A la luz de esos conceptos comenzaré a analizar la causa, de conformidad con la carga probatoria que impone la norma del art. 377 del CPCC, a los fines de establecer si han quedado acreditados los presupuestos de hecho de las normas que se invocan como fundamento de las pretensiones deducidas en juicio y que van a permitir discernir sobre la procedencia o no de la demanda, valorando para ello las pruebas esenciales y decisivas para la resolución del pleito, de conformidad con la regla consagrada en el art. 386 del CPCC.

8) Entrando a analizar la responsabilidad del Estado, tenemos que la actora reputa como irregular la actuación de los efectivos policiales que participaron en un operativo el día 13 de septiembre de 2020, en el domicilio ubicado en xxxxx, San Isidro, Valle Viejo.

Consideran que el obrar policial, alejado de los deberes y funciones correspondientes, permitió la grabación de un video con tratos discriminatorios, vejatorios, cargados de prejuicios en cuanto al derecho a la identidad sexual de las personas presentes, lo que no solo vulneró los derechos constitucionalmente protegidos de los actores, sino que, posteriormente, al adquirir el video estado público, ya que fue reproducido en distintas redes sociales y publicado como noticia en los portales digitales de varios diarios de la

provincia, agravó el daño por las consecuencias sociales que ello generó en cada uno de los actores.

Entonces, en este estado me abocaré a analizar la prueba producida por las partes para determinar, a la luz de los conceptos y apreciaciones dadas *ut supra*, si corresponde hacer lugar a la presente acción.

En ese cometido tenemos que, a fs. 1/34, los actores presentan impresiones de capturas de pantalla subidas a la red social Facebook, desde distintas páginas web, como www.catamacaencana.com.ar, www.minutocordoba.com.ar, www.elancasti.com.ar y www.elesquiú.com.

En ese sentido, la prueba informativa ofrecida y producida por la parte actora corrobora la existencia de las publicaciones y de los comentarios efectuados por el público, tal como surge de la contestación del oficio remitido a el Diario El Esquiú.com, que obra agregado a fs. 224/230.

En dicha contestación, el Director del diario oficiado dice que las publicaciones presentadas corresponden a los distintos links señalados y que todos ellos remiten a publicaciones efectuadas por ese diario, en las que se advierten, además, fotografías que habrían sido tomadas durante el operativo policial.

En similar sentido se expidieron el productor de Catamarca en Cana, mediante contestación de oficio obrante a fs. 243/245 y el Jefe de Redacción del diario El Ancasti, de acuerdo con las constancias obrantes a fs. 246/248.

Vale decir, en este punto, que no solo los tres medios gráficos reconocieron que las publicaciones presentadas en el inicio de la demanda se corresponden con las efectuadas en cada uno de esos medios, sino que también remitieron copias de éstas.

Las publicaciones aludidas señalan la existencia del video supuestamente filmado por los uniformados (fs. 225, 227, 246) y se observan comentarios agraviantes en contra de la identidad sexual de los actores e imágenes intervenidas a modo de parodia, sátira o ridiculización, conocidas en la actualidad como “memes”, los que se observan en las fs. 3vta., 4, 5, 240 y 244 vta.

Dichas publicaciones también fueron reconocidas por la accionada Y. F. Á., quien, en su absolución de posiciones de fs. 285, en respuesta a la

decimosegunda posición, reconoció que leyó en los medios periodísticos el “escrache” efectuado en el operativo policial.

Las publicaciones periodísticas relatan la existencia del hecho policial, de las denuncias penales efectuadas por algunos de los actores como consecuencia de ese hecho y de la intervención al respecto de la Dirección de Asuntos Internos, del Ministerio de Seguridad, para investigar el proceder del personal policial, tal como surge de la nota del Diario El Esquíú.com de fs. 19.

Las denuncias penales a las que hace referencia el medio periodístico se encuentran agregadas al expediente en copias certificadas, las que fueron remitidas por la Fiscalía de Instrucción N° 7 (fs. 360/370), en las que surge un relato de los hechos y del actuar policial similar al contenido en la demanda.

De dichas constancias surge que, ante esa Fiscalía, tramita la causa identificada como Expte. Letra “M”, N° ****/2020 – **“M., M. E. c/ Personal Policial Comisaría de San Isidro, G. E. y R. A. s/ ilícito penal”**, y por cuerda el Expte. Letra “C” ****/2020 – **“Constitución de Querellante Particular de R. A. A.”**, los que se encuentran en etapa de investigación. A fs. 365/368 se observan, además, las denuncias de G. H.I. y de M. E. R

Ahora bien, de este material probatorio podemos decir que, si bien no obran constancias en la causa respecto del curso de investigación penal y si ésta tuvo o no desenlace, sabemos que existió y que el hecho motivó las declaraciones de parte del entonces ministro de Seguridad, tal como reseñáramos anteriormente.

La prueba analizada hasta ahora guarda relación con los dichos de los testigos que depusieron en la causa, cuyas declaraciones obran agregadas a fs. 276, 277 y 279.

Al respecto tenemos que la testigo I. C. A. dijo haberse enterado del procedimiento policial y lo acontecido como consecuencia a través de las publicaciones de la red social Facebook y por mensajes de WhatsApp, en los que circulaba un video grabado en los que aparecían los actores de esta causa; que no solo circuló el video, sino también “memes” y “stickers”, los que generaron situaciones de burla y de discriminación, lo que presencié en una oportunidad; y que, si bien no puede identificar quién fue el que grabó el video, las

publicaciones no se circunscribieron solamente a la provincia, sino que también salió en medios nacionales como “Crónica”.

A su turno, la testigo M. A. F. Z., quien dijo ser vecina de M. D., también manifestó conocer el hecho por publicaciones en las redes sociales Facebook, Instagram, Twitter, por la plataforma de mensajes de WhatsApp y por todos los “memes” que circulaban al respecto; que no solo se conoció el video y los memes por las redes sociales, sino también por los medios virtuales y radios; y que toda esta situación tuvo una repercusión negativa en los actores, que se burlaban de ellos, los perseguían y agredían, y todo debido a su sexualidad.

Seguidamente dijo no saber quién era el policía que filmó el video, pero que se veía que era un agente quien grababa y se burlaba.

Por su parte, a fs. 279, P. V., quien dijo ser periodista, señaló que vio el video muchas veces y que tomó conocimiento del suceso por las redes sociales; que la policía grabó el procedimiento realizado, en el que se advierte el trato dado a los intervinientes en la fiesta; también, que sabe que se instruyó sumario en contra de los policías, el que terminó con la sanción de alguno de ellos, lo que dijo saber por haberle sido informado por parte del Ministerio de Seguridad, en clara referencia a información obtenida como consecuencia de su ocupación.

De lo analizado hasta acá y de las propias constancias de las contestaciones de demandada de los accionados, surge entonces que no hay duda alguna de la existencia del procedimiento policial el día y en el lugar señalado, lo que también fue reconocido por todos los policías y el practicante denunciados, y reiterado por los efectivos Á y B., en sus declaraciones confesionales de fs. 282 y 290.

Tampoco hay dudas de la existencia del video, puesto que los testigos dijeron haberlo visto, que los comentarios de las redes sociales se generaron a raíz de publicaciones periodísticas que tenían como origen la información de dicho material, además de las denuncias penales realizadas y del propio reconocimiento que, en ciertos párrafos, hacen los accionados.

Por ejemplo, el Estado Provincial, al contestar demanda, si bien en algunos párrafos del capítulo destinado a las negaciones sostiene la inexistencia del video de manera genérica, con posterioridad pone en duda quién efectuó dicha filmación, atribuyéndole responsabilidad a eventuales vecinos que se

habrían congregado afuera de la vivienda donde se llevó a cabo el procedimiento.

La contestación dedica varios párrafos a señalar la existencia de terceras personas en el lugar, es decir vecinos, a quienes indirectamente señalan como responsables del video, sin embargo, ninguna prueba hay de esto en el expediente.

En efecto, no existen constancias oficiales del operativo; más allá de los nombres brindados sobre el personal interviniente, no hay acta labrada ni registro de las personas que se encontraban en el inmueble pese a las restricciones que existían para circular en ese momento, como consecuencia del Decreto Nacional que establecía es aislamiento social, preventivo y obligatorio, a raíz de la pandemia por COVID.

Por su parte, el accionado **S. A. M.**, no niega la existencia del video y, a su vez planteó la excepción de falta de legitimación pasiva, como hemos analizado anteriormente, fundado en el hecho que la “filmación no fue de su autoría”, alegando luego, como defensa de fondo, la existencia del hecho de un tercero por el que no debe responder o el de la propia víctima.

Si bien, señala que la filmación puede haber sido realizada por vecinos que se encontraban en el lugar, como hemos dicho anteriormente, no hay constancias de que en el procedimiento haya habido terceras personas y, atento a la situación imperante al momento del hecho y las prohibiciones de circular que existían, como también las restricciones relativas a la concentración de personas, no resulta probable que ello haya ocurrido.

Por otra parte, el demandado **E. B.**, reconoce expresamente la existencia del video al señalar que en el grupo de Whatsapp que comparte con el personal de guardia, al otro día del operativo apareció una filmación compartida en la que él no se encuentra presente, puesto que cumplía órdenes de revisar el fondo de la vivienda.

También es dable tener en cuenta que resulta contradictorio lo afirmado por los accionados en cuanto a que no saben quién filmó el video y que este pudo haberlo hecho un vecino congregado en el lugar a raíz del operativo policial, cuando de varias de las manifestaciones hechas en las contestaciones de demanda surge que el operativo fue en el interior de la vivienda.

Así lo dicen E. B., quien señala que el ingreso se hizo sin derribar puertas, y que primero lo hizo el subcomisario y él por detrás; **A. E. N.** dijo que accedieron al lugar con permiso de un asistente y/o dueño del lugar.

La demandada **Y. F. Á.**, fue la que brindó con mayor detalle sobre cómo fue el procedimiento. Dijo que ella llegó primero junto con **J. M. B.**; que al constatar que en el lugar había una fiesta clandestina, pidieron refuerzos y que cuando éstos llegaron, ella y J. M. B., se quedaron al cuidado de las motocicletas, mientras que el resto del personal solicitó permiso e ingresó al inmueble donde se hallaban las personas, todo lo cual fue corroborado por el accionado **J. M. B.**, en su contestación. Agrega que, ante la presencia de mujeres en la fiesta, ella debió ingresar al ser la única mujer presente en el operativo.

Ahora bien, ante la ausencia de elementos que acrediten cómo fue realizado el procedimiento, tal como el acta que debió haberse labrado con motivo de la actuación policial, cobran relevancia los dichos de los accionados relatados precedentemente, por lo que, luego del análisis efectuado hasta acá y de la prueba valorada, se puede tener por acreditada la existencia del procedimiento policial en el interior de la vivienda, la ausencia de vecinos o terceras personas que hubiesen podido realizar el video y la existencia de este material fílmico.

La prueba más contundente, en cuanto a la existencia del video y que éste fue elaborado por el personal policial, surge de lo manifestado por **E.B.**, en cuanto a que la filmación fue enviada a su grupo de guardia de WhatsApp, lo que permite inferir que este material fue elaborado por uno de los policías intervinientes en el operativo.

Si bien no es posible determinar quién fue el autor del video ni que persona dio inicio a su publicación en forma masiva, lo que es conocido comúnmente como “viralización”, es la existencia del material fílmico lo que posibilitó la circulación por teléfonos celulares, tabletas o computadoras, llegando posteriormente y ante la trascendencia adquirida, a los medios gráficos reseñados al principio.

Como consecuencia del alcance adquirido por la noticia y el video, los actores vieron afectado el derecho al respeto a su identidad sexual, siendo

además ridiculizados, parodiados y expuestos numerosos comentarios negativos y de índole discriminatorio.

En este punto es necesario tener presente que muchos de los comentarios que se leen en la prueba documental presentada es relativa al incumplimiento de los actores al Decreto Nacional que ordenaba el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, y motivados por la situación de angustia imperante en ese momento frente a la pandemia por Covid. Y es esa conducta la que alegan los demandados para fundar sus defensas y pretender el rechazo de la acción, pero en modo alguno dicho incumplimiento por parte de los actores justifica la irregular actuación policial.

Como consecuencia de lo hasta acá expuesto tenemos que la conducta desplegada por los agentes policiales, aunque sin poder identificar cuál fue el que grabó el material filmico y quién comenzó a compartirlo y provocar su “viralización”, constituye una acción objetivamente *antijurídica*, que merece el reproche del ordenamiento jurídico por las consecuencias provocadas.

En este punto, debemos tener en cuenta que el *factor de atribución*, es de naturaleza *objetiva y extracontractual*, independiente de la idea de culpa, que no requiere la individualización del autor del daño y que encuentra dado por el proceder contrario a derecho de los agentes policiales en el cumplimiento de sus funciones.

La filmación en cuestión, su posterior circulación por redes sociales y servicios de mensajería posibilitaron la trascendencia pública que adquirió el hecho, lo que constituye la relación de causalidad requerida, que puede ser considerada como directa, inmediata y exclusiva, tal como lo requiere la norma del art. 4 de la Ley 26.944, en orden a provocar los daños alegados por los actores.

Como consecuencia de todo lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar a la acción incoada en contra del Estado Provincial, restando determinar el monto por el que prosperará la acción, a cuyo análisis volveremos más adelante, con costas al codemandado vencido por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, primer párrafo, del CPCC).

9) En lo que respecta a la responsabilidad de los codemandados **S. A. M., A. E. N., Y. F. Á., E. B. y J. M. B.**, como he dicho anteriormente, el factor de atribución no es objetivo como en el caso del Estado, sino de carácter

subjetivo por lo que la culpa o dolo deben ser acreditados en cada caso en particular.

En ese sentido tenemos que, en virtud de lo dispuesto por el art. 1734 del CCCN, la carga de la prueba respecto de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega, en plena concordancia con lo dispuesto por el 377 de nuestro Código de Procedimientos, por lo que son los actores quienes debieron acreditar el obrar culposo, ya sea negligente o imprudente, o doloso por parte de cada uno de los codemandados, lo que no ha ocurrido en autos.

Independientemente de la culpa atribuida al Estado Provincial, por haber considerado probada la existencia del video y que éste fue efectuado por el personal actuante en el operativo policial, los actores no lograron atribuir la filmación a ninguno de los codemandados y mucho menos probarlo.

Tampoco pudieron acreditar cuál de ellos fue el que lo compartió en el grupo de WhatsApp del guardia, tal como lo dijo el accionado E. B., ni quién o quiénes lo compartieron de manera externa, hacia otros usuarios de la plataforma de mensajería, de manera tal que el video fuera adquiriendo la repercusión pública que tuvo.

Tampoco se acreditó fehacientemente, más allá de la nota periodística en la que se cita al Ministro de Gobierno a la que hice referencia anteriormente, cuáles fueron los miembros de la Policía de la Provincia sumariados, si en ese procedimiento se logró acreditar la autoría del video, ni quién o quiénes lo compartieron, ni tampoco el desenlace del sumario, si es que lo tuvo.

Surge entonces con total claridad la falta de acreditación del hecho en sí, lo que resulta determinante a la hora de juzgar el presente proceso, puesto que, si la parte que afirma la existencia del hecho controvertido no lo acredita, debe soportar las consecuencias negativas de no haber cumplido carga, probablemente con una sentencia adversa a sus pretensiones.

Así lo sostiene pacíficamente nuestra jurisprudencia, al decir que en toda demanda por daños y perjuicios es de importancia primordial probar el hecho como uno de los presupuestos de la responsabilidad. La falta de prueba respecto de él acarrea como consecuencia directa y fatal, la desestimación de la pretensión (Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N°* (Santa

Fe), autos “**S., N. G. c/ G., M. A. s/ Daños y Perjuicios**” expte. N° ****/2010, 21/03/2014).

En síntesis, entre las constancias de autos no hay prueba, ni directa ni presuntiva ni indiciaria, respecto de quién fue el autor del video, ni de su posterior envío al grupo de guardia, ni quién o quiénes lo compartieron de manera tal de poder imputarles una responsabilidad a título personal, ya sea por culpa o dolo.

En consecuencia, no encontrándose acreditado respecto de los codemandados uno de los presupuestos para tener por configurada su responsabilidad, la acción en contra de ellos no puede prosperar, con costas por el orden causado, por cuanto no hay discusión respecto a que participaron en el hecho generador, lo que lógicamente pudo haber llevado a la convicción de los actores sobre la justicia de su reclamo, aunque no haya probado la actuación lesiva e ilegítima de ninguno de ellos (art. 68, segundo párrafo, del CPCC).

10) Resta entonces determinar el alcance de los daños que dicen haber sufrido los actores pero, para cumplir este cometido, primero voy a explayarme sobre algunos conceptos.

Como es sabido el daño puede ser de naturaleza *patrimonial* o *moral*, y para saber a cuál de ellos corresponde cada uno de los rubros reclamados, sigo el criterio expuesto por la Dra. M. Z. G., quien para diferenciarlos atiende a la existencia y resultado de la violación del derecho o del interés ligado al bien protegido. Señala la citada autora que hay daño patrimonial si el resultado es *antieconómico*, y daño moral si el resultado es *antiespiritual*, pues la afección anímica o la minoración económica no son consecuencias del daño, sino el daño mismo (*Resarcimiento...*, pág. 38 a 41).

Ahora bien, en la presente causa solo se ha reclamado la indemnización por el *daño moral*, respecto del que la ya citada autora señala que la dimensión espiritual de una persona no se reduce a la órbita afectiva o de su sensibilidad, pues comprende también una intelectual (aptitud de entender) y otra volitiva (aptitud de querer); y cuando el hecho afecta o compromete el desenvolvimiento de cualquiera de estas capacidades de un modo negativo o perjudicial, se configura un daño moral (ob. cit., pág. 66).

En este estado, se debe tener en cuenta que, en el caso de responsabilidad aquiliana o extracontractual, no es necesaria la producción

de prueba específica respecto de la existencia de este tipo de daño, puesto que el daño moral se caracteriza por referir a los padecimientos o molestias que hieren las afecciones legítimas de quienes lo sufren; la comisión de actos antijurídicos como el sucedido en el presente caso, permite, por sí solo, presumir su existencia.

En ese sentido se ha expresado la jurisprudencia al decir que: “La entidad del daño moral no requiere prueba alguna, siendo facultad judicial su determinación en base a lo establecido por el art. 165 del Cod. Procesal, dado que se lo tiene por acreditado con la sola comisión del hecho que dio motivo a la demanda, tratándose entonces de una prueba *in re ipsa*, esto es, que surge inmediatamente de lo ocurrido, sin que tenga que guardar proporción con los demás perjuicios admitidos” (CNCiv., Sala A, Mayo 18-1990, *ED*, 138-725).

Dicho ello, es necesario tener presente que, a los fines de determinar el monto indemnizatorio por este concepto, dada la dificultad de fijar en dinero un daño de naturaleza extrapatrimonial, corresponde proceder con prudencia y equidad, de modo tal que la compensación no constituya un enriquecimiento sin causa, ni tampoco una expresión simbólica, inadecuada a la entidad del agravio padecido.

Como consecuencia de ello y atento a que fijar una indemnización no constituye una función valorativa exacta, sino simplemente de satisfacción frente al sufrimiento, considero que la suma reclamada es adecuada para satisfacer el daño sufrido por los actores, por lo que corresponde hacer lugar al reclamo tal como fuera petitionado, es decir, la suma de pesos quinientos mil (\$500.000) para cada uno.

10) En cuanto a la tasa de interés que corresponde fijar, debo decir que, si bien este Juzgado viene aplicando la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, recientemente las Cámaras de Apelaciones en lo Civil, Comercial, de Minas y del Trabajo, cambiaron su criterio, estableciendo una tasa mayor, con sustento en la lo dicho por nuestra Corte de Justicia en el fallo “Acuña”, en orden a la discrecionalidad del tribunal de la causa para establecer, de acuerdo a las particularidades de cada caso, la tasa de interés aplicable.

Por ello, y en atención a la fluctuante situación económica del país, a los altos índices de inflación y en la necesidad de proteger los valores de condena, los tribunales de alzada decidieron aplicar una tasa mayor, tal como

surge de los fallos emitidos por la Cámara de 3ra. Nominación en autos Expte. N° */ y, el de la Cámara de 1era. Nominación y, en los autos que tramitan por ante este Juzgado, Expte. */, “**Indicat SRL c/ S., R. s/ Daños y Perjuicios**”,

En dichos autos se decidió aplicar, a partir de este año, la tasa nominal anual para préstamos personales de libre destino del Banco Nación Argentina y, como existen distintas variantes de dicha tasa, conforme a diversos criterios que tiene en cuenta la entidad bancaria, consideran aplicable la que resulte más elevada.

Por lo expuesto, compartiendo la decisión de los tribunales de alzada, a los fines de unificar el criterio aplicable, cumplir con el objetivo resarcitorio del daño, proteger el crédito de la parte litigante en caso de mora en su pago y a efectos de evitar que la crisis inflacionaria licue el monto de condena, considero aplicable la tasa nominal anual para préstamos personales de libre destino más elevada del Banco de la Nación Argentina, pero solo a partir del presente año, tal como lo resolvieron la Cámaras citadas.

Por ello, en cuanto al monto de condena, corresponde aplicar la tasa activa del Banco de la Nación Argentina desde la fecha del hecho generador, el **13/09/2020**, hasta el **31/12/2023** y, a partir del presente año, **01/01/2024**, la tasa nominal anual para préstamos personales de libre destino más elevada del Banco de la Nación Argentina.

11) En cuanto a las costas y tal como se indica en los acápites precedentes números 2, 3, 4, 5, 8 y 9, considero que corresponde aplicarlas de la siguiente manera: a) por el planteo de *prejudicialidad penal*, al Estado Provincial vencido; b) por el planteo de *inconstitucionalidad*, por el orden causado; c) por la *excepción de falta de legitimación pasiva* planteada por la Policía de la Provincia, a la parte actora vencida; d) las *excepciones de falta de legitimación pasiva* interpuesta individualmente por S. A. M. y A. E. N., por el orden causado; e) por el proceso principal, al Estado Provincial vencido, y e), en cuanto al rechazo de la demanda por responsabilidad subjetiva de los codemandados, por el orden causado.

Con relación a los honorarios de los letrados actuantes, estimo que corresponde diferirlos hasta tanto haya base firme para calcularla. Por todo ello,

FALLO:

I) Rechazando el planteo de prejudicialidad penal, por los fundamentos dados en el considerando N° 2).

II) Declarando la inconstitucionalidad del art. 1764 del CCCN y de los art. 1 y 5 a Ley Nacional de Responsabilidad Estatal N° 26.944, de acuerdo con los fundamentos dados en el considerando N° 3).

III) Haciendo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la Policía de la Provincia, conforme a los fundamentos dados en el considerando N° 4).

IV) Rechazando la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por los codemandados S. A M. y A. E. N., por lo expuesto en el considerando N° 5).

V) Haciendo lugar parcialmente a la acción de daños y perjuicios y, en consecuencia, condenando al Estado Provincial a abonar la suma de pesos quinientos mil (\$ 500.000) a cada uno de los actores: **M. E. M. (DNI N° *****)**, **M. E. R.**, **P. M. D.**, **G. H. I.**, **T. X. A.** y **A. A. R.**, con más los intereses establecidos en el considerando N°10), y en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente, de acuerdo con los motivos explicitados en el considerandos N° 8).

VI) Rechazando la acción en contra de **S. A. M.**, **A. E. N.**, **Y. F. Á.**, **E. B.** y **J. M. B.**, por los motivos dados en el considerando N° 9).

VII) Imponiendo las costas en los términos expresados en el considerando N° 11).

VIII) Difiriendo la regulación de honorarios, hasta tanto haya base firma para practicarla.

IX) Protocolícese, notifíquese y, oportunamente, archívese.